

Verbintenissenrecht

Deel 1

Contractenrecht

J.M. van Dunné

emeritus hoogleraar te Rotterdam

5e, herziene druk, 2004

N.B. Dit document bevat uitsluitend de *Algemene inleiding*, het *Kort overzicht van de inhoud* en de hoofdttekst uit het origineel (Kluwer, Deventer, 2004). De paginanummering is (enigszins) versprongen, bij citeren wordt geadviseerd te verwijzen naar paragraafnummers. Een herdruk is in voorbereiding (Uitgeverij Paris, Zutphen).

Algemene inleiding. Het wettelijk systeem van verbintenissenrecht

Het verbintenissenrecht volgens het huidige BW dat 1 januari 1992 van kracht is geworden, is op veel punten gelijk aan het oude recht, maar wijkt ook op veel punten daarvan af. Het is niet mijn bedoeling om aan te geven in welke mate van beide verschijnselen sprake is - dat zou geen eenvoudige opgave zijn, zeker niet voor een inleiding - en daarmee is deze opmerking een open deur. Voor een eerste paragraaf van een boek geen slecht begin, dacht ik, maar ik wil toch meer dan de deur van het verbintenissenrecht openzetten (wat frisse lucht kan hier nog steeds geen kwaad, trouwens). Alvorens met de behandeling van enkele onderdelen van het verbintenissenrecht te beginnen, is het goed om even bij de indeling en systematiek van het verbintenissenrecht volgens het nieuwe wetboek stil te staan. Daarbij kunnen ook enkele algemene zaken besproken worden die later telkens zullen terugkomen, beginselen, terminologie, en dergelijke.

Allereerst de indeling volgens het BW; het verbintenissenrecht is over een aantal Boeken verdeeld. In Boek 6 vinden wij het algemeen gedeelte, terwijl de bijzondere contracten in de Boeken 7 en 8 opgenomen zijn. Onze aandacht zal in dit werk naar Boek 6 uitgaan, dat globaal overeenkomt met de eerste vier titels van het vierde Boek van het oude BW: verbintenissen in het algemeen, onrechtmatige daad en andere 'verbintenissen uit de wet', en overeenkomsten in het algemeen. Maar dan zijn wij er nog niet: men moet voor sommige algemeen vermogensrechtelijke onderwerpen in Boek 3 te rade gaan, en de betreffende artikelen in samenhang met de verwante bepalingen van Boek 6 hanteren. Daar is nogal wat kritiek op geweest, aangezien dit volgens de dogmatische benadering die in sommige studeerkamers gebruikelijk is wel uit te leggen is, maar niet echt voor de hand liggend is, en zeker niet praktisch voor de gebruiker van het wetboek, niet alleen de praktijkjurist, maar ook de jurist in opleiding (student dus). Soms is het slechts een kwestie van een klein ongemak, je moet het even weten (en eraan blijven denken), vaak zit het dieper, en komen er dogmatische problemen aan de oppervlakte, omdat er wat aan de samenhang schort. De aangebrachte indeling is bovendien vaak op oude dogmatiek gebaseerd, die toen Meijers het Grote Werk begon (ruim voor de oorlog) eigenlijk al niet meer bij de tijd was als men zijn meer vooruitstrevende collega's als oriëntatiepunt genomen zou hebben (Suijling, Scholten, Van Oven, Eggens, e.a.). Vaak hebben wij met een persoonlijke hobby van Meijers te maken, die, zoals wel meer grote juristen van zijn tijd, liever niet tegengesproken wenste te worden. Die eerbied voor de oer-ontwerper heeft op sommige punten van systematiek en terminologie nog lang nageijld, ook lang na zijn dood in 1954.

Ik geef enkele voorbeelden. Als men de zogenaamde ‘wilsgebreken’, volgens het traditionele woordgebruik, wil opzoeken, dan vindt men die in Boek 3, art. 3:44 BW, met uitzondering van de dwaling, want daarvoor moet men in Boek 6, bij de overeenkomsten zijn: art. 6:228 BW. Waarom? Omdat Meijers vond dat bij eenzijdige rechtshandelingen geen beroep op dwaling openstond, en deze figuur daarom thuishoorde bij de meerzijdige rechtshandelingen. Dat standpunt was vijftig jaar geleden al niet echt houdbaar, en is nu zeker verlaten; onlangs heeft de hoge raad dat nog bevestigd.

Als men - andersom - in Boek 6 met de totstandkoming van overeenkomsten bezig is, moet men wel de bepalingen van Boek 3, art. 3:37 BW, bij de hand hebben over de verklaring, en die van art. 3:33 v. over de rechtshandeling en de kwestie van opgewekt vertrouwen in het algemeen. Verschillende onderwerpen die typisch bij het contractenrecht horen, Pauliana, vernietiging, goede zeden, e.d., zijn in Boek 3 ondergebracht, omdat ze een meer algemene toepassing hebben (ook al is dat uitzonderlijk in de praktijk).

Verder is er het fenomeen van de zogenaamde ‘schakelbepalingen’ die een analoge toepassing van artikelen op andere gebieden inhouden. Belangrijke schakelbepalingen in het verbintenissenrecht zijn bijvoorbeeld: art. 6:216, analoge toepassing van bepalingen over (totstandkoming van) overeenkomsten op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen; art. 6:218, idem van de artikelen voor meerzijdige rechtshandelingen op de eenzijdige rechtshandelingen aanbod en aanvaarding; art. 6:261, idem van bepalingen over wederkerige overeenkomsten op andere rechtsbetrekkingen. De rechter kan ook zelfstandig analoge wetstoepassing hanteren; het arrest van de hoge raad met betrekking tot dwaling en eenzijdige rechtshandelingen is een recent voorbeeld daarvan.

De terminologie van het nieuwe recht is een chose apart; veel neologismen zijn echter weer teruggedraaid, in die zin dat de minister heeft laten weten dat de oude termen nog accepté zijn, en dat zelf in de meest recente stukken wetgeving ook in de praktijk gebracht heeft. Voor de nieuwe term ‘redelijkheid en billijkheid’ is het vertrouwde begrip ‘goede trouw’ een goed alternatief, en hetzelfde geldt voor veel begrippen die aanvankelijk in de ban gedaan waren door overijverige ontwerpers. Dat geldt bijvoorbeeld voor ‘wanprestatie’, ‘overmacht’ en zelfs voor ‘zakenrecht’ (dat door ‘goederenrecht’ vervangen werd). Ik zal in dit boek de oude termen blijven gebruiken, afgewisseld door de nieuwe.

Over goede trouw gesproken, in Boek 6 is dit beginsel in het jasje van ‘redelijkheid en billijkheid’ op twee pregnante plaatsen verankerd, in de artt. 6:2 (verbintenissen in het algemeen) en 6:248 (overeenkomsten). De ‘oude’ jurist had de artt. 1374 en 1375 als kapstok. Men kan de nieuwe artikelen als super-schakelbepalingen zien, die het gehele verbintenissenrecht beheersen, zoals dat ook onder het oude recht het geval was.

Over al deze onderwerpen valt uiteraard veel meer te zeggen, maar dat gebeurt wel bij de behandeling in extenso in dit boek. Wij gaan maar eens aan de slag, en beginnen met het contractenrecht.

Kort overzicht van de inhoud

Hoofdstuk 1. De overeenkomst. Totstandkoming; aanbod en aanvaarding	3
§ 1. Algemene inleiding	3
§ 2. De totstandkoming van overeenkomsten door aanbod en aanvaarding. Het stelsel van het geldend recht	29
§ 3. Aanbod: het rechtskarakter van het aanbod	39
§ 4. Het rechtskarakter van het aanbod nader uitgewerkt: gerichtheid, rechtsgevolgen, nevenverbintenissen	59
§ 5. Aanbod en vrijblijvend aanbod naar geldend recht	74
§ 6. Aanvaarding en toestemming naar geldend recht	79
§ 7. Het moment van totstandkoming van overeenkomsten	101
§ 8. Naar een nieuw overeenkomstbegrip	116
Hoofdstuk 2. De inhoud van de overeenkomst: uitleg van overeenkomsten	127
§ 1. Inleiding. Het rechtskarakter van de uitleg	127
§ 2. Uitleg van overeenkomsten	133
Hoofdstuk 3. Grenzen van de overeenkomst	227
§ 1. Precontractuele fase. onderhandelingen	227
§ 2. De grens met afspraken in het sociale verkeer. Het causaver-eiste	286
Hoofdstuk 4. Belangrijke clausules in overeenkomsten	297
§ 1. Standaardvoorwaarden in het algemeen	297
§ 2. Exoneratieclausules	388
§ 3. Garantiebedingen	461

Hoofdstuk 5. Problemen bij de totstandkoming van overeenkomsten	515
§ 1. Dwaling (misleiding)	515
§ 2. Bedrog en bedreiging	572
§ 3. Misbruik van omstandigheden	579
Hoofdstuk 6. Problemen bij de uitvoering van overeenkomsten	607
§ 1. Wanprestatie	607
§ 2. Schade en schadevergoeding	664
§ 3. Overmacht	728
§ 4. Veranderde omstandigheden	751
§ 5. Derdenwerking van overeenkomsten	797
Hoofdstuk 7. Beëindiging van overeenkomsten	811
§ 1. Betaling (nakoming)	811
§ 2. Opzegging	823
§ 3. Ontslag-problematiek	849
§ 4. Nietigheden	869
Jurisprudentieregister Chronologisch	881
Jurisprudentieregister Alfabetisch	899
Jurisprudentieregister Overig	919

Hoofdstuk 1.

De overeenkomst. Totstandkoming; aanbod en aanvaarding

§ 1. Algemene inleiding

1. *Het verschijnsel 'overeenkomst'*

De overeenkomst behoort met de eigendom en de onrechtmatige daad tot de kernbegrippen van het privaatrecht. De figuur van de overeenkomst is zo oud als het recht zelf; de oudste ons bekende contracten stammen uit ongeveer 2500 v. Chr. en zijn in hiërogliefen in steen gebeiteld of in spijkerschrift op kleitabletten gegrift, zoals het koopcontract van Tsjenti, gevonden bij de pyramiden van Giza en een soortgelijk contract uit Mesopotamië.¹ De overeenkomst is dus van alle tijden, en is nog steeds één van de meest voorkomende figuren in de rechtspraktijk.

De tekst van dit contract luidt als volgt:

... (naam, onleesbaar) ...

Hij zegt: 'Ik heb verkregen tegen een tegenprestatie dit huis van de schrijver Tsjenti;

ik heb gegeven tien *shat* hiervoor:

een lap stof van 4...(?) drie *shat*

een bed vier *shat*

een lap stof van 2...(?) drie *shat*

Het contract werd gezegd ten overstaan van de magistraat van de pyramidestad Achet-Choefoe in bijzijn van vele getuigen:

de slager Tsjenti,

de bouwvakkers Ini, Rahertep,

de ambtenaren Nehoet, Kamipoe.

De schrijver Tsjenti.

Hij heeft gezegd: 'Zo waar de koning leeft, ik zal geven iets wat in orde is en gij zult hiermee tevreden zijn, en al hetgeen bij het huis behoort is overgedragen.

Gij hebt de betaling volledig nagekomen door overdracht.

De steenhouwer van de dodenstad Meha,

de dodenpriester Jini,

de dodenpriester Sabka,

de dodenpriester Niancher'.

1. Zie, met bronvermelding, mijn diesrede EUR 1987, De magie van het woord, ook opgenomen in: De dialectiek van rechtsvinding en rechtsvorming, Deel 1c, 1988, p. 125, op p. 132 v.

1. DE OVEREENKOMST

afb. 1

Het koopcontract van Tsjenti

Er zijn vele verschijningsvormen van de overeenkomst; omdat dit boek over verbintenissenrecht gaat, houden wij ons hier bezig met de *obligatore* overeenkomst, de verbintenisscheppende overeenkomst (*obligare* is verbinden of verplichten, denk aan het woord ‘obligaat’, iets dat een verplicht nummer is, zoals de ‘obligate baspartij in de muziek). Andere overeenkomst-vormen, die hier niet aan de orde komen, zijn: de familierechtelijke overeenkomst (het huwelijk is ook een contract; volgens Kant werd daarmee de vrouw in eigendom aan de man overgedragen, hetgeen later door Hegel bestreden werd), de zakelijke overeenkomst (waarmee zakelijke rechten overgedragen worden), de bewijsovereenkomst (een procesrechtelijke overeenkomst met betrekking tot bewijsvragen) en de publiekrechtelijke overeenkomst (regelingen met een publiekrechtelijk karakter).²

2. Vgl. Asser-Hartkamp II, *Verbintenissenrecht*, 11e dr., 2001, nrs 15-32.

§1. ALGEMENE INLEIDING

afb. 2

Babylonisch koopcontract inzake land

In dit contract wordt, zoals men ziet, de koopprijs in zilver en gerst uitgedrukt; verder worden vele geschenken genoemd voor de schrijver en de getuigen, o.m. koper, brood en koeken. Ook de registratie van de akker is vastgelegd, met vermelding van het registratiekantoor. Het kleitablet werd bij Suruppak gevonden, in het oude Babylonië.

Ik gebruikte zoëven de termen ‘overeenkomst’ en ‘contract’ door elkaar: dat is conform het juridisch spraakgebruik, de termen hebben eenzelfde betekenis. In de praktijk komt het echter voor dat men onder een ‘contract’ het schriftelijke stuk, de akte, verstaat. Een wijdverbreid misverstand bij leken is, dat zo’n akte een voorwaarde is voor het ontstaan van een overeenkomst; een mondelinge overeenkomst is echter even bindend als een schriftelijke, zij het dat in het eerste geval er bewijsvragen kunnen ontstaan over de vraag of het inderdaad zover gekomen is, en wat precies overeengekomen is. Het opstellen van een akte, onderhands of notarieel, is echter geen waterdicht middel om bewijsvragen over de inhoud van het contract te voorkomen. Juristen hebben altijd van groot optimisme over het gebruik van de taal getuigd; het leerstuk van de uitleg van overeenkomsten is niet voor niets een bloeiend onderdeel van het contractenrecht.

Met de term overeenkomst kan men zowel de *rechtsverhouding* tussen partijen aangeven als de *rechtshandeling* die dat teweeg gebracht heeft. Zoals later nog zal blijken heb ik een voorkeur voor die eerste betekenis van het woord.

1. DE OVEREENKOMST

De vorm waarin de overeenkomst gegoten wordt is vrij. Het komt echter voor, dat de wetgever om redenen van algemeen belang een vormvereiste aan de overeenkomst of een onderdeel daarvan gesteld heeft, bijvoorbeeld dat deze schriftelijk overeengekomen moet zijn (bijv. het concurrentie-beding in de arbeidsovereenkomst, art. 7:653 BW (oud: 7A:1637x), of zelfs bij notariële akte (bijv. schenking, art. 7A:1719 BW). Het zijn uitzonderingen die de regel van vormvrijheid in het contractenrecht bevestigen.

De overeenkomst is geregeld in Titel 5 van Boek 6 BW. Overigens een niet erg voor de hand liggende plaats in een wetboek, voor een zo belangrijke rechtsfiguur: achterin het boek waarin de verbintenissen behandeld worden. Maar, zoals wij zagen bij de inleiding op dit boek, is het nieuwe wetboek niet zozeer op de praktijk gericht als wel op de systematiek en dogmatiek, en dan gaat er heel wat vooraf aan de overeenkomst. Wat de systematiek betreft, men moet ook Boek 3 bij de overeenkomst betrekken, met name Titel 2 over de rechtshandelingen (art. 3:33 v. BW); bij aanbod en aanvaarding moet men art. 3:37, over de verklaring, in het oog houden.

Dat is niet de enige gebruiksaanwijzing die men nodig heeft, ook de dogmatiek die aan de onderhavige titel (en die van Boek 3) ten grondslag ligt is niet eenvoudig, zoals wij nog zullen zien. Art. 6:213 begint heel onschuldig met een omschrijving van de overeenkomst: 'Een overeenkomst in de zin van deze titel is een meerzijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan'. Als men dit legt naast de artikelen over de totstandkoming van overeenkomsten, art. 217 en het later ingevoegde art. 218, komen de vraagtekens. Art. 6:217 luidt: 'Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan'; art. 6:218 zegt: 'Een aanbod is geldig, nietig of vernietigbaar overeenkomstig de regels voor meerzijdige rechtshandelingen'. Uit dat laatste blijkt dat aanbod en aanvaarding als *eenzijdige* rechtshandelingen opgevat worden. Hieronder gaan wij dieper op deze materie in, hier is slechts van belang, dat de tweespalt die aan de regeling van de overeenkomst in het wetboek ten grondslag ligt, al direkt blijkt uit de genoemde artikelen. Immers, enerzijds wordt uitgegaan van de overeenkomst als *meerzijdige* rechtshandeling (art. 213), anderzijds van de overeenkomst als bestaande uit twee *eenzijdige* rechtshandelingen, aanbod en aanvaarding. In dat eerste element is nog de zgn. *consensus-leer* te herkennen, alias het beginsel van *wilsovereenstemming*, terwijl dat ver te zoeken is bij het tweede element, aanbod en aanvaarding als zelfstandige rechtshandelingen.

Bij de verdere behandeling van aanbod en aanvaarding in de artt. 219 v. wreekt zich deze gespletenheid: men heeft de consensus-leer verlaten, maar niet op alle punten daarvan afstand genomen. In commentaren op de wettelijk regeling, met name van Asser-Hartkamp, is dit alles nog sterker het geval, aangezien de auteur (aanvankelijk Rutten, wiens tekst in de laatste drukken door Hartkamp gehandhaafd is) geen afstand kan doen van de wilsovereenstemming als grondslag van de overeenkomst en nog steeds de gehele problematiek vanuit die gezichtshoek beziet.

Een complicerende faktor is hier, dat dit onderdeel van Boek 6 tot de slechtst geredigeerde behoort. Het hinken op verschillende gedachten doet een tekst nooit goed, zo ook hier. Voeg daaraan toe de problematische artt. 3:33 v., waar verouderde dogmatiek al tot kritische commentaren geleid heeft, dan is het palet

§1. ALGEMENE INLEIDING

wel compleet. ‘Een beetje chaos is niet zo erg’, zei een minister van Justitie eens in de Kamer. Bij het onderhavige onderwerp is dat nog maar de vraag.

2. Grondslagen van de overeenkomst

Alvorens nader op deze materie in te gaan, eerst nog enkele opmerkingen over de grondslagen van de overeenkomst. Rutten heeft in zijn handboek in de Asser-serie (gehandhaafd door Hartkamp) hier de werking van drie beginselen aangenomen, die ‘rechtstheoretisch zorgvuldig van elkaar onderscheiden moeten worden’. Dit zijn:

1. het consensualisme;
2. de verbindende kracht van de overeenkomst;
3. de contractsvrijheid.³

Curieus is, wat betreft het strikte onderscheid dat aangehouden moet worden, dat de auteur vrijwel in één adem zegt dat deze drie beginselen ‘zó nauw met elkaar verweven zijn’ dat het voor een juist begrip noodzakelijk is ze gezamenlijk te behandelen. Bij een rechtgeaarde lezer behoort dit al achterdocht te wekken. Dit stuk dogmatiek behoort dan ook tot een methode van denken uit de jaren vijftig, die toen al sterk verouderd was, indien men deze naast de rechtsvisie van de grote civilisten van voor de oorlog legt, zoals Suijling, Paul Scholten, J.C. van Oven en Eggens. Dat geldt ook voor de uitwerking die Rutten daaraan geeft ten aanzien van het begrip consensus en de rechtshandeling in het algemeen, zoals wij aanstonds zullen zien.

Allereerst een verklaring wat onder de drie beginselen verstaan wordt. Het eerste houdt in dat overeenkomsten in de regel niet formeel, maar consensueel worden aangegaan, dat wil zeggen dat zij door enkele wilsovereenstemming (consensus) van partijen tot stand komen. Hartkamp heeft hierbij een verwijzing naar art. 3:37 lid 1 toegevoegd. Men ziet hierin een merkwaardige combinatie van twee gedachten: ten eerste dat in beginsel geen vormvereisten gelden voor het tot stand brengen van een overeenkomst; dat was onder oude rechtssystemen, zoals het Romeinse, anders, tot het ‘nudum pactum’ doorbrak, het ‘blote contract’, waarvoor geen eedsaflegging nodig was. De tweede gedachte is, dat *dus* het vereiste van wilsovereenstemming of consensus geldt, als enige. Nu is dat, rechtstheoretisch, een mooi voorbeeld van een *petitio principii*, een ‘begging the question’: het is immers de vraag of consensus wel de grondslag van de overeenkomst is. In de vorige eeuw was dit tot ongeveer 1875 een gangbare opvatting, die echter daarna in toenemende mate, hier en elders, bestreden werd. Naar huidig recht kan men in ieder geval niet zonder nadere argumentatie van de consensus-grondslag uitgaan.

Het tweede beginsel, de verbindende kracht van de overeenkomst, vond in het oude wetboek uitdrukking in art. 1374: ‘de overeenkomst strekt partijen tot wet’. In het huidige wetboek is dit verscholen in art. 6:248 lid 1, ‘de overeenkomst heeft ... de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen’. Tenslotte het beginsel van de contractsvrijheid, dat houdt in dat partijen vrij zijn een overeenkomst aan te gaan, zowel wat de wederpartij, de vorm als de inhoud

3. Asser-Hartkamp II, nr 34 v. Vgl. Asser-Rutten II, 3e dr., 1968, p. 23 v. (zie ook al: 1e dr. 1952). De teksten zijn vrijwel identiek, met toevoeging van recente wetsartikelen en literatuur.

1. DE OVEREENKOMST

betreft. Met enige goede wil is dit beginsel in de daarnet genoemde artikelen van het oude en het nieuwe wetboek te lezen, maar het is eigenlijk niet uitdrukkelijk in de wet neergelegd, maar als beginsel door de wetgever voorondersteld.

Rutten/Hartkamp verklaren het dogmatische onderscheid tussen de drie beginselen, door te stellen dat het consensualisme het *tot stand komen* van de overeenkomst betreft, het beginsel van de verbindende kracht het *gevolg*, en het beginsel van contractsvrijheid vooral de *inhoud* van de overeenkomst. Deze stelling is niet slechts cosmetisch bedoeld, er wordt 'verwarring gesticht' door het niet uiteen houden van de grondslag *van de overeenkomst* enerzijds, en de grondslag *van de verbindende kracht* van de overeenkomst anderzijds (nr. 36). Daarbij worden Nieuwenhuis en schrijver dezes opgevoerd als auteurs die dit helaas uit het oog verloren hebben (evenals Paul Scholten, waarop ik mij beroepen had). In dat laatste geval zou immers sprake zijn van binding aan een overeenkomst die al rechtsgeldig tot stand gekomen is, iets heel anders dus, volgens Rutten/Hartkamp.

Ik houd mijn commentaar hierop nog even aan. Van belang is, dat Rutten/Hartkamp direkt op de aangehaalde passage de opmerking laten volgen, dat het 'uiterst moeilijk blijkt de grondslag der verbindende kracht der overeenkomst met juistheid aan te wijzen'. Zij komen niet verder dan de constatering dat de trouw aan het gegeven woord 'een eis der natuurlijke rede' is. Onvermeld blijft, dat nu juist de schrijvers die sinds 1875 tot de dag van vandaag in West-Europa de consensusleer bestreden hebben zich met name beroepen op het gebonden zijn aan het gegeven woord, 'belofte maakt schuld'. Deze stroming is rond de eeuwwisseling bekend geworden als de *vertrouwensleer*, ter vervanging van de wilsleer. Of zoals Eggens het later in een beroemd artikel uit 1949 noemde: 'een man een man, een woord een woord' (met in deze tijd, excuses aan de vrouwelijke lezers).⁴ Er is derhalve wel degelijk een alternatief, al geruime tijd zelfs. Ik kom dadelijk nog op deze materie terug.

Nog een enkel woord over de contractsvrijheid. Dit beginsel betreft, anders dan Rutten/Hartkamp doen voorkomen, niet hoofdzakelijk de inhoud van het contract, maar vooral ook de vrijheid om te contracteren met wie men wil, en in de vorm die men verkiest. Men kan een contract sluiten op een oude envelop, een sigarendoos, een strookje krant of zelfs louter in gesproken woord, met lucht dus. *Anything goes*. Een minstens zo belangrijk onderdeel van het beginsel, in deze jachtige tijden geldt bij contractsvrijheid: 'Vrijheid, blijheid?' Het kost weinig fantasie om te bedenken dat dit te mooi is om waar te zijn. Dat houdt verband met het begrip 'vrijheid', dat in theorie en praktijk een moeizaam begrip is, en sterk afhankelijk van de maatschappelijke opvattingen van de persoon in kwestie die de vrijheid geniet of van de samenleving die de vrijheid meent te moeten beperken. Men sla er de krant maar op na, iedere dag. De beschouwingen van filosofen als Kant en Hegel vormen het beginpunt van vele rechtsfilosofische verhandelingen, die respectievelijk de meer liberale en de

4. Eggens' opstel verscheen - niet toevallig - in een bundel opgedragen aan zijn leermeester Suijling, 1949, zie: J.Eggens, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen II*, 1959, p.200. In dit artikel wordt de denkwereld waarop op Rutten en Hartkamp zich baseren bestreden, die gebaseerd is op de visie van Meijers en Van der Heijden ('toerekenbare schijn' van wil). Het wekt geen verbazing dat de recensie van de eerste druk van Asser-Rutten (1952) door Eggens heel kritisch uitvalt, zonder dat dit de auteur overigens beïnvloed heeft, vgl. *WPNR* 4294 (1953).

§1. ALGEMENE INLEIDING

meer sociaal-democratische maatschappij-opvattingen weerspiegelen, waarbij de ontwikkeling van de mens in zijn persoonlijkheid en waardigheid voorop staan. Het résidu hiervan is, dat ‘vrijheid’ slechts als ‘vrijheid *in gebondenheid*’ gezien kan worden, waarbij de meningen verdeeld zijn wat die gebondenheid inhoudt. Het is hier niet de plaats om dit thema uit te werken, wij komen er nog gedeeltelijk op terug bij de behandeling van de standaardvoorwaarden; vrijheid heeft ook te maken met vrij onderhandelen over de inhoud van de overeenkomst, hetgeen een steeds zeldzamer voorkomend fenomeen in de praktijk is. De invloed van de overheid is op dit gebied (waar niet?) groeiende, ook in internationaal verband.⁵

Dat dit geen ontwikkeling van de laatste tijd is, bewijzen uitspraken van de ontwerpers van de Code civil, het model voor ons oude BW, in een tijd die als de bloeiperiode van de contractsvrijheid bekend staat, in de schaduw van de franse revolutie. In de *Discours préliminaire* wordt over contractsvrijheid opgemerkt: ‘La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes moeurs, par l’utilité publique’ (1800, p. LX). De aartsvader van het CC, Portalis, had betoogd: ‘La vraie liberté consiste dans une sage composition des droits et des pouvoirs individuels avec le bien commun’. Een tekst die de tand destijds goed doorstaan heeft.⁶

De conclusie dat ‘vrijheid’ in het recht slechts een beperkt begrip is, heeft een spiegelbeeld in de constatering dat ‘gebondenheid’ ook slechts beperkt opgevat kan worden. Men is aan zijn woord gebonden, maar in redelijkheid. ‘A l’impossible nul est tenu’, men kan niet het onmogelijke van iemand vergen. Dat geldt niet alleen het fysiek onmogelijke, maar ook hetgeen moreel ontoelaatbaar is of naar redelijkheid niet te vergen is, niet ‘zumutbar’ is, zoals de Duitsers dat noemen. Het beginsel van gebondenheid aan het overeengekomene, doorgaans in het romeinse adagium *pacta sunt servanda* gehuld (contracten moeten nagekomen worden, zaken zijn zaken), kent dus ook zijn grenzen. Van oudsher hebben contractanten zich te houden aan hetgeen geëist wordt door de wet, openbare orde en goede zeden (art. 3:40 BW, zie ook het citaat van de ontwerpers CC, dat tot de artt.1371 en 1373 oud BW geleid heeft). Van groter belang is nog het vereiste dat een overeenkomst conform de goede trouw dient te zijn, de redelijkheid en billijkheid, zoals de huidige wetgever het doorgaans noemt (art. 6:248 lid 2, vgl. ook 6:2 BW). In het oude recht was dit neergelegd in de artt. 1374 en 1375 BW. Wij stuiten hierbij op een verschil in benadering; de rechtstreekse werking van de goede trouw bij de vaststelling van de inhoud van de overeenkomst, het stelsel van het oude BW en de doctrine, en de zgn. derogerende werking van de goede trouw van het huidige wetboek, in het verleden door enkele schrijvers bepleit. Wij komen later nog uitvoeriger op deze materie terug, onder meer bij de uitleg van overeenkomsten, maar op deze plaats is voornamelijk van belang het inzicht dat de gebondenheid aan het overeengekomene haar grenzen in de eisen van goede trouw vindt.

5. Voor de vraag of contractsvrijheid een grondrecht is, en de verhouding tot het EVRM, zie Asser-Hartkamp II, nr 45a v., waarbij ook de horizontale werking en de botsing van grondrechten ter sprake komt.

6. Zie verder voor dit onderwerp, Asser-Hartkamp II, nr 39 v., waaraan beide citaten ontleend zijn. Rutten/Hartkamp hebben echter die visie niet verwerkt in hun standpunt, anders dan bijv. bij Telders en Eggens het geval is.

1. DE OVEREENKOMST

Wij hebben hier te maken met een bekende controverse in het contractenrecht, die op allerlei terreinen de kop opsteekt; behalve de uitleg kan nog genoemd worden: wanprestatie, overmacht en veranderde omstandigheden. De kern hiervan is goed duidelijk te maken aan het standpunt van twee schrijvers, J.C. van Oven ('de Oude' Van Oven) en Nieuwenhuis. Van Oven, met Telders behorend tot de normatieve vleugel van de Leidse fakulteit, had in 1926 de uitspraak gedaan 'dat wat uitdrukkelijk overeengekomen werd niet onmiddellijk, doch slechts indirekt, van belang is als bron der verbintenis: men is niet gebonden aan wat men overeengekomen is, maar aan datgene wat de goede trouw eist naar aanleiding van het overeengekomene'. In 1953 zegt hij het nog bondiger: 'alle overeenkomsten binden tot hetgeen de goede trouw meebrengt in verband met of op de grondslag van het uitdrukkelijk bepaalde'. Een tegenovergesteld standpunt neemt Nieuwenhuis in zijn dissertatie van 1979 in: 'Partijen zijn niet aan hun overeenkomst gebonden, omdat en voorzover dit redelijk is, maar hun gebondenheid is redelijk, omdat en voorzover het *hun* overeenkomst is'.⁷ Een variant dus op het *pacta sunt servanda*; als partijen eenmaal een overeenkomst gesloten hebben, zitten zij eraan vast, je kunt hoogstens de vraag stellen of zij wel op rechtsgeldige wijze die overeenkomst gesloten hebben. Deze benadering vertoont overeenkomsten met de visie van John Rawls, die in zijn *Theory of Justice* (1971) de waarborg van rechtvaardigheid zoekt in het *proces* waarin een beslissing tot standgekomen is, en niet zozeer in de *inhoud* van die beslissing. Het is een Kantiaanse benadering die in onze tijd tot neo-positivisme kan leiden, het gebruik van het syllogisme bij de rechtsvinding inclus.⁸

In mijn opvatting is dit geen aantrekkelijk model voor de rechtsvinding; het geeft bovendien geen goede weergave van de methode van rechtsvinding die in vele standaardarresten door de hoge raad gehanteerd wordt. Het kenmerk daarvan is - wij zullen daar nog vele voorbeelden van tegenkomen - dat de rechtsnorm in de confrontatie met de feiten van het geval haar inhoud krijgt, geconcretiseerd wordt in de beslissing zelf.⁹ Dat ligt zelfs voor de hand indien een zogenaamde 'open norm' in het geding is (goede trouw, bijvoorbeeld), maar is eveneens het geval een rechtsregel toegepast wordt (inzake overmacht,

7. Voor vindplaatsen, zie mijn recensie van Nieuwenhuis' diss. *Drie beginselen van contractenrecht*, Leiden 1979, in *WPNR* 5524/25 (1980), sub 9; ook opgenomen in mijn *Dialektiek R. en R., Serie Rechtsvinding, Deel 1b*, 1984, p. 49. Zie ook Van Ovens bespreking van Boek 6 in *WPNR* 4279 (1962), door mij aan de orde gesteld in *WPNR* 5371 (1976). In zijn diss. verwerpt Nieuwenhuis overigens de door Rutten aangehangen beginselen van consensualisme en contractsvrijheid, en vervangt deze door het 'autonomiebeginsel' (naast het 'vertrouwensbeginsel' en het 'causabeginsel'). Verder ziet hij het contracteren als 'taalhandeling'. Vgl., in kritische zin, Ruttens recensie in *RmTh* 1980, p. 191.

8. Nieuwenhuis heeft dan ook een pleidooi voor het syllogisme gehouden, dat al enige tijd uit de gratie was in de rechtsvindingsliteratuur, vgl. zijn artikel in *RmTh* 1976, p. 494. Het syllogisme is de logische figuur waarbij van een *maior*, *minor* en *conclusio* uitgegaan wordt, bijv.: 1. 'bezit geldt als volkomen titel'; 2. 'Piet bezit een boek'; 3. 'het bezit van Piet van het boek geldt als volkomen titel'. Rechtsnorm, feiten, beslissing. Een tegengestelde visie is die van Telders, die het syllogisme als *pia fraus* zag, als vroom bedrog, en niet essentieel voor de rechtsvinding.

9. Zie voor deze materie mijn genoemde recensie, en andere beschouwingen opgenomen in *Dialektiek R. en R., Deel 1a en Deel 1c*.

§1. ALGEMENE INLEIDING

bijvoorbeeld). In het verbintenissenrecht is het veelal zo dat men de regels pas leert kennen door de toepassingen in de jurisprudentie, vandaar dat in dit boek zo'n grote plaats ingeruimd wordt voor een bespreking van de rechtspraak met betrekking tot de behandelde onderwerpen. Zoals de Romeinen al zeiden: *ius in causa positum*, het recht ligt in het voorliggende geval besloten. Maar ook dit uitgangspunt houdt de geesten verdeeld; voor de één is dit een grote wijsheid, voor de ander een vloek: 'omstandighedenrecht', waardoor de rechtszekerheid in gevaar komt. In twee oraties uit het einde van de vorige eeuw kwam deze scheiding der geesten aardig naar voren; de ene had als titel: *Door de regel tot het recht*, de andere: *Door het recht tot de regel*. Het probleem is zo oud als de weg naar Rome.¹⁰

Er zijn weinig regels of standpunten waarop geen correcties aangebracht worden, zo ook met de gebondenheid aan het overeengekomene. In extreme gevallen leiden derhalve beide wegen naar Rome, aangezien de *pacta sunt servanda*-aanhangers een beroep op de derogerende werking van de goede trouw toelaten, zodat het resultaat hetzelfde is dat de andere stroming bereikte door de gebondenheid rechtstreeks aan dat beginsel te verbinden (Van Oven, c.s.). Eind goed, al goed?

Wij zullen deze discussie nog op allerlei terreinen tegenkomen, vandaar dat ik er hier, bij de algemene beschouwingen over het contractenrecht, bij stil sta. In de praktijk lopen de wegen vaak uiteen, met processen tot de hoge raad als gevolg. De reden hiervan is, dat men van mening kan verschillen wat een extreem geval is. Wanneer wijkt het 'een man een man, een woord een woord' voor een afwijken van dat gegeven woord op grond van de billijkheid? Het belang van de visie van Van Oven c.s. is, dat men al direkt bij de vaststelling wat het gegeven woord inhoudt dit aan de hand van redelijkheid en billijkheid doet. De kans op ontsporingen, het hangen aan de letter van het contract, wordt aldus verkleind.¹¹

Ik zou nog terugkomen op de kwestie van het onderscheid dat Rutten/Hartkamp maken tussen de grondslag van de overeenkomst en de verbindende kracht van de overeenkomst. In mijn opvatting, mede gebaseerd op de visie van Scholten en Van Oven c.s., is voor dat onderscheid geen plaats, aangezien beide vragen beheerst worden door de vertrouwensleer. Het gegeven woord, de belofte, heeft ten aanzien van de totstandkoming van de overeenkomst, een soortgelijke functie als met betrekking tot de vaststelling van de omvang van de gebondenheid van partijen: de inhoud van hun contract dat het rechtsgevolg van het contracteren is. De vraag naar het *gebonden* zijn tegenover de ander, en de vraag *waartoe* men gebonden is, hebben niet alleen dezelfde grondslag maar gaan ook in elkaar over. Zij vormen één organisch geheel. Het betreft steeds een gebondenheid die bepaald wordt door hetgeen de goede trouw in het concrete geval eist.

10. Vgl. ook een dergelijke tegenstelling tussen Wolfsbergen en J. Drion m.b.t. de onrechtmatige daad, zie Deel 2, Hfdst. 10, § 2, nr 1.

11. Hierbij dient men te bedenken dat een goed jurist met elke theorie, hoe krakkemikkig ook, wel tot een aanvaardbaar resultaat kan komen, zoals een handig knutselaar ook met een nijptang een spijker kan inslaan. Maar men moet ook de middelmatige jurist in gedachten houden - de zessen en zevens, zoals Van Schellen dat eens noemde - en voorkomen dat zij brokken maken, d.w.z. door een aanvechtbare theorie op het verkeerde been gezet worden.

1. DE OVEREENKOMST

De uitwerking hiervan houd ik nog even aan (zie onder, nr 4); eerst moeten nog enkele algemene zaken besproken worden.

3. *De indeling van obligatore overeenkomsten*

Al in de oudheid zijn er onderscheidingen tussen overeenkomsten aangebracht, met name door de Romeinen, de erflaters van ons privaatrecht, die vandaag de dag nog gangbaar zijn. Het is een veelheid aan onderscheidingen, samenhangend met de verschillende aspecten van deze kaleidoskopische rechtsfiguur. Zoals zo vaak, is het nut van de indelingen in groepen en typen contracten betrekkelijk, zoals dat bij mensen ook het geval is. Niettemin is het zaak om van het juridisch spraakgebruik op de hoogte te zijn, terwijl het de geest scherpt om na te gaan of een oud onderscheid naar huidige inzichten nog zin heeft. In het nieuwe BW heeft men soms een oude onderscheiding laten vallen, vaak ook niet. Hier zal volstaan worden met een kort overzicht; voor een uitvoeriger bespreking wordt verwezen naar Asser-Hartkamp II, nrs 46-76.

a. Obligatore en niet-obligatore overeenkomsten

Dit onderscheid kwam al eerder ter sprake; als voorbeelden van niet-obligatore overeenkomsten werden genoemd: familierechtelijke, zakelijke, procesrechtelijke (bewijs-) en publiekrechtelijke overeenkomsten. Het gaat hier om meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen waarop via de schakelbepaling art. 6:216 BW de regels van obligatore overeenkomsten van toepassing zijn, voorzover de aard van de rechtshandeling zich daartegen niet verzet.

b. Consensuele, formele en reële overeenkomsten

Ook dit onderscheid kwam grotendeels al aan de orde, toen het beginsel van de contractsvrijheid in de zin van vormvrijheid besproken werd. De redenen die de wetgever vanouds heeft om vormvereisten te stellen (meestal het opstellen van een akte, soms zelfs notariële akte) zijn doorgaans het bevorderen van de rechtszekerheid of het beschermen van zwakke partijen. Meestal neemt de wetgever niet de moeite om na te gaan of zo'n doel bereikt wordt door het voorschrift, een tekortkoming die overigens karakteristiek is voor wetgevers. De praktijk vindt meestal wel een weg om aan het vormvoorschrift te voldoen. Een aardig voorbeeld is in het engelse recht te vinden, dat voor bepaalde rechtshandelingen al sinds de middeleeuwen het vereiste van een *deed* stelt, een formele akte, met zegel bevestigd. In de hedendaagse praktijk is dit verwaterd tot het gebruik van speciaal papier, met een voorgedrukt zegel erop, dus nauwelijks van een gewoon contract te onderscheiden.

Indien partijen zich niet aan een wettelijk vormvoorschrift houden, volgt nietigheid, tenzij de wet anders voorschrijft, vgl. art. 3:39 BW. Het kan bijvoorbeeld zijn dat het schenden van een vormvoorschrift naar de ratio van het wetsvoorschrift slechts bewijsrechtelijke gevolgen heeft (*probationis causa*). Dit is bijvoorbeeld het geval bij de oprichting van een vof (vennootschap onder firma), het opmaken van een polis bij de verzekeringsovereenkomst, en het

§1. ALGEMENE INLEIDING

opstellen van een arbitrage-overeenkomst (vgl. resp. artt. 22 K, 255 K en 1021 Rv). Er lijkt een trend te bestaan dat de wetgever minder vaak naar het vormvoorschrift grijpt; in Boek 7 van het nieuwe BW is dat althans merkbaar, in vergelijking tot het oude BW. Daarmee wordt steeds meer afstand genomen van het recht van de oudheid: in het romeinse recht was het uitgangspunt dat een overeenkomst aan formele vereisten onderworpen was, met uitzondering van vier contracten die *ex nuda consensu* (in blote overeenstemming) tot stand kwamen, namelijk: koop, huur, maatschap en lastgeving. Het waren wel de belangrijkste contractsvormen, zeker voor een handelsnatie als het romeinse rijk (met een omvang die de EEG nog niet bereikt heeft).

De *reële overeenkomst* is eveneens van de Romeinen afkomstig: eerst met de overgave van de zaak aan de wederpartij komt de overeenkomst tot stand. De voorbeelden uit het oude BW zijn: bewaargeving (art. 1731, verplichting voor bewaarnemer om zaak terug te geven); bruikleen (art. 1777, overgave van een zaak voor gebruik om niet, met de verplichting dezelfde zaak terug te geven); verbruiklening (art. 1791, waarbij soortgelijke zaken teruggeven moeten worden); de gift van hand tot hand van roerende zaken (art. 1724). Het is al geruime tijd een omstreden vraag of reële contracten nog wel in een modern rechtssysteem thuishoren. In het nieuwe BW, Boek 7, wordt alleen de bruikleen als reëel contract opgevat¹²; de overige genoemde overeenkomsten zijn consensueel volgens het nieuwe recht, dat overigens nog niet ingevoerd is. Slechts de titel bewaarneming (7.9) is in 1992 met de Boeken 3, 5 en 6 in werking getreden (in het oude BW werd van 'bewaargeving' gesproken).

De vraag hoe een reëel contract precies tot stand komt heeft in de literatuur tot hoofdbrekens geleid; met name werd als probleem gezien, de verhouding tussen de wilsovereenstemming van partijen en de daarop volgende overgave van de zaak, het reële element van de handeling, bijvoorbeeld bij een verbruikleenovereenkomst. Rutten/Hartkamp nemen een vrij extreem standpunt in, waarbij zij uitgaan van een subjectief gekleurde wilsovereenstemming: er zijn twee elementen, de consensus en de overgave. Bij dat laatste moet de bedoeling aanwezig zijn dat de overgave plaats vindt ingevolge de gemaakte afspraak.¹³ Hierbij verwerpen zij de opvatting van Losecaat Vermeer (een eerdere bewerker van het Asser-deel, en raadsheer in de hoge raad) en Suijling. Ten onrechte naar mijn mening; deze schrijvers gingen ervan uit dat met de overgave van het geld, waartoe bij overeenkomst een verplichting aangegaan was, deze overeenkomst door het feit van de overgave omslaat in de overeenkomst van verbruiklening. Rutten/Hartkamp zijn zo gepreoccupeerd door de wilsleer dat zij niet kunnen aanvaarden dat het 'blote feit' van de overgave, zonder dat de strekking van die handeling naar de bedoeling van partijen een rol speelt, het ontstaan van de reële overeenkomst teweeg kan brengen. Rutten heeft overigens, consequent in de leer, ook het standpunt ingenomen dat de betalingshandeling (nakoming) gedragen wordt door de wil van de handelende in subjectieve zin, de zogenaamde *animus solvendi*. Zoals wij

12. Zie hierover, in kritische zin: O.K. Brahn, *NJB* 1983, p. 568 v. Voor verder lit. over dit onderwerp zie men Asser-Hartkamp II, nr 53 v.

13. Asser-Hartkamp II, nr 58; de tekst is van Rutten, vgl. Asser-Rutten II, 3e dr., 1968, p. 37.

1. DE OVEREENKOMST

later zullen zien, is deze opvatting door de hoge raad in de jaren zestig verworpen.¹⁴

Het verschil met de opvatting van Suijling en Losecaat Vermeer zit hierin, dat deze auteurs geen subjectief wilsbegrip aanvaarden, maar dit objectiveren, waardoor het toerekenen van de rechtshandeling geen probleem oplevert. Het feit dat Rutten/Hartkamp daartoe niet bereid zijn, is een thema dat nog herhaaldelijk zal terugkomen.

Tegen de zienswijze van Rutten/Hartkamp pleit ook het volgende. Bij de gewone, 'consensuele' overeenkomst wordt algemeen aangenomen dat deze tot stand kan komen doordat degeen tot wie het aanbod gericht is een leveringshandeling verricht, het (laten) bezorgen van de koopwaar. Hij hoeft de aanbieder niet een bericht van aanvaarding te zenden, de bezitsverschaffing voldoet. Dat laatste is ongetwijfeld een 'reëel' element in de overeenkomst. Nu is het zo, dat in de doctrine de constructie gehanteerd wordt dat uit de handeling van bezitsverschaffing (hetgeen met verzending kan beginnen) een *stilzwijgende* aanvaarding van het aanbod blijkt, maar waar het mij om gaat is te laten zien dat deze, 'normale' rechtsfiguur vlak naast die van de wat exotische figuur van het reële contract ligt. Dat maakt de vraag nog reëler, of wij wel behoefte aan die laatste figuur hebben, naar hedendaagse inzichten. In elk geval spoort de constructie die Losecaat Vermeer en Suijling ontwikkeld hebben om de reële overeenkomst te verklaren met de situatie in het gewone contractenrecht.

c. Benoemde en onbenoemde contracten

Dit onderscheid is eveneens heel oud: met de term 'benoemd' wordt bedoeld 'in de wet behandeld'. Dat gold voor veel voorkomende overeenkomsten, die van zo'n maatschappelijk belang geacht werden dat de wetgever in een regeling voorzag. Tegenwoordig wordt meer van 'bijzondere overeenkomsten' gesproken, vgl. art. 6:215 BW en het opschrift van Boek 7.

Nu kan het voorkomen - leve de contractsvrijheid! - dat een overeenkomst kenmerken vertoont van meer dan één benoemde, dus in de wet geregelde, overeenkomst. Huur en koop heeft al tot 'huurkoop' geleid, en een wettelijke regeling daarvan, maar er zijn veel meer varianten. De combinatie kan tamelijk los zijn, zoals een aan huur verbonden koop-optie. Maar als wij van 'gemengde contracten' spreken, moet er echt van een meng-verhouding sprake zijn. Bijvoorbeeld een arbeidsovereenkomst met gebruik van een auto 'van de zaak', of van een dienstwoning. Of andersom, de huur van een huis met de verplichting om een bejaarde inwonende dame te verzorgen, de moeder van de verhuurder. Of, weer een variant, de koop van een huis, met de verplichting de moeder van de verkoper tot haar dood onderdak te verschaffen (in huur of om niet). Hierbij geldt, dat de praktijk grilliger is dan iedere fantasie.

De vraag kan zich hierbij voordoen, onder welke wettelijke regeling zo'n gemengd contract valt, een vraag die van belang kan zijn indien één van de in aanmerking komende benoemde contracten een regeling kent ter bescherming van een contractspartij (denk aan huurbescherming, bijvoorbeeld). Deze vraag heeft generaties van juristen bezig gehouden, hetgeen - niet echt een verrassing - tot drie theorieën geleid heeft. De *absorptie*-theorie, het woord zegt het al, houdt

14. Zie Hfdst. 7, Betaling (nakoming).

§1. ALGEMENE INLEIDING

in dat één van de contractstypen overheersend is, met het gevolg dat de regels van dat type contract toegepast moeten worden. Volgens de *cumulatie-* (of: *combinatie-*)theorie moeten de regels van de betreffende contracten in beginsel naast elkaar toegepast worden. Tenslotte wordt in de *sui generis*-theorie ('een soort op zich') een gemengd contract als een onbenoemde overeenkomst gezien, waarop regels van benoemde contracten eventueel analogisch van toepassing kunnen zijn. Al deze theorieën hebben hun voor en tegen, maar het zal toch van het concrete geval afhangen wat men met een bepaald gemengd contract aan moet, in relatie tot de strekking van een bepaalde wettelijke regel die zich aandient.

In het huidige wetboek wordt in art. 6:215 op het oog gekozen voor de cumulatie-leer, doch in het slot van het artikel wordt de deur open gelaten voor een *sui generis*-benadering: 'behoudens voor zover deze bepalingen niet wel verenigbaar zijn of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet'. Het ziet er naar uit dat de wetgever, zoals wel meer, geen keus heeft kunnen maken, en de kerk in het midden houdt. Gezien het open einde-karakter van het slot van art. 6:215, is het mij niet duidelijk hoe Hartkamp met stelligheid kan zeggen dat het vanwege de clausuleringen in de slot-passage verantwoord is om de regel van cumulatieve toepasselijkheid voorop te stellen. Dat zou volgens hem met name het voordeel brengen van de toepasselijkheid van dwingend recht. Ik ben benieuwd wat dit voordeel nu eigenlijk inhoudt bij de omstreden vraag naar de mogelijkheid van huurbescherming bij huur van een dienstwoning, in geval van beëindiging van de dienstbetrekking. Nu heeft de rechter in dergelijke gevallen, indien het in de gegeven omstandigheden onbillijk zou zijn tegenover de werkgever-verhuurder om de werknemer-huurder na ontslag een beroep op huurbescherming toe te kennen, dat beroep in strijd met de goede trouw geacht.¹⁵ Gelukkig is er altijd dat overkoepelende beginsel dat richting kan geven bij moeilijke vragen. Het lijkt een omweg om het doel te bereiken, maar men dient te bedenken dat het opereren met de 'strekking' van een wetsbepaling en de 'aard van de overeenkomst' steeds met behulp van de redelijkheid moet gebeuren, hetgeen ook een verschijningsvorm van het beginsel van de goede trouw is (alias redelijkheid en billijkheid, de term die de voorkeur van de huidige wetgever heeft).

Tot besluit een overzicht van de benoemde overeenkomsten. Ze zijn in Boek 7, *Bijzondere overeenkomsten*, geregeld, dat echter nog maar zeer ten dele ingevoerd is: alleen de titels koop en ruil, huur, opdracht, bewaarneming, borgtocht en vaststellingsovereenkomst. Op de overige benoemde contracten is derhalve het oude BW nog van toepassing, c.q. het WvK. Ze zijn voor de interimperiode opgenomen in het tijdelijke Boek 7A, *Bijzondere overeenkomsten, vervolg*.

Er is allereerst een aantal benoemde overeenkomsten dat betrekking heeft op goederen:

15. Zie HR 8 maart 1968, NJ 142, nt GJS, *Erica - Koning* Vgl. ook HR 4 juni 1976, NJ 1977, 40, nt PZ, *Neervoort - Hokatex*. Voor verdere lit. over de verhouding arbeidsovereenkomst-huurovereenkomst zie men Asser-Hartkamp II, nr 50 v.; Asser-Abas, nr 264; Asser, *Bijz. overeenkomsten* III, nrs 25 v., 288.

1. DE OVEREENKOMST

koop (Titel 7.1; artt. 1493-1576x oud BW); de koop op afbetaling en de huurkoop vindt men in afdeling 7.1.11;
ruil (afd. 7.1.12; artt. 1577-1582 oud BW);
verbruikleen (Titel 7.2; artt. 1791-1806 BW); met betrekking tot geld en roerende zaken;
schenking (Titel 7.3; artt. 1703-1730 BW);
huur (Titel 7.4; artt. 1584-1636b);
pacht (Titel 7,5; Pachtwet);
bruikleen (Titel 7.6; artt. 1777-1790 BW).

Benoemde overeenkomsten die werkzaamheden tot onderwerp hebben, zijn:
opdracht (Titel 7.7; artt. 1637, 1829-1856 oud BW); een species hiervan is de *lastgeving* (Titel 7.7, Afd. 2); het oude BW kende de 'overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten', art. 1637, naast de lastgeving, art. 1829 v.; en verder: de bemiddelingsovereenkomst (Afd. 3), agentuurovereenkomst (Afd. 4), overeenkomst inzake geneeskundige behandeling (Afd. 5), reisovereenkomst (Titel 7A).

uitgave van werken (Titel 7.8); onbekend naar oud BW;
bewaarneming (Titel 7.9; artt. 1731-1776 oud BW, bewaargeving);
arbeidsovereenkomst (Titel 7.10; artt. 1637a-1639dd oud BW);
aanneming van werk (Titel 7.12; artt. 1640-1652 BW);
vennootschap (Titel 7.13; artt. 1655-1689 BW, maatschap); openbare en stille vennootschap;
vervoersovereenkomst (Boek 8, Titel 8.2, 8.5, 8.10 en 8.13; artt. 466-533ij oud WvK).

Overige benoemde overeenkomsten zijn:

borgtocht (Titel 7.14; artt 1857-1987 oud BW);
vaststellingsovereenkomst (Titel 7.15; artt. 1888-1901 BW); naar oud BW is de *dading* geregeld, en niet de vaststellingsovereenkomst als zodanig;
kansspelen en andere spelen (Titel 7.16; artt. 1811, 1825-1828 BW);
verzekering (Titel 7.17; artt. 246-308 WvK).

Verder worden in Boek 7 geregeld: *lijfrente* (Titel 7.18; artt. 1812-1824), *wissels en orderbriefjes* (Titel 7.19; artt. 100-177 WvK) en *cheques* (Titel 7.20; artt. 178-229k WvK).

d. Wederkerige en eenzijdige overeenkomsten

Zoals wij zagen, is de vraag gerechtigd of er behoefte is aan de figuur van de reële overeenkomst in het moderne recht; een soortgelijke aarzeling is op zijn plaats bij het onderhavige onderscheid: wederkerig - eenzijdig. Dat onderscheid gaat namelijk alleen op indien men zich beperkt tot hoofdverbintenissen; zodra men de nevenverbintenissen erbij betreft, blijft er niets van het eenzijdige karakter van een overeenkomst over, bijvoorbeeld *bruiklening*.¹⁶ Het onderscheid stamt uit een tijd waarin men nog geen oog had voor dergelijke bijkomende verplichtingen; deze zijn meestal gericht op het mogelijk maken van de prestatie of het in goede staat houden van het voorwerp van prestatie, de in

16. Voor de figuur van nevenverbintenissen, zie onder, § 4, nr 4; § 8, nr 2.

§1. ALGEMENE INLEIDING

bewaring genomen of geleende zaak. Natuurlijk kan er groot verschil zijn wat de verplichtingen van partijen bij een ‘eenzijdige’ overeenkomst betreft, maar dat komt ook bij gewone, ‘wederkerige’ overeenkomsten voor. De regel dat er een redelijke verhouding tussen prestaties moet bestaan, dat wil zeggen, er geen wanverhouding mag bestaan, is al in het oude BW verworpen (de zgn. *laesio enormis* uit het romeinse recht). Je mag een landgoed voor € 1,- verkopen, meestal aan de overheid of een stichting, die er dan leuke dingen voor de mensen mee mag gaan doen. Ik zei het al in mijn proefschrift: de eenzijdige overeenkomst is een achterhaald begrip.¹⁷

De wederkerigheid van de overeenkomst, deftiger gezegd: het synallagmatische karakter, is in mijn optiek het kenmerk van iedere overeenkomst, is een oeroud begrip. Partijen binden zich tegenover elkaar in de ‘voor wat, hoort wat’ sfeer, of zoals het op het schoolplein heette: ‘gelijk oversteken’, twee stuiters tegen zes kniekers. Dat element van ruil zit heel diep in het contract verborgen, vandaar ook de verontwaardiging, vaak heel emotioneel, als de andere partij zich niet aan zijn toezegging houdt: ‘afpraak is afspraak’, ‘beloofd is beloofd’. Niet alleen dat dit psychologisch diep zit - partijen gaan vaak hierover procederen terwijl dit rationeel of commercieel volstrekt onverantwoord is, om zijn gram te halen - ook historisch gaat het heel ver terug. De Romeinen kenden al het *do ut des*, ‘ik geef opdat jij geeft’. In de oude contracten uit Egypte en Mesopotamië die aan het begin van dit hoofdstuk ten tonele kwamen, was de wederkerigheid de kern van de transactie, die ook met de harmonie van de handeling te maken had, met symmetrie en evenwicht, zoals het hele rechtssysteem in die tijd een combinatie was van rechtvaardigheid en rechtsorde (regelmaat). Een prestatie is naar oud-egyptisch recht dan ook slechts rechtsgeldig indien er een tegenprestatie tegenover staat.

Het ruil karakter dat aan het contractenrecht ten grondslag ligt is de kracht van deze rechtsfiguur, van de oudheid tot nu toe: de één heeft iets dat de ander niet heeft, en vice versa. De één heeft een beetje geld, de andere leuke spullen; de één is nogal sterk of slim, de ander heeft werk dat gedaan moet worden waar hij wat voor over heeft. Heel idyllisch, maar na de zondeval zag alles er wat anders uit. Alle hier genoemde dingen zijn relatief: geld, zaken, werk, daar kun je heel verschillend over denken, vooral na afloop van de *deal*. De tragiek van de overeenkomst ligt besloten in de kinderwijsheid: ‘als twee ruilen, moet er één huilen’, een adagium dat een rechtsgeleerde auteur eens op de kunstkoop van toepassing verklaard heeft (H. Drion, ten onrechte overigens: kunst is enerzijds een zaak van Wetenschap en cultuur, anderzijds gewoon ‘business’). Niet alleen dat de ene helft van de mensheid bezig is de andere helft beet te nemen - Darwin had voor zijn befaamde typering van de evolutie, ‘the survival of the fittest’, eigenlijk niet de dieren hoeven te bestuderen - de waarde die men aan dingen hecht is zeer betrekkelijk, en het oordeel daarover aan verandering onderhevig. Dat kan al het geval zijn bij een contract dat in de tijd beperkt is (ook wat de onderhandelingen betreft), maar dat is vaak nog sterker het geval wanneer een contract zich over een lange periode uitstrekt, een zogenaamde duurovereenkomst. Op dat terrein is het probleem van de aanpassing van contracten aan gewijzigde omstandigheden of inzichten een bekend vraagstuk.¹⁸

17. Zie ook nog onder, § 8, nr 1 v.

18. Voor die materie, zie Hfdst. 6, § 4.

1. DE OVEREENKOMST

Gezien al deze problemen die zich bij contracten kunnen voordoen lijkt het een wonder dat het zo vaak goed gaat. Dat is in de eerste plaats te danken aan het soepele instrument bij de uitleg en uitvoering van overeenkomsten, de goede trouw alias redelijkheid en billijkheid. Partijen moeten er in redelijkheid zien uit te komen, en zo gaat dat meestal ook, zo lang redelijke mensen in de meerderheid zijn en het recht die instelling steunt. Maar als de belangen die in het geding zijn groot zijn, is het verleidelijk om die redelijkheid naar de achtergrond te schuiven. Het is geen toeval dat de meeste procedures over uitleg van contracten (in combinatie met de uitvoering ervan) door de curator of bewindvoerder van een bedrijf gevoerd worden dat het loodje gelegd heeft: men heeft niets meer te verliezen. In het normale geval heeft men de wederpartij nog nodig, voor de verdere uitvoering van het contract, of voor het verkrijgen van nieuwe contracten in de toekomst. Hier geldt de volkswijsheid: 'je moet de hand die je voedt niet bijten'. Redelijkheid is meestal gebaseerd op commercieel inzicht, 'gevoel voor handel' (vandaar dat het recht in handelssteden er anders uitziet dan in andere steden, vooral ook wat het procesrecht betreft; het 'Rotterdams procesrecht' is al meer dan een halve eeuw een begrip). Een andere wijsheid is, dat het 'je gelijk halen' door de andere partij het vel over de oren te halen op de duur zich tegen je keert. De ander zint dan om wraak, en pakt je terug, òf in het zelfde contract door op verborgen plaatsen werk van mindere kwaliteit te leveren, òf door in een volgend contract zijn verlies goed te maken. Ook hier ziet men een combinatie van een emotionele en een commerciële reactie, contracteren blijft mensenwerk. Verder geldt in het algemeen bij disputen om een contract het engelse adagium dat *penny wise, pound foolish* kan zijn. Niet alleen is eigen tijd duur, het kan nog duurder worden en zelfs astronomische bedragen vergen als men de zaak juridisch gaat uitvechten. 'Wie pleit om een koe, legt er één op toe', vaak is dat er meer dan één. Voeg daaraan toe, de onderbezetting en overbelasting van de rechterlijke instanties - de wachttijd op de uitspraak van een vonnis of arrest van een jaar is al geen uitzondering meer bij rechtbanken en hoven in het westen van het land, zodat ook daardoor geschillen in de kiem gesmoord kunnen worden, of tot een schikking kunnen leiden, met geven en nemen.

Deze uiteenzetting is niet uitsluitend bedoeld om de overeenkomst in een maatschappelijk kader te plaatsen - het recht is tenslotte een maatschappijwetenschap - maar ook om de jurist in te scherpen dat hij bij het opstellen van een contract met deze factoren rekening moet houden. Als hij dingen goed kan regelen, moet hij dat niet nalaten; dat wil echter niet zeggen dat hij de zaken op de vierkante centimeter moet vastleggen, dat roept vaak meer vragen op dan erdoor opgelost worden. Ook hier gelden verschillen in rechtsklimaat, met name tussen common law en civil law landen. Daarop zal elders nog terug gekomen worden, bij de uitleg van overeenkomsten.¹⁹ Bij *contract drafting* is het dilemma tussen soberheid en overdaad een bekend probleem, met name de vraag wat men aan 'open normen' kan overlaten. Een anekdote in dit verband is een verhaal dat ik eens van een Amerikaanse collega hoorde. Hij zat met bedrijfsjuristen in een commissie die een contract aan het ontwerpen was. Toen hij voorstelde om een belangrijk punt te voorzien van wat de Duitsers een *Generalklausel* noemen, het over te laten aan redelijkheid en

19. Hfdst. 2; vgl. ook Hfdst. 3, § 1, nr 2.

§1. ALGEMENE INLEIDING

billijkheid, waarop de rechter zou kunnen beslissen wat in het concrete geval geboden was, keken de andere hem ongelovig aan, en vroegen: 'weet je wel hoe lang het duurt voor een zaak hier in Californië bij de rechtbank op de rol gezet wordt: drie jaar!' (en dan heb je nog geen uitspraak, want dan begint de procedure pas). De commissie koos dus voor een andere oplossing, het in extenso regelen van de materie.

Een algemeen probleem bij het beroep op de redelijkheid is dat men erover kan twisten wat redelijk is in het gegeven geval. Daarvan zullen wij nog veel voorbeelden uit de rechtspraak tegenkomen. Het verschil in beleving van redelijkheid (billijkheid) in verband met de rechtsvraag die partijen verdeeld houdt, hangt sterk samen met de perceptie van de omstandigheden en het gedrag van de wederpartij. Doorgaans heeft elke partij haar eigen lezing daarvan, die op het eerste gezicht vaak 'redelijk' over komt. Dat is althans de ervaring van de rechter of arbiter die erbij geroepen wordt. Pas na diepgaande bestudering van de stukken, en zo nodig het confronteren van partijen met de visie van de wederpartij, komt boven welk standpunt meer in overeenstemming met de redelijkheid is, zoals dat naar algemene inzichten en verkeersnormen gezien kan worden.

Ook hierbij geldt dat het rechtsklimaat verschil kan maken; hiermee bedoel ik niet dat de rotterdamse balie anders is dan de haagse (hetgeen overigens wel zo is, evenals de beide rechtbanken zeer verschillend zijn in de praktijk), maar dat ook de landsaard en de rechtsgewoonten zeer verschillend kunnen zijn. Een jurist uit een angelsaksische rechtstraditie leest en interpreteert een contract heel anders dan zijn continentale vakbroeder (-zuster), men hecht in de common law traditie veel meer waarde aan de letter van het contract dan wij 'continentals' gewend zijn te doen, te goeder trouw uitleggend. Bij internationale geschillen moet men hiermee rekening houden; er valt dan heel wat uit te leggen, aan elkaar, en aan de rechter of arbiter.

e. Overeenkomsten om niet en onder bezwarende titel (om baat)

Het onderscheid tussen overeenkomsten om niet en onder bezwarende titel (om baat) is op het eerste gezicht niet erg spectaculair. In het spraakgebruik van het huidige wetboek wordt de laatste categorie overigens aangeduid met 'anders dan om niet'. Men geeft met dit onderscheid aan, dat aan de prestatie van de ene partij wel of niet verbonden is aan een tegenprestatie van de andere partij. Dat laatste mag niet bestaan uit het eenvoudigweg teruggeven van een ontvangen zaak, anders zou het verschil met 'eenzijdige' overeenkomsten wegvallen (aldus Rutten/Hartkamp). Men doet iets 'voor nop' of 'voor het gewin'. Het eerste is uitzondering, aangezien altruïsme uitzonderlijker is dan egoïsme, in de zin van het nastreven van eigenbelang. Bij een overeenkomst om baat hoeft de tegenprestatie niet gericht te zijn tot de wederpartij, het mag ook een derde betreffen.

Het onderscheid is allereerst van belang voor de toepassing van de *actio Pauliana*, art. 3:45 BW (art. 1377 *oud*), de benadeling van schuldeisers. De positie van een crediteur die verhaalsmogelijkheden ziet verdwijnen doordat zijn debiteur vermogensbestanddelen aan derden overdraagt, staat tegenover die derde aanmerkelijk sterker indien dit via rechtshandelingen om niet gebeurd is. In zo'n situatie is sprake van relatieve nietigheid: de crediteur kan bij Paulianeus

1. DE OVEREENKOMST

handelen tegenover de derde de nietigheid van de handeling invoeren. Daarbij wordt onderscheid gemaakt, wat de positie van de derde betreft, tussen handelingen om niet en om baat, zie art. 3:45.

Het onderscheid is verder van belang voor de toepassing van contractuele normen van zorgvuldigheid; het is een oude gedachte dat degenen die om niet handelt (bijvoorbeeld bewaargeving om niet) minder strenge zorgvuldigheidseisen gesteld kunnen dan degenen die dit om baat doet, voor zijn handelen een vergoeding krijgt. Dat speelt ook bij het grensgebied tussen overeenkomst en onrechtmatige daad, zoals de situatie van de lifter, een vervoersovereenkomst om niet. In de rechtspraak wordt de bestuurder in zo'n geval minder snel voor kleine verkeersfouten ('lichte schuld') jegens de passagier aansprakelijk gesteld dan wanneer het een vervoerscontract om baat zou zijn.²⁰ Kortom, als je niet betaalt voor de prestatie, kun je niet teveel eisen stellen.

Het prototype van een handeling om niet is natuurlijk de schenking. De wetgever heeft ter bescherming van de gulle gever het vormvereiste van een notariële akte gesteld, hij kan zich dan nog bezinnen op zijn handeling voordat de notaris één en ander vastlegt en daarmee effectueert (art. 7A:1719 BW; dit geldt niet voor de schenking van hand tot hand). Er zijn overigens enkele erfrechtelijke consequenties aan handelingen om niet verbonden (in verband met de legitieme portie, bijvoorbeeld) zodat de medewerking van de notaris geen kwaad kan. Men onderscheidt een dergelijke formele schenking van de zogenaamde materiële schenking, een verkapte schenking. Men bezorgt iemand een vermogensvoordeel waar geen tegenprestatie tegenover staat, of slechts een nominale.

Men kan schenken uit vrijgevigheid of als erkentelijkheid voor bewezen diensten; de lijn is niet altijd scherp te trekken, zoals in het geval dat een schatrijke oude man zijn huishoudster goed in de spullen zet, flatje inclusief. Het kan ook zijn, dat de milde gever dit doet, gevolg gevend aan een natuurlijke verbintenis, de verplichting uit moraal en fatsoen. De huishoudster die na veertig jaar trouwe dienst een oudedagsvoorziening gegeven wordt. In dat geval is geen sprake van schenking, maar van het voldoen aan een in casu bestaande natuurlijke verbintenis. Deze wordt door de nakoming (betaling) van de toezegging *omgezet* in een civiele verbintenis; de laatste is in tegenstelling tot een natuurlijke verbintenis, afdwingbaar.²¹

Het zal geen verwondering wekken dat de fiscus voor al deze rechtsfiguren die vlak tegen de schenking aanliggen grote belangstelling koestert, het fiscale vangnet in de hand. Dat maakt deze problematiek meer dan een academische exercitie, leuk en toch leerzaam; er kunnen grote financiële belangen op het spel staan. Dat geldt trouwens ook voor de familieleden die het nakijken hebben als de door de maecenas gevolgde weg juridisch onaantastbaar is. Dat kan heel sneu zijn, en de laatste vriendin van vader werd toch al niet zo aardig gevonden.

Overigens wordt de figuur van schenking in het nieuwe recht ingrijpend gewijzigd, in Boek 7, Titel 7.3. Het vereiste van notariële akte vervalt, alsook het vereiste van onherroepelijkheid. Het vereiste van vrijgevigheid is in een andere formulering teruggekomen. Nu het zware vormvereiste als bescherming tegen

20. Vgl. al *Nukoop - Saalfeld* (1958), zie Deel 2, Hfdst. 8, § 1.

21. Zie voor dit onderwerp, Deel 2, Hfdst. 8, § 2.

§1. ALGEMENE INLEIDING

impulsieve bevoordelingen van derden weggevallen is, staat de schenker alleen de mogelijkheid ter beschikking om in geval van misbruik van omstandigheden de schenking ongedaan te maken (art. 3:44 lid 4 BW). Een weg die de voorkeur heeft van de wetgever.

f. Vergeldende en kansovereenkomsten

Partijen kunnen de prestaties op elkaar afstemmen, maar kunnen deze ook afhankelijk maken van een onzekere gebeurtenis. In dat laatste geval spreekt men van een kansovereenkomst. In het oude BW wordt in art. 1811 een omschrijving daarvan gegeven; eronder worden begrepen: overeenkomsten van verzekering, lijfrente, spel en weddenschap en overeenkomsten tot verrekening van en koers- of prijsverschil (de laatste categorie werd in 1986 toegevoegd). Men ziet in al deze contracten het element van onzekere gebeurtenis, het contracteren daarover ligt vaak vlak naast de weddenschap. De verzekering is zelfs voortgekomen uit de weddenschap; in Londen, nog steeds een centrum van de verzekeringswereld, bestond in de zeventiende eeuw de gewoonte om weddenschappen aan te gaan over de behouden terugkeer van schepen die naar de Oost uitvoeren. Dat groeide gaandeweg uit tot de verzekering zoals wij die nu kennen.

Het onderscheid is afkomstig uit de Code civil, art. 1104, dat niet in ons oude BW overgenomen is. Het is geen erg zuivere onderscheiding, en wordt niet van algemeen belang geacht (vgl. Asser-Hartkamp II, nr. 69 v.).

g. Overeenkomsten van voorbijgaande aard en duur-overeenkomsten

Dit onderscheid is eveneens van ondergeschikt belang voor de keuze van toe te passen rechtsregels, maar kan toch van invloed zijn op de wijze van toepassen. Hierboven kwam al even aan de orde dat duurcontracten een rechtsverhouding in het leven roepen die afwijkt van het gewone contract voor korte termijn, of de overeenkomst die metterdaad gesloten en uitgevoerd wordt, zoals de koop van hand tot hand. Veel regels uit het contractenrecht zijn voor die laatste figuren geschreven, en gaan wringen bij toepassing op duurcontracten. Deze vertonen kenmerken van een maatschapsovereenkomst, men gaat met elkaar voor lange tijd in zee, en dus voor goede en kwade dagen. De consequentie hiervan is, dat het veel meer een zaak van geven en nemen is, het gezamenlijke avontuur moet op een voor beide partijen bevredigende wijze aflopen. Bij het leerstuk van de veranderde omstandigheden, de vraag naar het gerechtvaardigd zijn van aanpassing van het contract naar redelijkheid, zullen wij deze problematiek tegenkomen.²² In het algemeen kan men zeggen dat aan het naleven van zorgvuldigheidsnormen tegenover de wederpartij strengere eisen gesteld worden in een duurverhouding; men kent de situatie aan de zijde van de andere partij beter dan in een voorbijgaand contract, en dat kan verplichtingen scheppen, bijvoorbeeld om diens schade te beperken, informatie te geven, etc.

22. Deel 2, Hfdst. 6, § 3.

1. DE OVEREENKOMST

h. Hoofdovereenkomsten en hulpovereenkomsten

Een overeenkomst kan op zich zelf staan, maar kan ook afhankelijk zijn van een andere overeenkomst (of wel: rechtsverhouding), er naast staan of erop voortbouwen. Soms kan de hulpovereenkomst voorafgaan aan de hoofdovereenkomst, als een voorovereenkomst. Dergelijke constructies hebben meestal een bedoeling, die van geval tot geval kan verschillen. De grens met een gewone overeenkomst die nog op enkele punten nader ingevuld moet worden, is vloeïend. Bij de problematiek van de tot standkoming van overeenkomsten, de verhouding van partijen in de precontractuele situatie, is in het verleden vaak gebruik gemaakt van de voorovereenkomst (*pactum de contrahendo*, 'Vorvertrag') om een gebondenheid tussen partijen in deze voor-fase te creëren.²³

In het engelse recht kent men de figuur van 'collateral contracts', die meestal gebruikt worden om een gebondenheid van een partij aan te nemen waarin het hoofdcontract niet voorziet (bijv. een garantieverplichting).²⁴ Net als iedere constructie, kan het soms wat kunstmatig aandoen; de constructeur is meestal van mening dat het doel de middelen heiligt. Niet altijd even mooi, vaak wel praktisch. Voor nog andere voorbeelden van hulpovereenkomsten, met name voorovereenkomsten, zie men Asser-Hartkamp II, nr. 72 v.

4. Afrondende beschouwingen over de overeenkomst. Nogmaals de grondslag van de overeenkomst: consensus of belofte maakt schuld?

Uit het bovenstaande overzicht zal duidelijk geworden zijn in welke verscheidenheid de figuur van de overeenkomst zich in de praktijk voordoet. Ik sprak niet voor niets van een kaleidoskopisch beeld; ik heb in mijn jeugd nog met zo'n ding gespeeld, aangezien dit voor de jongere lezer niet zal opgaan, even een korte toelichting. Een kaleidoskoop is een speeltje dat bestaat uit een buisje waarin spiegels geplaatst zijn en kleine stukjes gekleurd glas; je kijkt er doorheen, en ziet een fraai, weerspiegeld patroon van de glasscherfjes. Bij elke kleine draaiende beweging, verandert het patroon. Zo is het ook bij de overeenkomst: als je er kleine draai aan geeft, krijg je een ander patroon, uit dezelfde elementen opgebouwd. Het belang van soepele, algemene regels van contractenrecht, nader te concretiseren in het geval in kwestie, is zonneklaar.

De overeenkomst lijkt een onverwoestbare rechtsfiguur, die zich door de eeuwen heen heeft kunnen handhaven. Toch is deze op het oog zo onaantastbare positie van de overeenkomst in de laatste decennia aangevochten, door juristen van naam, in Engeland en de Verenigde Staten. Bij nader inzien blijkt aan het einde van de vorige in Duitsland al een schrijver opgestaan te zijn die de doods-klok over het contract wilde luiden. Atiyah, hoogleraar in Oxford, schreef in 1979 een spraakmakend boek: *The rise and fall of freedom of contract*; de Amerikaanse hoogleraar Grant Gilmore ging hem voor, met zijn boekje *The death of contract* (1974). De Duitse auteur die in 1876 een soortgelijke aanval

23. Zie hieronder, bij de bespreking van het aanbod, § 3 nr 3, en de precontractuele fase, Hfdst. 3, § 1, nr 8.

24. Vgl. Cheshire, Fifoot and Furmston, *Law of Contract*, 14th. ed., 2001, p. 70 v.

§1. ALGEMENE INLEIDING

had ingezet was Schlossman, met zijn boek *Der Vertrag*.²⁵ De teneur van deze dodelijke kritiek op het contract was dat deze rechtsfiguur uit het denken van de vorige eeuw stamde, het gebonden zijn aan een belofte, het aan zijn woord houden van de wederpartij. Dit zijn achterhaalde ideeën uit een statische maatschappij; in onze tijd gaan de veranderingen, economisch, commercieel, politiek en maatschappelijk zo snel, dat het niet verantwoord is om elkaar aan oude beloften te houden. Dat is alleen anders, indien men schade heeft als gevolg van het vertrouwen op de belofte van de ander, dat wil zeggen, dat men in dat vertrouwen al gehandeld moet hebben. Schade is dus daadwerkelijk geleden schade ('injurious reliance'), en niet: zuiver teleurgestelde verwachtingen. Voor het verhaal van zo'n schade heeft men de contractsfiguur niet nodig: dat kan ook met behulp van de onrechtmatige daad, een figuur die in de common law ouder is dan het contract. De overeenkomst is naar engels recht ontstaan als een schaderegeling (daadwerkelijke schade); men kent nog steeds geen contractuele actie tot nakoming, dat gaat via een bevel van de rechter ('specific performance', een discretionaire bevoegdheid van de rechter *in equity*).

Zoals altijd zit er een grond van waarheid in deze kritiek op de contractsfiguur, maar niet meer dan dat. Ik heb eens bij praktijkjuristen rondvraag gedaan wat men van de ideeën van Atiyah vond; het afgrijzen overheerste, vanwege de behoefte aan rechtszekerheid, vooral bij duurcontracten (waarbij met name contracten met de overheid genoemd werden). De enige die positief reageerde was een bedrijfsjurist van een oliemaatschappij; desgevraagd bleek dat men nooit contracten voor langer dan drie maanden sloot, vanwege de veranderlijke omstandigheden (!). Dat laatste onderstreept slechts het belang van het leerstuk van de veranderde omstandigheden, bij duurovereenkomsten. Het standpunt van Atiyah gaat mijns inziens te ver, en zet de wereld wat op zijn kop, met de stelling dat geen vastigheid te verkrijgen is, noch moet zijn door een contract. Verder zit de zwakke steen van zijn theorie in het begrip schade: het is aanvechtbaar, en ongebruikelijk in het recht, om daaronder slechts fysieke, daadwerkelijk geleden schade te verstaan (denk aan: smartegeld, economische (bedrijfs-) schade). Vermogensschade is omvangrijker dan dat, en teleurgestelde toekomstverwachtingen kunnen wel degelijk tot schade leiden die in geld uit te drukken is, gederfde winst bijvoorbeeld. Bij het vaststellen daarvan kan men uitwassen voorkomen; de moeilijkheidsgraad ervan brengt toch al mee dat in de praktijk meestal slechts de daadwerkelijk geleden schade, in verband met gemaakte kosten, en dergelijke, vergoed zal worden. Bij dat laatste zit de adder in het gras: omdat immateriële schade zo moeilijk te begroten is, laat degen die schade geleden heeft het meestal maar zitten. Het hebben van een geschil kost geld; dat kan op zich al de reden voor een coulante houding zijn in geval van een wanpresterende wederpartij, het sop is de kool niet waard, dan maar een ander genomen. Ook kan men economisch afhankelijk zijn van die wederpartij, dan heeft het geen zin om problemen te maken, ook als er chicanes in het spel zijn. Kortom, het is riskant om uit het handelsgedrag van partijen in de praktijk

25. Zie mijn artikel, *De overeenkomst: de neushoorn in het privaatrecht?*, *NJB* 1980, p. 668. Ook in: *Dialektiek R. en R.*, Deel 1b, 1984, p. 54. Zie voor de engelse en Amerikaanse belofte-theorieën: J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, diss. Leiden, Arnhem, 1995, p. 211 v.

1. DE OVEREENKOMST

conclusies te trekken, indien men geen inzicht in de motieven heeft. Als een houding tegen wil en dank ingenomen wordt, is het gevaarlijk om daarop rechtsregels te baseren.

Tenslotte is er nog het ethische aspekt: zou het werkelijk zo zijn dat het gegeven woord in de praktijk niet meer telt, en toezeggingen niet nagekomen hoeven te worden? Het zou een aardig punt van sociaal-wetenschappelijk onderzoek kunnen zijn (waarover later meer), maar op voorhand lijkt mij dit niet erg waarschijnlijk, en voor de maatschappelijke verhoudingen in elk geval niet wenselijk. Hoe zou je een productieproces moeten organiseren als elke toeleverancier het erbij kan laten zitten? Er bestaat al een tendens naar steeds projectmatiger werken, bijvoorbeeld in de bouw, waar in het bouwteam een half dozijn of meer beroepen vertegenwoordigd zijn. Zou ieder zich hier naar believen aan zijn toezeggingen kunnen houden, en daarmee het gehele project in gevaar kunnen brengen? Het lijkt allemaal niet zo voor de hand liggend.

Het belang van deze discussie die in het internationale forum ontstaan is over het bestaansrecht van de overeenkomst, is dat de grenslijnen tussen contract en onrechtmatige daad onder de aandacht gebracht worden. Ook voor ons recht is dat inzicht waardevol. Men ziet al geruime tijd in de jurisprudentie een naar elkaar toegroeien van contractuele en delictsnormen (goede trouw, resp. maatschappelijke zorgvuldigheid), terwijl de begrippen causaliteit en schade al langer in rechtspraak en doctrine op gelijke wijze behandeld werden. Dat laatste vond in het nieuwe BW zijn beslag, art. 6:95 v. In het genoemde *NJB*-artikel uit 1980 heb ik het contractuele beginsel van goede trouw als 'contractuele zorgvuldigheid' omschreven, waardoor naar mijn mening het verband met de andere helft van de tweeling, 'maatschappelijke zorgvuldigheid' in de onrechtmatige daadsfeer beter tot zijn recht komt. Alleen al om die reden heb ik nooit zo warm kunnen lopen voor de vraag die enkele jaren geleden tot heftige debatten leidde, of de precontractuele fase nu door de goede trouw of door de maatschappelijke zorgvuldigheid beheerst wordt. Dat is lood om oud ijzer.²⁶ Overigens had Eggens in de jaren twintig al op de symbiose van goede trouw en maatschappelijke zorgvuldigheid gewezen, zoals hij ook wanprestatie tot de onrechtmatige daad rekende.²⁷

De grondslagenstrijd

Er zijn nog enkele vragen blijven liggen die de grondslagen van de overeenkomst betreffen, en die nadere uitwerking nodig hebben. In de volgende paragraaf komen de posiefrechtelijke aspecten van de totstandkoming van de overeenkomst aan de orde; alvorens daartoe over te gaan wordt hier de rechtstheoretische kant van het vraagstuk nader belicht.

Hierboven werd al opgemerkt dat Paul Scholten de grondslag van de overeenkomst in de *belofte* ziet; hij heeft dat betoogd in zijn *Algemeen Deel* van de Asser-serie (1931; 3e dr. 1974). Daarmee is hij één van de weinige schrijvers die afstand neemt van het consensus-beginsel. Scholten stelt ten aanzien van de vraag naar de grondslag van de gebondenheid uit overeenkomst, dat men daarvoor niet een rechtsregel (zoals art. 1374 oud BW) kan aanwijzen. Als

26. Zie voor deze kwestie onder, Hfdst. 3, § 1, nr 8.

27. Vgl zijn opstel in het *WPNR* van 1923, *Verz. priv. Opstellen I*, 1958, p. 6; zie ook pp. 340 v., 425; *Deel II*, 1959, p. 243.

§1. ALGEMENE INLEIDING

grondslag ziet schr. de *belofte* die elke partij deed: 'Het eigen woord is hier het bindende - doch het woord tot een ander gericht; ik moet betalen, niet omdat ik het gewild heb, maar omdat ik het beloofd heb, d.w.z. dien wil tegenover een ander heb verklaard', p. 22. 'Een samenleving is alleen mogelijk indien de eene mensch het woord van den ander kan vertrouwen', stelt Scholten even verder (p. 23) zonder echter daarin de verklaring van deze gebondenheid te zoeken.²⁸ Zijns inziens kan de rechtswetenschap geen nadere verklaring geven, dan dat 'het contract bindt omdat het belofte is, gelijk de wet, omdat zij bevel is van de wetgever. Niet in den inhoud, doch in den oorsprong van de contractueele verklaring ligt haar rechtskarakter ... dat een belofte bindt is tenslotte niet ander te verklaren dan uit het feit, dat zij belofte is'.²⁹ Hoezeer deze zienswijze overeenstemt met die van de aanhangers van de 'nieuwe leer' die in 1875 in Leiden ontstond, blijkt uit het citaat van een van hen, dat ik hier laat volgen:

'Waarom bindt de belofte? het antwoord luidt, omdat zij belofte is, dus vertrouwen onderstelt. Wie zou alsnog beloven, indien hem a priori bleek, dat zijn woord geacht wordt geen geloof te verdienen?'³⁰

Aldus blijkt ook Paul Scholten in wezen tot de aanhangers van het 'belofte maakt schuld'-beginsel te behoren³¹, al kan men betreuren dat hij nergens expliciet van de heersende leer afstand neemt, die immers van het consensus-beginsel uitgaat. Daardoor is naar mijn indruk deze zo belangrijke passage in zijn *Algemeen Deel* in de literatuur onopgemerkt gebleven: bij de schaarse beschouwingen over het karakter van de overeenkomst vond ik Scholten althans nergens vermeld. Zijn zienswijze past intussen fraai bij de door hem altijd al verdedigde normatieve methode van uitleg, en het begrip 'toerekening' dat hij bij het leerstuk van de vertegenwoordiging introduceerde.³²

Kort na het verschijnen van Scholtens *Algemeen Deel* heeft De Beneditty de consensusleer de wacht aangezegd in een opmerkelijk artikel dat in 1934 verscheen, met als titel: 'Evolutie van 'autonome' naar 'heteronome' overeenkomst?'³³ Bestudering van de

28. In zijn gelijkkluidende beschouwing in *Convenances vainquent loi* (Kon. Akademie 1930) ziet schr. het vertrouwen in het gegeven woord als een 'nécessité morale', een van de bestaansvoorwaarden van het recht, met een verwijzing naar *Deuteronomium* 23:23, vgl. *Verz. Geschr.* III, p. 21 v.

29. P. 25. Scholten merkt nog op dat hij dit alles niet nader kan uitwerken, en verwijst nog naar de overeenkomstige figuur in het volkenrecht, waar staten door een verdrag gebonden geacht worden, zonder dat een wet dat beveelt. In een noot verwijst hij o.a. naar twee schrijvers, A. Reinach en F. Somlò. De duitse fenomenoloog Reinach aanvaardt *das Versprechen* als grondslag voor 'Anspruch und Verbindlichkeit', Somlò volgt Reinach hierin, doch ziet bovendien de 'Versprechensnorm' als een *Verknüpfung des Rechts und der Moral*, vgl. *Juristische Grundlehre*, 1917, p. 206 v. Het komt mij voor dat Scholten door de denkbeelden van beide schrijvers sterk beïnvloed werd.

30. Levy, *Nw. Bijdr.* 1881, p. 364. Levy behoort tot de gematigden in de revolutionaire stroming, aangezien hij - vaak echter meer in schijn - aan de wil een plaats toekent in het recht, zij het een wil 'gehanteerd uit het oogpunt van vertrouwen'. Dat laatste maakt de verwantschap met Scholten nog sterker.

31. Over de 'nieuwe leer', te onzent of in den vreemde, vindt men bij schr. niets vermeld. In nt 1 op p. 22, wordt echter naar ene W. Schapp verwezen, met de opmerking: 'In het belofte recht is, naast de eigenlijke belofte de beschikking te stellen'.

32. Vgl. onder, Hfdst. 2, en Deel 2, Hfdst. 9, § 3, een methode die o.a. in dezelfde passage van het *Alg. Deel* verdedigd wordt, p. 24.

33. *WPNR* 3379/80 (1934), ook besproken in mijn *NJB*-artikel uit 1980, vgl. nt 25.

1. DE OVEREENKOMST

jurisprudentie en raadpleging van de handboeken van zijn tijd leidt De Beneditty tot de conclusie dat er een discrepantie tussen beide bestaat: 'Is de literatuur met hare volle accentuering van de consensus nog wel op de hoogte van haar tijd?'. Naar zijn mening heeft (anno 1934!) de consensus zijn allerbeste tijd gehad; 'verplichtingen uit overeenkomst worden voor een afnemend deel bepaald door de wilsovereenstemming en voor een ander, steeds wassend, deel door hetgeen de meer en meer sociaal voelende rechtsorde betamelijk acht'. Het valt te raden wat het commentaar van De Beneditty geweest zou zijn als hij het handboek Asser-Hartkamp II, anno 1997 geraadpleegd zou hebben, waarin de consensus nog steeds in ere gehouden wordt, zelfs nu dit begrip in het nieuwe BW geen plaats meer gevonden heeft. Hieronder zullen wij nog zien hoe dat precies in zijn werk gegaan is.

Voor een rechtsvergelijkend onderzoek naar de wijze waarop in andere rechtstelsels het consensus-beginsel door het beginsel 'belofte maakt schuld' vervangen is, verwijs ik naar eerdere beschouwingen.³⁴ Daaruit blijkt onder meer dat het consensus-beginsel door de duitse hoogste rechter al in 1904 verlaten werd, en door de zwitserse in 1983. Wij lopen dus niet echt voorop in Nederland.

Ten aanzien van het belgische recht zijn er interessante ontwikkelingen te melden. Tot voor kort was de situatie vergelijkbaar met die in Frankrijk, waar de strijd tussen het consensus-beginsel en de zgn. 'déclaration unilatérale de volonté', na een opvallend succes van de laatste leer in het begin van deze eeuw, tenslotte in het voordeel van de eerste beslecht was. Dat wil zeggen, in de doctrine, de cour de cassation hield zich in dogmatisch opzicht op de vlakte. In België had De Page zich een vurig voorstander van de leer van de déclaration unilatérale betoond (en trouwens ook van het onherroepelijk aanbod). Zijn visie is door de hoogste rechter in België, het hof van cassatie, overgenomen. Dit gebeurde voor het eerst in een arrest uit 1974, dat ging over gratificatietoezeggingen van een werkgever aan de werknemers.³⁵ A-g Lennaerts concludeerde als volgt:

'Hoe onzeker de terminologie van het Burgerlijk Wetboek op dit punt ook moge zijn, het lijdt geen twijfel dat een verbintenis niet noodzakelijk uit een wilsovereenstemming van twee partijen ontstaat maar ook zijn oorsprong kan vinden in een eenzijdige wilsuiting m.a.w. niet alleen de overeenkomst maar ook wat De Page "L'engagement par volonté unilatérale" noemt is bron van verbintenissen (*Droit civil*, t. III, no. 51)'.³⁵

Het hof van cassatie overwoog:

'qu'une prime de fin d'année fixée suivant des règles générales en proportion du travail effectué par les travailleurs est un salaire lorsque les travailleurs y ont droit non seulement en vertu du contrat mais aussi en vertu d'une obligation unilatérale souscrite par l'employeur' (ajoutant qu'une telle obligation unilatérale ne constitue pas une libéralité).

34. Vgl. *N.U.*, diss. p. 354-439 (= *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1971). Een samenvatting werd opgenomen in de stud. ed., 2e dr. 1975, en in *Dialektiek R. en R.*, 1b, p. 21 v. In de skandinavische rechtstelsels kent met de zgn. Löfte-theorie, en in het franse recht de leer van 'la déclaration unilatérale de volonté', waarbij van duitse invloed sprake is, aan het begin van deze eeuw. Deze stroming heeft in onze tijd een interessant vervolg gekregen in G. Rachette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris 1965, vgl. uitvoerig, J.G. Ghestin, *Traité de droit civil II, Le Contrat*, 3e dr., Paris, 1993, nr 165 v.

35. Cass. 18 dec. 1974, Pas. 1975 I p. 425. Dit arrest, en het hiervolgende, vindt men besproken door Pierre van Ommeslaghe, *L'engagement par volonté unilatérale en droit belge*, *J. des Tribunaux*, 1982, 144, die de nieuwe leer toejuicht. In andere zin: M. Coipel, *Rev.Crit.Jur.Belge*, 1980, p. 65. Zie overigens voor de opvatting van De Page, *N.U.*, diss. 428 v.

§1. ALGEMENE INLEIDING

De bij sommige schrijvers bestaande twijfel, of dit arrest niet slechts beperkt opgevat diende te worden, werd weggenomen door een arrest uit 1980, dat duidelijkheid verschafte.³⁶ Hier betrof het een toezegging gedaan door de minister van publieke werken in een circulaire, waarbij prijsaanpassing van contracten in verband met de oliecrisis van 1973 en 1974 in het vooruitzicht gesteld werd. Een aannemer wil de minister aan zijn toezegging houden. Het hof van cassatie erkent wederom de mogelijkheid van 's'engager par volonté unilatérale', maar meent dat daarvan in casu geen sprake was, aangezien naar het oordeel van de feitelijke recht de circulaire, en daarmee de toezegging, gericht was tot afdelingshoofden van zijn ministerie, en niet tot derden. Met andere woorden, het vereiste van gerichtheid speelde hier parten bij het aannemen van gebondenheid aan het aanbod.

In zijn al genoemde leidse proefschrift uit 1995 heeft Smits, op zoek naar een nieuwe grondslag voor contractuele gebondenheid, het vertrouwensbeginsel verworpen, evenals de door mij aangehangen belofte-leer. Een troost is dat ook wil en verklaring als grondslag voor de overeenkomst afgewezen worden, dat alles ten faveure van een begrip oorzaak (causa)-nieuwe stijl. Zoals te begrijpen heb ik moeite met het verlaten van de beginselen vertrouwen en belofte, dat vraagt dan ook om een weerwoord (dat in dit bestek slechts kort kan zijn).

Naar mijn indruk past het betoog van Smits in de leidse traditie, die met Meijers begon en door Nieuwenhuis voortgezet werd, dat men het begrip 'vertrouwen' en, wat belangrijker is, de daarop gebaseerde *vertrouwensleer* (anno 1875) niet serieus neemt. Meijers zag het al voor 'een spel met woorden' aan (diss. 1903), dat de wilsleer niet deerde, en kapittelde tot ver in de jaren '20 de hoge raad wanneer deze zich voor de vertrouwensleer uitsprak (zie mijn diss. 1971, p. 321 v.); hij heeft zich daar later weer van gedistantieerd, toen het tij gekeerd was). Het probleem bij het begrip 'vertrouwen' is - evenals bij het begrip 'wil' het geval is - dat men het voor een feitelijk, psychologisch fenomeen kan aanzien, dat hoogstens geobjectiveerd wordt omdat juristen dat nu eenmaal plegen te doen, waarbij de omstandigheden van het geval een rol spelen. De grondslag van het begrip vertrouwen is echter veel breder: een visie op contractuele gebondenheid, het 'belofte maakt schuld'.

Vandaar Smits' moeite om een grondslag of verklaring te vinden in rechtpraak en literatuur waarom het gewekte vertrouwen bindt (pp. 135 v.; 142 v.); hij heeft slechts twee redenen in de literatuur gevonden: 'de omstandigheden van het geval' of 'de goede trouw' (ik sta met de duitse schrijver Canaris bij die laatste versie genoemd). De eerste benadering wijst Smits als te vaag van de hand; dan blijft slechts de tweede benadering over. Bij Smits' verwerping daarvan speelt hem parten dat hij de 'objectieve goede trouw' (het rechtsbeginsel) met de 'subjektieve goede trouw' (de instelling van een persoon) op één hoop gooit: met een beroep op art. 3:11 BW haalt hij de onderzoeksplicht erbij, voor de vraag 'welk vertrouwen precies relevant is', waarbij hij constateert dat de grondslag voor die onderzoeksplicht ontbreekt. Neen, wat er ontbreekt is het inzicht dat vertrouwen geen feitelijk, psychische entiteit is, maar als begrip gebruikt wordt dat op het *vertrouwensbeginsel* gebaseerd is, zoals dat in de *vertrouwensleer* in de afgelopen eeuw ontwikkeld werd, in ons land en elders (zie mijn diss., pp. 305-317). Vandaar ook dat Smits niet in staat is om de criteria te vinden voor de vraag wanneer van *gerechtvaardigd* vertrouwen sprake is, die zijns inziens alle samenhangen met de omstandigheden van het geval (zie ook nog onder § 2, nr 2).

Zijn conclusie kan dan ook niet verbazen: het vertrouwensbeginsel is een 'Janushoofd', het is namelijk niet in staat om gerechtvaardigd van niet-gerechtvaardigd vertrouwen te scheiden, vandaar zijn populariteit in het recht. Ieder gebondenheid kan er zijns inziens mee verklaard worden.

Op het door Smits geboden alternatief als grondslag voor contractuele gebondenheid, *causa-nieuwe stijl*, wordt hieronder nog ingegaan (Hfdst. 3, § 2). Zie voor Smits' opvatting

36. Cass. 9 mei 1980, *Entr. et Dr.* 1981, p. 146, nt Senelle.

1. DE OVEREENKOMST

ook Hartkamps recensie, in kritische zin, *WPNR* 6227 (1996), p. 441. Hartkamp heeft echter geen moeite met Smits' verwerping van het vertrouwensbeginsel als grondslag van verbin-tenissen omdat het te vaag zou zijn (p. 442). Vgl. in dit verband ook J.M. Barendrecht, die een plaats voor het feitelijke vertrouwen bij toepassing van de vertrouwensleer bepleit, en terugdringen van 'normatiever maken' van het vertrouwen (o.g.v. art.3:35 BW)', *Vertrouwen koppelen aan de feiten*, *WPNR* 6223 (1996), p. 353.

Tot slot, ter illustratie van het internationale karakter van de vertrouwensleer, een stuk ontleend aan het boek van Ghestin, waarin helder weergegeven wordt hoe het begrip vertrouwen, in zijn objectieve vorm, de grondslag van contractuele gebondenheid is. Terug naar de wortels van ons recht:

'On a observé que la bonne foi traduisait deux attitudes mentales correspondant à la croyance erronée, le "*guter Glaube*" du droit allemand, ou à la loyauté, la "*Treu und Glauben*", cette dernière supposant "une attitude active, une disposition de la volonté" et se nuancant alors de teintes morales. Plus récemment on a précisé cette distinction en opposant à l'aspect "purement subjectif" de ce concept un autre "plus objectif". Dans son premier aspect la bonne foi est un simple "état psychologique: une croyance (c'est la bonne foi) ou, par revers, la connaissance d'un fait (c'est la mauvaise foi)". Dans son second aspect, en revanche, la bonne foi exprime une référence à une valeur extérieure et supérieure à la psychologie d'un contractant, "référence aux usages, à une règle morale de comportement, ou même à l'évidence du bon sens". La bonne foi traduit alors une exigence de comportement qui peut être rapprochée du principe général de responsabilité. Elle fait penser aux "bons et loyaux usages" du commerce, ou aux "bonnes moeurs commerciales" invoquée par la jurisprudence belge pour corriger certaines clauses abusives dans les contrats d'adhésion. *La bonne foi apparaît finalement comme la consécration générale d'une exigence de loyauté dont le degré, mais non le principe, peut être défini par le législateur, ou, à défaut, déterminé par la jurisprudence à partir des usages et, plus généralement, des bonnes pratique contractuelles.* (Ghestin, 2, t.a.p. nr 186).

§ 2. De totstandkoming van overeenkomsten door aanbod en aanvaarding. Het stelsel van het geldend recht

1. Van oud naar nieuw: de voorgeschiedenis van het stelsel van het NBW

Hierboven kwam al aan de orde dat naar huidig recht de wilsovereenstemming niet langer de grondslag van de overeenkomst is, en dat ingevolge art. 6:218 BW aanbod en aanvaarding als twee eenzijdige rechtshandelingen opgevat kunnen worden. De echte omslag heeft in 1976 bij Gewijzigd ontwerp plaatsgevonden, toen art. 218 ingevoegd werd; eerder was het vereiste van wilsovereenstemming weliswaar in de Toelichting (1961) terzijde gesteld, op haast terloopse wijze, maar dit was in de wetstekst niet tot uitdrukking gebracht. De hoge raad heeft in 1969 de wilsovereenstemming als grondslag verworpen, in het arrest *Lindeboom - Gem. Amsterdam*, en uitsluitend met aanbod en aanvaarding geopereerd, normatief uitgelegd. In mijn proefschrift van 1971 had ik, tegen de gangbare consensusleer in, verdedigd dat aanbod en aanvaarding twee eenzijdige rechtshandelingen zijn; intussen is dat de heersende opvatting in de literatuur geworden.

Aldus in telegramstijl de stand van zaken, die hieronder nog uitvoeriger belicht zal worden. Dat is bepaald geen luxe, als men bedenkt dat in het enige handboek verbintenissenrecht dat een recente herdruk kent, Asser-Hartkamp II, *unverfrozen* van de wilsovereenstemming, als exponent van de wilsleer uitgegaan wordt. Waar in de oude druk, onder het oude BW de term 'toestemming' stond (van art. 1356 BW), staat nu vrolijk: 'wilsovereenstemming' (vgl. nrs 97 v., 134 v.). Verder is de tekst vrijwel ongewijzigd ten opzichte van de eerste druk, uit 1952. Als wij Rutten en Hartkamp mogen geloven, is er de laatste veertig jaar echt niets gebeurd in het denken over de kernfiguur van het contractenrecht, de overeenkomst (evenals de veertig jaar daarvoor). Zou dat nu heus zo zijn?

Voor een goed begrip van het stelsel van de artt. 6:217 v. BW, in samenhang met artt. 3:33 v. BW, is het nodig om de voorgeschiedenis te kennen van het leerstuk van de tot standkoming van overeenkomsten en de wetsgeschiedenis. In het nieuwe BW is voor het eerst een wettelijke regeling van de figuren aanbod en aanvaarding gekomen; in het oude BW was dat in navolging van de Code civil aan de praktijk overgelaten; aan het begin van de 19e eeuw ging men in de doctrine (beheerst door Domat en Pothier) uit van het begrip *consensus*, wilsovereenstemming, terwijl ook toen al de praktijk dacht in termen van aanbod en aanvaarding. Een tweespalt die nog steeds niet uit de wereld is, zoals blijkt uit de beschouwingen van Rutten/Hartkamp in hun handboek. De achtergrond daarvan is dezelfde waardoor de ontwerpers van de CC en het oude BW zich lieten leiden: de aanvaarding van de *wilsleer*. Een rechtshandeling vindt in die leer haar grondslag in de subjektieve, psychische wil van de handelende partij. Indien het om twee partijen gaat, zoals per definitie bij een overeenkomst, moet er dus sprake zijn van het samengaan van die twee willen, kortom: wilsovereenstemming. Daarmee hebben wij de basis voor deze 'tweezijdige rechtshandeling' gevonden.

Een schrijver als Opzoomer stelde dit aan het eind van de vorige eeuw nog voor als twee ballen die elkaar op het biljart treffen. Indien zij elkaar missen,

1. DE OVEREENKOMST

hebben wij het beeld van de *dissensus*, het geval van twee willen die niet overeenstemmen, bijv. ten gevolge van een misverstand, verspreken of verschrijven, in welke situatie geen overeenkomst tot stand komt. Een figuur die men later in navolging van de duitse doctrine ‘oneigenlijke dwaling’ is gaan noemen, in tegenstelling tot de ‘eigenlijke dwaling’, die in de visie van de wilsleer op een wilsgebrek gebaseerd is.

Het ongelukkige gesternte waaronder de overeenkomst bij de codificatie het licht zag, was dat theorie en praktijk op gespannen voet stonden, een spanning die vandaag de dag nog voelbaar is en de gecompliceerdheid van dit onderwerp veroorzaakt heeft. Het werd namelijk in de vorige eeuw in stijgende mate duidelijk, vooral ook door de enorme maatschappelijke omwenteling die de industriële revolutie met zich betracht, dat de gedachte van consensus niet meer bij de tijd was. Wellicht verdroeg zij zich nog met het type contract tussen twee heren van stand, die elkaar kennen en in alle rust en tijd hun willen laten overeenkomen, maar zij was weinig geschikt voor handelscontracten en consumptieve overeenkomsten tussen partijen die geen oogcontact hadden of persoonlijke correspondentie voerden, met gedeelde kennis van zaken over het voorwerp van contracteren. De wijziging van het beeld is al te bekend, maar het privaatrecht tobt nog steeds met haar naweeën: een theorie die niet meer op de maatschappelijke werkelijkheid past.

De overgang van de oude wereld naar de nieuwe komt aardig tot uitdrukking in een uitspraak die in het handboek van Kist uit 1870 te vinden is:

‘Strengregtelijk zal men moeten zeggen: zolang er niet is vereeniging, tegelijk bestaan van twee willen, is er geen overeenkomst, dus geene verbintenis. Ik geloof echter dat hier de oude spreuk ‘belofte maakt schuld’ veel invloed zal uitoefenen, en dat het in het algemeen niet moeilijk zal zijn om eene *overeenkomst* te vinden daar, waar eigenlijk slechts eene *belofte* is’.

Deze passage is ook interessant, omdat hier vooruit gelopen wordt op een strijd die enkele jaren later, in 1875, zou ontbranden tussen aanhangers van de wilsleer en die van de ‘nieuwe leer’, of ‘vertrouwensleer’. Hierbij ging het om de keus tussen het romeinsrechtelijke beginsel van de consensus enerzijds, en het op het germaanse recht teruggaande beginsel van ‘belofte maakt schuld’; dat laatste beginsel werd trouwens in dezelfde periode in Duitsland en Scandinavië herontdekt, en werd later ook in Frankrijk geïntroduceerd. Inzet voor deze strijd was aanvankelijk de vraag of het aanbod herroepelijk of onherroepelijk is. Dat laatste standpunt werd ingenomen door de voorstanders van de vertrouwensleer, die in 1877 zelfs de vergadering van de NJV aan hun zijde kregen. Voor aanhangers van de wilsleer was het de vraag, of het bindend aanbod zich wel met de wet verdroeg, die immers (anders dan bijv. de duitse wet uit die tijd) zweeg over de mogelijkheid van de verbindende kracht van de eenzijdige verklaring. Art. 1269 BW stelt daarentegen uitdrukkelijk, zo meenden zij, dat slechts de overeenkomst en de wet bronnen van verbintenissen kunnen zijn. Met het ‘Epochemachende’ arrest van 1959, *Quint - Te Poel*¹ is thans geldend recht dat een dergelijke verbindendheid niet op een bepaalde wetsbepaling hoeft te berusten, maar ook uit ‘het stelsel van de wet’ kan voortvloeien.

1. HR 30 jan. 1959, NJ 548, nt DJV. Vgl. voor die problematiek, Deel 2, Hfdst. 8.

§2. TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

2. *De bestrijding van de consensus-leer; het omgaan van de ontwerpers NBW in 1976*

Zoals gezegd had ik in mijn proefschrift van 1971 de strijd aangeboden met de consensus-leer, de wilsovereenstemming als grondslag van de overeenkomst. Ik meende voor dat standpunt steun te vinden in het arrest *Lindeboom - Gem.Amsterdam* (1969), nog steeds een standaard-arrest dat hieronder nog uitvoeriger ter sprake zal komen. In de loop der jaren is mijn opvatting door verschillende schrijvers overgenomen²; een beslissende wending bracht de koerswijziging van de ontwerpers van het nieuwe BW met het in 1976 bij Gewijzigd Ontwerp ingevoerde art. 6:218, waaruit blijkt dat aanbod en aanvaarding als twee eenzijdige rechtshandelingen opgevat moeten worden.³

Het curieuze van deze historie is, dat sommige schrijvers, Rutten/Hartkamp voorop, in het aanvaarden van deze nieuwe zienswijze geen reden zien om de oude theorie van de wilsovereenstemming over boord te gooien. Het lijkt op overgaan op stoomvaart, maar de zeilen behouden. Nu kan dat verstandig zijn, om aldus ook nog van windkracht gebruik te maken, maar in ons geval komt de wind uit de verkeerde hoek, en werkt deze combinatie averechts, dat wil zeggen, het leidt niet tot vooruitgang, maar tot stilstand.

Ook voordat Rutten (met in zijn kielzog: Hartkamp) de transplantatie van de nieuwe zienswijze van aanbod en aanvaarding in het handboek aanbracht werd de verzuchting geslaakt dat geen ‘scherp omlijnd beeld verkregen is van het begrip overeenkomst. Waar vroeger eenstemmigheid scheen te bestaan, ontmoet

2. Zie: J.J. Nagelkerke, *Contractweigering in het Franse en Nederlandse recht*, diss. VU Amsterdam 1973, p. 82; Asser-Rutten II, *Verbintenissenrecht*, 5e dr., 1975, p. 91 v., duidelijker: 6e dr. 1982, p. 95; Asser-Hartkamp II (1985), p. 123, 10e dr., nrs 136, 146 v.; P. van Schilfgaarde, *RmThemis* 1976, p. 561; G.H.A. Schut, *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis*, 1977, 47, 3e dr. 1987, p. 69; P. Abas in: Hofmann-Abas, *Het Ned. verbintenissenrecht I*, 9e dr. 1979, p. 69; H.K. Köster, in: *Non sine causa*, G.J. Scholten-bundel, 1979, p. 211; W.A.M. van Schendel, diss. Leiden 1982, p. 30; P. Clausing, *Kwart. Ber. NBW*, 1986, p. 57. Met enige marge voor twijfel: Pitlo-Bolweg, *Alg. Deel v.h. verbintenissenrecht*, 8e dr. 1979, 190, 193.

In de 4e dr. van Asser-Rutten, 1968, werd overigens al gesproken van ‘eenzijdige rechtshandeling’, echter in een beperkte strekking, zgn. zwakke werking van het aanbod (als wilsuiting). Vgl. pp. 87, 91. Een tussenstandpunt werd door H. Drion en de Commissie Verbintenissenrecht Not. Broederschap ingenomen, n.a.v. het ontwerp-BW 1961, vgl. *WPNR* resp. 4828 (1964), p. 415, en 4828 (1968), 68. vgl. nog onder.

Vgl. *Contractenrecht II* (Blei Weissmann), nr 453, die slechts als tegenstanders van de rechtshandeling constructie noemt; Hellema, Dooyeweerd, Van der Grinten en Brahn.

3. Memorie van Antwoord, Vaststelling Boek 6 NBW, Tweede Kamer 7729 (1976), p. 199. Het stuk is van de hand van W. Snijders, regeringscommissaris voor Boek 6, tevens raadsheer HR. D.i. het ‘Gewijzigd Ontwerp’ Boek 6. Het vorige, eerste ontwerp verscheen in 1961, en was het werk van het zgn. Driemanschap: J. Drion, G. de Grooth en F.J. de Jong, leerlingen van Meijers die na zijn dood in 1954 het werk voortzetten. Drion en De Grooth overleden in 1964. Het stelsel van het NBW komt hieronder nog uitvoerig aan de orde.

Blei Weissmann, *Contractenrecht II*, nr 453, wijst op art. 217 lid 2, waaruit zou blijken dat het rechtshandelingskarakter van aanbod uitgegaan wordt: ‘tenzij iets voortvloeit uit het aanbod, een andere rechtshandeling of uit een gewoonte’.

1. DE OVEREENKOMST

men thans verschil van opvatting, verwarring en onzekerheid. Het formuleren van een definitie van het belangrijkste en meest voorkomende rechtsfeit, de overeenkomst, blijkt dan ook nauwelijks mogelijk.⁴ Waarop schr. onvervaard een definitie in de beste traditie van wilsleer en wilsovereenstemming geeft, als een rechthandeling totstandgekomen 'door de overeenstemmende en onderling afhankelijke wilsverklaringen van twee of meer partijen', etcetera (nr. 8). Met zo'n traditioneel uitgangspunt is ook niet te verwachten dat de transplantatie van aanbod en aanvaarding als eenzijdige rechthandelingen aanslaat, en tot een gezond geheel kan leiden.⁵ De al bestaande verwarring (in de observatie van Rutten) is op deze wijze alleen maar vergroot.

Voor het innemen van een standpunt in deze kwestie is het van groot belang op welke wijze men de regeling van de artt. 3:33 v. BW inbrengt, waar Meijers, gecorrigeerd door latere ontwerpers, op merkwaardige wijze de begrippen *wil* en *vertrouwen* heeft getracht op één noemer te krijgen. Rutten (gevolgd door Hartkamp) is fervent aanhanger van de wilsleer, en heeft art. 3:33 hoog in het vaandel: 'een rechtshandeling vereist een op rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard'. Hij bestrijdt de vertrouwensleer - door hem in oudere drukken nog de heersende leer genoemd - en kent derhalve aan art. 3:35 een ondergeschikte plaats toe: de bescherming van het gerechtvaardigde vertrouwen tegenover het beroep op 'het ontbreken van een met de verklaring overeenstemmende wil' (de door mij ontwikkelde toerekeningsleer, dat had de lezer al begrepen, vindt uiteraard in het geheel geen warm onthaal bij Rutten/Hartkamp).

Ik zou bij de behandeling van deze materie, die behalve van dogmatisch ook van praktisch belang is, met het oog op de uitleg van de nieuwe wetsbepalingen, willen beginnen met de passage uit de MvA van 1976, waarin het 'omgaan' van de ontwerpers van het nieuwe BW toegelicht wordt. Dan volgt een korte bespreking van het uitgangspunt van Meijers indertijd, waarop Rutten/Hartkamp zich nog steeds baseren, aangevuld met de visie van Van der Heijden ('schijn van wil'). Tenslotte nog enkele afzonderende opmerkingen over de betreffende passage bij Asser-Hartkamp II (1993), anno 1952.

In de MvA uit 1976, van de hand van Snijders, wordt ingegaan op de kritiek op het ontwerp-Boek 6 van 1961, in relatie tot Boek 3. In deze beschouwingen wordt getracht alles glad te strijken en het zo ieder naar de zin te maken. Aangehaakt wordt bij de uitleg die Meijers van het stelsel van het NBW gegeven heeft in zijn Toelichting:

'Deze uitleg komt hierop neer dat in het nieuwe wetboek voor het rechtsgevolg van rechtshandelingen een dubbele grondslag bestaat, nl. al naar de aard van het geval de geopenbaarde wil (artikel 3.2.2; 3:33) en het opgewekt vertrouwen (artikel 3.2.3; 3:34). Deze leer stemt overeen met hetgeen ten tijde van de totstandkoming van het ontwerp van Boek 3 in Nederland voor het bestaande recht algemeen werd aangenomen. Inmiddels is dit laatste niet meer in dezelfde mate het geval en zoeken velen de grondslag van in het bijzonder de gebondenheid aan de overeenkomst uitsluitend in het opgewekte vertrouwen, dan wel in de toerekening van de rechtsgevolgen van de overeenkomst aan de handelende partijen. Tot

4. Asser-Rutten II, 3e dr., p. 3; idem Asser-Hartkamp II, nr 7.

5. Dit is ook het geval bij Schut, t.a.p.; vgl. ook Brahn, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, 6e dr. 1999, p. 239 v.

§2. TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

praktisch verschillende resultaten behoeven deze zienswijzen niet te leiden. En ook is het niet zo dat de redactie van de artikelen 3.2.2 en 3.2.3, zoals deze thans is komen te luiden, daarmee onverenigbaar is, mits men deze artikelen maar als één samenhangend geheel opvat, waarin onder meer tot uitdrukking komt dat het bij de vraag of een meerzijdige rechtshandeling, in het bijzonder een overeenkomst, tot stand is gekomen, in laatste instantie steeds aankomt op wat partijen over en weer uit elkaars verklaringen of gedragingen omtrent hun wederzijdse bedoelingen (wil) hebben mogen afleiden en op wat partijen op die grond aan rechtsgevolgen kan worden toegerekend.

Zonder te willen vooruitlopen op de verdere behandeling van Boek 3 wijst de ondergetekende erop dat de hier aan de orde gestelde vraag hoe de gebondenheid van partijen aan de overeenkomst het best kan worden verklaard, er een is van dogmatische aard en zich niet leent voor beslissingen door de wetgever die zich in beginsel slechts heeft bezig te houden met hetgeen voor het intreden van bepaalde praktische rechtsgevolgen vereist is en welke die rechtsgevolgen zijn. De onderhavige afdeling bevat dan ook uitsluitend regels van deze aard' (p. 199).

Tegen deze passage heeft zich Van Schilfgaarde gekeerd, zelf aanhanger van een wil-vertrouwensleer, wiens kritiek door Rutten (p. 73) overgenomen werd; dit betrof het standpunt van de MvA dat aan deze artikelen geen leerstellige betekenis mag worden verleend, en dat aan het vertrouwen niet slechts een subsidiaire rol toebedeeld is. Van Schilfgaarde meende dat in de onderhavige passage van de MvA 'een niet volledig geslaagde poging wordt gedaan om de tekst van art. 3.2 e.v. met meer recente inzichten op het gebied van de totstandkoming van overeenkomsten te verzoenen'. Aldus zijn samenvatting in zijn AA-noot onder het misverstand-arrest⁶, waar hij de interessante stelling verdedigt, mijns inziens terecht, dat de hoge raad in dat arrest zich impliciet distancieert van art. 3.2.2 (3:33) 'dat - al te dogmatisch - het vereiste van een "wil" voorop stelt' (p. 659). Dat laatste is zeker geen probleem voor Rutten, die zich juist op deze formulering beroept om de tussenopvatting van Schut te bestrijden inzake de rechtshandeling (niet het *oogmerk* van de handelende persoon dat op een rechtsgevolg gericht is, maar de *handeling* die dat is).⁷

Wat was nu eigenlijk dat uitgangspunt van Meijers bij de regeling van de rechtshandeling in art. 3:33 v.? Meijers heeft getracht met zijn ontwerp een brug te slaan tussen de oude wilsleer en de nieuwe vertrouwensleer, welke laatste stroming hij overigens nooit serieus genomen heeft en al aan het begin van de eeuw van woordenspel verdacht. Meijers had weinig op met het beginsel van de goede trouw, in een klassiek artikel uit 1921 stelde hij dat 'begrippen met vage omlijning als het opgewekt vertrouwen, eisen der redelijkheid enz. ons slechts weinig kunnen baten', en in dezelfde tijd kapittelde hij de hoge raad wanneer hij zich door de goede trouw liet leiden. In latere jaren heeft Meijers zich met de goede trouw enigszins verzoend, mits het niet ten koste van het wilsdogma ging.

In de ontworpen artikelen is Meijers zijn standpunt uit 1921 trouw gebleven, ondanks andere over de rechtshandeling ontwikkelde opvattingen, zoals die van Suijling uit 1918, en in de jaren vijftig van Eggens en Böhtlingk. Meijers' visie rust op twee pijlers: ten eerste is het normaal dat wil en verklaring elkaar dekken; de hoofdregel dient zich derhalve naar het normale geval te richten en de wil als element op te nemen. De tweede pijler is: het opgewekte vertrouwen

6. AA 1977, 654, HR 17 dec. 1976, 241, nt GJS, *Gem. Bunde - Erckens*.

7. Asser-Rutten II, p. 74. Zie voor dit onderwerp ook nog Aarts, AA 1981, p. 397, in kritische zin.

1. DE OVEREENKOMST

is gericht op het aanwezig zijn van de (geuite) wil, met als gevolg dat in feite deze wil het uitgangspunt, het verbindend element is. In een uitvoerig betoog heb ik getracht aan te tonen dat beide pijlers niet deugen en dat derhalve Meijers' visie niet op goede grondslag rust, waarmee tevens het stelsel van het Nieuwe BW verworpen werd.⁸ Ik laat de samenvatting van dat betoog hier volgen.

Mijn beschouwingen leiden tot de slotsom dat Meijers' theorie van wil en vertrouwen als grondslag van de gebondenheid uit een rechtshandeling, die in de artt. 3:33 v. werd neergelegd, in theoretisch opzicht onhoudbaar is. De argumenten waarmee Meijers zich tegen de tegenstanders van het wilsdogma afzet, zijn van feitelijke grondslag ontbloot, terwijl zijn opvatting in methodisch opzicht als gedateerd moet worden beschouwd. Meijers kan immers de gaten in zijn systeem slechts dichten door *ficties* te hanteren. Al noemt schr. de fictie een 'systematisch hulpmiddel', daarmee worden nog niet de grote bezwaren die in de laatste eeuw in toenemende mate door gezaghebbende auteurs tegen een dergelijke constructie aangevoerd werden, weerlegd.

Vormt de door Meijers ontworpen regeling van de artt. 3:33 v. in rechtstheoretisch opzicht een lappendeken - hierdoor veroorzaakt, doordat schr. toegevend aan de door het rechtsverkeer geëiste bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen, weigert het aloude wilsdogma prijs te geven - ook voor de rechtspraktijk vormt deze regeling geen aanwinst. Anders dan de *Toelichting* stelt, is de dubbele grondslag van Meijers *niet* die welke in de heersende jurisprudentie aanvaard wordt, vgl. boven § 4 - 5 v. Slechts indien men een louter grammatikale uitlegmethode volgt, waarbij men uitsluitend op het *woordgebruik* van de hoge raad let, is het mogelijk dat een mening als die van Meijers - daarin gevolgd door Rutten - kan postvatten. Doch ook in dit opzicht is de school van Meijers geïsoleerd in onze literatuur, en wijkt zij af van de geldende jurisprudentie.

Een ander voor de rechtspraktijk ongewenst aspect van de voorgestelde regeling, ligt in de omstandigheid, dat men door de hantering van het begrip 'wil' vraagt om moeilijkheden bij de toepassing van dat begrip in de praktijk. De zee van jurisprudentie (alleen al de gepubliceerde) op dit terrein in deze eeuw, spreekt dacht ik boekdelen. Het juridische spreekwoord - door Paul Scholten al in 1909 gelanceerd - dat woorden nooit duidelijk zijn, vindt in het woord *wil* zijn beste illustratie. Voor het overige verwijs ik naar hetgeen hieronder tegen de hantering van dat begrip naar voren gebracht wordt (zie Deel 2, Hfdst. 9).

Zoals beschreven staat de opvatting die men in de wilsleer over de rechtshandeling heeft, tegenover de in de literatuur door Suijling, Eggens en Böhlingk verdedigde zienswijze.⁹ Indien men deze schrijvers in het ontwerp

8. Zie *N.U.*, diss, p. 317 v.; samenvatting: p. 338-340. De passage over het gebruik van fictie in Meijers' benadering werd opgenomen in *Dialektiek R. en R.*, *Ib*, p. 12.

9. Suijling, *Inleiding Burg. Recht*, 1918, p. 1324 v., een rechtshandeling is 'een handeling, aan welke de rechtsorde om de daarmee uitgesproken bedoeling rechtsgevolg toekent', p. 140. 'Als bedoeling van de handelende partij geldt de voorstelling, die de ontvanger van een aan mededeling onderworpen wilsverklaring op grond van haar inhoud en in verband met de omstandigheden zich omtrent die bedoeling te goeder trouw vormt', p. 136. In deze zin trouwens al Moltzer (1889) en J.F. Houwing (1890), de leermeester van Meijers.

§2. TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

zou volgen, zou echter de bestaande verwarring gecontinueerd worden, aangezien zij de term 'wil' handhaven. Het woord wil heeft bij hen weliswaar een zuiver objectieve inhoud - het dient louter als kapstok voor normatieve toerekening - de geschiedenis van de laatste eeuw heeft geleerd dat deze term nu niet bepaald door 'duidelijkheid' uitblinkt. Het hoort derhalve in een moderne wet niet thuis.

Handhaving van de ontworpen regeling biedt door het polyinterpretabele wilsbegrip zoals gezegd een aanknopng voor onvruchtbare procedures, waarbij te verwachten valt dat de rechter de dogmatiek van het ontwerp zal laten voor wat zij is, en de al in de twintiger jaren ingeslagen weg zal vervolgen. In de doctrine zal, mede door de centrale plaats die de rechtshandeling in het privaatrecht inneemt, de in het ontwerp neergelegde wilsgrondslag de nodige verwarring scheppen, en een moderne benadering van tal van rechtsvragen in de weg staan.¹⁰ Wellicht dat na enige decennia, waarin het wilsbegrip veel inkt onnodig zal doen vloeien, het inzicht door zal breken, dat men hier, met name in art. 3:33, een stuk negentiende-eeuwse dogmatiek heeft gehercodificeerd, waaraan men maar het beste voorbij kan gaan. In de buitenlandse literatuur staat het artikel nù al als zodanig bekend, vgl. de opmerking van Flume (zelf aanhanger van een geobjectiveerde wilsleer): 'Siehe aus neuester Zeit den Entwurf Meijers II art. 2, mit dem der deutschen Lehre folgden "klassischen" Rechtsgeschäftsbegriff - obwohl Meijers der Vertrauenslehre folgt'.¹¹

Aldus mijn beschouwingen uit 1971 samengevat. Hierop liet ik een voorstel volgen ter vervanging van de artt. 3:33 v.:

Alternatief art. 3:33. Een rechtshandeling is een handeling verricht door een persoon, bestaande in een doen of een niet-doen, waardoor krachtens de normen van het geldend recht rechtsgevolgen ontstaan die de handelende toegerekend worden.

J. Eggens, *Een man een man, een woord een woord*, 1949, Verz. Priv. Opst. 2, p. 200. F.R. Böhdingk, *Het leerstuk der vertegenwoordiging en zijn toepassing op ambtsdragers in Nederland en in Indonesië*, 1954, nr 54 (vgl. voor het in deze noot behandelde, *N.U.*, diss. p. 323, 343, 347. De wilsleer, die de ontwerpers zo na aan het hart ligt, werd enige tijd geleden door T. Koopmans even lakoniek als beslist verworpen. N.a.v. de gelijkstelling van de overeenkomst met de partijwil door G. Ripert, stelt Koopmans, dat deze een apriorisme is, waardoor bovendien de gronden - zo die al ooit erg solide zijn geweest - thans in ieder geval hun kracht verloren hebben. Sinds wij de wilsleer, met zijn hele wijsgerige en politieke achterban, hebben laten vallen, zouden wij ons voor zulk soort vereenvoudigingen moeten hoeden'. Vgl. *contractueel stippelwerk*, inaug. rede Leiden, 1965, p. 11.

De klassieke wilsleer vindt men ook bestreden bij Dooyeweerd, vgl. *Inl. tot de encycl.*, p. 59 v.; *Encycl. der rechtswetenschap* I, p. 117 v., II, p. 17 v. (Bureau stud.raad VU, niet in de handel). Dooyeweerd spreekt daarbij van de 'normatieve juridische wilsfunctie'. Vgl. ook nog diens opstel in de bundel *Speculum Langemijer*, 1973, 'Het juridisch wilsbegrip en de juridisch-normatieve uitlegging van rechtshandelingen', p. 38.

10. Het is geen toeval dat de toepassing van Meijers' rechtshandelingsbegrip op een concrete rechtsfiguur, zoals de *volmacht* (Titel 3 van Boek 3), aan A. van Oven aanleiding tot ernstige kritiek geeft, vgl. *RmTh* 1955, p. 446. Zijn kritiek werd overigens niet door de vaste Commissie van Justitie overgenomen. Naar mijn indruk is de strekking van die kritiek aan de Cie. ontgaan, vgl. *Voorl. Verslag* no. 4, Zitting 1958-1959, 3770, p. 11 v.

11. *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, Festschrift Deutscher Juristentag, 1960, p. 150, nt 40a.

1. DE OVEREENKOMST

Enige tijd later heb ik mij ook aan een uitleg-artikel bezondigd, een onderwerp dat merkwaardigerwijze niet in het Nieuw BW voorkomt. Dat luidt als volgt:

Alternatief art. 3.2.2-1. Onder uitleg van een rechtshandeling wordt verstaan de vaststelling van de rechtsgevolgen die de handelende persoon toegerekend worden.

De vaststelling geschiedt op grond van de voor het concrete geval geldende rechtsnormen welke ontleend worden aan wet, gebruik en billijkheid, met inachtneming van de omstandigheden waaronder de handeling verricht werd.

Zoals ik in 1971 al voorspelde (diss., p. 341), heb ik op het punt van de rechtshandeling de ontwerpers niet op andere gedachten kunnen brengen, terwijl het beeld van de doctrine weinig anders is. De opvatting van Van Opstall in zijn Hofmann-bewerking, die Meijers gevolgd had met zijn zogenaamde 'wil-vertrouwenstheorie', werd gehandhaafd door de nieuwe bewerker, Abas.¹² Deze laatste opvatting werd genegeerd door Nieuwenhuis in zijn dissertatie van 1979, die haar echter in wezen ook zelf aanhangt. Ik heb die variant elders bestreden.¹³ Rutten heeft zich in zijn latere drukken van de Asser-bewerking niet van zijn standpunt laten afbrengen. Ook hij volgde Meijers, maar voegde de formule van Van der Heijden toe, van de 'toerekenbare schijn van wil'. De overtuigende bestrijding die hij op dit punt van de zijde van Eggens ondervond, heeft geen invloed op hem gehad. Rutten blijft 'de van oudsher gehuldigde wilstheorie' trouw, en betoogt: 'krachtige gronden pleiten voor de leer, dat de overeenkomst tot stand komt door de in verklaringen uitgedrukte wil van partijen, zulks met deze aanvulling, dat met de werkelijke wil moet worden gelijkgesteld de toerekenbare schijn daarvan'.¹⁴

Het is hier niet de plaats om, andermaal, uitvoerig op deze materie in te gaan.¹⁵ Wel is het aardig om even te memoreren welke kritiek Eggens in 1952 op de visie van Rutten had, die vandaag de dag nog ongewijzigd in de 10e druk van de Asser-bewerking uit 1997 te vinden is. De kritiek die Rutten op de vertrouwensleer had is door Eggens weerlegd; de leer geldt niet slechts voor uitzonderingen, de discrepantie tussen wil en verklaring, en evenmin is zij gebaseerd op ficties (vertrouwen ... in de wil van de wederpartij). Het mocht niet baten: Rutten (idem: Hartkamp) bleef bij zijn onjuiste weergave van de vertrouwensleer, die vervolgens verworpen wordt.¹⁶ Eggens wees er ook op dat niet de 'wil' maar de 'trouw' het *rechtens*-bindend moment vormt in de wilsverklaring, dat wil zeggen datgene dat als wilsverklaring geldt. Het gegeven woord bindt, maar 'naar wat het rechtens betekent'. Ook dit heeft Rut-

12. Hofmann-Van Opstall, p. 323 v.; Hofmann-Abas, p. 52 v.

13. *Drie beginselen van contractenrecht: een boekbeschuwing*, WPNR 5524 v. (1980), p. 444; opgenomen in: *Dialektiek R. en R.*, 1b, 43 v. N.a.v. J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden 1979. De visie van Smits op het vertrouwensbeginsel (diss. 1995) kwam bovenal ter sprake (§ 1, nr 4).

14. T.a.p., p. 70; idem Asser-Hartkamp II, nr 99 v.

15. Voor een bestrijding van de constructie van Van der Heijden en Rutten, zie *N.U.*, diss. p. 343 v.

16. Vgl. Asser-Hartkamp II, nrs 98, 105. Daarbij wordt ook een beroep gedaan op Van Schilfgaarde, in diens recensie van mijn proefschrift, *RmTh* 1976, p. 557 v. Voor een weerlegging daarvan, zie mijn recensie diss. Nieuwenhuis, aangehaald in nt 49.

§2. TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

ten/Hartkamp niet tot andere gedachten weten te brengen: ‘in beginsel moet de van oudsher gehuldigde wilstheorie gehandhaafd worden. De overeenkomst komt tot stand door de overeenstemmende verklaringen die de werkelijke wil der partijen weergeven’ (vgl. Asser-Hartkamp II, nr 107). De uitspraak van Eggens aan het slot van zijn recensie, dat de zelfstandige doordenking en de heldere en evenwichtige beschouwingen van de auteur ‘een verdere ontwikkeling daarvan doen verwachten’ is niet bepaald uitgekomen. Er is in een halve eeuw vrijwel niets aan het betoog veranderd, dat door de bewerker Hartkamp in een aantal drukken (sinds 1985) gehandhaafd werd. Alsof de wereld stilgestaan heeft.¹⁷

Nu zou men kunnen menen, dat het hier eigenlijk om de marginalia van het leerstuk van totstandkoming van overeenkomsten gaat: zolang men de figuren aanbod en aanvaarding goed in de peiling heeft, is het gedoe over wilsovereenstemming toch maar bijzaak, een historische opsmuk, die hoogstens van emotionele waarde is. Die opvatting lijkt mij onjuist en onwenselijk, vanwege de risico’s die eraan verbonden zijn. De consensus-leer heeft al veel onheil teweeggebracht, het is niet voor niets dat de aanhangers van de vertrouwensleer al sinds het laatste kwart van de vorige eeuw ertegen te hoop liepen; de subjektieve wil van partijen is een gevaarlijk fundament, en chicanes liggen om de hoek. Indien men in de praktijk met de moeizame en onduidelijke regeling van art. 217 v. geconfronteerd wordt - een onherroepelijk aanbod dat als herroepelijk aangeduid wordt - en bij de uitleg zou terugvallen op de gedachte van wilsovereenstemming, is de kans dat er brokken gaan vallen niet denkbeeldig. Het is echt niet alleen de jurist in de provincie die zijn vak niet optimaal bijgehouden heeft, en nog wat moet wennen aan de constructie van aanbod en aanvaarding als eenzijdige rechtshandelingen. De rechter die van de strafkamer naar de civiele kamer overgaat, of de bedrijfsjurist die normaal fiscaal recht of vennootschapsrecht doet, zou best eens op het verkeerde been gezet kunnen worden als hem voorgehouden wordt dat de overeenkomst nog steeds op wilsovereenstemming gebaseerd is.

Bij bestuursrechtelijke juristen heeft zich al iets dergelijks voorgedaan. De laatste jaren is er grote belangstelling ontstaan voor de figuur van convenant en met de overheid; in de jaren zestig ontwikkeld, vooral in de milieusfeer, vindt deze figuur tegenwoordig toepassing op allerlei terreinen van overheidsbemoediging. Het was van het begin af aan juridisch een schimmige figuur, en er ontstond groeiende behoefte om haar nader te kwalificeren. Zou het geen *overeenkomst* zijn, daar lijkt het toch verdacht veel op? Raadpleging van de vakliteratuur, met name het handboek Asser- Hartkamp, leerde de bestuursrechtelijke auteurs echter, dat voor een overeenkomst het vereiste van *wilsovereenstemming* geldt, en daarvan was te weinig sprake bij deze contracten tussen overheid en bedrijfsleven, aangezien de belangen diametraal tegenover elkaar stonden (bijv. milieubelang tegenover commercieel belang). De conclusie luidde derhalve, dat hier geen sprake kon zijn van overeenkomsten met de

17. In die passage wordt nog steeds de *verklaringstheorie* ten tonele gevoerd; in mijn proefschrift (1971) heb ik al aangetoond dat deze theorie niet bestaan heeft, en wij met een verbastering van de duitse ‘Erklärungstheorie’ te maken hebben, de duitse vertrouwensleer.

1. DE OVEREENKOMST

overheid, dus moest een nieuwe rechtsfiguur ontwikkeld worden, met alle onzekerheid vandien.

Ik heb deze gang van zaken elders aan de kaak gesteld; het is een levensgroot misverstand te denken dat dergelijke afspraken tussen overheid en bedrijfsleven (of andere groeperingen) geen overeenkomsten zouden kunnen zijn, milieucontracten, bijvoorbeeld¹⁸ (de Belgen spreken overigens niet over convenanten, maar van 'beleidsovereenkomsten'). Rutten en Hartkamp hebben dit misverstand mogelijk gemaakt, doordat zij altijd de consensus-gedachte op de schoorsteenmantel hebben laten staan, en als de burens naar binnen kijken, weten zij niet beter of het gaat hier om een pronkstuk van het meubilair. Kortom, alleen al vanwege de burens, niet alleen interdisciplinair maar ook geografisch, is het zaak om af en toe grote schoonmaak in het privaatrecht te houden, en oude troep naar zolder te brengen, of liever, bij het groot vuil te zetten. Een goede hollandse instelling, toch? Bij de hercodificatie heeft men bij dit onderwerp een kleine stap in de goede richting gezet.

Willen de schrijvers volgen?

18. Zie mijn bijdrage aan het Convenanten-nummer van het *NJB*, 1993, p. 480, *Moeder maakt geen bastaard. Privaatrechtelijke aspecten van convenanten*. Vgl. ook Deel 2, Hfdst. 8, § 2, nr 7.

§ 3. Aanbod: Het rechtskarakter van het aanbod

A. HET WETTELIJK STELSEL INZAKE AANBOD EN AANVAARDING. HERROEPELIJKHEID VAN HET AANBOD?

1. De regeling van art. 6:217 e.v. BW in hoofdlijnen

Art. 6:217 BW is van een charmante eenvoud: ‘een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan’. Niet vermeld wordt dat het hier om eenzijdige rechtshandelingen gaat, dat blijkt pas uit het later toegevoegde art. 6:218, in combinatie met de toelichting in de MvA, en verder indirect uit het eveneens later toegevoegde lid 2 van art. 217. Evenmin is vermeld in art. 217 dat het aanbod een gerichte rechtshandeling is, waarop de regels van art. 3:37 van toepassing zijn, en dat deze tot de wederpartij in spé gericht moet zijn. Niet vermeld is ook dat de aanvaarding waarvan hier sprake is, eveneens een eenzijdige rechtshandeling is, noch dat deze gedaan moet zijn door degenen tot wie het aanbod gericht was, en dat aanbod en aanvaarding qua inhoud moeten overeenstemmen. Toegegeven, in het oude BW stond in het geheel niets, maar als het dan toch geregeld wordt zou het toch iets zorgvuldiger kunnen. Wij begrijpen in ieder geval wat de wetgever bedoelt te zeggen.

Dat is met name het geval na raadpleging van de toelichting in de MvA van 1976 (van de hand van regeringscommissaris W. Sniijders); daar wordt opgemerkt dat men met de nieuw toegevoegde artikelen ‘buiten twijfel’ heeft willen stellen dat het aanbod in beginsel een rechtshandeling is. Het vorige ontwerp zag het aanbod nog als ‘een onzelfstandig onderdeel van de meerzijdige rechtshandeling “overeenkomst”’ hetgeen een ‘misverstand’ veroorzaakt heeft.¹ In dat eerdere ontwerp werd in de Toelichting het vereiste van wilsovereenstemming verworpen, zonder dat dit echter in de wetstekst tot uitdrukking gebracht werd.²

Het vereiste van gerichtheid stond overigens wel in het ontwerp van 1961, art. 6, doch is gesneuveld. Dat was geen gelukkige ingreep; hieronder komen wij nog daarop terug.

Een verrassende keuze die de wetgever maakt, na deze moderne intro, is dat men niet de vertrouwensleer-aanhangers (idem: toerekeningsleer) volgt en de *onherroepelijkheid* van het aanbod aanvaardt, maar in de beste traditie van wilsovereenstemming en wilsleer, de *herroepelijkheid* van het aanbod, art. 219.

1. MvA 1976, p. 199 v. (vgl.) daarnaast de *Toelichting* (1961), p. 741). Het nieuwe art. 218 werd overigens in 1968 door de Commissie Verbintenissenrecht van de Notariële Broederschap voorgesteld, geïnspireerd door het betoog van H. Drion in *WPNR* 4828 (1964). Zowel Drion als de Commissie legden zich echter neer bij het uitgangspunt van het aanbod als ‘onzelfstandig onderdeel’, etc., dat ‘duidelijk nut’ had, maar de Commissie wilde het voorgestelde artikel opgenomen zien, ter voorkoming van moeilijkheden. Hoezo compromis?

2. *Toelichting* (1961), p.741. Dat deze verwerping van de consensus door de ontwerpers haaks staat op de voorgestelde wettelijke regeling anno 1961, wordt door mij betoogd in mijn proefschrift, vgl. *Normatieve uitleg*, 1971, p. 175 v. Een kritische bespreking van het stelsel van het ontwerp vindt men op p.123 v. Vgl. ook nog mijn bespreking van Schoordijks *Alg. gedeelte verbintenissenrecht NBW*, in *NJB* 1980, p. 1094.

1. DE OVEREENKOMST

Dit was overigens het oude stelsel van het Ontwerp-Meijers, dat men intact gelaten heeft. Op die herroepelijkheid wordt overigens direkt afgedongen, het aanbod is *onherroepelijk* indien sprake is van een termijn voor aanvaarding, 'of de onherroepelijkheid ervan op andere wijze uit het aanbod volgt'. Bovendien kan niet meer herroepen worden na aanvaarding van het aanbod, waarmee gelijk gesteld wordt de verzending van de mededeling van aanvaarding, art. 6:219 lid 2. Wij zullen hieronder nog zien, dat daarmee de angel uit de herroepelijkheid van het aanbod gehaald is, een probleem dat al sinds het ontstaan van de vertrouwensleer in 1875 aan de orde gesteld is, sterker nog, de ontstaansgrond van die leer was, in verband met de eisen van de rechtspraak.

Het Gewijzigd Ontwerp van 1976 bracht ook iets nieuws: het vrijblijvend aanbod, opgevat in afwijking van de heersende leer, maar zoals dit door Meijers in de jaren twintig verdedigd was: in die situatie mag men nog na de aanvaarding herroepen, mits dit 'onverwijld' gebeurt, art. 6:219 lid 2. In de heersende leer is hier sprake van de uitnodiging tot het doen van een aanbod.

Verder vindt men de *uitloving* geregeld, art. 220. De herroeping is hier beperkt, namelijk verbonden aan gewichtige redenen; deze kunnen ook tot wijziging van de uitloving leiden. Deze strengere eisen vinden hun oorzaak in het bijzonder karakter van dit type aanbod: degenen tot wie het gericht is zijn onbestemd, behorend tot 'het publiek'. In het tweede lid wordt een oplossing geboden voor het geval iemand al met de aanvaardingshandeling begonnen is, door de gevraagde prestatie te leveren, en de aanbieder tot herroeping of wijziging overgaat: de rechter kan hem een billijke schadeloosstelling toekennen.

Over de duur van het aanbod wordt in art. 221 bepaald dat een mondeling aanbod vervalt wanneer het niet onmiddellijk wordt aanvaard, terwijl een schriftelijk aanbod eerst na een redelijke termijn vervalt; een aanbod vervalt ook wanneer het wordt verworpen, lid 2. Deze bepaling verdraagt zich moeilijk met de praktijk; het hangt van het type contract af, of inderdaad direkt op een mondeling aanbod gereageerd moet worden, zoals op een veiling, of bij koop op de markt ('handje klap'). Dit artikel staat ook op gespannen voet met het rechtshandelingskarakter van het aanbod: een dergelijk onderscheid tussen mondeling of schriftelijk verrichte rechtshandelingen is hoogst ongebruikelijk. Duidelijk een artikel dat bij toepassing om redelijke uitleg vraagt. In art. 222 wordt gesteld dat het aanbod niet vervalt door de dood of verlies van handelingsbekwaamheid van één der partijen, noch door het verlies van bevoegdheid te contracteren als gevolg van bewind. Met de aanvaarding van de rechtshandelingsconstructie voor aanbod en aanvaarding een niet erg opzienbarende of nuttige bepaling.

De figuur van het 'onverwijld' mededelen aan de wederpartij komen wij ook tegen bij de regeling van de late aanvaarding, art. 223. Lid 1 houdt in dat de aanbieder een te late aanvaarding - dat wil zeggen, gedaan nadat de termijn van het aanbod verstreken was - toch als tijdig gedaan kan laten gelden, mits hij dit onverwijld aan de wederpartij mededeelt (dit lid stamt uit 1976, Gewijzigd Ontwerp). Het tweede lid betreft de situatie dat de aanbieder wist of kon weten dat de wederpartij niet op de hoogte was van haar te late aanvaarding; in dat geval geldt de aanvaarding als tijdig gedaan, *tenzij* de aanbieder onverwijld de wederpartij mededeelt dat hij zijn aanbod als vervallen beschouwt.

§3. HET RECHTSKARAKTER VAN HET AANBOD

Een aanvaarding kan de aanbieder niet of niet tijdig bereiken door een omstandigheid die niet voor risico van de aanvaardende partij komt; dan wordt de overeenkomst geacht tot standgekomen te zijn op het tijdstip waarop dit zonder de storende omstandigheid plaatsgevonden zou hebben, art. 224. Of dit voor risico van die partij komt, wordt bepaald in art. 3:37. Aldus een vrije weergave van art. 224, dat dit op een veel moeizamere wijze formuleert, een formulering die in 1976 aangebracht werd: het falen van het aanvaardingsbericht door 'een omstandigheid op grond waarvan zij krachtens art. 3:37 lid 3, tweede zin, niettemin haar werking heeft'. Een treurig staaltje van wetgevend vermogen en respect voor de praktijkjurist (en de leek) die deze afdeling van het wetboek toch regelmatig zouden kunnen opslaan. Nu heeft de uitgever in het wetboek meestal boven dit artikel het kopje 'ontvangsttheorie' gezet, en dat maakt in ieder geval duidelijker. Het moment van tot standkoming en de problematiek van communicatiestoornissen komen onder nog uitvoerig aan de orde.

Het kan zich voordoen dat aanvaarding afwijkt van het aanbod; in zo'n geval wordt de aanvaarding als een nieuw aanbod opgevat dat alsnog door de oorspronkelijke aanbieder aanvaard moet worden, art. 6:224 lid 1. Dit is overigens conform de gangbare opvatting in rechtspraak en doctrine. Het tweede lid geeft als toevoeging (d.d. 1976) dat indien de aanvaarding op ondergeschikte punten van het aanbod afwijkt, de overeenkomst daarmee tot stand komt, tenzij de aanbieder 'onverwijld' bezwaar maakt tegen het verschil. Het derde lid, eveneens in 1976 toegevoegd, geeft een regeling voor het geval aanbod en aanvaarding naar verschillende algemene voorwaarden verwijzen, de zogenaamde *battle of forms*. De verwijzing in de aanvaarding heeft de overhand, mits de algemene voorwaarden van de wederpartij uitdrukkelijk van de hand gewezen zijn. Dit was een echt *novum*: in afwijking van de heersende leer in ons land, en nergens ter wereld in die vorm geldend recht. Het werd terecht kritisch ontvangen in de literatuur; bij de behandeling van de algemene voorwaarden wordt hierop nader ingegaan.³

2. *Voorlopige conclusie ontleend aan het stelsel van de wet: het aanbod is onherroepelijk*

Aldus de hoofdlijnen van het geldende wettelijke systeem; zoals gezegd komt deze materie hieronder nog uitvoerig ter sprake. Daarbij wordt ook ingegaan op de relatie van deze wettelijke regeling tot internationale wetgeving (LUF, de eenvormige wet totstandkoming internationale overeenkomsten, 1964). Wij zullen ons allereerst concentreren op de herroepelijkheid van het aanbod, een constructie die in mijn opvatting, en in die van de meerderheid van de schrijvers die de vertrouwensleer toegedaan zijn, verworpen wordt. De schade valt overigens reuze mee, gezien de uitzonderingen die in één adem met de regel genoemd worden, waardoor, zo zou ik willen stellen, *naar geldend recht de uitzonderingen de regel geworden zijn*.

Dat wordt straks nog uit de doeken gedaan, maar om daarop vooruit te lopen, een enkele opmerking op deze plaats. In het stelsel van het huidige BW is een aanbod wanneer het een termijn kent, onherroepelijk. Nu is een aanbod

3. Zie Hfdst. 4, § 1, nr. 9.

1. DE OVEREENKOMST

zonder termijn ondenkbaar; ook art. 221 gaat, zoals wij zagen, van een redelijke termijn uit waarbinnen aanvaarding moet plaatsvinden (een schriftelijk aanbod, een mondeling aanbod moet zelfs 'onmiddellijk' aanvaard worden, om het vervallen van dat aanbod te voorkomen). Een termijn zal altijd door middel van uitleg vastgesteld kunnen en moeten worden, op grond van de aard van het aanbod, gewoonten en de redelijkheid. Dat 'blijkt uit andere wijze uit het aanbod', om met de wetgever te spreken (art. 219, lid 1). Daarmee is de cirkel rond: omdat een aanbod nu eenmaal alleen denkbaar is met een bepaalde termijn, en de wetgever zelf stelt dat in dat geval het aanbod onherroepelijk is, kan de slotsom slechts zijn *dat een 'aanbod' naar geldend recht onherroepelijk is*. Zodra betoogd wordt dat een aanbod herroepelijk is, heeft men niet met een 'aanbod' in de zin van de wet te maken. Ter toelichting van mijn standpunt, het volgende.

Mijn opvatting over het bindend karakter van het aanbod volgt uit de aanvaarding van de kwalifikatie van het aanbod als eenzijdige rechtshandeling. Hierbij geldt, zoals ten aanzien van rechtshandelingen in het algemeen het geval is, dat het niet de individuele wil van de in rechte handelende persoon is die telt, doch dat het recht die persoon bepaalde rechtsgevolgen toerekent, op grond van diens gedragingen, bezien tegen het licht van alle omstandigheden. Niet de wil van de aanbieder geeft als enige aan, wat de rechtsbetekenis van het aanbod is, in die zin dat verandering van de wil het aanbod zelfs ongedaan zou kunnen maken, na ontvangst van het aanbod door de wederpartij. De rechtsnormen, gevoed door de eisen van het handelsverkeer, geven ook hier aan of het aanbod herroepelijk is of niet.

Naar ik meen vindt de hier aangesneden vraag inzake de herroepelijkheid van het aanbod in het recht een negatieve beantwoording: door zich uit te spreken, door een aanbod te richten tot de ander, wekt men het vertrouwen dat men het aanbod gestand zal doen. Dat vertrouwen dient, indien gerechtvaardigd, gehonoreerd te worden, waarmee naar het mij voorkomt ook het handelsverkeer gediend wordt. Of dat vertrouwen gerechtvaardigd is, kan eerst na uitleg van het aanbod rekening houdend met de omstandigheden en geldende gebruiken, vastgesteld worden. De uitkomst moet derhalve zijn, het beginsel, dat het aanbod *onherroepelijk* is, als vereiste van de goede trouw. De onherroepelijkheid is, in de woorden van Molengraaff, een 'onafwijsbare verkeerseisch'. Aanvaardt men dit beginsel, dan zal direkt duidelijk zijn, dat alle gewicht nu komt te liggen op de vraag, *wanneer* van een aanbod sprake is. Ook dit is in mijn opvatting een kwestie van uitleg van de afgelegde verklaring. Heeft men - normatief uitleggend - de verklaring eenmaal als *aanbod* aangemerkt (als alternatieven zie ik slechts de uitnodiging tot het doen van een aanbod, of wel de losse mededeling), dan valt daarmee tevens de slagboom, en heeft men met een onherroepelijke rechtshandeling te maken.

Ik gaf zoëven al aan, dat ik in die laatste conclusie niet altijd gevolgd word door schrijvers, ook al heeft men de gedachte van aanbod als rechtshandeling overgenomen. Daarmee wordt het tijd om de doctrine aan een onderzoek te onderwerpen; dan volgt een bespreking van de jurisprudentie op dit terrein, waarna ik de figuur van het aanbod nader zal uitwerken. Datzelfde geldt voor

§3. HET RECHTSKARAKTER VAN HET AANBOD

mijn visie hierop, waarvan de contouren al werden weergegeven. Daarbij grijp ik terug op de beschouwingen in mijn dissertatie.⁴

B. HET RECHTSKARAKTER VAN HET AANBOD VOLGENS DE DOCTRINE

3. *De leer van Rutten van voor 1969. Andere constructies*

Een belangrijke plaats wordt in de doctrine ingenomen door het *Verbintenissenrecht* van Rutten, in de Asser-serie. Ik zou allereerst zijn opvatting over het aanbod willen bespreken, zoals neergelegd in de derde druk van zijn werk uit 1968, dat kort daarna aan het oordeel van de hoge raad onderworpen werd.

Het standpunt dat Rutten ten aanzien van de onherroepelijkheid van het aanbod inneemt, is een ijzeren consequentie van de door hem aangehangen wilsleer. Rutten is daarin vaster in de leer dan bijvoorbeeld Meijers, wiens in het nieuwe BW neergelegde visie eerder ter sprake kwam. Ruttens grote bezwaar tegen de heersende leer - deze benaming is van hem - waarbij het aanbod als onherroepelijk gezien wordt, bestaat met name hierin, dat in die leer 'ten onrechte het aanbod beschouwd (wordt) als een ding dat een *eigen bestaan leidt, los van de wil van de aanbieder*. Hier wreekt zich de wijze van voorstellen, welke de voor het tot stand komen van een overeenkomst *noodzakelijke wilsovereenstemming* ontleedt in aanbod en aanvaarding'.⁵

Schr. erkent het ontstaan van een verbintenis aan de zijde van de aanbieder door het doen van een aanbod, doch is van mening dat de schuldenaar het in zijn macht heeft om deze verbintenis 'in feite' niet na te komen, en dus wanprestatie te plegen: de aanbieder kan - aldus schr. - de totstandkoming van de overeenkomst verhinderen 'door de daartoe zijnerzijds vereiste toestemming *in feite* te weigeren'. Hiermee geeft Rutten duidelijk aan, dat voor hem uitgangspunt is de *wil* van de aanbieder, zoals die *feitelijk* gevormd wordt: het recht moet buigen voor het individu en zijn soevereine wil.⁶ De overeenkomst is dan ook in Ruttens ogen niet anders dan het produkt van *wilsovereenstemming*. Bij herroeping van een aanbod is evenwel de wil van de aanbieder niet meer gericht op het doen ontstaan van een overeenkomst, zo betoogt schr. 'Zijn (d.i. de acceptant) wil kan die van de aanbieder niet meer ontmoeten, want die wil

4. Bij voorbaat wil ik mij voor de omvang van dit hoofdstuk excuseren. Het ligt echter niet alleen aan deze auteur: voor de hier behandelde problematiek werden in de losbladige editie *Contractenrecht*, Red. A.R. Bloembergen en W.M. Kleijn, ruim 1400 pp. uitgetrokken, vgl. II (Blei Weissmann en Kranenburg). Zie tegenwoordig ook het vervolg-werk *Verbintenissenrecht*, Delen 2 en 3.

5. Asser-Rutten II, 3e dr., 1968, p. 95, mijn curs. Vgl. ook p. 91 waar schr. stelt dat de gebondenheid aan een gedaan aanbod berust op de *wil* van de aanbieder zich rechs te binden, zodat hier sprake is van een rechtshandeling. Vgl. 9e dr., Asser-Hartkamp II, nr 137, jo. 107.

6. Van dit beginsel blijft echter weinig over, als Rutten schrijft (p. 96) dat in zijn opvatting de aanbieder op verbeurte van een dwangsom gedwongen kan worden zijn verplichting na te komen, terwijl hij daarnaast zelfs de mogelijkheid oppert, dat een vonnis van de rechter in de plaats zou kunnen treden van de achterwege gebleven wilsverklaring. Met name het laatste maakt een gekunstelde indruk, en toont aan hoe ver schr. bereid is te gaan om zijn stellingen niet prijs te hoeven geven. Vgl. thans Asser-Hartkamp II, nr 147.

1. DE OVEREENKOMST

bestaat niet meer, gelijk hem onomwonden is medegedeeld. Er kan dus geen wilsovereenstemming tot stand komen, ergo ook geen overeenkomst’.

Men ziet hier het beeld van de biljartballen van Opzoomer. Rutten zet in dit opzicht overigens de lijn van zijn voorganger C. Asser voort, die, aan het einde van de vorige eeuw, ook al niets moest hebben van de leer van het vertrouwen, zij het dat hij voor het *ius constituendum* (het te ontwerpen recht, waar toen ook al sprake van was, maar dat doodgebloed is) het bindend aanbod als een van de weinige vruchten van de vertrouwensleer zag.⁷

Het standpunt van Rutten, dat ook al in de eerste druk van 1952 verdedigd werd, is door verschillende schrijvers, zoals Houwing, De Grooth, Eggens en Van Opstall, krachtig bestreden, zonder dat dit de auteur tot andere gedachten heeft weten te brengen.⁸ Die rol was de hoge raad beschoren. De oude opvatting van Rutten is, naar mij bleek, voor studenten moeilijk te vatten. Ik pleeg haar meestal zo weer te geven; het aanbod herroepen *mag* niet, maar *kan* wel. Als ezelsbruggetje, dat zoals bekend ook door andere dieren gebruikt wordt, geldt hier, dat men dit het beste als een katholieke wijsheid kan opvatten.⁹

Alvorens tot de bespreking van het arrest uit 1969 over te gaan, *Lindeboom - Gemeente Amsterdam*, nog enkele voorbeelden van ingenieuze constructies die schrijvers te baat genomen hebben om in sommige gevallen het aanbod een onherroepelijk karakter te geven, zonder tot de kwalificatie van rechtshandeling over te gaan. Dit met name in de gevallen dat uitdrukkelijk verklaard werd dat het aanbod bindend is, of wanneer een gebruik in die zin aanwezig is. Van Opstall heeft de figuur van afstand van recht verdedigd, en wel van het recht dat de aanbieder heeft om zijn aanbod te herroepen.¹⁰ Van Brakel propageerde de constructie van de stilzwijgende overeenkomst (‘Vorvertrag’) tussen partijen, waarop de onherroepelijkheid van het aanbod gebaseerd zou zijn.¹¹

Wat het aspect van de onherroepelijkheid betreft, is de doctrine van deze eeuw verdeeld, met voorstanders in een kleine meerderheid.¹² De laatste jaren is de tegenstelling wat verdoezeld door een nieuwe constructie die door een toenemend aantal schrijvers en het nieuwe BW gehanteerd wordt. Als

7. Zie mijn diss., N.U., p. 102; Ruttens opvatting werd in de vorige eeuw door Brinz aangehangen, idem, p. 105.

8. Zie N.U., p. 105.

9. Hierin gesterkt na het televisie-interview met volksschrijver Reve ter gelegenheid van het Pausbezoek in 1985. Een staaltje van ondogmatische, dus on-hollandse, geloofsbeschouwing.

10. Hofmann-Van Opstall, 8e dr. 1968, p. 314, hierin gevolgd door Nagelkerke, diss. p. 89. Zie ook *Contractenrecht II* (Blei Weissmann), no. 569 sub b. Deze constructie, vroeger verdedigd door Troelstra, werd verworpen door Abas in zijn bewerking, vgl. Hofmann-Abas, p. 65.

11. S. van Brakel, *Leerboek v.h. Ned. Verbintenissenrecht*, I, 3e dr. 1948, p. 376. Vgl. voor de uitdrukkelijk overeengekomen voorovereenkomst gericht op onherroepelijkheid, *Contractenrecht II*, no. 571.

12. Zie N.U., diss. p. 107, waar genoemd worden: Goudekot, Polderman, Kist-Visser III, Rupke, Asser-Van Goudoever, Suijling I, Molengraaff, Eggens, Pitlo III. Voor herroepelijkheid, vindt men daar genoemd: Meijers, Troelstra Janssens, Veegens-Oppenheim-Polak III, Van Brakel III, Hofmann-Van Opstall, H. Drion. Voor de literatuur na 1971, zie *Contractenrecht II*, no. 569, vgl. ook no. 454. Verwarrend is dat sommige schrijvers van ‘bindend’ aanbod spreken, en hiermee geen onherroepelijkheid beogen. Ook spreekt men, n.a.v. de oude leer van Rutten, van ‘absolute’ of ‘sterke’ werking van het aanbod, tegen de ‘zwakke’ werking (Rutten) (vgl. no. 570).

§3. HET RECHTSKARAKTER VAN HET AANBOD

woordvoerder neem ik Rutten in zijn latere drukken, nadat hij *Lindeboom - Gemeente Amsterdam* ter harte had genomen: een aanbod is in het algemeen herroepelijk en kan voor aanvaarding door de geadresseerde ingetrokken worden door de aanbieder. Het aanbod is echter onherroepelijk, 'indien daarbij uitdrukkelijk of stilzwijgend is bepaald, dat het gedurende een zekere tijd van kracht zal zijn'.¹³ Aldus ook art. 6:219 lid 1, in een andere formulering; hierboven werd dit al besproken. Ten slotte nog de kanttekening, dat Rutten terecht opmerkt, dat over de grondslag van het onherroepelijke karakter van het aanbod 'allerminst eenstemmigheid' bestaat. Dat doet vermoeden dat hier van een gelegenheidsoplossing sprake is, hetgeen een andere wijsheid uit het zuiden des lands in herinnering brengt; 'ge ziet maar en ge doet maar - ge doet maar wat ge ziet'. Van de rechtswetenschap mag mijns inziens meer verwacht worden, zeker als er allerlei verschijnselen zijn die nadere verklaring behoeven, zoals hieronder nog zal blijken. De achtergrond van de nieuwe constructie lijkt te zijn, dat men de grondslag van de oude wilsleer niet wil prijsgeven, een rechtsideologische kwestie.

Hetzelfde geldt overigens ook voor de volgende constructie, die dient om in geval van een herroepelijk aanbod, het uitgangspunt, herroeping van dat aanbod te verhinderen. Schut verdedigt namelijk, zoals eerder H. Drion, de zienswijze dat de aanbieder bij de uitoefening van het herroepingsrecht in overeenstemming met de eisen van goede trouw moet handelen, bij gebreke waarvan de herroeping geen rechtskracht heeft.¹⁴ Een veel eenvoudiger oplossing lijkt mij, om het aanbod na uitleg als onherroepelijk aan te merken. Een mogelijkheid waarin de besproken 'gelegenheidsoplossing' toch voorziet.

C. DE RECHTSPRAAK VAN DE HOGE RAAD INZAKE DE ONHERROEPELIJKHEID VAN HET AANBOD. EEN KWESTIE VAN UITLEG

4. *Het arrest Lindeboom - Gemeente Amsterdam (1969)*

De hoge raad heeft heel lang het probleem van de onherroepelijkheid van het aanbod, met name de vraag of een eenzijdige verklaring een verbintenis kan opleveren, weten te ontlopen.¹⁵ Eerst het arrest van 19 december 1969, *Lindeboom - Gemeente Amsterdam*¹⁶, werpt enig licht op deze materie. Uit dit arrest vallen twee regels af te leiden: allereerst, dat men door middel van *uitleg* heeft na te gaan of het aanbod als onherroepelijk heeft te gelden. Staat de onherroepelijkheid vast, dan volgt als tweede regel, dat intrekking van het aanbod vóór het verstrijken van de daaraan verbonden termijn, rechtens geen gevolg heeft, d.w.z. de totstandkoming van de overeenkomst in geval van

13. Asser-Rutten II, 6e dr., 1982, p. 101 (Asser-Hartkamp II (1993), nr 146).

14. T.a.p., p. 39, 51 (1977); p. 77 (1987). Vgl. ook Asser-Schut I, 4e dr., p. 82 v. Voor verdere lit., *Contractenrecht II*, no. 578c, waar gewezen wordt op hetzelfde stelsel krachtens NBW (no. 560f). Art. 5 lid 2 LUF, Eenv. wet totstandk., ovk., biedt dezelfde mogelijkheid.

15. Vgl. HR 16 mei 1929, NJ 1486, nt EMM, *Ned. Handels- en Landbouwbank - Wolterstorff*, en HR 18 dec. 1953, NJ 1954, 248, nt PhANH, *Godefroy - Fontein*. Het zwijgen van de cassatierechter in dit opzicht, wordt door beide annotatoren betreurd.

16. NJ 1970, 154, nt GJS. Voor de vele commentaren op dit arrest, zie: *Contractenrecht II*, no. 568 v.

1. DE OVEREENKOMST

aanvaarding van het aanbod niet kan verhinderen. Daarmee werd de leer van Rutten verworpen.

Het geval lag als volgt. Lindeboom had bij brief van 29 juli 1964 aan de gemeente Amsterdam te koop aangeboden het voortdurend recht van erfpacht van een perceel grond, de rechten op de opstallen, te weten de Pieter van Foreestkliniek, en de inventaris van die kliniek. Een en ander onder voorwaarde dat koop en overdracht tussen 15 november en 15 december 1964 zouden plaatsvinden. Bij brief van 25 augustus kreeg Lindeboom bericht, dat B. en W. op de 21e van die maand besloten hadden aan de gemeenteraad voor te stellen het aanbod te aanvaarden. Op 28 oktober besloot de raad dienovereenkomstig, welk besluit 10 november door gedeputeerde staten werd goedgekeurd. Intussen zit de aanbieder, Lindeboom, niet stil, en daarmee ontstaan alle problemen. Op 18 augustus verzocht hij de gemeente hem van zijn verkoopbelofte te ontslaan, waarin de gemeente niet heeft bewilligd. In brieven van 13 en 27 oktober bericht hij vervolgens de gemeente, dat hij zijn vrijheid tegenover de gemeente hernomen heeft. Op 11 december weigert Lindeboom aan het passeren van de akte van overdracht mee te werken. De rechtbank te Amsterdam veroordeelt hem tot medewerking aan het passeren van de akte, na zijn verweer verworpen te hebben, dat hij niet gebonden zou zijn, aangezien hij op 7 september definitief bescheid van de gemeente gehad zou moeten hebben. De rechter acht deze bewering in strijd met het gedane aanbod, en meent dat Lindeboom niet achteraf eenzijdig een andere termijn kan stellen.

Het hof overweegt, naar aanleiding van Lindebooms grief, dat door het hernemen van zijn vrijheid ten opzichte van de gemeente geen wilsovereenstemming tot stand kwam:

‘dat uit Lindebooms aanbod zelf voortvloeit - mede gelet op de daarvan deel uitmakende eerste “stipulatie” in zijn brief van 29 juli 1964 en temeer gezien het feit dat het aanbod werd gedaan aan een overheidsinstantie, zodat noodzakelijkerwijze geruime tijd moest verlopen alvorens dit definitief en bindend kon worden aanvaard - dat het aanbod niet kon worden herroepen dan op of na de dag, op welke de aanvaarding van het aanbod niet meer zou kunnen leiden tot een overdracht op 15 december 1964, althans op 15 november 1964’.

De gemeente mocht aannemen dat het aangeboden overgedragen zou worden, vervolgt het hof, mits zij maar zorgde voor een definitieve acceptatie die overdracht binnen de in het aanbod gegeven termijn mogelijk maakte. Uit niets bleek, dat de gemeente had behoren te begrijpen dat de aanbieder er ook nog belang bij had om reeds enige maanden voor die termijn zekerheid te hebben omtrent een definitieve aanvaarding. Het hof trekt de conclusie, dat de goedkeuring van het raadsbesluit door G.S. heeft medegebracht dat de wilsovereenstemming tot stand gekomen is welke tot overdracht moet leiden.

Wat het hof doet, is het uitleggen van het aanbod, in verband met de omstandigheden. De genoemde termijn van overdracht, het feit dat met een overheidslichaam in onderhandeling getreden werd waarvan de molens der besluitvorming bekend zijn (ook de gestelde termijn maakt dat reeds duidelijk), vormen de bepalende factoren bij deze uitleg, die een normatief karakter heeft. Aan dit karakter van de uitleg valt met name toe te schrijven, dat het hof geen aanleiding ziet om de door Lindeboom naar voren geschoven termijn van 7 september, tot de inhoud van het aanbod te rekenen. Was de subjectieve bedoeling van de aanbieder, zijn wil, in tel, dan lag dat anders.

Lindeboom volhardt in zijn grief, en legt zich in zijn cassatiemiddel - van de hand van Wijckerheld Bisdom - voor het anker van Rutten: aangezien wilsovereenstemming ontbrak, nu niet gelijktijdig bij beide partijen de wil tot het aangaan van een overeenkomst aanwezig was, kon geen overeenkomst tot stand komen, daargelaten de mogelijkheid van wanprestatie aan de zijde van Lindeboom. De hoge raad overweegt hieromtrent:

‘dat het hof heeft geoordeeld, dat uit Lindebooms aanbod zelf voortvloeit dat het aanbod niet kon worden herroepen dan op of na de dag, op welke de aanvaarding van het aanbod niet meer zou kunnen leiden tot een overdracht op 15 december 1964, althans op 15 november 1964;

§3. HET RECHTSKARAKTER VAN HET AANBOD

dat het hof hieruit terecht de conclusie heeft getrokken, dat door tijdige aanvaarding van het aanbod door de Gemeente de betreffende overeenkomst tot overdracht van de Pieter van Foreestkliniek tot stand was gekomen, ongeacht het feit dat Lindeboom op dat moment reeds zijn aanbod had ingetrokken;

dat immers degenen die zijn aanbod onherroepelijk maakt, daarmee zichzelf de bevoegdheid ontnemt om alsnog te voorkomen, dat door een aanvaarding van het aanbod binnen de gestelde termijn de overeenkomst tot stand komt;

dat zich aldus wel het geval kan voordoen, dat niet gelijktijdig bij beide partijen de wil tot het aangaan van de overeenkomst bestaat, maar dat – anders dan in het middel wordt aangenomen – geen rechtsregel deze laatste eis voor het totstandkomen van een overeenkomst stelt’.

Wij zien hier dat de hoge raad zich achter het hof opstelt, en met name instemt met diens benadering om door *uitleg* van het aanbod tot de bepaling te komen of het aanbod onherroepelijk beschouwd moet worden of niet. In casu ‘vloeide’ dat laatste uit het aanbod zelf voort. Tegen die achtergrond moet men de zinsneden uit de voorlaatste overweging plaatsen, waar gesproken wordt van ‘degenen die zijn aanbod onherroepelijk maakt’. Dit dient naar mijn inziens niet strikt letterlijk te nemen, in die zin, dat hier alleen bedoeld zou zijn het geval dat de aanbieder uitdrukkelijk - dat wil zeggen met zoveel woorden - een termijn aan zijn aanbod verbindt. Ook uit omstandigheden, of uit de context van de bewoordingen van het aanbod, kan bij normatieve uitleg - gelijk door het hof toegepast - tot een ‘onherroepelijk maken’ geconcludeerd worden, al of niet willens en wetens geschied.¹⁷

Welk standpunt neemt de hoge raad nu in ten aanzien van de controverse rond de onherroepelijkheid van het aanbod? Naar mijn mening huldigt het college het volgende stelsel, waarmee een brug geslagen wordt tussen de twee zienswijzen die in uitkomst niet ver van elkaar staan. Of een aanbod onherroepelijk is kan alleen beslist worden na uitleg van dat aanbod, waarbij behalve de bewoordingen van het aanbod, ook alle bijkomende omstandigheden van belang zijn. Levert de uitleg het resultaat op dat het aanbod in kwestie onherroepelijk is, dan komt door aanvaarding daarvan de overeenkomst tot stand, zonder dat de aanbieder het in zijn macht heeft om dit door het intrekken van zijn verklaring te voorkomen.

D. DE HOGE RAAD EN DE VERWERPING VAN CONSENSUS ALS GRONDSLAG VAN DE OVEREENKOMST

5. *Verwerping van het consensus-beginsel in Lindeboom - Gemeente Amsterdam (1969)*

Hierboven kwam al verschillende keren naar voren dat in mijn visie, zoals verdedigd in mijn proefschrift, de consensus-gedachte, als grondslag van, en vereiste voor de totstandkoming van overeenkomsten afgedaan heeft. Ter vervanging daarvan werd de gedachte ontwikkeld van aanbod en aanvaarding als twee eenzijdige rechtshandelingen. Zoals wij zagen, heeft die gedachte vrij veel navolging gevonden, vooral nadat de ontwerpers van het nieuwe BW in

17. Voor een overzicht van de mogelijkheden, zie *Contractenrecht II*, no. 560.

1. DE OVEREENKOMST

1976 lieten blijken geen bezwaar tegen deze opvatting te hebben, en zelfs het stelsel van het nieuwe BW in die zin aanpassen. Op deze plaats nog enkele opmerkingen over deze materie, waarbij ik met name wil ingaan op de vraag of ook de hoge raad in het arrest *Lindeboom - Gemeente Amsterdam* (1969) zich op het nieuwe standpunt gesteld heeft. Mijn stelling, dat die vraag bevestigend beantwoord dient te worden, vond algemene bestrijding in de literatuur, die overigens vrijwel geheel van voor 1976 stamt, het jaar waarin het Nieuw BW omging. Daarna werd het stiller. Ik laat mijn betoog uit 1971 hier eerst volgen, en bespreek dan enkele afwijzende reacties. Tenslotte nog enkele kanttekeningen over het verwerpen van het consensus-beginsel in de literatuur.

Bij het speuren naar medestanders inzake een vernieuwing van de grondslag van het contractenrecht, valt allereerst te wijzen op de hoge raad. Uit het tijdperk vóór *Bosch - Van Maren* (1933) komt hieronder de voor de eenzijdige rechtshandelingen en het daarbij te stellen gerichtheidsvereiste zo belangrijke arrest *Stoom- Brood- en Scheepsbeschuitfabriek - Kalden* van 1923, nog ter sprake (vgl. § 4, nr 2). Na 1933 blijkt dezelfde tendens ook op het terrein van de totstandkoming van overeenkomsten door te zetten. Allereerst valt te wijzen op de opmerkelijke omstandigheid, dat de cassatierechter in de decennia die volgen doorgaans niet van 'wilsovereenstemming' spreekt, doch het heeft over 'toetreden' tot de overeenkomst. In 1929 heette het dat 'een overeenkomst slechts door wederzijds toetreden van partijen tot stand komt', terwijl in 1937 en 1939 overwogen wordt: '... ook op grond van gedragingen van partijen kan toetreding tot een overeenkomst worden aangenomen'.¹⁸ Exegetische bespiegelingen over deze wijze van formuleren worden evenwel overbodig gemaakt door het al besproken voor ons onderwerp baanbrekende arrest *Lindeboom - Gem. Amsterdam*, van 1969.¹⁹ Daarbij overweegt de hoge raad immers:

'dat zich aldus wel het geval kan voordoen, dat niet gelijktijdig bij beide partijen de wil tot het aangaan van de overeenkomst bestaat, maar dat - anders dan in het middel wordt aangenomen - geen rechtsregel deze laatste eis voor het totstandkomen van een overeenkomst stelt' (mijn curs.).

Hiermee rekent de hoge raad uitdrukkelijk af met de consensus-gedachte, een aspekt van dit standaard-arrest dat de annotator G.J. Scholten ontgaan is. De consensus-gedachte in zijn meest ruime vorm, namelijk in die zin dat de wil om een overeenkomst aan te gaan *gelijktijdig* bij beide partijen aanwezig moet zijn.

18. HR 16 mei 1929, *NJ* 1486, nt EMM, *Ned. Handels- en Landbouwbank - Wolterstorff*; HR 16 dec. 1937, *NJ* 1938, 526, nt PS, *Van Wijk - Van Baren*; HR 29 dec. 1939, *NJ* 1940, 274, *Doorn - NV De Prins*. Steun voor deze opvatting biedt ook, zij het minder duidelijk, Rb. Utrecht 29 juni 1932, *NJ* 1933, 420.

Het is mogelijk dat de hoge raad zich daarbij door Asser-Van Goudoever liet leiden. Daar wordt toestemming omschreven als: 'het is het toetreden tot, het zich aansluiten aan, het zich voegen bij iets, dat anderzijds is gebeurd. Het kan zijn, dat de overeenkomst tot standkomt, hoewel die aansluiting in werkelijkheid niet is gewild: het blijkt van dien wil wordt dan voor dien wil zelve genomen', p. 261 vgl. ook p. 260.

19. Vgl. § 1 no. 4.

§3. HET RECHTSKARAKTER VAN HET AANBOD

Men zou echter kunnen opwerpen, dat de hoge raad zich niet uitlaat over de consensus, die *in de tijd gescheiden is*: het geval dat de eens uitgesproken wil van de aanbieder - immuun voor een feitelijke verandering van die wil - samenvalt met de bij aanvaarding getoonde wil. Met andere woorden het geval van *Lindeboom - Gem. Amsterdam*. Inderdaad is de aangehaalde overweging niet aan die vorm van consensus gewijd, wèl echter de daaraan voorafgaande overwegingen die ik nogmaals laat volgen:

‘dat het Hof hieruit (de onherroepelijkheid van het aanbod, v.D.) terecht de conclusie heeft getrokken, dat *door de tijdige aanvaarding van het aanbod door de Gemeente de betreffende overeenkomst tot overdracht van de Pieter van Foreestkliniek tot stand was gekomen*, ongeacht het feit dat Lindeboom op dat moment reeds zijn aanbod had ingetrokken;

dat immers degenen die zijn aanbod onherroepelijk maakt, daarmee zichzelf de bevoegdheid ontnemt om alsnog te voorkomen, dat *door een aanvaarding van het aanbod binnen de gestelde termijn de overeenkomst tot stand komt*’ (mijn curs.).

Wat ziet men de cassatierechter hier doen? In plaats van de zuivere consensusgedachte te corrigeren en een soort geobjectiverde consensus te aanvaarden, laat het college de gehele consensus-gedachte links liggen, en concentreert zich op het (onherroepelijke) *aanbod* in de beste traditie van de ‘Tachtigers’ uit de vorige eeuw.²⁰ Aanvaarding van dat aanbod, dat de aanbieder die het ‘onherroepelijk maakt’ *tegen wil en dank bindt*, doet de overeenkomst tot standkomen.

Het standpunt van de hoge raad lijkt beïnvloed te zijn door het Nieuw BW, dat door a-g Van Oosten vrij uitvoerig aangehaald wordt. In de Toelichting op het ontwerp-1961 werd het consensus-vereiste, overigens vrij terloops, verworpen, en wel in deze passage:

‘Voor het tot stand komen van een overeenkomst eist het ontwerp niet, dat *op enig tijdstip tussen de betrokken partijen wilsovereenstemming heeft bestaan*; voldoende is het in het algemeen dat iemand aan een ander een aanbod heeft gedaan en dat dit aanbod tijdig, d.w.z. op een tijdstip waarop het aanbod nog van kracht was - vergelijk de artikelen 2-5 - is aanvaard. Het rechtsgevolg van het aanbod is dus, dat het ten laste van de aanbieder een wilsrecht schept voor degene tot wie het is gericht’.²¹

Van Oosten meent echter, dat het reeds de leer van de hoge raad is, dat geen wilsovereenstemming op enig tijdstip vereist is voor de totstandkoming van een overeenkomst. Hij verwijst daarbij naar het al genoemde *Doorn - NV De Prins* uit 1939, waarbij het algemeen beginsel erkend werd dat toetreding van partijen tot een overeenkomst mag worden aangenomen op grond van hun gedragingen. Dat laatste vormt overigens een steun voor mijn daarnet gevoerde betoog, dat de *Lindeboom - Gemeente Amsterdam*-uitspraak niet uit de lucht is komen vallen, doch een sluitstuk van een lange ontwikkeling vormt.

Een ander aspekt van deze uitspraak is, dat hij zeer wel past in de door mij verdedigde uitingstheorie. In de door mij gecursiveerde passages van de laatst

20. Dit is des te opmerkelijker, aangezien het hof de term ‘wilsovereenstemming’ wèl gehanteerd had.

21. p. 741, mijn curs.

1. DE OVEREENKOMST

aangehaalde overwegingen wordt steeds gesteld, dat *door de aanvaarding* de overeenkomst *tot stand komt*.²² Dit zou ik niet anders geformuleerd hebben. Men zou evenwel kunnen tegenwerpen, dat de hoge raad bij zijn formulering vergeten is het *moment* van totstandkoming aan te geven zoals dat traditioneel door de heersende vernemingsontvangsttheorie bepaald wordt. Een omissie die te wijten zou kunnen zijn aan het feit dat partijen niet van mening verschilden over de vraag of het moment van de daadwerkelijke (zij het trapsgewijze) aanvaarding hier bepalend was, dan wel het moment van ontvangst van het bericht daarvan. Nu het hier niet een lagere rechter betreft, die doorgaans weinig geneigd is om rechtsgronden ambtshalve aan te vullen, maar de hoogste rechter, die al menig opzienbarend obiter dictum op zijn naam heeft staan, vind ik dit argument op zich niet doorslaggevend. Ik meen dat die zienswijze hier het meest aannemelijk is, dat de hoge raad met betrekking tot het moment van totstandkoming een leemte heeft gelaten in zijn uitspraak. Een leemte, die zich, gezien de overige overwegingen, zeer wel op de door mij voorgestane wijze laat invullen.

Wat betreft de verwerping van het consensus-beginsel verdient het *Lindeboom - Gemeente Amsterdam*-arrest in elk geval het predikaat standaard-arrest. Het arrest zet net zoals in 1919 gebeurde ten aanzien van het buiten-contractuele recht, door toedoen van ene *Lindenbaum*, de poorten open voor een rechtsontwikkeling binnen het contractenrecht, die in de komende decennia zijn beslag zal krijgen. Een meer gepaste viering van het halve eeuwfeest van het historisch gebeuren van 1919 - al was 19 december 1969 wel op het nippertje - lijkt nauwelijks denkbaar.

Het arrest van 1969 markeert enerzijds het begin van een nieuwe ontwikkeling, anderzijds vormt het een sluitstuk van een oude. Het arrest is zeker niet uit de lucht komen vallen. Het vormt het eind van de lijn die de hoge raad vanaf de twintiger jaren inzake het wettelijk begrip 'toestemming' heeft getrokken. Deze ontwikkeling zal nog beschreven worden naar aanleiding van de standpunten van Rutten, Meijers en het ontwerp-BW over het in art. 1356 oud BW genoemde vereiste (vgl. § 6, nr 7).

Dit verwijderen van de wil als bron van de verbintenis (en en passant ook als bron voor de uitleg) vindt na de oorlog zijn vervolg in het *Eelman - Hin*-arrest. Daarbij overwoog de cassatierechter dat bij de beoordeling van het aanwezig zijn van 'toestemming' *in de eerste plaats* gelet dient te worden op de eisen van het rechtsverkeer, welke bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen inhouden ingeval van overeenkomsten onder bezwarende titel.

De hoge raad brengt tien jaar later deze ontwikkeling tot voltooiing - en luidt daarmee tegelijkertijd een nieuwe ontwikkeling in - door het aanvaarde beginsel van toerekening van 'toestemming' eveneens te hanteren bij de in aanbod en acceptatie ontlede totstandkoming van het contract. Ligt deze toepassing eigenlijk voor de hand, het gevaar bestaat niettemin dat men gedachteloos de hoek van de ontvangstvernemingstheorie inschiet, en het ten aanzien van de toestemming ontwikkelde beginsel uit het oog verliest, zodra deze toestemming 'aanbod', dan wel 'aanvaarding' genoemd wordt. Want het zal duidelijk zijn, dat met deze benamingen niets anders aangenomen wordt dan een verschijningsvorm van de toestemming, of zoals dat bij De Groot en Kemper heette, van de toezegging. Heeft men bijvoorbeeld een aanbod in juridische

22. Zie onder, § 7, nr 3. Ook de uitspraak van het amsterdamse hof past bij mijn opvatting, al wordt nog met het begrip 'wilsovereenstemming' geopereerd: de *goedkeuring* door G.S. van het raadsbesluit tot aankoop 'heeft inderdaad medegebracht, dat wilsovereenstemming tot stand is gekomen', overweegt het hof.

§3. HET RECHTSKARAKTER VAN HET AANBOD

zin gedaan, dan heeft men al in de zin van art. 1356 oud BW 'toegestemd'. Bij de vaststelling òf er van een (onherroepelijk) aanbod sprake is, met andere woorden bij de uitleg van de verrichte handeling, komt de wil van de handelende niet van pas, zoals de hoge raad al meer dan een halve eeuw leert. Hetzelfde geldt voor de aanvaarding, vgl. boven. De stilzwijgende acceptatie vormde juist de bakermat voor het toerekeningsbeginsel, zoals door de cassatierechter ontwikkeld.

Met het arrest van 19 december 1969 is de invulling van 'het groote blanco-woord' toestemming afgerond. De wijze waarop dit geschiedde, betekent een erkenning van de ideeën die de 'Tachtigers' met hun 'nieuwe leer' voorstonden, een 'stilzwijgende' erkenning in meest letterlijke zin. Een leer waarin men als alternatief voor het aan het romeinse recht ontleende consensus-beginsel van de heersende leer, het beginsel '*belofte maakt schuld*' aan de hand deed, dat tot het germaanse recht teruggaat. In een ontwikkeling van een halve eeuw is in de rechtspraak van de hoge raad het consensus-beginsel in duigen gevallen. De eenwording van de (geopenbaarde) partijwillen staat niet langer in de belangstelling, maar het feit dat men door een toezegging jegens een ander (in de vorm van aanbod of aanvaarding), gebonden kan worden. En daarmee is de stelling van De Marez Oyens, zoals geamendeerd door Levy, weer hoogst aktueel geworden: '*wie den rechtmatigen dunk geeft, dat zijn doen of laten eene toezegging behelst, is verplicht die toezegging gestand te doen*'.²³

6. *Reakties op Lindeboom - Gemeente Amsterdam in de literatuur*

Ik gaf hierboven al aan, dat mijn interpretatie van het arrest Lindeboom - Gemeente Amsterdam geen instemmende reakties opgeleverd heeft. De eerste bestrijding was van de hand van Abas in zijn dissertatie van 1972, die daarin door Schut gevolgd werd.²⁴

De kritiek van Abas berust hierop, dat de hoge raad zich niet uitgesproken heeft over het consensusvereiste, maar slechts ingegaan is op de vraag of de wil tot het aangaan van de overeenkomst bij beide partijen gelijktijdig moet bestaan. Een aardig argument, dat ook door mij besproken werd. Het is m.i. onaanvaardbaar dat Abas bij zijn betoog mijn weerlegging van dat argument niet betreft. Hij doet daarmee voorkomen of dat aspekt van de zaak mij geheel ontgaan is. Verder gaat Abas geheel voorbij aan mijn opmerking dat de hoge raad beïnvloed kan zijn door het Ontwerp BW, waarin het concensusbeginsel - *mirabile dictu* - expliciet verworpen wordt. A-g Van Oosten haalt, zoals wij zagen, in zijn conclusie het Nieuw BW uitvoerig aan, en is zelfs van mening dat reeds de vaste jurisprudentie van de HR is dat geen wilsovereenstemming op enig tijdstip vereist is.

Ook Dooyeweerd heeft mijn uitleg bestreden, als een ongeoorloofd 'Hineininterpretieren' van eigen opvatting in de overwegingen van het arrest. Zijns inziens ging de hoge raad 'slechts in op Lindebooms argument, dat door de intrekking van zijn aanbod geen overeenkomst, wijl geen wilsovereenstemming was tot stand gekomen. Maar deze overwegingen sluiten onmiddellijk aan bij de conclusie in de slotoverweging, dat de wil tot het aangaan van de overeenkomst bij beide partijen niet gelijktijdig hoeft aanwezig te zijn, omdat geen rechtsregel dit voorschrijft'.²⁵ Naar mijn mening wordt ook in deze kritiek niet op mijn argumentatie ingegaan.

23. *Hand. NJV 1877 II*, p. 80.

24. P. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw*, diss. Amsterdam 1972, p. 70; Schut, *WPNR 5204* (1973); vgl. ook zijn *Rechtshandeling, etc.*, 1977, p. 53, 113; 3e dr. 1987, p. 78.

25. In zijn genoemd opstel in *Speculum Langemeijer*, 38 v. Ook Van Schilfgaarde kon niet meegaan in mijn uitleg van het arrest, vgl. *RmThemis* 1976, 562. Evenmin Nagelkerke, diss. p. 80.

1. DE OVEREENKOMST

Ik vlei mij met de gedachte, dat in het post-1976 tijdperk mijn uitleg van het *Lindeboom - gemeente Amsterdam*-arrest een welwillender onthaal krijgt, nu de verwerping van het concensus-vereiste gemeengoed begint te worden. Het zou ijdele hoop kunnen zijn, indien men de term 'wilsovereenstemming' toch nog een belangrijke plaats toekent bij het leerstuk van tostandkoming van overeenkomsten, naast de als eenzijdige rechtshandeling beschouwde figuren van aanbod en aanvaarding. Dan krijgt men dit soort proza:

'Ook volgens de hoge raad verdraagt de eventuele onherroepelijkheid van het aanbod zich met het vereiste van wilsovereenstemming, daar geen rechtsregel voor het tot stand komen van overeenkomsten de eis stelt dat de wil tot het aangaan van overeenkomsten bij beide partijen gelijktijdig moet bestaan.'²⁶

Ik moet bekennen dat ik niet weet wat ik met deze juridische bric à brac aan moet. De 'wilsovereenstemming' kan echt naar zolder gebracht worden. Als men een term zoekt voor het juridisch jargon om aan te geven dat partijen het, via het mechanisme van aanbod en aanvaarding, eens geworden zijn, dan is de term 'overeenstemming' bruikbaar voor dat doel. In de anglo-amerikaanse sfeer gebruikt men hiervoor het woord 'agreement', dat dezelfde functie vervult, als losse omschrijving van een juridisch fenomeen, zonder een dogmatisch vaste betekenis.

Het zal echter duidelijk zijn, dat het afstand doen van het begrip wilsovereenstemming enige moeite kost indien men de wilsleer aanhangt. Maar als men toch opruiming houdt, waarom dan niet ook die laatste leer naar zolder gebracht?

7. *De rechtspraak van de hoge raad in de afgelopen jaren. Het aanbod bij ontslag*

De hierboven door mij gegeven uitleg van *Lindeboom - Gemeente Amsterdam* lijkt bevestigd te worden in de latere, schaarse rechtspraak van de hoge raad, hetgeen echter niet als communis opinio doctorum gezien mag worden. De cassatierechter heeft namelijk twee arresten gewezen die op het eerste gezicht tot paradoxale uitkomsten geleid hebben. Allereerst het arrest *Van Dam - KLM*.²⁷

In deze zaak had de KLM haar werknemer Van Dam na een dienstverband van dertig jaar ontslagen en daarbij een afvloeiingsregeling voorgesteld. Van Dam wijst dat laatste van de hand en deelt KLM mee het gegeven ontslag niet te accepteren doch een procedure wegens kennelijk onredelijk ontslag aanhangig te maken. Op die wijze probeerde hij een meer profijtelijke schadevergoeding te verkrijgen. KLM reageert hierop met de mededeling dat het aanbod tot de regeling ingetrokken is, na verstrijken van een termijn van beraad voor Van Dam. Van Dam gaat procederen, en verliest in de appelprocedure: de rechtbank vindt het ontslag niet kennelijk onredelijk, en baseert zich daarbij op de constatering dat de aangeboden afvloeiingsregeling 'zeer redelijk' was. Van Dam gaat in cassatie, maar weet de hoge raad niet voor zijn standpunt te winnen. Voor ons onderwerp is van belang, dat de raad zich, naar aanleiding van een opmerking tijdens pleidooi, tot een zeer interessant obiter dictum laat verleiden, waarin op de vraag ingegaan wordt, of het aanbod van KLM herroepelijk is of niet. Ik laat die overwegingen, volgend op de overweging dat de voorgestelde middelen falen, hier volgen;

26. Aldus Blei Weismann in *Contractenrecht II*, no. 568.

27. HR 20 juni 1975, NJ 496, nt GJS. Voor een bespreking van deze arresten en literatuurverwijzing, vgl. mijn noot in AA 1983, 510 (*Goudse handdruk*), ook in *De Dialektiek R. en R., Deel Ib*, p. 113; vgl. verder *Contractenrecht II* no. 573, sub b. Zie ook Hfdst. 7, § 3.

§3. HET RECHTSKARAKTER VAN HET AANBOD

‘O. dat het bovenstaande niet betekent dat, zoals van de zijde van Van Dam bij pleidooi is opgemerkt, “werknemers die een aangeboden afvloeiingsregeling - terecht of niet terecht - beneden de maat vinden, gedwongen zijn om in vredesnaam maar accoord te gaan met de regeling”;

dat, indien in een rechtsgeding betreffende de vraag of een ontslag al dan niet kennelijk onredelijk is, de “voor de arbeider getroffen voorzieningen”, bedoeld in art. 1639s, tweede lid, onder 2°, B.W. een rol spelen, het daarbij uit den aard der zaak veelal zal gaan om voorzieningen, die door de werkgever zijn aangeboden, maar door de werknemer nog niet zijn aanvaard, omdat hij deze als ontoereikend beschouwt;

dat de redelijkheid veelal zal gebieden dat zulk een aanbod door de werkgever in stand wordt gehouden, totdat over de redelijkheid van het aanbod onherroepelijk is beslist, terwijl zo de werkgever zich bij de aangeboden voorziening de bevoegdheid mocht hebben voorbehouden het aanbod bij niet aanvaarding door de werknemer voordien in te trekken, de aangeboden voorziening reeds op die grond veelal niet als redelijk zou moeten worden beschouwd;

dat Van Dam niet heeft gesteld en uit de gedingstukken ook niet blijkt; dat de KLM zich bij de aangeboden voorziening zulk een bevoegdheid zou hebben voorbehouden;

dat hieruit wèl zou kunnen volgen dat de KLM, toen Van Dam ook na de ingang van het ontslag de aangeboden afvloeiingsregeling niet wenste te aanvaarden en te kennen gaf zich tot de rechter te zullen wenden, die regeling niet had mogen intrekken, en dat Van Dam, ook al werd hij door de rechter in het ongelijk gesteld, de KLM alsnog aan haar aanbod kan houden, doch zulks niet meebrengt dat het ontslag zelf als kennelijk onredelijk zou moeten worden beschouwd.’

De uitleg van dit arrest laat ik nog even rusten, en stel het tweede arrest aan de orde; *Boerakker - RK Stichting Welzijn Gehandicapten Oost-Gelderland*.²⁸ Het betreft hier een spiegelbeeld situatie, het initiatief tot ontslag ligt dit keer bij de werknemer, Boerakker. Nu dient men in het oog te houden dat men een arbeidsovereenkomst kan beëindigen door middel van een eenzijdige rechtshandeling, opzegging, maar dat men, wil er sprake zijn van beëindiging met wederzijds goedvinden, hetgeen van belang is voor de aanspraak tot schadevergoeding²⁹, uitgaat van een tweezijdige rechthandeling, aanbod gevolgd door aanvaarding. En daarmee komen wij op het onderhavige onderwerp.

Boerakker is enkele jaren in dienst van de Stichting als hoofd van een dagverblijf, wanneer hij op een dag de tussens hem en zijn medewerkers gerezen moeilijkheden met de directeur bespreekt; in dat gesprek in een emotionele sfeer, doet Boerakker een aanbod van ontslagname. De directeur deelt daarop mee dat hij niet bevoegd is dit aanbod te aanvaarden, maar dat hij het aan het Stichtingsbestuur zal voorleggen. Nog voor het bestuur bijeenkomt en dit aanbod aanvaardt, deelt Boerakker mee dat hij zijn ontslagaanvraag ongedaan wenst te maken, d.w.z. hij trekt zijn aanbod in. Het Stichtingsbestuur negeert deze mededeling en stelt zich op het standpunt dat met zijn aanvaarding van Boerakkers aanbod de arbeidsovereenkomst met onderling goedvinden beëindigd is. De rechtbank stelt de Stichting in het gelijk en is van oordeel dat Boerakker niet meer rechtsgeldig kon terugkomen op zijn ontslagaanvraag.

De hoge raad acht het hiertegen gerichte middel gegrond, en overweegt;

28. HR 23 jan. 1981, *NJ* 392, nt PAS.

29. Men zie voor die problematiek mijn al genoemde AA-noot, en Hfdst. 7, § 3.

1. DE OVEREENKOMST

‘Voorop moet worden gesteld dat van een beëindiging van de arbeidsverhouding met wederzijds goedvinden in de zin van art. 6 lid 2, sub *b*, Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 geen sprake is indien de werknemer zijn ontslagaanvraag ten tijde van de aanvaarding daarvan door de werkgever reeds rechtsgeldig had ingetrokken. Voorts moet ervan worden uitgegaan dat het de werknemer in beginsel vrijstaat op een ontslagaanvraag terug te komen zolang die niet is aanvaard. De Rb. stelt geen feiten vast die meebrengen dat deze regel te dezen niet zou gelden. In het bijzonder is de enkele omstandigheid dat het Bestuur niet eerder een vergadering heeft kunnen beleggen, geen grond om aan te nemen dat aan Boerakkers intrekking van de ontslagaanvraag te dezen geen betekenis zou toekomen.’

Laten wij beide arresten met elkaar vergelijken. Zijn deze uitspraken met elkaar te verzoenen? Als er sprake is van een uitzondering op de regel, wat is dan regel, en wat uitzondering? Sommige schrijvers menen dat beide arresten een ondersteuning zijn van de algemene regel, dat een aanbod in beginsel herroepelijk is, terwijl het eerste arrest, Van Dam - KLM, als uitzondering op de regel beschouwd moet worden. Dat laatste zou samenhangen met de beperkte betekenis die de uitspraak heeft, als slechts betrekking hebbend op de situatie van art. 1639s BW.³⁰

Het komt mij voor, dat zoals altijd, de persoonlijke voorkeur wat regel en wat uitzondering dient te zijn, hierbij de doorslag zal geven. Mijn uitleg van de arresten zou deze zijn, dat de hoge raad volhardt in zijn standpunt dat het rechtskarakter van het aanbod, herroepelijk of onherroepelijk, vastgesteld dient te worden aan de hand van de aard van de handeling, de verkeersopvatting en de redelijkheid - om leentjebuurt te spelen bij het *vliegtuigvleugel*-arrest³¹ - met andere woorden, door middel van *normatieve uitleg* van het aanbod. In het eerste arrest gebeurt dit zeer expliciet; ‘De redelijkheid zal veelal gebieden dat het aanbod in stand gehouden wordt...’, waarbij ook de maatschappelijke consequenties, in de opmerking tijdens pleidooi verwoord, meewegen voor de raad.

Op deze wijze bezien, is er van twee verschillende typen aanbod sprake; in het tweede geval, dat van de Stichting, geeft het persoonsgebonden en voor de private sfeer ingrijpende karakter van de handeling (met bovendien grote financiële consequenties) van het aanbieden van ontslag de doorslag, met als gevolg dat het aanbod een herroepelijk karakter heeft. Wat de verkeersopvatting betreft, in een verwante situatie, een aanbod tot indiensttreding tijdens de sollicitatieperiode, is algemeen aanvaard dat de werknemer zich tot het laatste moment kan terugtrekken. Hetgeen niet wil zeggen dat die handeling, als het afbreken van onderhandelingen, geen onrechtmatige daad kan opleveren, die een schadevergoedingsplicht doet ontstaan.

Ik ging zoëven van het gangbare spraakgebruik uit, door van ‘aanbod’ te spreken, dat in het geval van de Stichting ‘herroepelijk’ was. In de door mij voorgestelde terminologie, is de term ‘aanbod’ gereserveerd voor het onherroepelijk aanbod. In het geval van de Stichting is in mijn opvatting dan ook sprake van een uitnodiging tot het doen van een aanbod, waarop nog het echte aanbod van de tegenpartij (de werkgever) dient te volgen, met daarop de

30. Aldus G.J. Scholten in zijn noot.

31. HR 5 jan. 1968, NJ 102, nt GJS, *Zentveld - Assicurazioni Generali*. Zie onder, Hfdst. 4, § 2, nr 4.

§3. HET RECHTSKARAKTER VAN HET AANBOD

aanvaarding van de werknemer, voor de overeenkomst tot stand komt. Deze situatie kennen wij ook bij het zogenaamde ‘vrijblijvend aanbod’ (zie onder, § 3 no. 2) en bij het voorstel *intuitu personae*, waarbij de persoon van de wederpartij in spé de doorslag geeft.³² Ook hier betreft het handelingen die de persoonlijke levenssfeer betreffen.

In 1983 verscheen een arrest van de hoge raad, waaraan mijn visie op de vorige twee uitspraken getoetst kan worden: *Van Dokkum - Mercedes Benz (v/h Agam)*.³³ Wederom is in het geding of een aanbod in de ontslagsfeer bindend (onherroepelijk) is. Het negatieve antwoord op die vraag dat de rechtbank geeft, wordt door Van Dokkum in cassatie bestreden, met een beroep op analogische toepassing van het arrest *Van Dam - KLM*, een ook van uit het oogpunt van de leer van precedenten interessante rechtsvraag. Mijns inziens vormt deze uitspraak van de hoge raad slechts een ondersteuning van het door mij ingenomen standpunt, dat aan de hand van de aard van de handeling, de verkeersopvatting en de redelijkheid bepaald dient te worden of sprake van een (onherroepelijk) aanbod is. Bij deze normatieve uitleg speelt de uitleg van de wettelijke norm die in casu van toepassing is een belangrijke rol. In het *KLM*-arrest was dat de norm van art. 7A:1639s BW (thans: 7:681 BW), die aan de hand van de strekking van de wettelijke regeling vastgesteld wordt door de cassatierechter. In het onderhavige geval van *Mercedes Benz*, gaat het om art. 7A:1639w BW (thans: 7:685 BW), de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen, waar het in het kader van schikkingsonderhandelingen gedane aanbod van de werkgever een geheel ander karakter heeft dan in het eerdere geval. Ik laat de overwegingen van de hoge raad, die aan duidelijkheid weinig te wensen overlaten, volgen:

‘... in cassatie is uitsluitend aan de orde de vraag of op grond van de eisen van de goede trouw Agam ook na de beslissing van de kantonrechter Amsterdam nog gehouden is haar voordien gedane schikkingsvoorstel gestand te doen ...

Het eerste onderdeel van het middel klaagt erover dat de rechtbank zou hebben miskend “de analogie van de onderhavige zaak met het geval berecht door de Hoge Raad in het arrest van 20 juni 1975, *NJ* 496 (*Van Dam/KLM*)”.

De klacht faalt. In genoemd arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat, zo een werkgever die de dienstbetrekking beëindigt, zich bij de aan de werknemer aangeboden voorzieningen de bevoegdheid mocht hebben voorbehouden het aanbod bij niet-aanvaarding door de werknemer in te trekken voordat over de redelijkheid van het aanbod in een procedure op grond van art. 1639s BW onherroepelijk is beslist, de aangeboden voorziening - en daarmee de beëindiging van de dienstbetrekking - veelal niet als redelijk zal moeten worden beschouwd.

In de eerste plaats blijkt hieruit dat de Hoge Raad in genoemd arrest niet de mogelijkheid heeft ontkend van een rechtsgeldig voorbehoud van de werkgever om een gedaan aanbod in te trekken voordat over de redelijkheid van het ontslag is beslist. Maar bovendien is in art. 1639w de mogelijkheid van ontbondenverklaring van de arbeidsovereenkomst door de rechter wegens gewichtige redenen niet mede afhankelijk gesteld van door de werkgever aangeboden voorzieningen - welke voor de redelijkheid in de zin van art. 1639s van een beëindiging door de werkgever wel van doorslaggevend betekenis kunnen zijn - maar is in art. 1639w de noodzakelijke bescherming van de wederpartij op dit punt gezocht in de mogelijkheid voor de rechter om tegelijk met de ontbondenverklaring van de overeenkomst een vergoeding toe te kennen. Het gaat in het onderhavige geval niet om een door de werkgever ter gelegenheid van

32. Men zie voor deze figuur, met voorbeelden uit de jurisprudentie, Nagelkerke, diss. p. 145.

33. HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 150, nt PAS.

1. DE OVEREENKOMST

de beëindiging van de dienstbetrekking gedaan aanbod van voorzieningen, maar om een voorstel in het kader van schikkingsonderhandelingen tijdens een procedure tot ontbondenverklaring door de rechter. Het is karakteristiek voor zo een schikkingsaanbod, dat daarin door degene die het aanbod doet, moet worden verdisconteerd de mogelijkheid dat als er geen schikking tot stand mocht komen, de rechter de zaak te zijnen nadele zal beslissen. Daarbij past niet dat hij nog aan dit aanbod zou kunnen worden gehouden, nadat, bij verwerping ervan door de wederpartij, de rechter ten gunste van degene die het aanbod deed heeft beslist. Een andere opvatting zou iedere vruchtbare schikkingsonderhandeling tijdens een procedure op grond van 1639w onmogelijk maken.’

8. *Een merkwaardig arrest van de hoge raad inzake aanbod bij koop. Samenvatting*

Nu het karakter van het aanbod in het teken van de uitleg gesteld is door de hoge raad, heeft dit tot gevolg dat een ander leerstuk, met zijn controverses, binnengehaald wordt (zie daarvoor onder, Hfdst. 2). In een vaste rechtspraak heeft de hoge raad een methode van uitleg aanvaard die als normatieve uitleg omschreven kan worden; niettemin blijft de oude, historisch-psychologische uitleg met zijn geloof in duidelijke woorden en zijn uitgangspunt van de feitelijke bedoeling van de persoon die de verklaring (handeling) deed, in de rechtspraak zijn kop opsteken. Een voorbeeld van dat laatste, waarbij de hoge raad passief blijft, is de zaak *Van den Berg - Brouwer* uit 1983.³⁴

De casus is de volgende. Van den Berg en Brouwer zijn in onderhandeling over de verkoop van een woonhuis. De laatste doet een bod van f 390.000,-, dat door Van den Berg niet aanvaard wordt. Als partijen uiteengaan, zegt Van den Berg nog; ‘als u mij de vier laat zien dan zijn we rond’. Dat was op een zaterdag. Dezelfde avond doet Brouwer bij Van den Berg een briefje in de bus met de volgende inhoud: ‘Voor de goede orde bericht ik u dat ik maandagochtend een bod op uw woning zal uitbrengen van f 400.000,- (minus f 3.500,- kosten in verband met verkoop van mijn woning); ik laat u dus de “4” zien’. Maandagochtend laat Brouwer echter aan de makelaar telefonisch weten dat hij aan zijn voornemen om het bod van vier ton te doen, geen uitvoering zal geven. Van den Berg stelt zich op het standpunt, dat hij het briefje mocht opvatten, hetzij als de aanvaarding van zijn aanbod dat op dezelfde dag gedaan was, hetzij als een onherroepelijk aanbod van Brouwer dat door hem, Van den Berg, op de zondag daarop aanvaard werd. In beide gevallen is de koopovereenkomst tot stand gekomen. De rechtbank stelt Van den Berg in het gelijk, ervan uitgaande dat het briefje een toezegging inhield aan Van den Berg het door hem verlangde bod van f 400.000,- uit te brengen, en ‘dat een dergelijke toezegging, nu daaraan geen voorwaarde was verbonden, met een aanbod op een lijn is te stellen’. Het Hof Amsterdam is een andere opvatting toegedaan: ‘niet is in te zien waarom het briefje niet overeenkomstig zijn duidelijke tekst als de aankondiging van een nieuwe stap in de onderhandelingen gelezen mag worden’. Deze tekst had ‘als zodanig’ naar het oordeel van het hof redelijke zin: namelijk dat Van den Berg zich rustig kon bezinnen op het standpunt dat hij zou gaan innemen tegenover het nieuwe bod en dat Brouwer mocht hopen dat Van den Berg niet voor maandag zou gaan onderhandelen met een ander zonder rekening te houden met een mogelijk hoger aanbod van Brouwer. Die laatste twee punten waren overigens niet door Brouwer aangevoerd; deze had volstaan met de kwalificatie van het briefje als ‘een tot niets verplichtend voorstadium van een eventueel aanbod waarin slechts een voornemen wordt kenbaar gemaakt’.

34. HR 18 nov. 1983, *RvdW* nr 197. Blijkens een mededeling van de redactie van *RvdW* is dit arrest niet in de *NJ* opgenomen. Zie ook mijn noot in *AA* 1986, p. 379 v.

§3. HET RECHTSKARAKTER VAN HET AANBOD

In het cassatiemiddel wordt geklaagd dat het hof miskend heeft dat bij de uitleg van een verklaring 'niet zonder meer beslissend is de uitleg, die degene, die de verklaring heeft afgelegd, daar zelf aan geeft, maar wel of degene, tot wie de verklaring was gericht, haar onder de gegeven omstandigheden van het geval redelijkerwijze heeft mogen opvatten, zoals hij dat heeft gedaan'. Men zou verwachten dat het arrest van het hof een 'sitting duck' is voor de hoge raad, gezien zijn rechtspraak de laatste jaren op het gebied van de uitleg. Curieuzerwijs laat de raad het arrest a quo in stand, dat mijns inziens zowel op feitelijke als juridische gronden zeer aanvechtbaar is. De redelijke zin waarmee het hof aan komt dragen, geheel uit eigen koker, is toch redelijke onzin? Waarom zou het redelijk zijn om Van den Berg een termijn van beraad te geven over een bod dat hij dezelfde dag nota bene als een voor hem aanvaardbaar bod had aangemerkt? De redelijke zin van het briefje kan toch slechts zijn dat Brouwer zijn tegenpartij aan zich wilde binden, door hem reeds mee te delen welk bod hij de eerstkomende werkdag zou uitbrengen. In zo'n situatie vind ik het tegenover de tegenpartij redelijk dat de toezegging, zoals gedaan in het briefje, bindend is. Ook al is men het met die laatste zienswijze niet eens, het hof had tenminste de belangen van beide partijen moeten afwegen, en niet moeten halt houden zodra aan een tekst enige, enigszins redelijke betekenis gehecht kan worden. In het *Haviltex*-arrest werd die uitlegmethode door de hoge raad uitdrukkelijk verworpen.³⁵

Het arrest van de hoge raad komt mij voor als, om het oneerbiedig te zeggen, een 'maandagochtend-arrest'.³⁶ Zou dat de reden zijn, dat het niet in de *NJ* opgenomen is (blijkens een mededeling van de redactie van *RvdW*)? Het is in ieder geval een instructieve casus voor het leerstuk van het aanbod, maar de uitspraak maakt ons op dat punt niet veel wijzer. Het is wel een onderstreping van mijn opvatting dat het leerstuk van de uitleg hier de dienst uitmaakt, zij het 'for better and worse'.

En daarmee komen wij terug bij het punt van uitgang, dat de vraag naar het rechtskarakter van het aanbod, zoals door mij gesteld, een kwestie van uitleg is. Dat wil zeggen, van normatieve uitleg, met behulp waarvan de handeling met haar maatschappelijke context in een normatieve sleutel geplaatst wordt, hetgeen bepalend is voor dat rechtskarakter: herroepelijk of onherroepelijk. Is hier niet, zo kan men zich afvragen, sprake van een *kip - ei* kwestie? Een aanbod is herroepelijk, tenzij blijkt door middel van uitleg, dat het onherroepelijk is, en vice versa: een aanbod is onherroepelijk, tenzij door middel van uitleg blijkt dat het herroepelijk is. Het is mij wel, als de practicus er zo tegen aan kijkt. Het lijkt mij van rechtswetenschappelijk oogpunt echter juister en eleganter om uit te blijven gaan van de onherroepelijkheid van een aanbod. Dit lijkt mij in het rechtsverkeer als geheel meer de regel dan de uitzondering te zijn; bovendien zijn er allerlei vragen met betrekking tot de rechtsgevolgen van een aanbod, die op deze wijze eenvoudiger te beantwoorden zijn, zoals die inzake de gerichtheid en de duur of geldingstermijn, schending van de verplichting het aanbod gestand te doen, e.d. Uit het vervolg van het betoog zal overigens blijken dat ook bij die vragen de uitleg een doorslaggevende rol speelt.

Tenslotte, indien de onderhandelingen de persoonlijke levenssfeer betreffen, zoals bij de arbeidsovereenkomst het geval is, kan men in geval van een

35. HR 13 maart 1981, *NJ* 635, nt CJHB; AA 1981, 355, nt Van Schilfgaarde. Zie voor de uitleg, onder Hfdst. 2.

36. Ik neem aan dat de lezer deze uitdrukking kent; dat was niet het geval bij Hanneke van Son, in haar recensie van de 1e dr. van dit boek in het *Advocatenblad*, 1986, p. 167. Zij meldde triomfantelijk dat het arrest *niet* op een maandag geweest was.

1. DE OVEREENKOMST

verklaring van de werknemer spreken van een handeling die slechts een uitnodiging tot het doen van een aanbod inhoudt, waarop nog een aanbod van de tegenpartij dient te volgen, met daarop de aanvaarding door de werknemer, eer de overeenkomst tot stand komt (vgl. de soortgelijke situatie bij het zogenaamde ‘vrijblijvende aanbod’ en het voorstel *intuitu personae*).³⁷ De drie componenten: aard van de handeling, verkeersopvatting en redelijkheid, bieden hierbij voldoende houvast om tot de vaststelling te komen of van een dergelijke uitzondering op de regel sprake is. Een uitzondering die de regel bevestigt.

37. Vgl. voor de verzekeringsovereenkomst, die typisch *intuitu personae* (persoonsgebonden) is, J.H. Wansink, *Verz. Archief*, 1988, p. 85 v.; *Contractenrecht II*, nr 466. Algemeen wordt aangenomen dat de verzekeringsovereenkomst pas tot stand komt door aanvaarding van de ondertekende aanvraag door de verzekeraar. Het overhandigen van het aanvraagformulier door de verzekeringnemer is dus een uitnodiging tot het doen van een aanbod.

§ 4. Het rechtskarakter van het aanbod nader uitwerkt: gerichtheid, rechtsgevolgen, nevenverbintenissen

A. OMSCHRIJVING VAN DE RECHTSHANDELING AANBOD

1. *Het aanbod*

Dan wordt het nu tijd, na een behandeling van het aanbod volgens wet, doctrine en jurisprudentie, mijn eerder weergegeven opvatting nader uit te werken. Daartoe eerst een poging om deze rechtsfiguur te omschrijven (het woord definitie hoort mijns inziens in het recht niet thuis), hetgeen in de handboeken en het nieuwe BW nagelaten wordt.

Een aanbod is een eenzijdige rechtshandeling. Een aanbod is een handeling door middel van woorden of gedragingen, waaromtrent door middel van normatieve uitleg vastgesteld wordt dat zij gericht is tot een andere persoon (personen) en dat zij een toezegging tot een bepaalde prestatie inhoudt.

Door het doen van het aanbod ontstaan voor de aanbieder de volgende verbintenissen: de verbintenis om de toezegging gedurende een bepaalde termijn van aanvaarding gestand te doen, enkele nevenverbintenissen die daarmee verband houden, en de voorwaardelijke verbintenis om na aanvaarding door de geadresseerde de toegezegde prestatie uit te voeren en de daarmee samenhangende verplichtingen na te komen.

De nevenverbintenissen en nakomingsverbintenissen zijn ontleend aan wet, gewoonte en goede trouw.

Bij deze omschrijving van de rechtshandeling ‘aanbod’¹ werd niet de term ‘verklaring’ gebruikt, doch ik sprak van ‘handeling door middel van woorden of gedragingen’. Met het hanteren van het woord ‘verklaring’ loopt men het gevaar, dat daarbij alleen aan een mededeling in woorden uitgedrukt, gedacht wordt. Daarnaast acht ik het minder fraai om een aanbod dat uit een gedraging blijkt, zoals het in een bus stappen, het uitstellen van koopwaar e.d., als ‘verklaring’ te omschrijven, en zeker niet als ‘wilsverklaring’; zoals Rutten/Hartkamp voorstaan. Op deze kwestie, evenals op de vraag welke factoren bij de uitleg van het aanbod van belang zijn, kom ik hieronder nog terug bij de bespreking van de tweelingzuster van de onderhavige rechtshandeling, de aanvaarding. Bij die laatste figuur heeft die problematiek al meer in de aandacht gestaan, onder de benaming ‘stilzwijgende aanvaarding’.

Uit deze omschrijving blijkt dat het aanbod *onherroepelijk* is, zoals in beginsel iedere eenzijdige obligatoire rechtshandeling. In het erfrecht kennen wij een voorbeeld van een eenzijdige herroepelijke rechtshandeling, de testamentaire beschikking, in het jargon van de vorige eeuw heel beeldend de ‘uiterste wil’ genoemd. Voordat het uiterste moment er aankomt, waarop men naar gene zijde gaat, kan men de wilsbeschikking altijd nog wijzigen of herroepen; de verbintenis ontstaat pas na dode, evenals het recht van degenen die in het testament iets toebedeeld is. Zo’n situatie kennen wij niet in het verbintenissenrecht: de verbintenis ontstaat direct met het

1. Vgl. voor soortelijke visies op het aanbod in andere rechtstelsels, *N.U.*, diss. p. 354 v.

1. DE OVEREENKOMST

verrichten van de aanbodshandeling (een eenzijdige gebondenheid); en wat de geadresseerde betreft, de gebondenheid van de aanbieder jegens hem ontstaat wanneer het aanbod hem bereikt heeft. De aanbieder kan dat laatste voorkomen door middel van 'intrekking' (art. 3:37 lid 5 BW), het voorkomen dat zijn verklaring de ander 'bereikt' door deze tijdig ongedaan te maken, gelijktijdig mag ook. Het 'bereiken' is een juridisch begrip, het wordt dus normatief uitgelegd en geldt niet naar letterlijke betekenis (zie nog onder, nr 2).

De onherroepelijkheid van het aanbod, onder het oude BW in de doctrine door een kleine meerderheid van schrijvers aangehangen, is naar mijn mening ook onder het huidige BW geldend recht, indien men de artt. 6:218/219 naar de strekking uitlegt, jo. art. 221/222 BW. Zoals eerder uiteen gezet, gaat het BW weliswaar uit van de herroepelijkheid van het aanbod in de aanhef van art. 219 lid 1, maar voegt daar direkt aan toe dat dit anders is indien er een termijn aan het aanbod verbonden is, of 'de onherroepelijkheid ervan op andere wijze uit het aanbod volgt' (algemeen gebruik of partij-gebruik). Verder blijkt uit art. 221 dat de wetgever ervan uitgaat dat een aanbod een termijn moet hebben: een mondeling aanbod zelfs een zeer korte termijn ('onmiddellijke aanvaarding' is immers geboden), een schriftelijk aanbod een redelijke termijn (aanvaarding 'binnen redelijke tijd'). Zoals betoogd, brengt deze cirkel-construktie met zich dat het aanbod volgens het BW in beginsel onherroepelijk is.

Deze cirkel-redenering is overigens geen uitvinding van de ontwerpers, maar een oude *escape* van aanhangers van de wilsleer om hun wat gedateerde theorie in het reine te brengen met de eisen van het rechtsverkeer. Al een halve eeuw geleden stelde de belgische schrijver De Page, fervent aanhanger van het onherroepelijk aanbod, de konstruktie met de termijn aan de kaak, waarvoor geen bevredigende 'justification technique' te geven is. 'La raison en est bien simple - merkt hij droogjes op - c'est que, dans la système classique, cette justification n'existe pas'.² Het kenmerk van ieder aanbod is volgens schr. dat de geadresseerde enige tijd ter overdenking gegeven wordt; de vraag is niet of de aanbieder gebonden is door zijn aanbod, maar *hoe lang* hij gebonden is. Indien de aanbieder die termijn niet aangegeven heeft, zal de rechter dit moeten doen, vervolgt De Page, rekening houdend met de aard van de zaak, de gebruiken en de omstandigheden. Daarom is naar heersend spraakgebruik de term 'offre' het synoniem van 'offre ferme', bindend aanbod (vgl. het engelse 'firm offer'). Als dit aanleiding tot moeilijkheden geeft, dan heeft men bij nader inzien te maken met een uitnodiging tot het doen van een aanbod, 'la proposition de contracter', die niet op zich al bindt. Aldus de conclusie van De Page in zijn bekende handboek, die op de ontwerpers van het nieuwe BW geen indruk gemaakt heeft. Dat was wel het geval met het belgische hof van cassatie dat in 1974 De Pages 'engagement par volonté unilatérale' overgenomen heeft (zie boven).

De gelegenheidskonstruktie waarvan men zich in het stelsel van het BW bedient is derhalve uiterst doorzichtig, en hoeft de wetenschappelijke conclusie over het karakter van het aanbod bij redelijke wetsuitleg als in beginsel onherroepelijk, niet in de weg te staan.

Die konstruktie van de wetgever heeft nog een onaangename bijwerking, namelijk dat in art. 221 gesteld wordt dat een mondeling aanbod vraagt om onmiddellijke aanvaarding, hetgeen wijst op een uiterst korte termijn en dus

2. T.a.p., III, 2e dr. (1950), nr 51 v.: II, 3e dr. (1964), nr 516 v. Vgl. ook *N.U.*, diss. p. 428 v.

§4. GERICHTHEID, RECHTSGEVOLGEN, NEVENVERBINTENISSEN

bindend (onherroepelijk) karakter van zo'n aanbod. Hierboven werd al op de onaanvaardbare consequenties voor de praktijk gewezen; ter aanvulling nog het volgende. Men hoeft niet naar buiten te kijken om te zien dat deze wettelijke regel onzin is, men heeft kennelijk alleen aan de situatie op de veemarkt gedacht, maar zo agrarisch is het recht al lang niet meer. Ook raadpleging van de rechtspraak op dit terrein leert dat het heel normaal is dat sprake is van een mondeling gedaan bod, dat pas enige tijd later aanvaard wordt; van het type zaak hangt af hoe lang die termijn is die daarvoor, doorgaans stilzwijgend gegeven wordt. Verder dient men te bedenken dat heel vaak een eerder gedaan schriftelijk aanbod naderhand mondeling bijgesteld wordt, men doet wat van de prijs af, in een bespreking. Het gaat mij te ver, dat dit nieuwe aanbod dan *als regel* onmiddellijk aanvaard moet worden en dat dit anders vervalt, zoals art. 221 voorschrijft. Dat is niet de normale situatie, indien men redelijke verhoudingen tussen partijen in acht neemt; bovendien zet het artikel de deur wijd open voor chicanes. Indien de onderhandelingspartij de volgende dag het mondelinge aanbod aanvaardt, zou de aanbieder kunnen stellen dat het vervallen is, want niet 'onmiddellijk' aanvaard. De opmerking van de andere partij (inmiddels tegenpartij) dat zij 'er nog eens een nachtje over zou slapen', kan hij naast zich neer leggen, indien hij niet daarop gereageerd had (hetgeen weer nauwelijks door tegenbewijs te ontzenuwen is, althans veel moeite kost). Een gouden handel voor Jacobse & Van Es, en consorten. Natuurlijk niet indien zij tegenover een rechter komen die dit wetsartikel aan redelijke uitleg onderwerpt, maar dan moet de teleurgestelde partij wel de gang naar de rechtbank maken, via de drempel van rechtsbijstand, en als de rechter tijd heeft een jaar op een vonnis wachten. Het is te voorspellen dat dit alleen in echt grote zaken, die heel duidelijk liggen de moeite loont, in de zin van tijd en geld. Kortom, een heel gevaarlijk artikel. Het is te hopen dat men niet in het wetboek kijkt, en als men het doet, de regeling van de overeenkomst achterin Boek 6 niet kan vinden.

Terug naar de zoëven gegeven omschrijving van het aanbod.

Ook het aspect van *gerichtheid* van de handeling valt zoals aangegeven onder de uitleg. Een belangrijke uitlegfactor is hierbij het gebruik; met name in het geval van het zogenaamde openbare aanbod (gericht tot het publiek, en niet tot een geïndividualiseerd persoon of aantal personen) is dit in sterke mate het geval.³ In dit vereiste van gerichtheid van de handeling zit het vereiste van kenbaarheid besloten. Eerst dan kan van een gerichte handeling gesproken worden, indien zij door de wijze van uitvoering kenbaar wordt voor degene tot wie zij gericht werd, d.w.z. redelijkerwijze kenbaar, en daarmee dient de objectivering van dat begrip zich reeds aan. Het kan dus zijn dat een handeling voor de geadresseerde *feitelijk* niet kenbaar was zonder dat dit een smet werpt op de vereiste gerichtheid (en daarmee: kenbaarheid) van de handeling. Dat is het geval, indien de waarneming van de handeling verhinderd wordt door omstandigheden die in de risikosfeer liggen van de geadresseerde (onaangekondigde verhuizing, vakantie, ziekte, fouten van ondergeschikten, e.d.).

Wat betreft gebreken in de gebezigde communicatiemiddelen ben ik van mening - in afwijking van de heersende leer -, dat deze voor rekening komen

3. Vgl. de voorbeelden die Pitlo, op de hem eigen wijze, geeft, Pitlo-Bolweg, 192 v.

1. DE OVEREENKOMST

van degeen die zich daarvan bedient, mits het gebruikte middel als algemeen gangbaar kan gelden in de betrekkelijke situatie (zie nog onder, § 7, nr 4).

B. HET VEREISTE VAN GERICHTHEID VAN HET AANBOD

2. *Het arrest* Stoom Brood- en Scheepsbeschuifabriek - Kalden (1923)

Voor de hier verdedigde opvatting inzake het begrip 'gerichtheid' kan steun gevonden worden bij een wat ouder arrest van de hoge raad, dat weinig bekendheid geniet. Het arrest van 7 december 1923, *NV Stoom Brood- en Beschuifabriek - Kalden*⁴, handelt over een geval van opzegging als bedoeld in art. 7:677 BW (oud: 7A:1639o), doch kan gezien worden als een uitspraak die de verklaring in het algemeen betreft, met name ten aanzien van de vraag wanneer een verklaring aan een ander gedaan is.⁵ Hetgeen niet anders is dan de vraag naar de gerichtheid van een verklaringshandeling. In het geval in kwestie had de werknemer Kalden een mededeling, inhoudende zijn ontslagname op staande voet wegens een dringende reden, gedaan aan het kantoor-personeel van de broodfabriek met het verzoek zijn ontslagname aan de directeur over te brengen. De rechtbank had opgemerkt, ten aanzien van de wijze waarop de mededeling geschied was, dat 'in casu mocht worden aangenomen, dat zij in dier voege gedaan den directeur onverwijld zoude bereiken'. Het cassatiemiddel berust kennelijk op de stelling dat het *vernemen* van de verklaring door de geadresseerde essentieel is voor haar rechtsgeldigheid. De klacht luidt, dat de wijze van mededeling 'niet voldoende is om de werkelijke onverwijld overbrenging aan den directeur van de reden van het ontslag te *bewijzen*' (mijn curs.). De hoge raad overweegt, na opgemerkt te hebben dat de wet niet aangeeft op welke wijze de in art. 7:677 BW bedoelde onverwijld mededeling van de reden tot het beëindigen van de dienstbetrekking moet worden gedaan:

'dat die mededeeling derhalve kan geschieden op elke wijze, die, in aanmerking genomen de omstandigheden van het gegeven geval, *naar de opvattingen van het verkeer als daartoe deugdelijk mag worden beschouwd*;

dat de Rechtbank, waar zij overweegt, dat in casu mocht worden aangenomen, dat de mededeeling, zoals die van Kalden is uitgegaan, den directeur onverwijld zou bereiken, niet - gelijk ter ondersteuning van het cassatiemiddel is aangevoerd - gewicht hecht aan een subjectieve opvatting van Kalden daaromtrent, doch kennelijk de wijze, waarop de mededeeling is gedaan, toetsende aan de opvattingen van het verkeer en daarbij de omstandigheden van het onderhavige geval in aanmerking nemende, tot de slotsom komt, dat deze wijze van mededeelen in dit geval als deugdelijk was te beschouwen om den inhoud der mededeeling onverwijld ter kennis van den directeur te brengen;

dat hieruit volgt, dat ongegrond is de bij het middel te berde gebrachte grief, dat het uiten van het verlangen tegenover het personeel, dat dit de mededeeling aan den directeur zou overbrengen, niet voldoende is om de *werkelijk onverwijld overbrenging* van de reden van het ontslag van den directeur te *bewijzen*;

dat toch Kalden in dit geding die overbrenging niet had te bewijzen, doch kon volstaan met aan te toonen, gelijk hij, naar feitelijk is beslist, heeft aangetoond, dat hij de mededeeling

4. W 11190 (1924), nt EMM; NJ 1924, 145.

5. In deze zin ook Meijers in zijn noot, en L.B.A.M. Janssens, *Het aanbod*, diss. Amsterdam, 1926, p. 144 v.

§4. GERICHTHEID, RECHTSGEVOLGEN, NEVENVERBINTENISSEN

heeft gedaan op zoodanige wijze, dat de onverwijde overbrenging aan den directeur *redelijkerwijs mocht worden verwacht*;

dat het middel mitsdien niet tot cassatie kan leiden' (mijn curs.).

Twee conclusies kunnen uit dit arrest worden getrokken met betrekking tot de vereiste gerichtheid van de verklaringshandeling. Uitgangspunt is allereerst voor de hoge raad, dat de verkeersopvatting, in verband met de omstandigheden van het geval, bepaalt of een wijze van verklaren *deugdelijk* is om de inhoud van die verklaring ter kennis van de geadresseerde te brengen. Met andere woorden, de vraag of aan een verklaring rechtswerving toekomt - of zij gericht is - is een vraag van *normatieve uitleg*. De 'subjectieve opvatting' van de verklarende, zo stelt de cassatierechter expliciet, is hierbij niet van belang.

Een tweede gevolgtrekking, die kan worden gemaakt, is dat voor de hoge raad niet de (te bewijzen) werkelijke kennisneming van de verklaring door de geadresseerde het thema van de uitleg is en dan ook de doorslag moet geven, maar dat de uitleg enkel betreft de vraag of op objectieve gronden de verklaring aangemerkt moet worden als *redelijkerwijze* die kennisneming mogelijk makend. Ook hier is de gehanteerde methode niet feitelijk, maar *normatief* van karakter. De implicaties van dit standaardarrest op het gebied van de verklaringshandeling, in het bijzonder met betrekking tot de problematiek van de totstandkoming van overeenkomsten, komen hieronder nog ter sprake, vgl. § 7, nr 3. Ook daar heeft dit arrest, dat van groot belang is gezien de gangbare vernemings- en ontvangsttheorie, nauwelijks enige aandacht getrokken.

In de literatuur wordt met betrekking tot de gerichtheid van de handeling doorgaans het in de duitse doctrine gangbare begrip 'empfangsbedürftig' gehanteerd.⁶ Art. 3:37 lid 3 BW sluit daar nauw bij aan. Uitgaande van de ontvangsttheorie, wordt daar gesteld, dat een tot een andere persoon gerichte verklaring om gevolg te hebben die andere persoon moet hebben *bereikt*. Ook in dit laatste begrip zit, evenals in het door mij uitsluitend gehanteerde begrip 'gerichtheid', de kenbaarheid besloten, zo leert men uit de *Toelichting*.⁷ In het vervolg van het artikel wordt aan het 'niet-bereiken' van de geadresseerde dezelfde gevolgen verbonden als aan het 'bereiken', en wel voor het geval de oorzaak van het niet-bereiken in persoonlijk betreffende omstandigheden van de geadresseerde ligt, welke 'rechtvaardigen dat hij het nadeel draagt'.

Mijn constructie verschilt hierin van art. 3:37 lid 3, afkomstig van het Ontwerp-Meijers, dat bij mij de beslissing met betrekking tot de rechtsgevolgen reeds valt bij het verlenen van het predikaat 'gericht' aan de handeling - dat normatief geïdentificeerd wordt -, terwijl in het ontwerp het adjektief 'gericht' slechts een *epitheton ornans* (versiersel) voorstelt, aangezien in het vereiste van 'bereiken' het criterium ligt. In mijn opvatting kan het doen van een aanbod door het verzenden van een brief met die strekking, die bij de verzending zoek raakt, niet als een 'gerichte' handeling gelden: het functioneren van dit normale communicatiemiddel komt immers voor rekening van degeen die zich ervan bedient, en daarmee wordt de handeling niet van rechtswege als *gericht* beschouwd. Bij Meijers daarentegen heeft de gerichtheid een feitelijk karakter

6. Suijling sprak van de 'aan mededeling onderworpen wilsverklaring'.

7. p. 186: een verklaring heeft de wederpartij slechts dan bereikt, 'wanneer deze haar vernomen heeft of een normaal individu haar onder de gegeven omstandigheden had kunnen vernemen'.

1. DE OVEREENKOMST

(het adresseren van de brief). Een andere mogelijkheid is, dat bij hem de gerichtheid op de wil van de afzender valt terug te voeren. In dat geval is het duidelijk dat de praktijk een correctie eist - hier in de vorm van het criterium 'bereiken' - want willen is, zoals men weet, nog niet altijd kunnen. Het verschil in constructie blijkt ook hier weer tot een verschil in uitgangspunt terug te voeren te zijn, hetgeen niet verwonderlijk is, aangezien het ook hier de *uitleg* van een handeling betreft. Dat Meijers daarbij de historisch-psychologische methode huldigt, wordt bij de onderhavige materie eens te meer duidelijk.⁸

De daareven genoemde uitlegfactor, het gebruik dat ter plaatse, of wel in het algemeen in de tak van handel in kwestie geldt, is eveneens van gewicht bij een volgende uitlegvraag, namelijk die met betrekking tot de duur van het aanbod. Een vraag die niet minder van belang is, aangezien uiteraard een aanvaarding na het verstrijken van de termijn van het aanbod, in de regel geen rechtsgevolg heeft. Zoals bekend staan vele voorstanders van de herroepelijkheid van het aanbod op het standpunt dat dit anders is indien een termijn aangegeven werd bij het aanbod, of deze uit het gebruik af te leiden viel. In die gevallen - en uiteraard ook wanneer de termijn uit een overeenkomst voortvloeit - nemen zij onherroepelijkheid aan voor de duur van de termijn.⁹

C. RECHTSGEVOLGEN VAN HET AANBOD

3. *De verbintenis om de toezegging gestand te doen*

De rechtsgevolgen die bij de uitleg degenen die de aanbodshandeling verrichtte toegerekend worden, verdienen nog een nader onderzoek. Ik laat hier enkele passages uit mijn proefschrift volgen, waarin deze materie behandeld wordt. Intussen is het belang hiervan toegenomen, nu in het nieuwe BW de visie van het aanbod als eenzijdige rechtshandeling in de wet neergelegd is, en, sterker nog, de regels voor 'meerzijdige rechtshandelingen' inzake nietigheid en vernietigbaarheid op het aanbod van toepassing verklaard zijn, art. 6:218 BW. Over de consequenties van deze ingreep die in 1976 (Gewijzigd Ontwerp) plaatsvond, werd in de literatuur tot voor kort nog niet nagedacht.¹⁰

Hierboven, bij de omschrijving van het aanbod, sprak ik van onvoorwaardelijke en voorwaardelijke verbintenissen. De eerste verbintenis, die de verplichting inhoudt de toezegging gestand te doen welke in de handeling tot uitdrukking werd gebracht - bijvoorbeeld ter zake van de levering van een bepaalde zaak - is van een bijzonder karakter. Het recht reageert namelijk op een bijzondere wijze op het schenden van die verplichting. Het ongedaan maken van de toezegging door de aanbieder gedurende de termijn dat deze van kracht is - plastischer uitgedrukt: het herroepen van de mededeling waarin de toezegging

8. Hieronder wordt bij de bespreking van de aanvaarding het begrip gerichtheid en de visie daarop van de ontwerpers van Boek 6 NBW nog nader aan de orde gesteld.

9. Vgl. vooral de franse literatuur, o.a. Planiol-Ripert-Esmein § 134, en bij ons Troelstra, p. 73; Janssens, p. 132; Hofmann-Van Opstall, p. 314; NBW, *Toel.* p. 744.

10. Bijv. niet door Schoordijk, *Algemeen gedeelte verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, 1979, p. 478 v. Zijn visie wijkt overigens sterk af van de hier verdedigde, vgl. p. 484. Zie voor de meer recente literatuur echter, als aanzet tot verdere ontwikkeling; Asser-Hartkamp II, nr 149.

§4. GERICHTHEID, RECHTSGEVOLGEN, NEVENVERBINTENISSEN

besloten lag -, wordt gezien als strijdend met de goede trouw in verband met de eisen van het maatschappelijk verkeer, en derhalve *genegeerd*. Het heeft geen rechtsgevolg. Dat de goede trouw in precontractuele verhoudingen regeert heeft de hoge raad ons met *Baris - Riezenkamp* geleerd, terwijl daarnaast bij de uitleg van een verklaring de verkeerseisen altijd al hoog genoteerd stonden in de rechtspraak.¹¹ Hebben wij hier met een *rara avis* (vreemde vogel) onder de verbintenissen te maken, nu toch het kenmerkende van die rechtsfiguur is dat hij niet nagekomen *kan* worden? G.J. Scholten meent in zijn noot onder het hierboven besproken arrest van wel, en gaat zelfs zover, te ontkennen dat hier van een verbintenis sprake is, om in plaats daarvan een ‘gebondenheid’ aan te nemen als spiegelbeeld niet van een vorderingsrecht, maar van een *wilsrecht*. Daarbij speelde voor Scholten ook een rol dat een verbintenis verplicht tot een geven, een doen of een nalaten, waarvan hier geen sprake zou zijn. Dat laatste ben ik al direkt met schr. oneens, zoals uit het daareven gestelde blijkt. Blijft nog het probleem, dat in dit geval de verbintenis niet geschonden *kán* worden. Mijns inziens is dat niet zo’n vreemde figuur als op het eerste gezicht wel lijkt. Als men ziet dat naar positief recht ook de uitoefening van een recht *belet* kan worden door de goede trouw, gelet op de verkeerseisen, hetgeen zoals wij zullen zien ook het geval is bij opzegging en afstand van recht¹², dan is het niet zo verwonderlijk om hier een verbintenis aan te treffen die een verplichting oplevert die niet geschonden kan worden. De handeling waarbij de aanbieder zijn aanbod ‘herroept’ wordt ingevolge de normen die de uitleg van die handeling beheersen, rechtens *genegeerd*. Evenals dit het geval is bij een opzegging die in strijd met de goede trouw verricht werd, zoals de vaste jurisprudentie leert. Niet alleen ten aanzien van zijn rechten, ook ten aanzien van zijn verplichtingen wordt het individu door het recht in zijn doen en laten kort gehouden, en bij tijde zelfs, zoals hier weer blijkt, aan banden gelegd. De eisen van de goede trouw bleken daarbij goede diensten te bewijzen. Aldus gaat heden ten dage het ‘*belofte maakt schuld*’ op, het tot het germaanse recht teruggaande beginsel dat de aanhangers van de ‘nieuwe leer’ in de vorige eeuw in hun blazoën voerden. Ik zie derhalve geen aanleiding G.J. Scholten te volgen.¹³ Ik vraag mij trouwens af, wat de term ‘verbintenis’ anders doet dan een ‘gebondenheid’ aangeven. Het *vinculum iuris* uit oude tijden.

Een argument ten gunste van mijn zienswijze - het aanbod als verbintenissen tweewegbrengende rechtshandeling - is nog, dat aldus een fundament gegeven

11. Vgl. daarvoor, onder Hfdst. 2.

12. Zie Hfdst. 7, § 2. Vgl. verder nog, meer in het algemeen, de beperking van het eigendomsrecht, artt. 5:1, 37 jo. 6:162 BW, en het leerstuk van misbruik van recht, art. 3:13 BW.

13. Het standpunt van Scholten werd behalve door Van Opstall (vgl. boven) eerder verdedigd door Polderman, diss. p. 145 v., die zich daarbij ten onrechte beroept op Siegel. Als enige verbintenis ziet Polderman die welke de verplichting tot presteren tot onderwerp heeft, hij miskent het bestaan van de verbintenis, met als inhoud de verplichting zijn woord te houden, die Siegel aanvaardt. De laatste spreekt immers van twee ‘Verpflichtungen’, zonder van een onderscheid in rechtskarakter te gewagen, vgl. *N.U.*, diss. p. 391 v. De reden waarom Polderman de laatst omschreven verplichting niet als *verbintenis* ziet, ligt hierin, dat in dat geval de *wil* van de geadresseerde ontbreekt, p. 145.

Ook Molengraaff neemt geen verbintenis uit aanbod aan; hij wordt daarin bestreden door Janssens, p. 102 v.

1. DE OVEREENKOMST

wordt aan de heersende opvatting, neergelegd in art. 6:222 BW, dat in geval van dood of verlies van handelingsbekwaamheid van de aanbieder, het aanbod van kracht blijft, tenzij op grond van uitleg van het aanbod het tegendeel aangenomen moet worden. In die situatie volgen immers de verbintenissen uit aanbod dezelfde weg die voor verbintenissen in het algemeen de aangewezen is.

4. *Nevenverbintenissen. De precontractuele rechtsverhouding; onderzoek- en spreekplicht.* Baris - Riezenkamp (1957)

Aan deze eerste verbintenis uit het aanbod, de verplichting om de in het aanbod vervatte toezegging gestand te doen, kunnen *nevenverbintenissen* verbonden zijn. In geval bijv. bij koop de levering van een bepaalde zaak, met de omschrijving 'uit voorraad leverbaar', aangeboden wordt, brengt deze toezegging met zich, dat men die zaak ter beschikking van eventuele kopers houdt, en haar niet alvorens de termijn van aanbod verstreken is aan een derde van de hand doet, vgl. art. 1272 oud BW in fine. Verder rust meer in het algemeen op iedere aanbieder de verplichting om gedurende de termijn van aanbod als een 'goed huisvader' voor de aangeboden zaak te zorgen, vgl. art. 1271 oud BW. Neemt men dit niet aan, dan zou iedere aanbieder het in de hand hebben om zijn toezegging waardeloos te maken, hetgeen zou strijden met de aangegeven hoofdverbintenis. Wordt de zaak in het aanbod als van een bepaalde kwaliteit omschreven - hetgeen ook stilzwijgend uit de aard van de zaak kan voortvloeien -, dan rust op de aanbieder de verplichting om gedurende de termijn van aanbod voor het in stand blijven van die kwaliteit te zorgen. Wordt deze zorgverplichting in zijn onderscheiden gedaanten geschonden, dan gaat de aanbieder vrijuit indien dit toe te schrijven valt aan een 'vreemde oorzaak, die hem niet kan worden toegerekend', zoals art. 1280 oud BW het fraai zei, vgl. thans art. 6:75 BW. Wil dat nu zeggen dat het risico voor de beschadiging van de zaak voor degeen komt tot wie het aanbod gericht werd? Indien men bedenkt dat de geadresseerde vrij is om het aanbod te verwerpen, ziet men in dat dit onaanvaardbaar zou zijn. Men hoeft niet te dulden dat men door een wellicht zelfs ongevraagd aanbod een risico op de hals geschoven krijgt, zonder dat men in enige relatie tot de zaak in kwestie staat. De zaak blijft derhalve tot aan de aanvaarding voor risico van de aanbieder.¹⁴ Uit het zoëven gestelde vloeit slechts voort, dat indien eerst na aanvaarding bekend wordt dat de zaak vóór de aanvaarding door een toeval is beschadigd of vergaan, de aanbieder dan het verwijt van de acceptant dat hij zijn zorgverplichting geschonden zou hebben, naast zich neer kan leggen. In geval er sprake is van schending van die zorgverplichting - bijv. het geval dat door onzorgvuldige behandeling van een aan bederf onderhevige zaak bij de opslag, zij wanneer de aanbieder wil leveren, bedorven blijkt te zijn - kan de sanctie daarop bestaan in de vorm van een verplichting tot schadevergoeding (vgl. art. 1272 oud BW; vgl. art. 6:74 v. BW). Daarnaast bestaat de mogelijkheid, dat die zorgverplichting geconverteerd wordt

14. De problemen rond het verspringen van het risico na aanvaarding laat ik hier buiten beschouwing.

§4. GERICHTHEID, RECHTSGEVOLGEN, NEVENVERBINTENISSEN

in een verplichting, om eenzelfde zaak van elders te betrekken, waarbij extra kosten uiteraard voor rekening van de wanpresterende aanbieder komen.¹⁵

Hiermee zijn wij ongemerkt op het terrein van de overeenkomst beland. Het behoeft immers geen betoog, dat een dergelijke aktie van de geadresseerde tegen de wanpresterende - nl. zijn toezegging niet gestand doende - aanbieder doorgaans alleen zin heeft en ingesteld zal worden, indien het aanbod *aanvaard* is, waarmee tevens de overeenkomst het licht ziet. De zoëven aangehaalde art. 1271 en 1272 *oud* uit de afdeling 'Van verbintenissen om iets te geven', worden trouwens in het algemeen in het kader van de verplichtingen uit overeenkomst gereleveerd. Al zal dus bij een schade-toebrenghend handelen van de aanbieder vóór het tijdstip van aanvaarding, de acceptant zijn remedie zoeken in de vorm van contractuele middelen die hem ten dienste staan, door eenvoudigweg te stellen dat de contractueel verplichte prestatie uitblijft of niet voldoet aan het overeengekomene, het blijft niettemin een schade-toebrenghend handelen dat vóór het totstandkomen van de rechtsverhouding 'overeenkomst' plaatsvond.

Het is evenwel geen kwestie om lang bij stil te staan, want zoals de lezer al bedacht zal hebben is het karakter van het probleem nogal academisch. Een beroep van de aanbieder op het feit dat zijn handelen buiten de overeenkomst valt, en derhalve ook buiten het regime dat die verhouding beheerst, kan sinds 1957 op eenvoudige wijze worden weerlegd door het *Baris - Riezenkamp*-arrest aan te halen: ook de precontractuele verhouding wordt beheerst door de goede trouw, en daarmee verschijnt de goede huisvader weer ten tonele, de romeinse vader Doorsnee. Toch is het boeiend ook nog een tweede blik op deze academische kwestie te werpen. De hoge raad stelt nl. in zijn befaamde uitspraak,

'dat immers partijen, door in onderhandelingen te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrenghende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij'.

Het is mij te doen om het woord dat veel kritiek heeft ontmoet¹⁶: '*rechtsverhouding*'. In de kritiek op het gebruik van deze term gaat men ervan uit dat de hoge raad zich vergaloppeerd heeft met de - overigens toegejuichte - invoering van de goede trouw in het precontractuele stadium. Het kenmerkende van dat stadium - aldus die schrijvers - is immers dat dan nog van geen rechtsverhouding sprake is, *omdat (uiteraard) de overeenkomst nog niet tot stand gekomen is*. Deze conclusie is minder voor de hand liggend, indien men in het oog houdt, dat het 'in onderhandelingen treden over het sluiten van een overeenkomst', bij nadere analyse blijkt te bestaan uit een 'aanbod' van de zijde van de ene partij gevolgd door een 'aanvaarding' van de zijde van de ander. Dat dit feitelijk bezien - bijv. wanneer het geen adhesiecontract betreft, met het aanbod in 'take it or leave it'-stijl - niet hoeft te betekenen dat slechts van twee op elkaar afgestemde verklaringen sprake is, ligt voor de hand. Een reeks van besprekingen of een langdurige correspondentie kan uiteindelijk een

15. Vgl. voor de hantering van *conversie* als uitlegmiddel, hieronder, Hfdst. 2, § 2, nr 8.

16. Vgl. bijv. Van der Grinten, nt AA VII, p. 106; Kamphuisen, *WPNR* 4610, p. 546; H. Drion, *WPNR* 4608 (1959), p. 526, vgl. ook *RmThemis*, 1960, p. 505. Anders P. Zonderland, *WPNR* 5122 (1971), p. 131, nt 1.

1. DE OVEREENKOMST

overeenkomst opleveren. Dit neemt niet weg, dat in juridisch opzicht van aanbod en aanvaarding kan worden gesproken.¹⁷ Naar geldend recht wordt immers aangenomen dat indien de geadresseerde een wijziging op het aanbod voorstelt, dit als tegenaanbod geduid moet worden, vgl. art. 6:225 lid 2 BW. Zo kunnen tijdens de onderhandelingen aanbieder en acceptant steeds van rol wisselen.¹⁸ De uiteindelijke rolverdeling in zo'n situatie is van belang voor het mechanisme van de contractssluiting.

Voor de uitleg van de overeenkomst kan het eveneens van groot belang zijn om te weten van welke zijde een bepaalde clause afkomstig is, indien over de betekenis ervan verschil van mening bestaat tussen partijen.¹⁹ Daarnaast kan het voor die uitleg van belang zijn om te weten of de bewuste clause ontstond als een amendement op een eerder door de tegenpartij voorgestelde bepaling. Ook kan het voorkomen, dat wanneer op initiatief van één, of wel beide partijen een bepaling in het concept-contract (m.a.w. in het aanbod) geschrapt wordt, men de wijzigingen van andere, daarmee verband houdende artikelen over het hoofd gezien heeft. Deze laatste komen dan in de lucht te hangen, en kunnen zelfs een dubbelzinnige betekenis krijgen. Kennis van de ontstaansgeschiedenis van die bepaling bij de uitlegger, kan voor de keuze tussen mogelijke betekenissen doorslaggevend zijn.²⁰

Ziet men in dat het 'handjeklap' dat aan de contractssluiting vooraf gaat, in de regel tot aanbod en aanvaarding te herleiden valt, dan wint de uitspraak van de hoge raad in *Baris - Riezenkamp* aan belang. Want het college zegt niet minder dan dat partijen in het tijdvak tussen aanbod en aanvaarding tot elkaar in een *rechtsverhouding* staan, die door de goede trouw beheerst wordt. Dit past wonderwel in de visie, waarin het aanbod een *rechtshandeling* is, die bepaalde verbintenissen teweeg brengt. De cassatierechter geeft zelf als grondslag van die verbintenissen de goede trouw aan, geconcretiseerd in de verplichting van de aanbieder om zijn gedrag mede te laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van zijn wederpartij in spe. Een van die belangen is, zoals wij zagen, de onafwijsbare verkeerseis (Molengraaff) dat de geadresseerde de aanbieder aan zijn toezegging mag houden, met daarnaast de boven besproken belangen die daarmee verband houden (goede staat van de zaak, etc.). Gezien de eisen van het maatschappelijk verkeer, moeten die belangen als gerechtvaardigd

17. In andere zin: Van Schilfgaarde, AA 1981, 710, nt *Hofland - Hennis*. Vgl. ook Asser-Rutten, die werkt met het 'voorstel in onderhandeling te treden' te onderscheiden van een, nauwkeurig bepaald, aanbod, dat na acceptatie direct tot een overeenkomst leidt, 5e dr. p. 86; 9e dr., nr 136. Vgl. nog onder, § 5, nr 1.

18. De vraag naar de aansprakelijkheid voor het doen afbreken van onderhandelingen, betreft doorgaans in feite de vraag of de verwerping van een aanbod door een van de onderhandelende partijen rechtsgevolgen heeft, indien dit na enige tijd loven en bieden geschiedt, d.w.z. indien die partij zelf ook minstens eenmaal een tegenbod gedaan heeft, dat verworpen werd. Dit zal alleen het geval zijn indien de omstandigheden dat billijken; een schadevergoeding ligt dan het meest voor de hand. Als grondslag hiervoor wordt in de literatuur meestal art. 1401 (6:162 BW) aangewezen. Aldus reeds *Opzoomer V*, p. 49 (2e dr.). Vgl. verder onder, Hfdst. 3, § 1, nr 8.

19. Vgl. HR 13 maart 1925, NJ 561, *Sas van Gent - Hombach*.

20. Vgl. HR 13 april 1951, NJ 1952, 76, nt PhANH, *Dorrius*-arrest. Vgl. voor dit arrest, en de uitleg van overeenkomsten in het algemeen, onder, Hfdst. 2, § 2, nr 6.

§4. GERICHTHEID, RECHTSGEVOLGEN, NEVENVERBINTENISSEN

beschouwd worden. Naar mijn mening moet de formulering van de hoge raad dan ook zeker niet als een slip of the pen opgevat worden. Door de introductie van het begrip rechtsverhouding in de precontractuele sfeer, kan het *Baris - Riezenkamp*-arrest gezien worden als het belangrijkste steunpunt dat de jurisprudentie voor de opvatting inzake het aanbod, gedacht als rechtshandeling, biedt.

Met het bovenstaande is het scala van nevenverbintenissen, staande naast de hoofdverbintenis om de in het aanbod neergelegde toezegging gestand te doen, nog geenszins uitputtend beschreven. Vooruitlopend op de nog volgende beschouwingen, wil ik nog wijzen op de 'gehoudenheid' die de hoge raad in het *Baris - Riezenkamp*-arrest aanneemt voor degenen die overweegt een overeenkomst aan te gaan, nl. 'om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder de invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft'. Hier is met andere woorden sprake van een *onderzoeksplicht* voor de aanbieder, dit om te voorkomen dat hij bij het doen van zijn aanbod in dwaling verkeert. Eenzelfde verplichting rust op de geadresseerde bij het verrichten van zijn aanvaarding.

Een andere verplichting die in dit verband te noemen valt - waarop ik eveneens nog nader terugkom - is de *spreekplicht*, door de hoge raad aanvaard in het *Kantharos*-arrest.²¹ Bij het doen van een aanbod kan geboden zijn dat een bepaalde kwaliteit van de zaak waarop de toezegging betrekking heeft (of een bepaalde daarmee verband houdende omstandigheid) in het aanbod vermeld wordt. Bijvoorbeeld het feit dat de aangeboden zaak, anders dan de prijs zou doen vermoeden, niet antiek is; of de omstandigheid dat een vergunning van een overheidsinstantie, anders dan men zou verwachten, nog niet verkregen is. Ook deze verbintenissen danken hun bestaan aan de omstandigheid dat bij afwezigheid daarvan, aan de hoofdverbintenis inzake het gestand doen van de gegeven toezegging de zin komt te ontvallen. Bij gebondenheid van de aanbieder aan een toezegging die *afwijkt* van de toezegging zoals de geadresseerde haar mocht opvatten (door normatieve uitleg te ijken), is het maatschappelijk verkeer immers niet gediend. En daarmee is de bron van de verbintenis uit een toezegging, indien deze louter in historisch-psychologische zin geduid wordt, opgedroogd.

5. De voorwaardelijke verbintenis om de overeenkomst uit te voeren

Een tweede hoofdverbintenis die uit het aanbod voortvloeit, een *voorwaardelijke verbintenis*, houdt de verplichting aan de zijde van de aanbieder in, om na aanvaarding de aldus tot stand gekomen overeenkomst ten uitvoer te brengen. Dat betekent het nakomen van verplichtingen die de overeenkomst krachtens regels van geschreven en ongeschreven recht met zich brengt. Zoals eerder betoogd, wordt de inhoud van de rechtsbetrekking 'overeenkomst', dat wil zeggen de inhoud van de partijverplichtingen, vastgesteld door middel van normatieve uitleg. Dat voor die uitleg het aanbod, zoals aanvaard door de

21. HR 19 juni 1959, *NJ* 1960, 599, nt HB. Vgl. voor die materie, onder, Hfdst. 5, § 1, nr 4.

1. DE OVEREENKOMST

wederpartij, de hoofdschotel vormt, werd zoëven al opgemerkt.²² Doch deze kwestie brengt ons op het terrein van de totstandkoming van overeenkomsten, een onderwerp dat al aan de orde gekomen is, waarbij het arrest *Lindeboom - Gem. Amsterdam* ter sprake kwam.

D. INTERMEZZO. HET MODEL: AANBOD - AANVAARDING EN DE REALITEIT IN DE PRAKTIJK

6. *Het rollenspel bij het onderhandelen over grote contracten. Business as usual?*

In de tegenwoordige praktijk van de contractssluiting, doet zich de vraag voor, of het rollenspel van aanbod en aanvaarding nog wel een juridische realiteit is. In 'big business' kent men namelijk steeds meer de situatie, zoals beschreven door de Amerikaanse schrijver Schlesinger, *Formation of Contracts II*, 1968, p. 1584. In eerste aanleg worden onderhandelingen door zakenlieden gevoerd, die elkaar op het zakelijk vlak proberen te vinden, zonder over en weer tot het doen van een (bindend) aanbod over te gaan, of op juridische aspecten van de transactie in te gaan. Zijn zij het eens geworden, dan treden juristen voor beide partijen in het veld, die de transactie in een juridisch kader plaatsen. Ook dan is geen sprake van een om beurten uitbrengen van een aanbod, dan wel een aanvaarding, aangezien zij doorgaans daartoe geen volmacht hebben. Zij trachten daarentegen gezamenlijk, door het uitwisselen en bespreken van concept-contractsakten te komen tot een uiteindelijke akte die door beide partijen ondertekend zou kunnen worden. Dat laatste vormt, in een al of niet plechtige bijeenkomst, de sluiting van de overeenkomst in eigenlijke zin.

Schlesinger meent - anders dan vooraanstaande schrijvers als Williston en Corbin en de ontwerpers van de Uniform Commercial Code en de *Restatement (Second)* - dat deze vorm van contracteren een in de praktijk veel voorkomende en belangrijke figuur is. Hij is tevens van mening dat op dit soort 'large-scale dealings' het traditionale patroon van aanbod en aanvaarding niet van toepassing is, p. 1585. Hierin ben ik het met schr. niet eens. Het doet immers niet ter zake van wie de formulering van het aanbod (resp. de aanvaarding) afkomstig is. Zij kan van de hand van derden zijn (bijv. in geval van standaardvoorwaarden, die al of niet met inspraak van belangenorganisaties van één of beide partijen tot stand zijn gekomen, vgl. bijv. de UAV 1989 en de condities van de Comecon en de Economische Commissie voor Europa), of ook door lasthebbers of ondergeschikten van beide partijen gezamenlijk opgesteld zijn, zoals in casu. Ook indien partijen uitdrukkelijk of stilzwijgend bepalingen van regelend recht op hun overeenkomst van toepassing laten zijn, laten zij de vaststelling van de inhoud van hun aanbod resp. aanvaarding - en daarmee van de ontstane rechtsverhouding, de overeenkomst - voor een deel aan een derde, hier de wetgever, over.

22. Bij adhesiecontracten spreekt dit wel het sterkst. Vgl. voor de vrije onderhandeling het hierboven betoogde. Op deze uitlegproblematiek is reeds uitvoerig ingegaan, zie boven, § 3, nr 5.

§4. GERICHTHEID, RECHTSGEVOLGEN, NEVENVERBINTENISSEN

Op het moment van ondertekening van de akte is het aldus, dat de eerste ondertekenaar het in de akte vervatte aanbod doet, hetwelk door de tweede ondertekenaar aanvaard wordt, op in dezelfde akte omschreven voorwaarden.²³

Dat bij deze gang van zaken die een contracteren tussen aanwezigen inhoudt, waarbij aanbod en aanvaarding naar de tijd genomen haast samenvallen - hetgeen weer doet denken aan overeenkomsten die de behoeften van het dagelijks leven betreffen - de perikelen die het contracteren tussen *afwezigen* kenmerken achterwege blijven, is een andere kwestie. De uitleg van een dergelijke overeenkomst vertoont overigens gelijkenis met de wetsuitleg - hetgeen te onzent met betrekking tot standaardcontracten al eerder is verkondigd.²⁴

Aan deze passage, ontleend aan mijn proefschrift uit 1971, zou ik het volgende willen toevoegen, op grond van hetgeen ik sindsdien van de praktijk van het contractenrecht gezien en geleerd heb.²⁵

De omschrijving die Schlesinger van het contracteren bij grote transacties geeft, is in een bepaald opzicht onvolledig en daardoor misleidend. Om te beginnen worden vele, zeer omvangrijke contracten waarmee enorme bedragen gemoeid zijn, gesloten door zakenlieden zonder dat er enige jurist of juridische scholing aan te pas komt. Vaak wordt dat niet eens schriftelijk vastgelegd, soms slechts neergekrabbeld op een oude envelop of een strookje krantepapier. Tijdens een dinertje of borrel, waar dit soort transacties soms kunnen plaatsvinden, heeft men niet altijd schrijfpapier bij zich, terwijl de tijd ontbreekt om het overeengekomene anders dan provisorisch vast te leggen. Het doet mij denken aan mijn studententijd, waarin de grote Van der Mandele uit Rotterdam tijdens een diner de praeses van een studentenroeivereniging een servet gaf, met daarop geschreven: 'goed voor 1 acht', wat in die tijd toch een schenking van zo'n negen mille betekende (thans: faktor 3). Wat men in een studentikoze sfeer kan verwachten, blijkt maar al te vaak ook in het grote zakenleven te passeren. Als men alleen al bedenkt hoeveel contracten via de telefoon gesloten worden, uitgevoerd en pas later schriftelijk bevestigd; bijvoorbeeld de aankoop of verkoop van effecten.

Kan men dit afdoen met de opmerking dat het hier over de marge van het commerciële verkeer gaat en vrij uitzonderlijk is, hetgeen bij gebrek aan wetenschap ontkend moet worden, die tegenwerping gaat in ieder geval niet op voor het volgende. Een belangrijker manco in de voorstelling van zaken door Schlesinger is, dat de typische situatie bij de sluiting van grote contracten deze is, dat de commerciële afdelingen van de beide contracterende bedrijven eerst onderhandelen, vervolgens tot overeenstemming komen, en dat dan pas de beide juridische afdelingen of de advocaten van partijen in het veld treden. De laatsten kunnen dan geen invloed meer uitoefenen op de inhoud van de overeenkomst, die de resultante van commerciële inzichten is, en hebben uitsluitend tot taak de

23. In deze zin reeds Salmond and Winfield, *Law of Contracts*, 1927, p. 60, en trouwens ook *Williston on Contracts I*, 3e dr. Jaeger, 1957, § 23, hetgeen door Schlesinger miskend wordt.

24. De deense schrijver S. Jorgensen, *Vertrag und Recht*, 1968, p. 37 v., heeft ook bezwaren tegen het mechanisme van aanbod en aanvaarding, waaronder soortgelijke als die van Schlesinger.

25. Zie ook de kritiek, genoemd in nt 106; en verder Schut, t.a.p., 1987, p. 68; Asser-Hartkamp II, nr 136.

1. DE OVEREENKOMST

gesloten overeenkomst in een juridisch vat te gieten. Juist de pogingen om vervolgens door middel van de juridische vormgeving de inhoud van de overeenkomst bij te stellen, levert vaak zulke hybride onontwarbare contracten op. Men mene niet dat dit slechts bij kleine bedrijven het geval is: het gebeurt even vaak bij multinationals. Het is de frustratie van menig bedrijfsjurist, die vaak het gevoel heeft als mosterd na de maaltijd te komen. Ik wil, gezien de vertrouwelijke aard van de materie geen Nederlandse voorbeelden geven, maar wel een uit het buitenland, dat uitvoerig geanalyseerd is: de *Westinghouse*-affaire. Overigens een voorbeeld waarbij het niet om miljoenen maar om miljarden ging.

In deze, zeer tot de verbeelding sprekende, affaire had Westinghouse tientallen duurovereenkomsten gesloten voor de levering van uranium ('yellow cake') aan elektriciteitsbedrijven, gekoppeld aan de verkoop van kernreactoren. De uraniumprijs was vastgesteld op \$ 10 per pound voor 25 jaar; in 1976 was de prijs gestegen tot \$ 40, overigens mede ten gevolge van Westinghouse' eigen marktaandeel. Westinghouse weigerde in 1975 verder aan zijn leveringsverplichtingen te voldoen, waarop ten minste 17 procedures volgden, die later gevoegd werden, en tenslotte alle in schikkingen eindigden. Westinghouse had berekend, dat zij bij ongewijzigde overeenkomsten een verlies van 2,6 miljard dollar zou lijden.²⁶

De achtergrond schijnt deze geweest te zijn, dat de afdeling marketing van het bedrijf zó graag aan het begin van de zeventiger jaren kernreactoren wilde verkopen, en zó verlegen zat om liquide middelen, dat men de contractuele verplichtingen op lange termijn negeerde; voeg daaraan toe het gebrek aan communicatie tussen verschillende secties in het bedrijf en het te laat inschakelen van de bedrijfsjuridische afdeling, dan is het beeld aardig compleet.

Een vergelijkbare Nederlandse affaire aan het begin van de tachtiger jaren, de Afval Verwerking Rijnmond²⁷, waarbij ook sprake was van langetermijncontracten (25 jaar), zonder behoorlijke indexeringsclausule, is illustratief voor een ander aspect, namelijk dat bij contracten met de overheid, aan die zijde vaak voldoende know-how op privaatrechtelijk gebied ontbreekt, en kennelijk niet van elders betrokken wordt. Gezien het financieel en maatschappelijk belang van dergelijke contracten, zou men dat allerm minst verwachten. Bij de behandeling van de figuur van veranderde omstandigheden zal overigens op deze materie verder ingegaan worden.

Tenslotte nog een opmerking die het contracteren in de rechtspraak op een andere manier relateert. Tot dusver ging het om het fenomeen, dat juristen er te laat of in het geheel niet bijgeroepen worden als de commerciële partners zaken gaan doen. Minstens zo interessant is het gedrag van zakenlieden als de juristen hun heilzame werk wel gedaan hebben: er zijn namelijk sterke aanwijzingen, dat

26. Zie o.m. Paul L. Joskow, *Commercial Impossibility, the Uranium Market and the Westinghouse Case*, 6 J. Legal Studies, p. 119 (1976), ook opgenomen in: *The Economics of Contract Law*, A.T. Kronman and R.A. Posner, Ed's. 1979, 143. Vgl. voor deze materie nog, onder, Hfdst. 6, § 3.

27. Het belang dat voor de AVR op het spel stond over de resterende termijn van de contracten bedroeg ong. 2,5 miljard gulden, d.i. het verlies dat op de ongewijzigde contracten geleden zou worden. In het zicht van een dreigend faillissement zijn de contracten aangepast. Een procedure eindigde in een schikking, een andere loopt nog. In Deel 2, t.a.p., komt deze problematiek nog aan de orde.

§4. GERICHTHEID, RECHTSGEVOLGEN, NEVENVERBINTENISSEN

zakenlieden veel minder gewicht hechten aan contractsbepalingen dan juristen denken of verwachten. Ook in de sfeer van de uitvoering van de overeenkomst zijn commerciële inzichten doorslaggevend, en niet juridische scherpelijperij. Als men bijvoorbeeld nog langer te maken zal hebben met de wederpartij met wie een geschil over de uitvoering van het contract is, zal men zich wel twee keer bedenken om zijn recht te halen op basis van een contractsclausule.²⁸ Verder geven handelsgebruiken een heel ander klimaat weer. In de woorden van een bevriende (Rotterdamse) advocaat: ‘Mijn cliënt is in wanprestatie, met in het contract een boeteclausule van een paar miljoen. Dat wordt dus onderhandelen!’ Men zie overigens voor deze materie het inmiddels klassieke opstel van Macaulay²⁹, en wat daarop gevolgd is in de rechts-sociologische literatuur.

Na dit intermezzo, terug naar het juridische tableau van aanbod en aanvaarding.

28. Dit ligt natuurlijk anders in de situatie dat er een faillissement in de lucht hangt of afgewikkeld wordt. Het optreden van bewindvoerders en curatoren heeft in dit verband een aantal belangrijke bijdragen tot de rechtsontwikkeling geleverd. Zo bijv. *Gem. Katwijk - De Vroom*, HR 18 april 1969, *NJ* 336, nt GJS. (Vgl. Deel 2, Hfdst. 13).

29. S. Macaulay, *Non-contractual Relations in Business: a Preliminary Study*, *American Soc. Review*, 1962, p. 55.

§ 5. Aanbod en vrijblijvend aanbod naar geldend recht

1. *In de hier verdedigde opvatting de controversie omzeild? Het 'vrijblijvend aanbod'*

Men kan zich afvragen of aldus, door de uitleg van het aanbod op de voorgrond te stellen, niet de aangesneden controversie omzeild wordt. Wanneer is nu een aanbod onherroepelijk? In mijn opvatting dient, zoals gesteld, de term 'aanbod' ter aanduiding van een rechtshandeling, welke de hierboven geanalyseerde rechtsgevolgen teweegbrengt. Komt na uitleg van een handeling vast te staan dat in casu van een dergelijke rechtshandeling sprake is, dan valt niet in te denken dat zij eenzijdig ongedaan gemaakt ('herroepen') zou kunnen worden, wil men het begrip rechtshandeling niet volledig uithollen. Hier betreft het immers verbintenissenrecht, en niet bijv. het erfrecht, met zijn typisch herroepelijk gedachte eenzijdige rechtshandeling als de uiterste wilsbeschikking. Het enige dat herroepen kan worden, is de mededeling waarin het aanbod vervat is, doch dit heeft slechts effect indien de herroeping de geadresseerde bereikt vòòr de ontvangst van de oorspronkelijke mededeling, of wel samenvallend daarmee. Deze laatste figuur is in de literatuur trouwens algemeen aanvaard, ook door voorstanders van een onherroepelijk aanbod.¹ Zij werd in art. 3:37 BW neergelegd dat in 1976 bij Gewijzigd Ontwerp werd toegevoegd. Daarbij werd de term *intrekking* gehanteerd, ter onderscheiding van de 'herroeping' van art. 6:219 lid 1 BW (zij het voor verklaringen in het algemeen).

Het aanbod is derhalve voor mij - in het jargon van de controversie - 'onherroepelijk'. In plaats van 'aanbod' zou ik eigenlijk liever van *toezegging* spreken, het oude woord voor een rechtens bindende belofte, maar de term aanbod lijkt mij te vast in het recht geworteld om voor het positieve recht invoering van een nieuwe term te bepleiten. Het zogenaamde 'vrijblijvend aanbod' is in mijn ogen dan ook geen aanbod, maar - zoals ook vele andere schrijvers al verdedigen - *een uitnodiging tot het doen van een aanbod*. Van dat standpunt bezien is in zo'n situatie niets bijzonders aan de hand; dat geval komt overeen met dat waarbij van een (onherroepelijk) aanbod sprake is, zij het dat de momenten van aanbieden en aanvaarden een slag verschoven zijn. De 'aanvaarding' van een vrijblijvend aanbod moet geduid worden als een aanbod in juridische zin, een toezegging. De acceptatie daarvan door de eerste hand (de vrijblijvend-aanbieder) geldt als de eigenlijke aanvaarding, waardoor de overeenkomst tot stand komt. Die laatste aanvaarding kan 'uitdrukkelijk', d.w.z. met zoveel woorden geschieden, dan wel - hetgeen gebruikelijk zal zijn - 'stilzwijgend', bijv. door de goederen in kwestie te verzenden.

Een 'herroepelijk aanbod' is in mijn opvatting een term die aanduidt dat de afgelegde verklaring na uitleg niet als een aanbod aangemerkt kan worden, en is dus in mijn systeem een *contradictio in terminis*.

1. Hieronder, bij de aanvaarding, kom ik nog op deze kwestie terug, vgl. § 6, nr 6.

§5. AANBOD EN VRIJBLIJVEND AANBOD

2. *Het vrijblijvend aanbod naar huidig BW*

De figuur van het vrijblijvend aanbod werd zoals wij zagen in art. 6:219 lid 2 geregeld. Het kwam niet voor in het Gewijzigd Ontwerp van 1976, van de hand van Snijders werd een nieuwe zin toegevoegd: 'Bevat het aanbod de mededeling dat het vrijblijvend wordt gedaan, dan kan de herroeping nog onverwijld na de aanvaarding geschieden'. De Memorie van Antwoord licht deze aanvulling als volgt toe: 'daarbij is er van uitgegaan dat het hierbij gaat om een verklaring die als een aanbod moet worden opgevat. Voor het huidige recht wordt door sommigen verdedigd dat het vrijblijvend aanbod moet worden gezien als een uitnodiging tot het doen van een aanbod. Het gewijzigd ontwerp sluit deze figuur die geen nadere regeling behoeft, niet uit, maar maakt het onnodig naar deze constructie te grijpen om het resultaat te verkrijgen dat door de hier besproken zin rechtstreeks wordt bepaald'.² Ook ik behoor tot die 'sommige schrijvers', en verkeer daarbij in het gezelschap van Rutten, die in al vele drukken van zijn Asser-bewerking van een heersende leer sprak.³ Al geruime tijd geleden sprak overigens ook de Internationale Kamer van Koophandel zich in die zin uit.⁴ In mijn proefschrift had ik de wens uitgesproken, dat de ontwerpers van het Nieuw BW zich over de figuur van het vrijblijvend aanbod zouden uitspreken, aangezien dat toen al, in 1971, als de heersende leer kon gelden. Ik sprak daarbij de verwachting uit, dat de ontwerpers bij het overnemen van de constructie van de heersende leer, uitnodiging tot het doen van een aanbod, in moeilijkheden zouden komen, aangezien dit zich slecht verdraagt met het uitgangspunt van het Nieuw BW, de herroepelijkheid van het aanbod. Men zou dan zijn leermeester Meijers in de steek moeten laten, betoogde ik.

Dat laatste is in elk geval niet gebeurd: de wijziging van het Gewijzigd Ontwerp van 1976 bracht de regeling van het vrijblijvend aanbod, maar niet op basis van de constructie van de heersende leer, maar die welke Meijers in 1920 verdedigd had.⁵ Men was de leermeester trouwer dan ooit.

2. MvA, p. 201. P-g Berger merkt in zijn conclusie voor *Hofland - Hennis* op, dat de betreffende bepaling met deze toelichting niet veel duidelijker geworden is, *NJ* 1981, 532, p. 1795.

3. Asser-Rutten II, 1982, p. 103; (vgl. thans Asser-Hartkamp II, nr 150). In deze zin ook, o.m. H. Drion, *WPNR* 4828 (1964), p. 417; Commissie Verbintenissenrecht Not. Broed., *WPNR* 4982 (1968), p. 69. Zie verder: *Contractenrecht II*, no. 540 v.

4. Deze adviseerde indertijd bij het ontwerpen van de LUF, de Eenvormige wet inzake de totstandkoming van internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken van 1964, die eind 1971 door de Nederlandse wetgever overgenomen werd. Deze wet is van grote invloed geweest op het NBW, G.O. 1976, vgl. nog onder. Vgl. voor het engelse recht, het onderscheid 'offer'-'invitation to treat': Cheshire, Fifoot and Furmston, 14th. ed., 2001, p. 34 v.

5. Zie *WPNR* 2676 (1920); vgl. ook Asser-Rutten II, nr 150.

1. DE OVEREENKOMST

3. *Hofland - Hennis (1981). Art. 6:219 lid 2 BW getoetst*

De constructie van art. 6:219 lid 2 BW is door de hoge raad al voor de invoering getoetst en verworpen. Dat is naar mijn mening de strekking van het arrest *Hofland - Hennis* uit 1981.⁶ Het ging hier om het volgende.

Hennis leest in de Woninggids voor het Gooi en omstreken een advertentie waarin een huis in Bussum voor f 215.000,- wordt aangeboden. Hij neemt contact op met zijn makelaar, die via de makelaar van de verkoper Hofland een bezichtiging van het huis arrangeert. Bij de bezichtiging zijn geen makelaars aanwezig, hetgeen later de bewijsvoering aanzienlijk zal bemoeilijken, maar uitsluitend Hennis en Hofland en diens vrouw. Na afloop spreekt Hennis zijn eigen makelaar, en deelt mee dat het huis hem voor de vraagprijs van f 215.000,- verkocht is. Als de makelaars aan de slag gaan om de verkoop af te wikkelen, komen de problemen: Hofland deelt mee niets van een verkoop aan Hennis te weten, en niet aan het transport mee te willen werken.

In de procedure die volgt, in drie instanties, krijgen wij een scala van aanbodconstructies te zien. De rechtbank volgt de opvatting die Rutten de heersende leer noemt in rechtspraak en doctrine, namelijk een vrijblijvend aanbod (dat in de advertentie besloten ligt), dat opgevat moet worden als een uitnodiging tot het doen van een aanbod. Dit betekent, dat het bod van Hennis niet als een aanvaarding gekwalificeerd dient te worden, maar als een aanbod, dat nog door Hofland aanvaard diende te worden alvorens een overeenkomst ontstaan zou kunnen zijn. Het standpunt dat hier van een vrijblijvend aanbod sprake is, dat trouwens ook door de beide makelaars ingenomen werd, is ook dat van het Hof Amsterdam. Het hof volgt echter het Nieuw BW en ziet het vrijblijvend aanbod als een aanbod dat door Hennis aanvaard is, waardoor een overeenkomst tot stand gekomen is, tenzij dat aanbod door Hofland onverwijld na de aanvaarding werd herroepen. Hofland wordt tot het bewijs daarvan toegelaten. Uit dit laatste blijkt overigens, welke een zware bewijslast in het stelsel van het Nieuw BW op degenen ligt die het vrijblijvend aanbod gedaan heeft.

De hoge raad vernietigt het arrest van het hof, met de volgende overwegingen:

(1) ‘Vooropgesteld moet worden dat een advertentie waarin een individueel bepaalde zaak voor een bepaalde prijs te koop wordt aangeboden, zich in beginsel niet ertoe leent door eventuele gegadigden anders te worden opgevat dan als een uitnodiging om in onderhandeling te treden, waarbij niet alleen prijs en eventuele verdere voorwaarden van de koop, maar ook de persoon van de gegadigde van belang kunnen zijn. Het antwoord op de vraag, wanneer, als inderdaad onderhandelingen volgen, de koop geacht moet worden tot stand te zijn gekomen en of dit wellicht moet worden aangenomen op grond van het uitblijven van een tijdige reactie op een uiting van de wederpartij dat volgens haar overeenstemming is bereikt, hangt in een zodanig geval niet daarvan af, of de advertentie als een vrijblijvend aanbod mocht worden opgevat.

(2) De onderhavige advertentie vermeldde naar 's hofs vaststelling geen andere details dan de indeling van het huis en een vraagprijs. Voorts bevatte de woninggids omtrent de betekenis van deze advertentie blijkens 's hofs tussenarrest geen andere mededelingen dan: “Opname in deze gids geschiedt, nadat opdracht tot het verlenen van bemiddeling is gegeven

6. HR 10 april 1981, *NJ* 532, nt CJHB; AA 1981, 708, nt Van Schilfgaarde.

§5. AANBOD EN VRIJBLIJVEND AANBOD

aan één van de leden van de Beursvereniging van Gooise Makelaars, tevens lid van de afd. 't Gooi', alsmede: "Wilt U een van de aangeboden woningen van binnen bezichtigen? Maak dan een afspraak via Uw NBM-makelaar".

(3) In het licht van het voorgaande heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door er van uit te gaan dat een zodanige advertentie eventueel door gegadigden mag worden opgevat als een aanbod met de clausule "vrijblijvend" dat alleen maar hoeft te worden aanvaard om de verkoper te binden tenzij deze onverwijld na de aanvaarding dit aanbod herroept. Dit wordt niet anders doordat de makelaars van partijen, nadat het geschil was gerezen, zich tegenover de advocaat van Hennis op het standpunt hebben gesteld dat het huis "vrijblijvend aangeboden" was.⁷

Het arrest is niet geheel duidelijk. In ieder geval wordt de benadering van het hof verworpen die op het Nieuw BW gebaseerd was (ov. 3). De reden zou kunnen zijn, dat de advertentie niet als 'vrijblijvend aanbod' aangemerkt mag worden. Maar dan blijft intrigerend, dat de raad in ov. 1 stelt dat het opvatten van de advertentie als een vrijblijvend aanbod niet met zich brengt dat de 'onverwijld herroepen'-constructie van toepassing is. Dat kan mijns inziens niets anders betekenen dan een afwijzing van de regel van het nieuwe BW. Van Schilfgaarde legt de overweging van de cassatierechter zo uit: de term 'vrijblijvend aanbod' heeft naar geldend recht een zo onzekere inhoud, dat de constatering dat men daarmee te maken heeft 'niet kan dienen als opstapje voor verder gaande conclusies.⁷

Laten wij nog even verder kijken; in ov. 1 legt de raad de advertentie uit, conform de conclusie van p-g Berger, als 'een uitnodiging om in onderhandeling te treden', en geeft aan wat daarbij van belang kan zijn: niet alleen de prijs, ook de voorwaarden en de persoon van de koper. Van Schilfgaarde wijst er hierbij op, dat de hoge raad niet spreekt van een uitnodiging tot het doen van een aanbod, en geeft als verklaring, dat hetgeen in de advertentie stond onvoldoende bepaald was om tot aanvaarding van die rechtsfiguur over te gaan. Het is wat koffiedik kijken; het lijkt mij waarschijnlijker dat de raad enkel de p-g heeft willen volgen, die stelde: 'een vrijblijvend aanbod als het onderhavige kan, naar mijn oordeel, slechts worden geduid als een uitnodiging aan gegadigden om zich te melden en de vraagprijs te bieden'. In de passage die volgt, wordt aan de hand van een citaat betoogd dat het om meer gaat dan prijs en objekt, hetgeen eveneens door de raad is overgenomen.⁸

Het komt mij voor, dat de hoge raad de opmerking van de p-g, 'wat er zij van de opvattingen omtrent het vrijblijvend aanbod in het algemeen', ter harte heeft genomen en zich niet tot een dogmatische stellingname heeft laten verleiden, en volstaan heeft met het niet van toepassing verklaren van de NBW-regel op situaties als de onderhavige. Sterker nog, ook al is sprake van een vrijblijvend aanbod, dan nog is voor toepassing van de NBW-regel geen plaats. Ik kan dit niet anders zien dan een afwijzing van die regel, alle heen en weer praten over de onduidelijkheid van de clausule 'vrijblijvend' ten spijt. Zij is in strijd met de heersende leer, is zeer bezwarend voor degenen die vrijblijvend

7. T.a.p., p. 710.

8. Deze benadering doet denken aan die van Rutten, die spreekt van het 'voorstel om in onderhandeling te treden', vgl. Asser-Rutten II, 1982, 95 (5e dr., p. 80).

1. DE OVEREENKOMST

aanbiedt, onpraktisch, en biedt perspectieven voor chicanes.⁹ Terecht verworpen door de hoge raad.

Vermelding waard is nog het oordeel van Van Schilfgaarde, die de regel van art. 6:219 BW nog wel aanvaardbaar vindt, maar vergelijkt met de regel van de beperkende werking van de goede trouw van art. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2: 'in wezen onzin maar als denkschema makkelijk als men daarzonder te gauw in de war komt'. Hij omschreef de regel als 'een echt aanbod dat niet echt bindt'.¹⁰ Gesteld al, dat men het geboden denkschema gemakkelijk vindt, hetgeen ik betwijfel, dan nog zou voor mij het criterium zijn waaraan het Nieuw BW getoetst dient te worden: de vraag of de gevolgen van de voorgestelde regels maatschappelijk gewenst zijn.

9. Dezelfde 'onverwijld'-constructie komen wij tegen bij de artt. 6:223 en 225 BW, waarover, in kritische zin, Schoordijk, *Alg. Deel Verbint.recht NBW*, p. 485 v.

10. T.a.p. Vgl. ook Schut, die spreekt van 'een echt aanbod met een verzwakte binding', *Rechtshandeling, etc.*, 1977, p. 50; 1987, p. 69 v.

§ 6. Aanvaarding en toestemming naar geldend recht

A. DE AANVAARDING VAN EEN AANBOD

1. Omschrijving van de rechtshandeling aanvaarding

Een rechtshandeling die na het voorgaande afzonderlijke bespreking verdient, is de aanvaarding van een aanbod. Wij hebben hier te maken met een rechtshandeling, het spiegelbeeld van de rechtshandeling 'aanbod'. De eerder gegeven omschrijving van de tweelingzuster kan hier als uitgangspunt van dienst zijn.

Een aanvaarding is een eenzijdige rechtshandeling. Een aanvaarding is een handeling door middel van woorden of gedragingen, waaromtrent door middel van normatieve uitleg vastgesteld wordt dat zij gericht is tot een andere persoon (personen), en dat zij de aanvaarding van de door de laatste in het aanbod toegezegde prestatie inhoudt, waardoor de betreffende personen als partijen bij een overeenkomst deel uitmaken van een rechtsverhouding.

Door de aanvaarding ontstaan voor de acceptant de volgende verbintenissen: de verbintenis om een tegenprestatie te verrichten, indien dit in het aanbod besloten ligt; de verbintenis om aan de uitvoering van de overeenkomst mee te werken, en de daarmee verband houdende nevenverbintenissen uit hoofde van wet, gebruik en goede trouw na te komen.

Evenals bij het aanbod het geval is, houdt de aanvaardingshandeling een toezegging in. Deze toezegging betreft, zoals bijv. in het geval van koop, de prestatie die in het aanbod aangegeven werd.¹ Aangezien met de aanvaarding een rechtsband tussen partijen, genaamd overeenkomst, tot stand is gekomen, is hier geen sprake van een onschendbare verbintenis om de toezegging gestand te doen, zoals bij het aanbod het geval is. Daarentegen doet zich hier een samenvallen voor van de verbintenis om de in het aanbod neergelegde prestatie te verrichten, en de verbintenis om de verplichtingen die krachtens geschreven en ongeschreven recht uit de overeenkomst voortvloeien, na te komen.

Hieruit blijkt al, dat aanbod en aanvaarding in ieder geval geen eeneiige tweeling zijn. De bron van de verbintenissen uit overeenkomst ligt voor de acceptant in *zijn toezegging*, dat wil zeggen zijn aanvaarding van het aanbod, hetgeen ik boven ook voor de aanbieder verdedigde. Het begrip 'overeenkomst' staat voor niets anders dan de *rechtsbetrekking* tussen partijen, welke steunt op twee onderscheiden - zij het op elkaar afgestemde - éézijdige rechtshandelingen.

Bij de behandeling van het aanbod zette ik al uiteen, dat het vereiste van *gerichtheid*, dat ook voor de aanvaardingshandeling gesteld moet worden, een begrip is dat in mijn opvatting op normatieve wijze gedeut moet worden. Daarbij werd door mij gesteld, dat in de gerichtheid van de handeling de *kenbaarheid* besloten ligt. Wat de aanvaarding betreft laat zich dit goed

1. Is de overeenkomst *om niet*, dan heeft de toezegging betrekking op de aanvaarding van de in het vooruitzicht gestelde prestatie, d.w.z. op de medewerking aan de zakelijke overeenkomst waardoor de bezitsoverdracht kan plaatsvinden.

1. DE OVEREENKOMST

illustreer aan een paar voorbeelden die ik aan het engelse recht ontleen. Zo stelt Cheshire and Fifoot²: 'Suppose that a man, by word of mouth, offers to marry a woman and that her shy assent is inaudible. If the man, smarting from his assumed repulse, promptly marries another woman, the first could surely not sue him for breach of promise of marriage.' In de toegevoegde noot merkt schrijver fijntjes op: 'It is assumed that the original offeree dit not supplement her inadequate efforts at articulation by demonstrative conduct.'

Een ander - even academisch - voorbeeld geeft Lord Denning in *Entores Ltd. v. Miles Far East Corp.* (1955). Stel dat A op de ene rivieroever, aan B, die zich aan de overkant bevindt, al roepend een aanbod doet. Het antwoord van B gaat verloren in het gedreun van een overkomend vliegtuig, zodat A het niet kan horen. Dan is geen overeenkomst tot stand gekomen. B. moet zijn (geroepen) aanvaarding herhalen. Een meer realistische casus zou zich in een huiskamer of café afspelen, waar TV of stereo op volle sterkte aan staan.

In beide gevallen kan de oplossing op een *subjectieve*, op de wilsleer gebaseerde benadering, of wel op een *normatieve* benadering van de kwestie steunen. In de eerste staat centraal, dat de wederpartij van de aanvaarding geen kennis heeft kunnen nemen; in de tweede benaderingswijze - door mij voorgestaan - is doorslaggevend dat de mededeling van aanvaarding op onverstanebare, en daarmee niet-gerichte wijze gedaan werd, hetgeen de mededelende *had moeten* begrijpen. Als niet *gerichte* handeling heeft die aanvaarding derhalve in mijn opvatting geen rechtsgevolg.

De aanvaarding is dus een rechtshandeling, en of er sprake is van een rechtshandeling gezien de omstandigheden van het geval, is ook hier een vraag van uitleg. Dat door mij de weg van normatieve uitleg gekozen wordt, behoeft geen betoog, maar daar kan men ook anders over denken, en dan doemt de (bekende) vraag op, niet of er wel rechtens sprake is van een 'aanvaarding', maar of de aanvaarding in kwestie niet in strijd is met de goede trouw. Deze constructie is aanvaard door H. Drion in 1967, niet toevallig geen aanhanger van normatieve uitleg, maar van de historisch-psychologische uitleg (een onderscheid dat hieronder nog ter sprake komt).³ Drion geeft toe, dat meestal wel een andere weg gevolgd zal worden, en noemt daarbij het beroep op dwaling. In de rechtspraak is de weg van aanvaarding in strijd met de goede trouw vrijwel onbekend, op een oud arrest van het Hof Den Bosch na, uit 1933. De zaak vormt een goede illustratie van het probleem.⁴

A doet B een aanbod van 15 ton vlambuizen in uitwendige diameters van 76, 83 en 89 mm, tegen een prijs van f 8,50 per 100 kg. B bestelt daarop 15 ton, verdeeld in 14.900 kg buizen van 89 mm, 50 kg van 83 mm en 50 kg van 76 mm. A weigert dat te leveren, en stelt dat zijn aanbod inhield dat hij duurdere en goedkopere (volgens dikte) buizen gezamenlijk aanbood in gelijke, althans ongeveer gelijke hoeveelheden, voor de doorsnee-prijs (geen woordspeling) van f 8,50 per 100 kg, en acht de koop niet tot standgekomen.

2. *The Law of Contract*, 7th ed. (1969), p. 41. Niet meer opgenomen in de 12e dr., 1991.

3. Vgl. preadv. Ver. vergelijkende studie v.h. recht v. België en Ned. 1967, *Jaarboek 1967-1968*, XI, p. 281; *Geschriften van H. Drion*, 1982, p. 247 v.; *Contractenrecht II*, nr 701. Zie verder, Hfdst. 2.

4. Hof Den Bosch 14 nov. 1933, W 12 820.

§6. AANVAARDING EN TOESTEMMING

Het hof acht de bestelling (aanvaarding) in strijd met de goede trouw, een handigheid van B die slechts buizen van 89 mm nodig had.

Wat hiervan te denken? De opmerking die Hardenberg over dit arrest gemaakt heeft, lijkt mij juist: uit de uitleg van aanbod en aanvaarding blijkt dat zij niet in elkaar grijpen.⁵ De aanvaarding moet immers ‘overeenstemmen met het aanbod’, en beide moeten aan redelijke uitleg onderworpen worden. Als men de inhoud van het aanbod aan de hand van normatieve uitleg vastgesteld heeft, bijvoorbeeld in de zin waarop A het opgevat heeft, dan zou men ook kunnen zeggen dat de aanvaarding van B zo sterk van het aanbod afwijkt, dat dit een nieuw aanbod vormt, dat door A van de hand gewezen kan worden, vgl. art. 6:225 lid 1. Trouwens, bij geringe afwijking kan A in gevolge art. 6:225 lid 2 de totstandkoming van de overeenkomst voorkomen door ‘onverwijld’ bezwaar te maken tegen het verschil.

Deze kwestie van aanvaarding in strijd met de goede trouw is aan de orde gesteld bij door a-g Ten Kate in zijn conclusie voor *Erven Westenberg - Van Hooren*, dat onder nog ter sprake komt.⁶ Dit gebeurde in het kader van de gewijzigde omstandigheden, waardoor aanvaarding zozeer buiten de grenzen van de verleende optie zou treden, dat deze ‘als in strijd met de uitvoering te goeder trouw van de optie moet worden afgewezen’. In zijn noot wijst Kleijn op een mogelijke aansluiting op de figuur van rechtsverwerking. De hoge raad geeft zich echter niet bloot, en overweegt slechts dat bijzondere omstandigheden ‘aan de bevoegdheid om van de optie-gebruik te maken ... kunnen afdoen’.⁷ Dat laatste doet echter enigszins denken aan de figuur van misbruik van bevoegdheid, vgl. art.: 3:13 BW.

Een curieus geval waarbij de redelijkheid van de aanvaarding in het geding was, is de uitspraak in kort geding Pres. Rb. Den Bosch uit 1988 (KG 286).

Hier had een faillissementscurator twee partijen, Rowee en Rabo, in de gelegenheid gesteld om voor een bepaalde tijd een definitief bod uit te brengen. De curator aanvaardt als hoogste bieding het bod van Rabo, dat een finale bieding inhield, die ‘f 1000,- hoger ligt dan de bieding die u van een derde hebt ontvangen’. Rowee accepteert deze gang van zaken niet, en de president stelt hem in het gelijk. De curator had bij hem het vertrouwen gewekt dat de hoogste van twee onafhankelijk van elkaar uitgebrachte biedingen aanvaard zou worden; het bod van Rabo, dat van geen waarde zou zijn als Rowee geen bod had uitgebracht, had in redelijkheid niet als hoogste bod aanvaard kunnen worden.

2. De ‘stilzwijgende aanvaarding’

Zoals iedere handeling, kan ook de aanvaarding bestaan uit een *doen* of een *niet-doen*. In het eerste geval kan de toezegging tot uitdrukking komen in een mededeling die tot de aanbieder gericht wordt, dan wel in het verrichten van handelingen die duiden op een aanvaarding, en die de uitvoering van de

5. WPNR 4971 (1967), p. 469.

6. Zie onder, nr. 4.

7. Vgl. ook *Contractenrecht II*, nr 701, p. 1462.

1. DE OVEREENKOMST

overeenkomst betreffen. Te denken valt aan het overmaken van de koopprijs, het verzenden van de bestelde goederen, e.d.

De tweede handelwijze, de aanvaarding door een niet-doen, kan in de praktijk dicht tegen de laatste figuur aanliggen. Hier wordt het enkele stilzwijgen, het niet-reageren, als aanvaarding aangemerkt. Deze vorm van aanvaarding wordt al geruime tijd in de literatuur verdedigd⁸, en steunt op een vaste jurisprudentie.⁹ In 1964 stelde de hoge raad uitdrukkelijk conform de conclusie van p-g Langemeijer, dat naar ons recht een aanbod wel degelijk stilzwijgend aanvaard kan worden.¹⁰

Is dit een aspect van de onderhavige rechtshandeling dat nadere beschouwing verdient, allereerst wil ik nog opmerken dat de vereiste gerichtheid van de handeling - die bij het aanbod al ter sprake kwam - ook in geval van een niet-doen blijft gelden. Daar heeft het die betekenis, dat slechts ten opzichte van de aanbieder van een niet-reageren sprake moet zijn. Aanvaardingshandelingen (bijv. mededelingen in die zin) welke tot derden gericht worden die in geen enkele verhouding staan tot de aanbieder, kunnen normatief bezien, niet als tot de aanbieder gericht beschouwd worden. Bij de kwijtschelding - in mijn opvatting eveneens een eenzijdige, gerichte rechtshandeling - komen wij deze figuur ook tegen. Ontboezemingen tegenover derden zullen ook in die situatie op zich genomen - dat wil zeggen onafhankelijk van de overige omstandigheden - in het algemeen geen rechtsgevolgen met zich brengen.¹¹

De figuur van aanvaarding door een niet-doen, doet denken aan een andere situatie waarin een niet-doen eveneens verbintenisscheppend kan zijn, namelijk op het terrein van de onrechtmatige daad. De rechtsgrond van het ontstaan van verbintenissen is in beide gevallen dezelfde: de eisen van het maatschappelijk verkeer. Hiermee is tevens aangegeven dat niet onder alle omstandigheden stilzwijgen een aanvaarding impliceert. De normen die in het maatschappelijk verkeer gelden, met andere woorden de goede trouw, moet een dergelijke toerekening van aanvaarding aan de niet-doende persoon kunnen billijken. Dit brengt met zich, dat er bijkomende factoren nodig zijn om in een zuiver niet-doen een aanvaarding te zien; doorgaans zal dit het gebruik zijn dat tussen partijen op grond van vroegere transakties geldt, dan wel dat in die bepaalde tak van handel van kracht is.¹² Visser bijv. wijst op het gebruik dat een opdracht tot verkoop (aankoop) van effecten niet door de bankier bevestigd pleegt te worden, alvorens hij tot uitvoering overgaat (p. 20), hetgeen met talloze andere

8. Vgl. Kist-Visser III, p. 19 v.; Asser-Rutten II, 3e dr., p. 101; Asser-Hartkamp II, nr 138 v.; Toel. NBW, p. 748. Vgl. voor De Groot, Meijers, *Verz.Opst.* III, p. 255. Vgl. voor kritiek op de term 'stilzwijgende aanvaarding' nog no. 5, in fine.

9. Vgl. HR 12 jan. 1912, *W 9302, Delwel - Van Es*; 26 juni 1925, *NJ 977, Cayzer Irvine & Co - Smit* (dit arrest wordt onder nr. 7, besproken); 23 jan. 1931, *NJ 673, Volgraaf - Kuipers c.s.*; 24 juni 1932, *NJ 1587*, nt PS, *Letterie - Holtzhuizer*; 8 dec. 1932, *NJ 1933, 287, Staat - Bozicnik*; 16 dec. 1937, *NJ 1938, 526*, nt PS, *Van Wijk - Van Baren*; 29 dec. 1939, *NJ 1940, 274, Doorn - N.V. De Prins*.

10. HR 15 mei 1964, *NJ 472, Heesen - Smit*. Vgl. ook nog Hof Den Haag 14 sept. 1960, *NJ 1961, 292, Eerste Rotterdamse - Niedenzu*, en uit de talrijke beslissingen inzake 'opgewekt vertrouwen' van toestemming: HR 19 jan. 1968, *NJ 233, De Globe - gem. Wijhe*.

11. *N.U.*, diss. p. 68 v.

12. In dezelfde zin, ontwerp-BW, *Toel.* p. 747 ad art. 6.5.2.6 vervallen bij G.O.; vgl. ook p. 185. Vgl. verder LUF, EW-totstandkoming, art. 2, lid 2 en 6.

§6. AANVAARDING EN TOESTEMMING

voorbeelden uit de praktijk aangevuld kan worden, zoals het bestellen van boeken, bloembollen, bouwmaterialen etc., om slechts enkele gevallen te noemen welke schr. dezes uit eigen wetenschap bekend zijn.¹³ Deze gevallen tonen overigens aan, dat het doorgaans van geen belang is om het aanvaarden door niet-doen als zelfstandige rechtshandeling voor het voetlicht te brengen, aangezien vrijwel steeds een handelen volgt dat als een aanvaarden door een doen gekenmerkt kan worden. Alleen in geval de acceptant weigert tot uitvoering van de overeenkomst over te gaan, is de eerste vorm van aanvaarding van betekenis. Illustratief voor ons onderwerp is intussen art. 1830, lid 2 BW, dat voor de overeenkomst uit lastgeving bepaalt: 'De aanneming van eenen last kan ook stilzwijgend geschieden en afgeleid worden uit de volvoering van den last door den lasthebber'.¹⁴

Resumerend kan men stellen, dat de rechtshandeling aanvaarding kan bestaan in een doen (in de vorm van mededelingen of gedragingen), of wel in een niet-doen. Dat laatste slechts indien de goede trouw dit, gezien de eisen van het maatschappelijk verkeer, met zich brengt.¹⁵ Ook bij de eerste wijze van handelen zijn de rechtsnormen echter van beslissende betekenis, aangezien eerst door middel van normatieve uitleg bepaald kan worden of een handeling die in een doen bestaat, als een aanvaarding heeft te gelden. Tot welke uitwassen het kan komen, indien men deze opvatting niet huldigt, bewijst het historische voorbeeld dat J. Carbonnier¹⁶ geeft. De eenvoudige boer drinkt na ontvangst van een zilverstuk van een recruteur op de gezondheid van de koning, om dan te bemerken dat hij geacht wordt 's konings wapenrok te hebben aanvaard.

3. *Uitloving*

Een bijzondere vorm van aanvaarding in de vorm van een doen, zonder dat een verklaring tot de wederpartij gericht wordt is aan de orde bij de figuur van uitloving. Dat kan in de vorm zijn die wij kennen uit de B-film: 'Wanted, dead or alive' (altijd weer een schok als onze held zijn eigen foto ziet hangen), maar die men in ons land in een afgezwakte versie toch ook kan tegenkomen op het politiebureau of in een hal van de douane, met aantrekkelijke beloningen, als een criminele bende toegeslagen heeft, moord en doodslag, gijzeling, en andere halszaken. Ook buiten de sfeer van 'law and order' komt de uitloving voor, ik denk dan niet zozeer aan het kleine leed, de hond of poes die zoek geraakt is, maar aan het geval dat een welgesteld persoon, geleid door ideële motieven de wetenschap of het handelsverkeer wil bevorderen. Charles Lindbergh waagde zijn nek ervoor, met zijn eerste solovlucht over de Atlantische Oceaan, en zo zijn

13. De *Toelichting* wijst op gebruik in dit opzicht, bij bankiers, notarissen, advocaten en octrooibezorgers, t.a.v. verstrekte opdrachten.

14. Vgl. voor de andere plaatsen waar het oude BW met een stilzwijgende verklaring genoegzaam neemt, Smit, *De zgn. stilzwijgende wilsverklaringen bij het aangaan van overeenkomsten in het Ned. recht*, diss. Groningen 1890, pp. 137 v., 160 v.

15. Vgl. voor een rechtsvergelijkend beeld, *Formation of Contracts II*, R.B. Schlesinger Ed., 1968 sub B-5, *Acceptance by Silence*, pp. 1071-1203, en sub B-6, *Acceptance by Performance*, pp. 1203-1299 (vgl. ook B-7 e.v.).

16. *Théorie des Obligations*, Paris 1963, p. 100. Een gegeven waaraan Brecht zelfs een toneelstuk heeft gewijd.

1. DE OVEREENKOMST

er meer historische voorbeelden. Een variant hierop is weer de wetenschaps- of kunstprijz, waarbij competitie in het spel is, en een jury de prijs moet toekennen.

Al geruime tijd is in de doctrine aangenomen dat wij hier met een openbaar aanbod te maken hebben, gericht tot het publiek, 'the world at large', zoals de Engelsen dat zo mooi noemen.¹⁷ Een kwestie die meer hoofdbrekers kost, is de vraag hoe de aanvaarding ervan tot stand komt. Dit wordt dan meestal toegespitst op de casus, dat iemand nietsvermoedend de handeling verricht waarop een mooie beloning gezet is - het geven van informatie die leidt tot het aanhouden van een boef, of het doen van de uitvinding waarop met smart gewacht werd; als hij eerst later hoort van de uitgelopen beloning, heeft hij dan dan recht op? Het common law recht kent hier mooie voorbeelden van, zoals dat van de boef die uitsluitend om zijn eigen nek te redden zijn maat aangeeft, en pas later een beroep doet op de beloning die uitgelopen was, voor informatie die zou leiden tot oplossing van een moordzaak. Hij eiste de beloning op, zonder succes overigens.¹⁸

In het huidige wetboek is, in tegenstelling tot het oude BW, een artikel gewijd aan de uitloving, art. 6:220. De vraag die ons nu bezig houdt, wordt daarin echter niet beantwoord; er wordt in het geheel niet ingegaan op de wijze van totstandkoming van deze overeenkomst. Het woord is dus aan de doctrine. De aanhangers van de wilsleer komen hier in de problemen; Rutten (gevolgd door Hartkamp) vindt het onaantvaardbaar dat het verrichten van de handeling als aanvaarding van het aanbod gekwalificeerd zou kunnen worden, aangezien de handelende daarbij zonder kennis van het aanbod handelde en dus 'niet de wil gehad heeft om tot een overeenkomst toe te treden'.¹⁹ Rutten/Hartkamp volgen de constructie die Eggens verdedigd heeft (daarin gevolgd door Schoordijk), dat de aanvaarding bestaat in de wilsverklaring aan de uitloover de uitgelopen prijs te willen aanvaarden. Maar wat nu als die verklaring er door omstandigheden niet, of te laat komt? Dan is Leiden in last, want zonder wil immers geen aanvaarding?

Het laat zich raden dat naar mijn mening dit probleem zich niet voordoet indien men afstand neemt van de wilsleer en in de toerekeningsleer de aanvaarding als eenzijdige rechtshandeling serieus neemt. Net zo als bij een 'gewone overeenkomst' de aanvaarding onder omstandigheden (gezien het handelsgebruik of het gebruik tussen partijen, de 'course of dealing') uit een simpel zwijgen kan bestaan, of uit het naar het postkantoor brengen van de bestelde koopwaar, zou bij deze overeenkomst van uitloving de aanvaarding kunnen bestaan in de handeling waarop de beloning gezet was. Geen koopprijs

17. Vgl. de literatuur genoemd bij Asser-Hartkamp II, nr 142, en rechtsvergelijkend, P.Klik, *Mass Media and Offers to the Public: An Economic Analysis of Dutch Civil Law and American Common Law*, *Am. J. of Comp.Law* (1988), p. 235; ten dele opgenomen in: R. Craswell and A. Schwartz, *Foundations of Contract Law*, Oxford/New York, 1994, p. 257.

18. De australische zaak *R v. Clarke* (1927), die in het engelse recht veel aangehaald wordt, vgl. Cheshire, Fifoot and Furmston, *Law of Contract*, 14th ed., 2001, p. 60. Het curieuze van de zaak was dat Clarke de uitloving gezien had, maar volgens eigen zeggen weer vergeten was toen hij de politie uit eigen belang de informatie gaf. De rechter volgde de pure consensus-gedachte bij het afwijzen van zijn vordering. De engelse rechtspraak stamt uit de vorige eeuw, en is verdeeld. Het a-typische van deze jurisprudentie is, dat het steeds om criminelen gaat die een beroep doen op de beloning.

19. Asser-Rutten II, 1968, p. 90; Asser-Hartkamp II, nr 142.

§6. AANVAARDING EN TOESTEMMING

dit keer, maar een uitgelopen prijs, het is slechts een nuance verschil. In het engelse recht wordt de uitloving, opgevat als 'general offer', op één lijn gezet met bovengenoemde gevallen van aanvaarding door een doen, de 'promise for an act'. Men spreekt daarbij van *unilateral contracts*, een term waarmee men tegenwoordig niet goed raad meer weet. Zodra men een begin met de aanvaardingshandeling gemaakt heeft, is de aanbieder/uitloover gebonden; het recht op de beloning ontstaat uiteraard eerst nadat de gevraagde prestatie verricht is.

Aangezien een overeenkomst naar moderne inzichten een *rechtsverhouding* is, en niet een 'meerszijdige rechtshandeling', is er niets tegen om vast te stellen dat die rechtshouding ontstaat bij het verrichten van een handeling, waarvan de andere partij tevoren al heeft bekend gemaakt dat dit voor hem de verplichting meebrengt om een beloning toe te kennen. Dat is nu de winst van het accepteren van aanbod en aanvaarding als twee eenzijdige rechtshandelingen, je kunt er oude dogmatische problemen mee oplossen. Een economisch argument zou nog zijn, dat het de uitloover om de te leveren prestatie ging, en hij daar een prijs voor over had; als die prestatie door iemand geleverd is, doet het wat goedkoop aan om achteraf van het verlenen van die prijs af te zien, omdat dit niet het onmiddellijke motief voor de handeling geweest was. Het zou bovendien de uitloover een vrijbrief voor chicanes geven, wanneer hij de zuiverheid van motieven van de wederpartij ter discussie zou mogen stellen. In de trant van: 'Lindbergh (bijnaam: 'Lucky Lindy') hield er toch al van bravoure-stukken uit te halen, en hij zei nog tegen zijn vriendin voor vertrek dat hij het als geintje deed, kijken of hij Groenland kon halen'. Dat is volstrekt buiten de orde.

In het duitse recht wordt uitdrukkelijk gesteld dat degeen die een uitloving doet, verplicht is de beloning toe te kennen aan degeen die de handeling met het gevraagde resultaat verricht heeft, ook indien hij niet met het oog op de beloning gehandeld heeft, § 657 BGB. De uitloving kan tot het moment waarop een handeling voorgenomen wordt herroepen worden; zij kan ook onherroepelijk gedaan worden, indien een termijn gesteld is, wordt de uitloving geacht onherroepelijk te zijn, § 658 BGB. De belgische auteur De Page is voorstander van eenzijdige gebondenheid van de uitloover; als aanhanger van de onherroepelijkheid van het aanbod - wij zagen eerder al dat de belgische hoogste rechter hem daarin gevolgd is - verwerpt hij de mogelijkheid dat de uitloving herroepen zou kunnen worden.²⁰

Rutten/Hartkamp hebben er moeite mee dat hier door de eenzijdige uitloving een recht op beloning kan ontstaan, dat zou nooit zonder toestemming van de rechtsver-krijgende kunnen gebeuren, in ons rechtssysteem. Uit hetgeen zoëven betoogd werd volgt dat dit bezwaar niet opgaat, mits men een wat geavanceerd beeld van het aanbod heeft, en de vormen van aanvaarding die naar geldend recht mogelijk zijn.

Ook naar ons recht kan een uitloving, indien voor een bepaalde termijn gedaan, niet herroepen worden; het 1e lid van art. 220 geeft de uitloover (het kost de pc moeite hier geen 'uitsloover' van te maken, maar dat lijkt eerder van toepassing op de wederpartij die op de beloning jaagt) de mogelijkheid om het aanbod wegens gewichtige redenen te herroepen of te wijzigen. Dat laatste zou

20. Vgl. *Traité élémentaire de droit belge II* (met R.Dekkers), 3e dr. 1967, nr 530. Zie voor de visie van De Page, boven, § 1, nr 4, in fine.

1. DE OVEREENKOMST

overigens ook uit art. 6:258, beroep op veranderde omstandigheden, kunnen volgen, dat ingevolge art. 6:218 op het aanbod van toepassing kan zijn. Het 2e lid van art. 220 bepaalt dat schadevergoeding verschuldigd is aan degenen die al met de uitvoeringshandeling in verband met de uitloving begonnen was; een vorm van precontractuele aansprakelijkheid. Een constructie waarmee Atiyah, de engelse bestrijder van de overeenkomst als rechtsbegrip, gelukkig geweest zou zijn.

4. De optie

Een andere aanbodsvorm die voornamelijk problemen oplevert bij de aanvaarding, is de *optie*. Deze rechtsfiguur komt meestal voor in combinatie met een andere overeenkomst, waardoor het eenzijdige karakter van de optieverlening op de achtergrond is geraakt, althans voor verwarring zorgt. Een optie wordt vaak aan een huurder of pachter verleend, bijvoorbeeld om de gehuurde of gepachte zaak te zijner tijd te kopen. Soms staat de prijs al bij de optieverlening vast. Al met al lijkt deze figuur sterk op de uitloving, met dien verstande dat er slechts één persoon is tot wie men zich richt, die een beroep op de uitgelopen prijs mag doen. De overeenkomst tussen beide rechtsfiguren blijkt ook uit de rechtskarakter van de optie: al geruime tijd wordt dit gezien als een onherroepelijk aanbod. In deze zin ook art. 219 lid 3 BW.²¹ Naar mijn mening komt hierin geen verandering indien de optie een onderdeel uitmaakt van een ander overeenkomst (huur, pacht, e.d.).

Het patroon loopt verder zoals bij het gewone aanbod: indien er geen termijn gesteld is, moet deze uit de omstandigheden afgeleid worden. In de jurisprudentie heeft de vraag zich voorgedaan of de duur van de optie beperkt moet worden tot een redelijke termijn. Het Hof Den Bosch geeft hierop een bevestigend antwoord; de casus betrof een optie op de koop van landbouwgrond na 6 jaar, terwijl de prijzen sterk gestegen waren. De hoge raad verwerpt in navolging van a-g Berger die opvatting in haar algemeenheid; wel kan op grond van de inhoud van de koopovereenkomst waarin de optie was vervat, de omstandigheden waaronder deze verleend was en waaronder de optiegerechtigde van zijn optie gebruik maakte tot het oordeel gekomen worden dat de koopoptie niet meer mag worden uitgeoefend. Het hof had echter die bijzondere omstandigheden niet aangegeven, waarop cassatie volgt.²²

Indien aan een optie geen termijn gesteld is, zou deze in beginsel onbeperkt voortduren. Dat is in het (verbintenissen)recht heel uitzonderlijk. Van daar de mogelijkheid die de hoge raad aan de hand gedaan heeft dat de optieverlener de optiegerechtigde kan sommen zich uit te spreken of hij van het optierecht gebruik wil maken. Indien de eerste niet van het bestaan op de hoogte is, en de laatste is dat bekend, dan behoort hij de andere partij te informeren over het bestaan van de optie. Ook dit werd bepaald in het arrest *Erven Westenberg - Van Hooren*, uit 1980.²³

21. Voor rechtspraak en literatuur over de optie, zie: Asser-Hartkamp II, nr 74, en uitvoerig: *Bundel Contractenrecht II*, nrs 403-432.

22. HR 7 maart 1969, NJ 256, *Bastiaansen - Gubbels*.

23. HR 28 nov. 1980, NJ 1981, 440, nt WMK.

§6. AANVAARDING EN TOESTEMMING

De casus was als volgt. Mevr. Westenberg geeft in 1970 een koopoptie op een huis aan Van Hooren, die een verdieping in dat huis gehuurd had. Hij kon het pand kopen voor f 28.000,-, 'zodra hij over geld beschikt'; de huur zou om de 5 jaar worden bijgesteld. In 1974 overlijdt mevr. Westenberg, haar erven achterlatend met een huis waarop een optie rust, hetgeen zij, naar zij stellen, niet te weten. In 1977 maakt Van Hooren gebruik van de optie; intussen is de waarde van het pand aanzienlijk hoger dan de in 1970 vastgestelde prijs, en de erven weigeren mede te werken aan de uitvoering van de optie. De rechtbank ging uit van een redelijke termijn, en acht die verstreken; het hof acht de optie geldig zolang niet door één der partijen opgezegd en is van oordeel dat de koop in 1977 rechtsgeldig tot standgekomen is. De hoge raad houdt het arrest van het hof in stand; het dalen van de koopkracht die met de eerder vastgestelde prijs verbonden is in 7 jaar acht de raad niet van belang voor de vraag of de optie nog voortduurt. Verder wordt de mogelijkheid van sommatie door de optieverlener aanvaard, en de informatieplicht van de optiegerechtigde, zoals eerder vermeld.

De problemen die hier spelen, houden meestal verband met het duurkarakter van de optie, die daardoor vatbaar is voor de invloed van veranderde omstandigheden.²⁴ Het aanvaarden van het rechtshandelingskarakter van de optieverlening, ex art. 6:218 BW, maakt de weg vrij voor een analoog beroep op art. 6:258, de aanpassing naar redelijkheid en billijkheid wegens gewijzigde omstandigheden. Het is zuiverder om die weg te volgen, in plaats van een beroep te doen op het vervallen zijn van de optie wegens verloop van een redelijke termijn. De meeste schrijvers staan positief tegenover een dergelijk beroep bij een optie voor lange termijn.²⁵ Overigens zou ook art. 6:220 lid 1 BW, dat deze mogelijkheid voor de uitloving geeft, analoog toegepast kunnen worden.

5. *De aanvaarding en het vereiste van 'gerichtheid' naar het nieuw BW*

Hierboven kwam al aan de orde, dat het vereiste van gerichtheid uit het nieuw BW verdwenen is met de schrapping van art. 6 van de afdeling. In de MvA wordt opgemerkt dat geen behoefte aan een dergelijke bepaling bestaat; voor de vraag op welke wijze een aanvaarding kan plaatsvinden wordt verwezen naar art. 3:37 lid 1, dat luidt:

'Tenzij anders is bepaald, kunnen verklaringen, met inbegrip van mededelingen, in iedere vorm geschieden, en kunnen zij in een of meer gedragingen besloten liggen'.

Om inzicht te krijgen in de opvatting van de ontwerpers ten aanzien van de gerichtheid, is het nog steeds nuttig om kennis te nemen van de toelichting op het oude art. 6. Ik laat daartoe enkele oudere beschouwingen van mijn hand volgen.²⁶

De tekst van (het geschrapte) art. 6.5.2.6 is vrij sober:

24. Vgl. ook nog Pres. Rb. Den Haag 14 dec. 1987, *KG* 1988, 57; *BR* 1988, p. 459, een geval van gewijzigde beleidsinzichten bij de optieverlener, een gemeente; optie na 3 jaar uitgeoefend, i.v.m. ontdekking van gif in de grond.

25. Vgl. *Contractenrecht II*, nr 420. Voor de problematiek van veranderde omstandigheden. Zie Hfdst. 6, § 3.

26. *N.U.*, diss. p. 132 v.

1. DE OVEREENKOMST

Tenzij uit overeenkomst of gewoonte of uit het aanbod zelf iets anders voortvloeit, wordt de verklaring, houdende aanvaarding van een aanbod, gericht tot de aanbieder.

De uitzonderingen op het vereiste van de gerichtheid tot de aanbieder zijn blijkens de toelichting drieërlei. De verklaring van aanvaarding kan (mede dan wel uitsluitend) tot een derde worden gericht; zij kan in de feitelijke uitvoering van de overeenkomst besloten liggen; en tenslotte kan zij in de vorm van een achterwege laten van een reactie geschieden. Slechts de laatste wijze van accepteren kan niet uitsluitend uit het aanbod voortvloeien. Tegen de inhoud van de toelichting steekt het artikel zelf mager af; naar mijn mening zou het artikel meer zin gehad hebben, indien de beschouwingen van de toelichting erin tot uitdrukking kwamen.²⁷

Interessant is het nog om na te gaan of het begrip 'gerichtheid' bij het Driemanschap net als bij Meijers een feitelijk-psychologische lading dekt, of wel een normatief te duiden begrip is, zoals door mij voorgestaan wordt. De toelichting is in dit opzicht verhelderend. Het aanbod kan meebrengen, zo wordt daar gesteld, 'dat de aanvaarding in het geheel niet tot een bepaalde persoon behoeft te worden gericht, doch bijvoorbeeld in de feitelijke uitvoering van de overeenkomst besloten kan liggen', p. 747. Hieruit komt naar voren dat de ontwerpers het richten van de aanvaarding slechts als een feitelijkheid beschouwen. Daarnaast valt op, dat ook al staat men op dat standpunt, de gedachtengang mank gaat. Een feitelijk uitvoeren (bijv. verzenden van goederen) kan toch evenzeer als een tot de aanbieder gerichte handeling beschouwd worden. Opmerkelijk is in dit opzicht ook een uitspraak die even later volgt, met betrekking tot gedragingen die op grond van gebruik als aanvaarding gelden: 'Zo ook zal een niet tot de aanbieder gerichte handeling als het in de tram stappen dadelijk en zonder dat de daarin besloten wilsuiking de vervoerder reeds heeft bereikt, een vervoersovereenkomst tot stand doen komen.' De feitelijk-psychologische benaderingswijze van de problematiek springt uit deze zinsnede direkt naar voren. Alleen in die zienswijze zal men immers kunnen betogen dat het instappen een niet tot de aanbieder (de trambestuurder, namens de vervoersmaatschappij) gerichte handeling was. Alleen dan kan men spreken van een wilsuiking die de aanbieder moet hebben bereikt, als het normale geval waarop hier het gebruik een inbreuk maakt.²⁸ Bezieet men de gerichtheid van de handeling - zoals hierboven verdedigd werd - van een objektief standpunt, dat wil zeggen door normatieve uitleg stelt men vast of een handeling gericht is, dan is duidelijk dat hier de uitkomst moet zijn dat het in de tram stappen wel degelijk een gerichte handeling is.

27. In zijn bespreking van het artikel in 1964 stelt H. Drion weinig behoefte te hebben aan het artikel in deze vorm. Ik kan Drion niet volgen, als hij opmerkt dat de interessante beschouwingen in de toelichting inzake stilzwijgende aanvaarding buiten het onderwerp van art. 6 schijnen te gaan, *WPNR* 4828 (1964), p. 418, nt 6. Hij lijkt daarmee de ontwerpers tot schrapping bewogen te hebben.

28. Dat deze verklaring ondanks het niet-bereiken van de andere persoon, in het systeem van het ontwerp toch nog rechtsgevolgen met zich brengt, moet berusten op art. 3:37 lid 3. De omstandigheden die het 'bereiken' verhinderen (de tram is vol, e.d.) komen voor rekening van de aanbieder.

§6. AANVAARDING EN TOESTEMMING

Dit verschil in methode kan ook zijn praktische consequenties hebben. Indien de passagier bijvoorbeeld per abuis in de tram stapt, in de mening dat de tram naar het station gaat, of bijvoorbeeld in de mening dat in dat land openbaar vervoer gratis is, dan vindt men in de vaststelling van de gerichtheid aan de hand van normatieve maatstaven een gezonde basis voor de gebondenheid van de ‘dwalende’ passagier. In de feitelijk-psychologische benadering moet men het gebruik te hulp roepen om de bres in het systeem te dichten.²⁹ Het verschil tussen beide methoden spreekt nog meer in het volgende geval. Stel een leverancier heeft twee bestellingen binnen-gekregen die beide hetzelfde goed betreffen (bijv. een machine), één van een vaste, belangrijke klant A, en één van een nieuwe onbeduidende klant B. Stel dat van het gevraagde goed, waar grote vraag naar bestaat aangezien het uit de productie is genomen, nog slechts één exemplaar in voorraad is. Terwijl de leverancier de aantoonbare bedoeling heeft zijn vaste klant A tevreden te stellen, wordt door een fout van zijn personeel de machine abusievelijk aan de andere, obscure klant B geleverd. Staat men volledig achter de feitelijk-psychologische methode, dan zou de machine van B teruggenomen en aan de vaste klant A geleverd kunnen worden, van een gebruik als reddende engel is immers geen sprake. Ook voor aanhangers van deze opvatting zal die uitkomst echter onaanvaardbaar zijn. Vandaar dat men grijpt naar een correctiemiddel, namelijk de goede trouw, en daarmee komt de controverse tussen de historisch-psychologische methode van uitleg en de normatieve methode, zoals die al bijna een eeuw bestaat, weer tot uiting. In de eerste methode wordt B in bescherming genomen met de formulering dat hij mocht vertrouwen dat de op hem gerichte (feitelijk) aanvaardingshandeling voor hem *bedoeld* was (de ‘schijn van wil’ van Van der Heijden en Rutten).³⁰ In de normatieve methode luidt de formulering aldus, dat B mocht vertrouwen dat de aanvaardingshandeling tot hem *gericht* was, waarmee meteen het begrip ‘gerichtheid’ als criterium voor de uitleg naar voren geschoven wordt.

Dezelfde problematiek komen wij ook bij de nakoming (betaling) tegen. In het gegeven voorbeeld valt zelfs de aanvaarding met de nakoming samen. Ook dan wordt door mij gesteld, dat voor de vraag of een handeling als nakoming aangemerkt moet worden, bijv. in hetzelfde geval van twee crediteuren, niet de wil (bedoeling) van de handelende doorslaggevend is, maar dat daarentegen de handeling ingevolge de normen van het recht de handelende als nakoming toegerekend wordt.³¹

Samenvattend kan men stellen dat de bezwaren tegen de visie van het ontwerp op de ‘tot een andere persoon gerichte verklaring’, als berustend op een historisch-psychologische methode die op de wilsleer teruggaat, dezelfde zijn als die welke tegen de overeenkomstige visie op de rechtshandeling en haar uitleg kunnen worden ingebracht.

29. Zoals hierboven bij het aanbod al werd betoogd, vgl. § 4, nr 2, vormt het criterium van ‘bereiken’ al een correctie op het feitelijk en subjectief gedachte ‘richten’ van de verklaring in het stelsel van Meijers. Het betreft hier dus een correctie op een correctie, hetgeen doet denken aan lapwerk.

30. Vgl. daaromtrent, boven, § 2 nr 2.

31. Vgl. Hfdst. 7, § 1. Is men het overigens met mijn opvatting eens dat nakoming een rechtshandeling is, dan vormt dit een argument te meer om de aanvaarding (vgl. het onderhavige voorbeeld) ook als rechtshandeling te zien.

1. DE OVEREENKOMST

Opmerkelijk is intussen wel, dat men in de regeling van het nieuwe BW de traditionele termen ‘stilzwijgende’ en ‘uitdrukkelijke aanvaarding’ heeft vermeden. Uit het bovenstaande zal reeds gebleken zijn dat ook ik er de voorkeur aan geef te spreken van aanvaarden door een doen en een niet-doen, in plaats van het traditionele onderscheid, dat afkomstig is van de verklaring in het algemeen.³² Beide wijzen van aanvaarden zijn in zeker opzicht ‘uitdrukkelijk’, aangezien steeds door een handelen (doen of niet-doen) een rechtshandeling tot uitdrukking wordt gebracht, dat wil zeggen dat handelen levert aanknopingspunten voor de toerekening op. Ging het in de wilsleer - waar de oorsprong van dit onderscheid te vinden is - om een wil die tot uitdrukking kan worden gebracht, met het accent op de autonomie van het individu om zijn wil naar eigen goeddunken te vormen en te uiten, in de door mij aanvaarde visie - uitgaande van de normatieve uitleg van rechtshandelingen - wordt niet de wil, maar een *rechtshandeling* tot uitdrukking gebracht.³³ Geschiedt dit door een doen, dan kunnen woorden, gebaren of andere gedragingen als expressiemiddel fungeren, terwijl steeds normatieve uitleg nodig is om tot de rechtsbetekenis van die tekens te kunnen komen, en daarmee tot het verlenen van het iudicium ‘rechtshandeling’. Zo komt ook bij de handeling die in een niet-doen bestaat, eerst na normatieve uitleg van dat niet-doen de vaststelling van de aanvaarding tot stand. Aldus komt het adagium ‘*wie zwijgt stemt toe*’ tot zijn recht, *bona fide volente*.³⁴

6. Herroeping van de aanvaarding, een verwerpelijke terminologie. Correctie van de aanvaarding

In het hier verdedigde stelsel is de term ‘herroeping van een aanvaarding’ uit den boze. Het recht gedooft in het algemeen immers niet dat men eenzijdig een verrichte rechtshandeling ongedaan maakt, althans in het verbintenissenrecht. Met de term wordt bedoeld het herroepen van de mededeling die de aanvaarding inhield³⁵, tegenwoordig ‘intrekking’ genoemd, hetgeen algemeen toelaatbaar wordt geacht, mits zij de aanbieder vóór, of tegelijkertijd met de gewraakte mededeling bereikt. Zoals men bij de mondelinge communicatie een zin kan

32. Ook Rutton, 3e dr., p. 88, is geen voorstander van het gebruik van de term ‘stilzwijgende wilsverklaring’, en geeft voorkeur aan de vraagstelling, of een niet-handelen een verklaring van de wil kan zijn (id. Asser-Hartkamp II, nr 138).

33. Het gebruik van de term ‘*uitdrukkelijk*’ m.b.t. de verklaring, verdient ook geen aanbeveling vanwege de mogelijke verwarring die het oproept. Men kan daaronder nl. verstaan - met name indien men de wil centraal stelt - het *met zoveel woorden* tot uitdrukking brengen van de wil. Waarbij de vraag zich laat stellen, wat voor zin die afpaling heeft. Vgl. in dit verband HR 8 dec, 1932, NJ 33, 287, *Staat - Bozicnik*.

34. Smit, p. 148 v., ziet de stilzwijgende toestemming hierin van de uitdrukkelijke toestemming (z.i. objectief uit te leggen) verschillen, dat de eerste uit gedragingen i.v.m. de omstandigheden, door *vermoedens* afgeleid wordt. Een zienswijze die tot de wilsleer teruggebracht kan worden. Vgl. in dit verband ook J.F. Houwing, *Uitlegging of bewijs door vermoedens*, WPNR 1911/12, *Rechtsk. Opst.*, p. 419 v.

35. Vgl. ook art. 10 UF, EW-totstandkoming, waarop H.G.C.J. Janssen, *Totstandkoming van internationale handelskoop*, diss. Nijmegen 1970, p. 147, overeenkomstige kritiek heeft. Vgl. ook art 3:37 lid 5, dat bij G.O. toegevoegd werd, ‘intrekking’ van de verklaring.

§6. AANVAARDING EN TOESTEMMING

inslikken, alvorens hem de haag der tanden te laten ontsnappen, wordt hier een in schrift neergelegde mededeling teruggenomen, voordat deze aan de buitenwereld blootgesteld wordt.

Bij het aanbod - doorgaans in de vorm van een mededeling gedaan - kent men hetzelfde probleem, dat in de heersende leer op gelijke wijze wordt opgelost.

De gedachte dat bij gelijktijdig kenbaar maken van een uiting en herroepen van die uiting, het laatste prevaleert, dient mijns inziens ook buiten het terrein van communicatie tussen afwezigen toegepast te worden. Ook bij de onderhandelingen tussen aanwezigen moet dit beginsel gelding hebben, in die zin dat een mondeling gedane mededeling (inhoudende een aanbod of aanvaarding) ongedaan gemaakt kan worden, mits terstond. Indien men zich bijv. verspreekt in het aantal te verhandelen goederen, en direkt daarop de vergissing herstelt, zonder dat er - in toneeltermen gesproken - 'wit' tussen de 'klausen' zit, geldt de verbeterde verklaring als de rechtens erkende.³⁶ Een verklaring die uit een gedraging bestaat, tenslotte, kan in zijn totstandkoming belet worden, ook weer slechts indien die gedraging nog niet kenbaar was voor degenen tot wie hij gericht was (bijv. het afzenden van goederen). Bij handelingen tussen aanwezigen zou ik eveneens correctie willen toestaan, mits die gelijktijdig of nagenoeg gelijktijdig geschiedt: bijv. in geval een op een veiling opgestoken hand meteen weer wordt teruggetrokken.³⁷

Ik meen dat de goede trouw voorschrijft om de verklaring aldus op te vatten. Vergissen is menselijk, in de precontractuele verhouding moet niet het recht van de rimboe gelden, waar men als een hyena zijn prooi bespringt zonder hem op adem te laten komen.³⁸

B. HET TOESTEMMINGSVEREISTE ONDER HET OUDE RECHT (ART. 1356 OUD BW)

7. *De oudere jurisprudentie inzake toestemming*

Onder het oude BW staat in de problematiek rond de aanvaarding van een aanbod het begrip 'toestemming' van art. 1356, lid 1 centraal, aangezien de wet de begrippen aanbod en aanvaarding niet hanteerde. De wettelijke term 'toestemming' heeft Meijers terecht eens omschreven als 'het grote blanco-woord'; in de jurisprudentie van deze eeuw is in een lange reeks arresten de betekenis van dat begrip nader omljnd. Die wetsuitleg is allereerst van belang

36. Vgl. het geval van Rb. Amsterdam, 14 febr. 1968, *NJ* 257, waarin een 74-jarige antiquair zijn verspreking inzake het aantal onderdelen van een Doorniks servies herstelde, doch eerst nadat de koper ogenblikkelijk toegehapt had, zonder verdere informatie te vragen. Vgl. ook Pitlo-Bolweg, p. 204.

37. In het engelse recht geldt, dat een op een veiling gedaan bod gezien moet worden als een aanbod dat steeds tot het moment van het vallen van de hamer ingetrokken kan worden, vgl. *Payne - Cave* (1789), en § 58 (2) van de Sale of Goods Act, 1983 (zie voor de herroepelijkheid van het aanbod i.h.a. naar engels recht, *N.U.*, diss. p. 354 v.

38. Ingeval men zijn verklaring niet terstond corrigeert, hoeft het overigens nog niet altijd zo te zijn, dat men aan de wilden overgeleverd is. Vgl. het leerstuk van de 'oneigenlijke dwaling', waarbij de vertrouwensleer aanvaard werd.

1. DE OVEREENKOMST

voor het leerstuk van de totstandkoming van overeenkomsten, en vooral voor de aanvaarding als rechtsfiguur, maar is daarnaast van belang voor de rechtshandeling in het algemeen, met name voor de vraag wat de grondslag daarvan is. Schrijvers die als grondslag de wil van de handelende partij(en) aanvaarden, zoals bijvoorbeeld Rutten, of een ‘dubbele grondslag’ van wil en vertrouwen aannemen, zoals o.a. Meijers, hetgeen zijn neerslag gevonden heeft in artt. 3:33 v. BW, beroepen zich vooral op de rechtspraak van de hoge raad inzake de toestemming. Voor een uitvoerige analyse van die rechtspraak, en van de visie van Meijers en ontwerpers van het NBW, verwijs ik naar mijn proefschrift.³⁹ Hieronder volgt een samenvatting van dat betoog, met uitzondering van de bespreking van het *Eelman - Hin*-arrest uit 1959, die hier overgenomen is. Voor een goed begrip van de huidige wettelijke regeling is deze materie nog steeds van belang.

Uit de rechtspraak van de hoge raad vanaf 1912 komt in steeds sterkere mate naar voren dat men zich bij de vraag of een bepaalde gedraging als rechtshandeling opgevat dient te worden, laat leiden door de uiterlijke verschijning van die handeling. De eisen van het maatschappelijk verkeer vormen hier de maatstaven, met behulp waarvan men toetst in welke zin degeen tegenover wie de handeling verricht werd, die handeling *moest* opvatten. Deze normatieve benaderingswijze, in de vorige eeuw als de ‘leer van het vertrouwen’ verdedigd, vindt men in de volgende arresten geïllustreerd. Allereerst een overweging uit een arrest uit 1926:

‘dat een lastgever door zijn lasthebber wordt verbonden, indien zijn wil daartoe moet worden afgeleid uit zijn gedragingen in verband met de eischen van het maatschappelijk verkeer, en het daardoor bij den derde opgewekte vertrouwen’ (HR 18 juni 1926, *NJ* 1021, nt EMM, *Altena - Van der Horst*).

In dit arrest, dat altijd in de schaduw van *Vas Dias - Salters*⁴⁰ heeft gestaan, ten onrechte, is mijns inziens sprake van een accentverschuiving van wilsopenbaring naar toerekeningsgedachte, voorlopig nog geconstrueerd met behulp van het begrip ‘wil’. Dat begrip laat de hoge raad achterwege in het kort daarop gewezen arrest *Van der Schuyt - Bank voor den Middenstand*:

‘dat toch betaling is nakoming eener verbintenis en voor die nakoming gelden moet wat ook geldt voor het ontstaan of den inhoud eener verbintenis, namelijk: dat bij de beoordeeling van een en ander niet in aanmerking komen niet geopenbaarde en aan de wederpartij onbekende bedoelingen, maar *alleen dat geldt, wat deze uit de gedane wilsverklaring moest afleiden*’ (mijn curs.; HR 18 febr. 1927, *NJ* 574, nt EMM).

Kenmerkend voor de benadering van de ‘stilzwijgende’ toestemming is het arrest van de hoge raad van 26 juni 1925, *NJ* 977, nt T, *Cayzer Irvine & Co - Smit & Co*. Partijen waren het er niet over eens of de Rotterdamse sleepvaartconditiën op de overeenkomst in kwestie van toepassing waren. Smit & Co meende van wel, aangezien tweemaal eerder een overeenkomst met de schotse rederij aangegaan werd, waarin de sleepvaartcondities werden vermeld

39. *N.U.*, diss. p. 136 v.

40. HR 6 mei 1926, *NJ* 721, waarover Deel 2, Hfdst. 9, § 3.

§6. AANVAARDING EN TOESTEMMING

en van toepassing verklaard, terwijl Smit vòòr het onderhavige contract verscheidene brieven aan de rederij had gericht, waarop met rode letters was gedrukt: 'All our agreements are subject to the Netherlands Tug Companies Conditions deposited at Rotterdam'. Voor een beoordeling van het litigieuze contract is ook nog van belang, dat het tussen Smit en de kapitein van een schip van de rederij 's nachts gesloten werd, op een aan de grond gezet schip dat dreigde te zinken. Het haagse hof stelt Smit in het gelijk, overwegende 'dat de rederij en haar kapitein wisten - althans Smit zulks mocht aannemen - dat Smit in het onderwerpelijk geval die uitsluiting wederom wilde', hetgeen de hoge raad als een overweging van 'zuiver feitelijken aard' kenmerkt. Op de grief van het derde middel, dat voor het opnemen van de condities òòk de daartoe strekkende *wilsuïting* van de rederij nodig is, repliceert de cassatierechter:

'dat voor de gebondenheid der Reederij aan evengenoemd beding tot uitsluiting der aansprakelijkheid van Smit *geenszins noodig was enige nadere daartoe strekkende wilsuïting* der Reederij, omdat het Hof kon aannemen, dat deze, de overeenkomst *onder de bovenbedoelde omstandigheden afsluitende, geacht mag worden hare toestemming inzake het beding stilzwijgend te hebben gegeven, althans daaraan gebonden was, doordien zij het bij Smit opgewekt vertrouwen, dat het beding stilzwijgend in de overeenkomst was opgenomen, niet mocht beschamen*' (mijn curs.).

Onvoldoende is, vervolgt het college, dat men alleen in het oog vat hetgeen in de overeenkomst uitdrukkelijk is opgenomen, en niet ook hetgeen zij stilzwijgend meebracht.

Aldus een beeld van de jurisprudentie in de twintiger jaren, voor de goede trouw de 'gay twenties'. Het is geen toeval dat in diezelfde tijd ook op het gebied van afstand van recht en dwaling eenzelfde normatieve uitlegmethode door de hoge raad gevolgd wordt, die later vastere vorm gekregen heeft. In de jaren vijftig wordt die lijn doorgetrokken ten aanzien van de uitleg van overeenkomsten en de opzegging, waarop in de literatuur niet altijd enthousiast gereageerd werd, doorgaans omdat men een grammatikale uitleg van de betreffende wets- of contractsbepaling voorstond. Men vindt die ontwikkelingen elders door mij beschreven. Dan nu het arrest *Eelman - Hin*, dat zoals wij zullen zien, in dit tijdsbeeld past. Over de uitleg van dit arrest zijn de meningen verdeeld; Rutten meent bijvoorbeeld dat de hoge raad zich hier 'het duidelijkst' uitgesproken heeft voor de wil als grondslag van contractuele gebondenheid. Een uitvoerige bespreking is dus op haar plaats.

8. *Het arrest Eelman - Hin (1959)*

De casuspositie van dit standaardarrest is de volgende.⁴¹

Eelman verkoopt zijn tesselse boerenhofstee aan Hin tegen een door de grondkamer vastgestelde koopsom. Enkele maanden na de koop blijkt Eelman niet tot medewerking aan het verlijden van de transportakte bereid te zijn. Ten processe verklaart Eelman dat hij bij het ondertekenen van het contract en de daaraan voorafgaande besprekingen niet in staat was zijn wil te bepalen en te verklaren, aangezien hij, al jaren aan toenemende schizofrenie lijdend,

41. HR 11 dec. 1959, *NJ* 1960, 230, nt LEHR; *AA* 1960, p. 239, nt JHB.

1. DE OVEREENKOMST

destijds door deze ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens niet compos mentis was. Hij miste bij het contracteren het besef van inhoud en betekenis van de handelingen; het tekenen van de akte was voor hem een poging te ontkomen aan geesten die hem vervolgden en die van zijn boerderij bezit hadden genomen. Dit alles leidt hem tot de conclusie:

‘dat dus, wegens gebrek aan rechtens bindende wilsovereenstemming als bedoeld in art. 1356 BW in werkelijkheid geen overeenkomst is tot stand gekomen, en dat ware het anders, de wilsovereenstemming althans aan de zijde van Eelman gebrekkig is geweest, zodat de overeenkomst vernietigbaar is’.

Hangende het geding wordt Eelman onder curatele gesteld wegens het zich bevinden in een gedurige staat van krankzinnigheid. De alkmaarse rechtbank gaat ertoe over een psychiater als deskundige te benoemen, die de vragen voorgelegd krijgt, of Eelman ten tijde van de koop in staat was de draagwijdte van zijn handelingen te beseffen, en daarnaast, of de ziekelijke toestand die tot curatele leidde, destijds *‘in het algemeen kenbaar’* moet zijn geweest voor degenen die met Eelman in aanraking kwamen. Beide vragen worden door de psychiater ontkennend beantwoord.⁴²

Aanleiding voor cassatie vormt de stelling van het hof, gelijkkluidend aan die van de rechtbank, dat voor het slagen van een beroep op het ontbreken van de bij art. 1356 oud BW vereiste wilsovereenstemming bij het aangaan van de overeenkomst, aangetoond moet worden:

‘dat Eelman toen, doordat hij in een toestand van geestelijke gestoordheid - krankzinnigheid - verkeerde, inhoud en betekenis van de door hem gegeven toestemming niet heeft beseft en daarenboven, dat Hin toen heeft begrepen of redelijkerwijze heeft moeten begrijpen dat Eelman in die toestand handelde.’

Voor een goed begrip van de uitspraak van de hoge raad dient - zoals bijna altijd - het cassatiemiddel in de beschouwing betrokken te worden. Daar vindt men de wilsleer in zijn meest zuivere vorm verwoord, onaangetast door overwegingen gewijd aan de bescherming van opgewekt vertrouwen:

‘... ten onrechte, omdat door art. 1356 BW - naast andere, hier irrelevante vereisten - voor het tot standkomen van een overeenkomst wordt gevorderd de toestemming van degenen die zich verbinden en de - schijnbaar gegeven - toestemming van een der partijen reeds geacht moet worden te ontbreken, indien die partij de inhoud en betekenis daarvan niet heeft beseft (derhalve haar wil te dien aanzien niet heeft kunnen bepalen) doordat zij in een toestand van geestelijke gestoordheid - krankzinnigheid - verkeerde, terwijl voor de beoordeling van de vraag of die toestemming ontbrak niet vereist is, dat haar wederpartij heeft begrepen of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat zij in die toestand handelde, waaraan niet afdoet, dat art. 501 BW ... de eis van kenbaarheid der oorzaak van de curatele ... wel stelt, aangezien ... en elke van beide beroepen op zijn eigen merites dient te worden beschouwd.’

Nu eiser in zijn middel - van de hand van Haardt - zo openlijk onder de vlag van de wilsleer pur sang vaart, wordt het oordeel van de cassatierechter over deze materie des te interessanter. Het college vangt zijn overwegingen aan met een prelude over de artt. 500, 501 en 502 oud BW. Uit het laatste artikel leidt de raad, met een beroep op de geschiedenis ervan, a contrario redenerend af, dat tijdens het leven van de geestelijk gestoorde - afgezien van het al of niet verleend of verzocht zijn van curatele - de mogelijkheden tot aantasting ruimer zijn dan die art. 502 biedt na de dood van de geestelijk gestoorde. Daarbij is ‘blijkbaar’ gedacht, zo vervolgt het college zijn betoog, niet aan de mogelijkheid van aantasting op grond van onbekwaamheid,

42. De laatste vraag met de verklaring, dat hij het mogelijk achtte dat Eelman een normaal gesprek voerde gedurende enige tijd, waardoor van enige afwijking (naar buiten) niet bleek.

§6. AANVAARDING EN TOESTEMMING

maar aan die ‘op grond van het ontbreken van *hetgeen in art. 1356, onder 1, als “toestemming” wordt aangeduid*, zoals het omzichtig geformuleerd wordt. Dan volgen de overwegingen die de uitspraak de allure van een standaard-arrest geven:

‘ 1. dat de aantasting van een rechtshandeling op grond van het ontbreken van bekwaamheid echter - daargelaten andere punten van onderscheid - van de aantasting van een rechtshandeling op grond van het ontbreken van toestemming, dat wil zeggen van het ontbreken van een met een uiterlijk gegeven toestemming overeenstemmenden innerlijken wil, in dit opzicht verschilt dat, terwijl voor een beroep op onbekwaamheid de vraag of de wederpartij van den onbekwame diens onbekwaamheid heeft gekend of heeft kunnen kennen in het algemeen onverschillig is, voor het slagen van een beroep op het gebrek aan een met een uiterlijk gegeven toestemming overeenstemmenden innerlijken wil althans ten aanzien van overeenkomsten onder bezwarenden titel in het algemeen zal moeten worden verlangd dat de wederpartij heeft begrepen of heeft moeten begrijpen dat de schijn, welke door de uiterlijk gegeven toestemming werd opgeroepen, niet beantwoordde aan een bij hem, die dezen oproep, werkelijk aanwezigen wil;

2. dat dit verschil zijn verklaring hierin vindt dat bij de regeling van de gevolgen van de onbekwaamheid de bescherming van den onbekwame op den voorgrond staat, terwijl bij de beoordeling van het al dan niet aanwezig zijn van de “toestemming” in de eerste plaats wordt gelet op de eisen van het rechtsverkeer, welke althans voor overeenkomsten onder bezwarenden titel verlangen dat ten aanzien van dengene die afgaat op een bij hem opgewekten schijn, het daardoor gerechtvaardigde vertrouwen wordt beschermd tegenover hem, die dezen oproep;

3. dat geen reden bestaat om hierbij den krankzinnige buiten de mogelijkheden, welke voortvloeien uit de curatele en de daarmee samenhangende regeling van de artt. 501 en 502, in het rechtsverkeer een bijzondere bescherming te verlenen door te zijnen aanzien van bovenstaanden voor de beoordeling van de “toestemming” in het algemeen geldenden regel af te wijken;

4. dat daartoe in het bijzonder geen aanleiding kan geven de overweging, dat den krankzinnige van het opwekken van den schijn van een - in werkelijkheid mogelijk niet aanwezige - toestemming geen verwijt kan worden gemaakt, immers de toerekening van de gevolgen van den schijn aan hem die dezen oproep, in het burgerlijk recht haar grond niet vindt in een bij laatstgenoemde veronderstelde schuld;

5. dat dus voor het geval moet worden aangenomen dat bij Eelman, doordat hij heeft gehandeld in den toestand van krankzinnigheid, een met zijn uiterlijk tot den verkoop van zijn boerderij gegeven toestemming overeenstemmende wil niet aanwezig is geweest, het Gerechtshof terecht heeft beslist dat voor het slagen van een beroep op het ontbreken van die volgens art. 1356, onder 1e, voor de bestaanbaarheid van de overeenkomst vereiste “toestemming”, bovendien moet worden aangetoond dat zijn wederpartij heeft begrepen of heeft moeten begrijpen dat Eelman in dien toestand handelde’ (cijfers van mij, v. D.).

Aldus komt de hoge raad tot verwerping van het beroep, in afwijking van de wat aarzelende conclusie van p-g Langemeijer.⁴³

43. In zijn conclusie tracht Langemeijer die oplossing te vinden die het meest in overeenstemming is met de belangenafwegingen die in het geheel van de wetgeving te herkennen zijn. En dit is in de ogen van de p-g, de *afwijzing* van het vereiste van kenbaarheid. De gedachte dat het niet onder curatele staan een misstand is die in de risikosfeer van de krankzinnige valt, acht hij ‘weinig helder en weinig sprekend’, en daarom aanvechtbaar. Langemeijer voert ter verdediging van zijn opvatting aan, dat in het recht steeds de goede trouw van derden alleen dan beschermd wordt, indien de schijn te herleiden is ‘wel niet tot de schuld maar toch tot het “toedoen” van degene op wiens kosten de derde bescherming geniet’. Waarbij hij als kroongetuigen de figuur van art. 2014 oud BW en de vertrouwensleer aanhaalt.

1. DE OVEREENKOMST

Om terug te keren tot Ruttens lezing van het arrest, zijn conclusie dat de hoge raad hier de wilsleer omhelst, laat hij steunen op de hier met (1) en (2) weergegeven overwegingen. Tendentieus is echter de wijze waarop schr. deze overwegingen samensmeedt, waardoor de werkelijkheid vervormd wordt. Allereerst geef ik mijn interpretatie van het arrest, waarop die van Rutten ter vergelijking volgt.

Bij lezing van het arrest valt op, dat de hoge raad het woordt *toestemming* op twee wijzen hanteert: wanneer het college doelt op het *wettelijk begrip* toestemming van art. 1356, lid 1, dan ziet men dat woord tussen aanhalingstekens geplaatst. Dit is van verstrekkend belang voor de uitleg van dit arrest; ik heb evenwel de indruk dat dit aspect aan Rutten en aan de andere commentatoren ontgaan is. Uit dit woordgebruik van de hoge raad blijkt mijns inziens, dat het college bij de wetsuitleg van art. 1356, lid 1, anders dan de eiser tot cassatie, *niet de grammatikale methode van uitleg volgt, vergezeld van de premisse dat de wetgever de wilsleer volgt*. Daarmee sluit de cassatierechter bij de hierboven beschreven vooroorlogse jurisprudentie aan, waarbij het vertrouwensbeginsel bij het toestemmingsbegrip ondergebracht werd. De aanhalingstekens verdwijnen, telkens wanneer de hoge raad niet over het wettelijk toestemmingsbegrip, maar over toestemming in de visie van het middel spreekt, als *wilsuiting*, vgl. Ov. (1), (4), terwijl in Ov. (5) beide termen naast elkaar gehanteerd worden, in hun twee functies. Gezien deze benaderingswijze is het begrijpelijk dat de hoge raad stelt, dat ‘bij beoordeling van het al dan niet aanwezig zijn van de “toestemming” (het *wettelijk* begrip derhalve, v.D.) in de *eerste plaats wordt gelet op de eisen van het rechtsverkeer*’, die bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen voorschrijven (Ov. (2), mijn curs.).⁴⁴ Deze overweging sluit aan bij het in de arresten *Altena - Van der Horst* en *Van der Schuyt - Bank v.d. Middenstand* uitdrukkelijk, en eerder impliciet gestelde, vlg. boven. Opmerkelijk is nog, dat de raad in het onderhavige arrest spreekt van ‘de *toerekening* van de gevolgen van den schijn aan hem die dezen opriep’ (Ov. (4), mijn curs.) en daarbij het *risikobeginsel* aanvaardt.

Aldus werd in de door de hoge raad gevolgde wetsuitleg het rechtsbegrip toestemming een normatief te hanteren criterium bij de bepaling of een

M.i. zijn dit echter getuigen à charge. Ook de hoge raad bleek geen oren te hebben naar de argumentatie van de p-g: in Ov. (4) spreekt het college van de ‘toerekening’ van de gevolgen van de schijn aan de krankzinnige, naar mijn mening in de beste traditie van art. 2014 oud BW en de vertrouwensleer. (De ‘tachtigers’ die, op basis van de vertrouwensleer en het ‘blijkbaar’ van art. 501 tot een uitkomst tegengesteld aan die van de p-g kwamen, vindt men overigens niet genoemd). Een pleister op de wond acht Langemeijer, dat in geval men zijn oplossing aanvaardt, het zeldzaam zal zijn dat de wederpartij van de krankzinnige geheel onverdiend getroffen wordt: in zijn opvatting is voor nietigverklaring een vereiste dat blijken moet dat de transactie overwegend door de kwaal van de krankzinnige beïnvloed werd, en bovendien dat hij als ongewenst kan worden beschouwd. Voegt men die vereisten tezamen, aldus schr., dan kan wel haast het vermoeden gelden, dat de wederpartij op de krankzinnigheid beducht had moeten zijn. Ik onthoud mij van verdere kritiek op deze vereisten, die doen denken aan een variant op het kenbaarheidsvereiste. Weinig overtuigend is ook de passage van de p-g over art. 501, evenals diens opmerking dat het aanvaarden van het kenbaarheidsvereiste ‘zou betekenen een verdergaan in bescherming van de dwaling te goeder trouw dan ons privaatrecht in het algemeen schijnt te doen’.

44. Vgl. voor de problematiek rond het door de HR gestelde vereiste van bezwarende titel, onder, no. 9.

§6. AANVAARDING EN TOESTEMMING

rechtshandeling tot stand is gekomen. Ook hier berust Ruttens interpretatie van het arrest op een grammatikale uitleg van het arrest, met het gevolg dat de ‘werkelijk aanwezige wil’, het innerlijk fenomeen, door hem op de eerste plaats wordt geschoven.⁴⁵ Andere schrijvers zijn er echter minder zeker van dat de hoge raad de wilsleer, of zelfs maar de wil-vertrouwenstheorie aanvaardt.⁴⁶

9. *De rechtspraak van de hoge raad na 1959: Huize Helena (1982)*

In het begin van de jaren tachtig is de hoge raad opnieuw de vraag voorgelegd, wat de grondslag van de gebondenheid is bij overeenkomsten onder bezwarende titel, en werd de *Eelman - Hin* regel ter discussie gesteld. Dat gebeurde in het zo dadelijk te bespreken arrest *Ouwens - Van Hussen*, alias *Huize Helena*.⁴⁷ Waarom is deze regel, die ook aan art. 3:33 BW ten grondslag ligt, onzeker geworden? Dit heeft te maken met een andere regel die de hoge raad in hetzelfde jaar 1959 ten doop hield, voor eenzijdige rechtshandelingen zoals afstand van recht, handelingen om niet. Dit onderscheid tussen handelingen om niet en handelingen om baat (onder bezwarende titel) is in afwijking van de regeling van het Nieuw BW. Aan het hoofd van een hele kolom arresten staat *Van Dongen - Van den Oetelaar*.⁴⁸ In de zeventiger jaren volgen de ontslag-arresten: o.a. de *overspannen chauffeur*, de *overspannen verkoopleider*.⁴⁹ De leer van de cassatierechter komt in grote lijnen hierop neer, dat een eenzijdige rechtshandeling bij gemis aan wil alleen ongedaan gemaakt kan worden indien de wederpartij daardoor slechts een voordeel ontnomen zou worden, waar van haar kant geen prestatie of offer tegenover staat. Men ziet dat hier de verrijkingsgedachte het uitgangspunt is: een in de schoot geworpen voordeel hoeft niet behouden te worden door de wederpartij. In de latere rechtspraak wordt het accent verlegd: voorkomen moet worden dat door een terugdraaien van de rechtshandeling de wederpartij in een ongunstiger toestand zou raken, omdat zij in gerechtvaardigd vertrouwen iets gedaan of nagelaten heeft (aldus de raad in het *overspannen verkoopleider*-arrest). Elders heb ik de visie van de hoge raad bestreden, in het algemeen, en vooral wat haar toepassing op het ontslagrecht betreft.⁵⁰

In de tweede helft van de zeventiger jaren hebben enkele schrijvers de opvatting ingenomen, dat het ‘ongunstiger toestand’- of ‘nadeel’-vereiste, ook wel ‘negatief belang’ genoemd, ook gehanteerd zou moeten worden bij rechtshandelingen om baat; aldus G.J. Scholten, Bloembergen, Nieuwenhuis en Van Schilfgaarde.⁵¹ Ook werd een nieuw criterium voorgesteld, het ‘zonder

45. Asser-Rutten II, 3e dr., p. 72; 9e dr., nr 107.

46. Hofmann-Van Opstall, p. 325; J.H. Beekhuis, nt AA, p. 242.

47. HR 12 juni 1981, NJ 1982, 238, nt CJHB; AA 1981, 706, nt Van der Grinten.

48. HR 15 mei 1959, NJ 516, nt DJV.

49. Alias *Ontslag* - arresten I en II, HR 29 nov. 1974, NJ 1975, 211, nt GJS, *Hensels - Seegers en Musters*; AA 1975, p. 414, nt Van der Grinten; HR 5 dec. 1975, NJ 1976, 223, nt GJS; AA 1976, 281, nt Van Dunné. Men zie voor die problematiek beide AA-noten, en mijn noot in AA 1983, 499 onder het Goudse handdruk-arrest, HR 14 jan. 1983, NJ 457, nt PAS, *Hajziani - Van Woerden* (ook in *Dialektiek R en R Ib*, p. 103). Zie ook Hfdst. 7, § 3.

50. Zie laatstgenoemde AA-noten.

51. Zie mijn AA-noot 1983, sub 8, en verder *Contractenrecht II* nr 29 v.

1. DE OVEREENKOMST

redelijke grond bevoordeeld zijn', naar aanleiding van het *Voogdijvereniging*-arrest.⁵² Ik kan dit niet anders zien dan een restauratie van de wilsleer, ten koste van de vertrouwensleer.

De vraag was, hoe de hoge raad op deze stroming zou reageren. De regel van *Eelman - Hin* was voor het laatst in 1962 bevestigd, in *Van den Heuvel - Vakantiehuisen*⁵³, waarbij van een dading sprake was. In het *Huize Helena*-arrest, laat de hoge raad blijken niet van die lijn te willen afwijken. Terecht, naar mijn mening, niet in het minst omdat daarmee het vonnis van de Rechtbank Rotterdam bekrachtigd werd, waaraan ik als rechter-plaatsvervanger meegewerkt had.

De casus betreft een dubbele verkoop van onroerend goed. Bij de verkoop van Huize Helena, eigendom van het echtpaar Van Hussen te Barendrecht, was makelaar Greveling ingeschakeld; de vraagprijs was f 495.000,-. Op 1 september 1976 telefoneert Buesink, buiten de makelaar om, met Van Hussen en doet een bod gelijk aan de vraagprijs, dat door de laatste aanvaard wordt. Op 2 september - de onroerend-goedmarkt stond er nog florissant bij - brengt Ouwens een bod uit, eveneens van f 495.000,-, aan de makelaar, dat door hem geaccepteerd wordt. Dat is wat veel van het goede, en Van Hussen neemt het standpunt in dat hij niet aan de aanvaarding door de makelaar gebonden is, aangezien deze daartoe niet bevoegd zou zijn.

De advocaat van Ouwens neemt contact op met Van Hussen en stelt beslag op de woning in het vooruitzicht, als hij niet bereid zou zijn om aan zijn cliënt te leveren. Op 19 oktober verklaarde Van Hussen alsnog daartoe bereid te zijn; een week later bericht hij de advocaat echter dat hij zich niet tot levering gebonden acht, en op 1 november 1976 levert hij het huis aan Buesink. Ouwens stelt een vordering in tot betaling van de contractuele boete van 10% van de koopsom en tot vergoeding van schade op te maken bij staat. De rechtbank wijst die vordering toe, terwijl het Hof Den Haag de lijn van de 'oppositie' volgt, die zoëven beschreven werd. Ik laat de betreffende overwegingen van de hoge raad volgen, die verder voor zich spreken.

'In de negende r.o. heeft het hof de vraag onderzocht of de verklaring van Van Hussen van 19 okt. kan worden beschouwd als een bekrachtiging van de namens hem door de onbevoegde vertegenwoordiger Greveling eerder afgesloten koopovereenkomst, waardoor Van Hussen-Brok alsnog aan deze overeenkomst gebonden zou zijn. De vraag wordt door het hof ontkennend beantwoord, omdat Van Hussen met zijn verklaring van 19 okt. niet een zodanige bekrachtiging heeft willen uitdrukken, en omdat het vertrouwen van Ouwens dat een dergelijke bedoeling wél voorzat, geen bescherming verdient, "nu niet is gesteld of gebleken dat hij als gevolg van dit vertrouwen iets heeft gedaan of nagelaten waardoor hij in een ongunstiger positie is gekomen dan hij zonderdien zou zijn geweest".

Tegen de in dit oordeel besloten rechtsopvatting keert zich terecht de klacht van onderdeel 2a. Voor de bescherming van het vertrouwen, gewekt door een niet met de wil van de verklarende partij overeenstemmende verklaring welke ertoe strekt een gebondenheid aan een overeenkomst onder bezwarende titel tot stand te brengen, is het van geen belang of de wederpartij van degenen die deze verklaring heeft afgelegd, als gevolg van dit vertrouwen iets heeft gedaan of nagelaten waardoor hij in een ongunstiger positie is gekomen dan hij zonderdien zou zijn geweest, ongeacht of die wilsverklaring een zelfstandige toestemming tot de overeenkomst inhoudt dan wel, in de vorm van een bekrachtiging, voortbouwt op een eerdere verklaring die zelf de gebondenheid van de bekrachtigde partij niet tot stand kon brengen. Een andere opvatting zou de noodzakelijke zekerheid van het rechtsverkeer op onaanvaardbare wijze verzwakken' (ov. 5).

52. HR 22 febr. 1974, NJ 1975, 381, nt ARB, gem. *Roosendaal en Nispen - RK Ver. v. Kinderbescherming v.h. Bisdome Breda*.

53. HR 22 juni 1962, NJ 1963, 3, nt DJV.

§6. AANVAARDING EN TOESTEMMING

Hiermee werd de *Eelman - Hin* regel gehandhaafd, alsook haar grondslag: de rechtszekerheid.

10. Conclusie. Rechtspraak biedt steun voor de hier verdedigde opvatting

Indien men de uitkomst van deze jurisprudentie-analyse legt naast de hierboven door mij in mijn proefschrift verdedigde opvatting op de rechtsfiguren aanbod en aanvaarding, dan komt een sterke overeenkomst in de gevolgde benaderingswijze aan het licht. Werkte ik met twee eenzijdige rechtshandelingen, aanbod en aanvaarding - die elk een *toezegging* behelzen -, waarop de totstandkoming van de overeenkomst berust, in de leer van de hoge raad is dit in wezen niet anders. Ook daar wordt immers het handelen van elk der partijen op zich genomen, en wordt aan de hand van normatieve uitleg bepaald of de gedragingen van elk der partijen afzonderlijk aangemerkt kan worden als de in de wet vereiste toestemming, soms veelbetekenend weergegeven als 'toestemming'. Doordat de rechter niet aan dat begrip een normatieve inhoud heeft gegeven, dringt de gelijkenis met de door mij ontwikkelde *toezeggingsfiguren* aanbod en aanvaarding zich op. Ik meen derhalve, dat afgezien van de terminologie, mijn opvatting op de geldende jurisprudentie steunt. Het omgaan van de ontwerpers van het NBW in 1976, Gewijzigd Ontwerp, vormde dus geen breuk met het verleden. Een gegeven dat van belang is voor de uitleg van de artt. 6:217 v. BW. Hieronder, bij de bespreking van de vraag naar het moment van de totstandkoming van overeenkomsten, komt deze kwestie andermaal aan de orde (vgl. § 7 nr 2).

§ 7. Het moment van totstandkoming van overeenkomsten

1. *Tableau van de theorieën*. Bosch - Van Maren (1933)

Bij de behandeling van de figuren aanbod en aanvaarding en de totstandkoming van de overeenkomst, zijn enkele zaken nog wat onderbelicht gebleven. Door de aanvaarding komt de overeenkomst tot stand, zoals wij zagen, maar over *het moment waarop dit gebeurt* is nog het nodige te zeggen. Dat moment kan van belang zijn voor de vraag voor wiens risico een zaak komt, aansprakelijkheden, het intreden van termijnen, de toepassing van nieuwe wetgeving, het effect van valuta-schommelingen. Het is dus niet een zuiver academische vraag; leuk om te weten maar zonder praktisch belang.

Wat het eerste betreft, er zijn vele theorieën in omloop over de wijze van totstandkoming van overeenkomsten: de *uitings-*, de *vernemings-*, de *verzenden* en de *ontvangsttheorie*. Dat zo'n aantal theorieën - de minder bekende theorieën laat ik daar - behalve in Duitsland ook in ons land¹ konden gedijen, valt met name toe te schrijven aan het feit dat onze wet - aldus de gangbare opvatting - naast het weinig zeggende art. 1349, slechts als richtlijn art. 1356, sub I oud BW biedt, dat als vereiste voor de bestaanbaarheid van overeenkomsten de toestemming van degenen die zich verbinden eist. Dit begrip *toestemming* is een begrip dat zoals wij zagen een ieder dan ook vlijtig op zijn eigen wijze interpreteert. Zoals op de vergadering van de *NJV* van 1877 al duidelijk werd, is beslissend voor de opvatting die men inzake de totstandkoming huldigt, de bereidheid om de consensus-gedachte, en daarmee de wilsleer te aanvaarden. Dat is heden ten dage, ruim een eeuw later, niet anders. Alleen kan men opmerken, dat men zich van die keus tussen grondslagen niet meer bewust is. De theorieën die in ons land altijd het meest gangbaar waren, de vernemings- en de ontvangsttheorie, zijn typisch leren die in de schaduw van de wilsleer opgeschoten zijn. Het duidelijkst is dat het geval bij de *vernemingstheorie* (Kist, Asser c.s.).² Ziet men het samentreffen van de twee willen van aanbieder en acceptant als vereiste, dan brengt dit natuurlijk het gevolg met zich, dat de aanbieder van de wil van zijn wederpartij in spe moet *kennis nemen*, wil er van daadwerkelijke *wilsovereenstemming* sprake zijn.

Deze leer, zoals gezegd door vele schrijvers aangehangen, werd die van de hoge raad in 1893, in het arrest *Hoekstra - Tiemesen*.³

De zuivere vernemingstheorie wordt verlaten in het arrest van 7 december 1923, *Stoom- Brood- en Scheepsbeschuitfabriek - Kalden*, waar het een geval betrof dat als spiegelbeeld van de onderhavige materie kan gelden, de

1. Een overzicht van het internationaal strijdperk van de vorige eeuw geeft C. Asser, *De telegraphie in hare rechtsgevolgen*, diss. Leiden 1866, p. 88 v., en ook (zeer uitvoerig) J. Valéry, *Des Contrats par correspondance*, 1895, p. 128 v., een nog steeds gezaghebbend werk in de franse literatuur. Een overzicht van de tijd die volgt, geven Opzoomer VI, p. 12 v.; Suijling, I, no. 220, en Asser-Rutten II, 3e dr., p. 100.

2. In het preadvies van De Marez Oyens, *NJV* 1877, kreeg de vertrouwensleer haar doopnaam. Met verwerping van het consensus-beginsel, werd de grondslag van de overeenkomst door schr. aan de nieuwe leer ontleend. De strijd tussen wil en vertrouwen kwam door het in 1877 gevoerde debat in het centrum van de belangstelling te staan, vgl. nader *N.U.*, diss. p. 306 v.

3. HR 26 okt. 1893, *W* 6416, *anders* a-g Gregory, die met het hof de verzendtheorie aanhangt. Ten onrechte meent Pitlo, p. 153, dat bij dit arrest de ontvangsttheorie zou zijn aanvaard.

§7. HET MOMENT VAN TOTSTANDKOMING

beëindiging van een overeenkomst door opzegging. In dat arrest, hierboven bij het aanbod uitvoerig besproken, werd bepaald dat voor de deugdelijkheid van een aan een mededeling onderworpen rechtshandeling doorslaggevend is, of redelijkerwijze mocht worden verwacht dat bij de gevolgde wijze van handelen de mededeling ter kennis van de geadresseerde zou worden gebracht. Het bewijs van dat laatste is geen vereiste, aldus de cassatierechter. In casu werd de mededeling van de reden van ontslag (ex art. 7:677 BW (oud: 1639o BW)) aan kantoorpersoneel, met het verzoek dit over te brengen aan de directeur, in de aangegeven zin deugdelijk geacht, gezien de ‘opvattingen van het verkeer’ en de omstandigheden van het geval.

Hierbij springt in het oog, dat de hoge raad van een subjectieve, op de wilsleer gegronde benadering, over is gestapt naar een normatieve beschouwingwijze, zonder acht te slaan op de wilsvorming bij de geadresseerde.

Naar mijn mening aanvaardt de hoge raad in dit arrest het *uitingsbeginsel* als grondslag voor de aan een mededeling onderworpen (eenzijdige) rechtshandeling, dat wil zeggen een uiting die op normatieve wijze op haar deugdelijkheid getoetst dient te worden. Dit laatste als duidelijke correctie op de uitingstheorie uit de vorige eeuw, waarbij slechts het gewild zijn de uiting legitimeerde.

De onderhavige uitspraak, die in de literatuur nagenoeg geen aandacht heeft getrokken, bleek slechts een interregnum in te luiden. In 1933 wijst de hoge raad het befaamde *Bosch - Van Maren*-arrest, waarbij de zogenaamde ontvangsttheorie aanvaard werd.⁴ Werd bij *Hoekstra - Tiemesen* het ene uiterste gekozen, nu zien wij de raad voor het andere uiterste kiezen, het *ontvangstprincipe* in zijn meest starre vorm. Daarmee haalt de cassatierechter zich een berisping van Meijers op de hals, die in zijn noot betoogt dat de oplossing die de hoge raad in de uitspraak van zijn fiat voorzag, in geen ander land aanvaard, en door geen nederlandse auteurs verdedigd wordt. Wat was hier namelijk het geval? De aanbieder had ná verzending van de acceptatie, doch vóór deze hem bereikte, zijn aanbod per telegram ingetrokken. Het huldigen van de ontvangsttheorie had hier tot gevolg, dat door de intrekking van het aanbod een nog niet voltooide overeenkomst tenietgedaan werd. Meijers wijst erop, dat dit onaangename neveneffect van de ontvangstleer, stevast door de schrijvers die haar huldigen rechtgetrokken wordt door de onherroepelijkheid van het aanbod aan te nemen, gedurende zekere tijd. Naar de mening van de annotator heeft de hoge raad deze kwestie echter in het midden willen laten, en slechts willen volstaan met het aanvaarden van de ontvangsttheorie. De overwegingen in dit standaard-arrest luiden:

‘... dat echter volgens art. 1356 BW voor het tot stand komen eener overeenkomst vereischt is de toestemming van degenen, die zich verbinden;

dat dit medebrengt, dat niet voldoende is, dat bij partijen de overeenstemmende wil bestaat om zich tegenover elkander te verbinden en evenmin dat zij dien wil mondeling of schriftelijk hebben geuit, maar dat noodig is dat de uiting van dien wil de tegenpartij heeft bereikt.’

4. HR 21 dec. 1933, *NJ* 1934, 368, nt EMM.

1. DE OVEREENKOMST

Het zal opvallen, dat de cassatierechter geen enkel argument te berde brengt voor de koerswijziging: dat ‘het groote blancowoord’ ‘toestemming’ van art. 1356 (oud) de ontvangsttheorie ‘medebrenge’, klinkt verre van overtuigend. Zoals ook Meijers in zijn noot zegt, is men, nu de wet zwijgt over het moment van totstandkoming, volkomen vrij om de meest billijke oplossing te aanvaarden. Die vrijheid ontslaat de jurist echter niet van de verplichting voor een argumentatie te zorgen.⁵ Pikant is intussen wel, dat bij het *Bosch - Van Maren*-arrest Visser van de kamer deel uitmaakt, wiens naam aan de ontvangsttheorie verbonden kan worden. Eenzelfde situatie als die van 1893, toen Kist de kamer voorzate die het *Hoekstra - Tiemesen*-arrest wees, waarbij de vernemingstheorie tot hofleverancier werd.

2. *Heersende leer: vernemings-ontvangsttheorie. Aldus ook artt. 6:224 jo. 3:37, lid 3 BW*

Welke leer dient thans als de heersende beschouwd te worden? Indien men een antwoord op deze vraag zoekt, ontdekt men dat na een dispuut van meer dan een eeuw, geen van de oorspronkelijke theorieën als overwinnaar uit het strijdperk is getreden. In de loop van deze eeuw is er een fusie waar te nemen tussen de twee meest gangbare theorieën, de vernemings- en de ontvangsttheorie. De volgende ontwikkeling deed zich namelijk voor.

Zoals in het algemeen de wilsleer zich na de eeuwwisseling steeds meer beperkingen opgelegd zag, onder invloed van de eisen van het maatschappelijke verkeer, zo verging het ook de vernemingstheorie. Men kreeg gaandeweg oog voor het bezwaar dat aan die leer in zuivere vorm kleeft, namelijk dat daarin de aanbieder het in de hand heeft om na ontvangst van de aanvaardingsmededeling, de kennisneming daarvan uit te stellen of te verijdelen, terwijl ook persoonlijk betreffende omstandigheden hetzelfde tot gevolg kunnen hebben. Daarnaast kan als bezwaar gelden, dat het moment van kennisneming veelal niet op eenvoudige wijze vast te stellen is, dit in tegenstelling tot bijv. het moment van ontvangst van het aanvaardingsbericht. Sommige schrijvers stelden dan ook als correctie voor, om als moment van kennisneming dat tijdstip na ontvangst aan te nemen, waarop de aanbieder redelijkerwijze van de aanvaarding had kennis kunnen nemen.⁶

Ook de zuivere ontvangsttheorie⁷ had haar bezwaren. Vandaar dat ook in die stroming een objectiveringsbeweging viel waar te nemen. Dit leverde de

5. Opmerkelijk is intussen, dat ook bij een consequent gehanteerde ontvangsttheorie de HR tot een ander resultaat had moeten komen: ook de uiting van de wil om te herroepen zou dan immers de geadresseerde eerst *bereikt* moeten hebben om rechtseffekt te kunnen hebben.

6. Aldus reeds Suijling, en later ook Asser-Rutten, II (t.a.p.); in dezelfde zin Pitlo-Bolweg, p. 196, die spreekt van ‘de geobjectiverde vernemingstheorie’. Vgl. ook Asser-Hartkamp II, nr 152 v.

7. Aangehangen door bijv. Opzoomer, VI, p. 16 en Kist-Visser, III, p. 21. De laatste schr. acht de ontvangsttheorie ‘in den regel’ de juiste, bijv. bij koop van bepaalde waren, onder verwijzing naar § 147 BGB. Visser merkt echter op, dat daarnaast in de praktijk evenzeer gevallen voorkomen, waarbij door de aanneming de overeenkomst reeds voltooid is. Daarmee vertoont zijn zienswijze enige overeenkomst met die van Polderman, diss. p. 152 (Realiseringstheorie) en van Asser-Van Goudoever, p. 272.

§7. HET MOMENT VAN TOTSTANDKOMING

gedachte op, dat van ontvangst pas sprake is, indien de aanbieder redelijkerwijze tot kennisneming van de acceptatie in staat is. Deze zienswijze was ook die van het ontwerp-BW van 1961, hetgeen geleid heeft tot art. 6:224 juncto art. 3:37 lid 3 BW.⁸ In het normale geval is het ogenblik waarop de aanvaarding de aanbieder *bereikt* beslissend voor de totstandkoming, zo stelt de *Toelichting*. Wat in deze opvatting - door de ontwerpers als 'ontvangsttheorie' aangeduid - onder de term *bereiken* verstaan moet worden, wordt eerst duidelijk indien men de verwijzing naar Meijers' toelichting op art. 3:2.4, lid 2, (thans 3:37) volgt. Daar wordt enerzijds gesteld, dat niet als vereiste geldt dat de wederpartij de verklaring vernomen moet hebben. Anderzijds blijkt het vernemingsprincipe toch uitgangspunt voor Meijers te zijn, wanneer men even verder leest: 'Voor het overige bedenke men dat een verklaring de wederpartij slechts dan heeft *bereikt*, wanneer deze haar vernomen heeft of een normaal individu haar onder de gegeven omstandigheden had kunnen vernemen' (p. 186, mijn curs.). Nu begrijpt men waarom Meijers kort tevoren de arresten van de hoge raad *Hoekstra - Tiemesen*, en *Bosch - Van Maren* in één adem noemt ter adstruktie van zijn uitgangspunt. De term 'bereiken' die alléén in het arrest van 1933 valt, vat schr. als een nieuw 'blancowoord' op, en bij de invulling daarvan grijpt hij naar het dictum van 1893, met een objectiverende face-lifting door de toevoeging: 'had kunnen vernemen'. Daarmee behoort ook de opvatting van het Ontwerp BW, die aan art. 6:224 jo. 3:37 lid 3 BW ten grondslag ligt, tot de gefuseerde theorie, de vernemings-ontvangsttheorie.⁹ De objectivering van het 'bereiken' heeft in art. 3:37 lid 3 de volgende formulering gekregen:

'Nochthans heeft ook een verklaring die hem tot wie zij was gericht, niet of niet tijdig heeft bereikt, haar werking, indien dit niet of niet tijdig bereiken het gevolg is van zijn eigen handeling, van de handeling van personen voor wie hij aansprakelijk is, of van andere omstandigheden die zijn persoon betreffen en rechtvaardigen dat hij het nadeel draagt'.

Een aardig voorbeeld van deze regel dat persoonlijke omstandigheden in de sfeer van de geadresseerde die ontvangst van het bericht van aanvaarding verhinderd hebben voor diens rekening en risico komen, is het geval dat leidde tot een uitspraak van de hoge raad in 1994. De geadresseerde (aanbiedende partij) was telefonisch onbereikbaar, terwijl een telegram pas na de deadline ontvangen werd (enkele uren later); telefonisch reageren lag voor de hand, aangezien het aanbod slechts enkele uren voor het verstrijken van de termijn voor aanvaarding ontvangen was. Hof en hoge raad kwamen derhalve tot het oordeel dat de koop tot standgekomen was.¹⁰

Men kan dus stellen dat de heersende leer momenteel de *vernemings-ontvangsttheorie* is.¹¹ Wat is er intussen van de overige twee theorieën

8. *Toel.* p. 747 (1961). Aldus ook Hofmann-Van Opstall.

9. Dit wordt miskend door Janssen, p. 167, die waarschijnlijk misleid werd door de term 'ontvangsttheorie' die de *Toelichting* op Boek 6 hanteert, anders dan Meijers zelf in zijn toelichting op art. 3:2.4.

10. HR 23 sept. 1994, *NJ* 1995, 27, *Poortvliet - Zeebeleg*; het betrof de koop van een huis van een exploitatiemaatschappij door een partikulier. Het telefoneren was niet bewezen, maar wordt door het hof uit de omstandigheden afgeleid; het telegram was een kwartier na de deadline verzonden (en enkele uren later bezorgd).

11. Vgl. ook Asser-Hartkamp II, nr 153. De schaarse gepubliceerde rechtspraak van na 1933 is doorgaans in deze zin, vgl. Rb. Utrecht 11 nov. 1936, *NJ* 1937, 263, Rb. Leeuwarden 17 dec.

1. DE OVEREENKOMST

geworden? Ook daar vond een fusie plaats, die in een behoefte aan objectivering zijn oorzaak vond. Vandaar dat in deze eeuw slechts de *verzendentheorie* naar de eerste plaats meedingt. De geleidelijke overgang van uitings- naar verzendingsmoment als criterium, is bijv. opmerkelijk bij Janssens.¹² Als op zich staande theorie heeft de verzendentheorie tegenwoordig geen aanhang meer. Men ziet haar in art. 6:219 lid 2 BW toegepast als correctie op de vernemingsontvangstleer, die in het ontwerp immers gecombineerd wordt met een herroepelijk gedacht aanbod. Dit kan men het *Bosch - Van Maren*-effect noemen. Het gevolg is, dat de acceptant na verzending van zijn bericht van aanvaarding, kan rekenen op een voltooide overeenkomst. Het resultaat van de verzendentheorie bleek derhalve grote aantrekkingskracht op de ontwerpers te hebben, zonder dat men het evenwel aandurfde van paard te verwisselen. Een dergelijke inlijving van de verzendentheorie bij een theorie uit het tegenovergestelde kamp is echter niet nieuw: in Assers dissertatie kan men die figuur al aantreffen.¹³ Op het stelsel van het huidige BW kom ik hieronder nog terug.

Dit was het beeld dat rechtspraak, doctrine en wet heden ten dage bieden. Dan is nu het punt gekomen de eigen opvatting uiteen te zetten.

3. *Eigen opvatting: de uitingstheorie-nieuwe stijl*

Zoals te verwachten is, heeft mijn verwerping van de wilsleer ook consequenties voor het onderhavige vraagstuk, zoals dit ook in de tachtiger jaren bij de aanhangers van de 'nieuwe leer' het geval was. De heersende leer, berustend op

1936, *NJ* 1938, 722. In het vonnis van de Rb. Alkmaar, 30 maart 1967, *NJ* 360, wordt 'ontvangst' in letterlijke zin opgevat, zónder objectivering. Werd hier ook de rechter misleid door de *Toelichting* op Boek 6?

12. Diss. p. 142 v. (1925). In navolging van het engels recht bepleit Janssens de verzendentheorie. Voor zijn standpunt dat de aanvaarding werkt zodra zij *geuit* is, doet hij ook een beroep op een arrest van de hoge raad van 1923 inzake opzegging, dat hij analogisch van toepassing acht, het hierboven besproken *Stoom- Brood- en Scheepsbeschuitfabriek - Kalden*, vgl. ook Schoordijk, *Algemeen gedeelte Verbintenissenrecht NBW*, 1979, p. 480.

13. Asser onderschrijft de vernemingsstheorie voor de totstandkoming van overeenkomsten - daarbij vooral beïnvloed door Kant - doch huldigt *tegelijkertijd* de verzendingstheorie voor het bepalen van het *tijdstip* van het ontstaan van de overeenkomst. Hier worden twee paarden tegelijk bereden, vgl. diss. p. 92 v., 99 v. (1866).

De door de ontwerpers van het NBW als correctief toegepaste verzendconstructie en door Meijers hardnekkig verdedigd, vindt bij medestanders inzake de leer van het herroepelijke aanbod reeds geen gunstig onthaal. Van Opstall acht de constructie te gecompliceerd en niet geheel billijk (t.a.p., p. 311); H. Drion laat in zijn bespreking blijken niet veel behoefte aan die constructie te hebben (*WPNR* 4828 (1964), p. 416. Drion geeft de voorkeur aan de oplossing van art. 1328, lid 2, italiaans CC). Het laat zich raden dat in het door mij verdedigde systeem van een onherroepelijk gedacht aanbod, aan een dergelijke regeling in het geheel geen behoefte bestaat, een regeling die slechts bestaat bij de gratie van herroepelijkheid van het aanbod. Dit laatste, voortvloeiend uit het natuurrechtelijke uitgangspunt van de ontwerpers, het onzelfstandig karakter van het aanbod (*Toel.* p. 743), wordt onderschreven door A.W. Hellema, *'De toestemming als geopenbaarde wil'*, Hijmans-bundel, *Met eerbiedigende werking*, 1971, p. 155 v.

§7. HET MOMENT VAN TOTSTANDKOMING

het vernemings-ontvangst-principe is voor mij onaanvaardbaar, aangezien zij gebaseerd is op de consensus-gedachte, en daarmee op de wilsleer. Laat ik beginnen met mijn opvatting te formuleren; daarna zal nagegaan worden of het consensus-beginsel nog steeds hecht in ons recht verankerd is, en derhalve roet in het eten gooit. Rond dat beginsel hoort deze grondslagenstrijd geleverd te worden.

Ik zou willen verdedigen dat in geval van een aanbod in juridische zin (d.w.z. een handeling die als een onherroepelijke toezegging uitgelegd moet worden, vgl. boven), de overeenkomst tot stand komt op het moment waarop de aanvaardingshandeling verricht wordt door degeen tot wie het aanbod gericht is. Deze opvatting vertoont de meeste overeenkomst met de leer die van oudsher als *uitingstheorie* bekend staat.¹⁴ Om het aantal in omloop zijnde ‘benoemde’ theorieën niet met nog een te vermeerderen, zal ik mijn opvatting gemakshalve met ‘uitingstheorie’ aanduiden. De vlag dekt de lading dan niet geheel, met name niet omdat het misverstand kan rijzen, dat met ‘uiting’ gedacht wordt aan ‘wilsuiting’, zoals dat vroeger ongetwijfeld het geval was. Maar ik meen, dat in dit werk voor een dergelijke associatie geen aanleiding gegeven wordt, zodat het oude etiket nog dienst kan doen.

Het zal duidelijk zijn dat in deze opvatting het karakter van de aanvaardingshandeling een centrale plaats inneemt. Ook al ziet men de aanvaarding als eenzijdige rechtshandeling, beslissend is, hoe men het vereiste van *gerichtheid* ziet. Neemt men aan - anders dan door mij hierboven betoogd - dat aan een dergelijke ‘aan mededeling onderworpen’, of ‘empfangsbedürftige’ handeling, het vereiste van ontvangst, dan wel kennisneming van het voorwerp van die handeling (de mededeling) gesteld moet worden, dan zou een aldus geconstrueerde uitingstheorie slechts een nuance van de heersende leer verschillen. In mijn opvatting is dan ook, zoals ik al eerder stelde, bij de eenzijdige rechtshandeling ‘aanvaarding’ de gerichtheid van die handeling een *normatief* te duiden begrip. Ter ondersteuning van die uitlegmethode kan ik een beroep doen op het arrest van de hoge raad - dat ook zoëven aan de orde kwam - van 7 december 1923, *Stoom- Brood- en Scheepsbesluitfabriek - Kalden*, waarin het vernemingsbeginsel verlaten wordt bij de aan mededeling onderworpen rechtshandeling, en zoals ik hierboven stelde, vervangen door het uitingsbeginsel in normatieve zin. In die visie is slechts van belang, dat de handeling zodanig is, dat ‘redelijkerwijze mag worden verwacht’ dat de mededeling ter kennis van de geadresseerde komt, zonder dat dat laatste bewezen hoeft te worden. Het interne moment - de wilsvorming bij de adressant, of wel de geadresseerde, of ten slotte bij beide - heeft plaats moeten maken voor een *extern* moment, de verschijning van de handeling naar buiten, getoetst aan de rechtsnormen die de handel en wandel van het in het rechtsverkeer tredende individu beheersen.

14. De uitingstheorie werd in ons land als eerste door Ul. Huber verdedigd, vgl. Meijers, *Verz. Opst.* III, p. 255. In de franse literatuur werd deze leer aangehangen door o.a. Baudry-Lacantinerie, XI, § 375; Valéry, p. 136 v. (op p. 129 v. geeft schr. een overzicht van de aanhangers van deze theorie door de eeuwen heen), vgl. voor de oudere duitse literatuur, Asser, diss. p. 89. Volgens verschillende schrijvers huldigt de franse cour de cassation de uitingstheorie, vgl. *N.U.*, diss. p. 420 v.

1. DE OVEREENKOMST

In de hier verdedigde opvatting is 'het moment waarop de aanvaardingshandeling verricht wordt' derhalve geen louter chronologisch begrip. Noch het blote moment van 'uiting' (tot uitdrukking brengen van de handeling), noch het blote moment van verneming of inontvangstname is op zich reeds concludent, anders dan de oorspronkelijke theorieën van de benamingen leerden. Steeds kan pas na normatieve uitleg van de 'uiting' vastgesteld worden of hier van een rechtshandeling (aanvaarding) sprake is. Bij contracteren tussen afwezigen spreekt dit het sterkst, doch ook bij het contracteren tussen aanwezigen is van een uitlegproces sprake, al speelt dit doorgaans slechts op de achtergrond.¹⁵

Voor een verdediging van deze uitingstheorie verwijs ik naar het eerder door mij betoogde.¹⁶ In het kort gezegd komt dat hierop neer, dat men in deze visie een bevredigende verklaring kan geven voor de gangbare praktijkfiguur van aanvaarding door middel van een niet-doen. In de heersende leer is dit anders, men maakt dan zelfs gebruik van het uitingsbeginsel, aldus bijvoorbeeld het nieuwe BW. Ook moet men soms de fictie te baat nemen, bijvoorbeeld bij falende berichtgeving van de aanvaarding. Art. 6:224 BW leert dat indien dit voor risico van de acceptant komt, de overeenkomst geacht wordt tot standgekomen te zijn op het moment dat de verklaring de aanbieder zou hebben bereikt zonder de voorgevallen storing. In de *Toelichting* wordt gesteld dat in die situatie 'uiteraard het tijdstip van de wilsuiting beslissend is'.¹⁷

4. *Het risico voor falende berichtgeving*

Indien krachtens overeenkomst of gebruik het achterwege laten van een reactie als aanvaarding wordt aangemerkt, komt de overeenkomst tot stand 'op het laatste moment waarop het aanbod nog kon worden aanvaard'.¹⁸ Hiermee komen wij op de problematiek van falende berichtgeving, in de zin van een verminkte weergave van een bericht ('kopen', i.p.v. 'verkopen'). Ook op dit punt heb ik een opvatting verdedigd die afwijkt van de algemene aanvaarde. De laatste vindt men neergelegd in art. 3:37 lid 4 BW: het risico voor het falen van de berichtgeving waardoor een verklaring onjuist is overgebracht komt voor rekening van degeen die het initiatief heeft genomen om van het bewuste communicatiemiddel gebruik te maken (voor lid 3, inzake het *geheel* falen van de berichtgeving, zie nog onder).¹⁹

15. Evenals in de eerste situatie staat hier de vraag centraal of het gebezigde communicatiemiddel deugdelijk was voor de te voeren onderhandelingen. In geval de geadresseerde doof is, of de gevoerde taal niet of gebrekkig verstond, en dit voor de adressant kenbaar was (behoorde te zijn), kan de mededeling van aanvaarding bij gebreke van gerichtheid niet als rechtshandeling, d.w.z. niet als aanvaarding, gelden, vgl. boven, § 6 nr 5.

16. Zie *N.U.*, diss. p. 161 v.

17. *Toel.* (1961), p. 748; Hierbij wordt gedacht aan het richten van de aanvaardingsverklaring aan een derde en een verklaring in de vorm van een uitvoeringshandeling.

18. *Idem.* Deze oplossing werd overgenomen in Asser-Rutten II, 3e dr., p. 101; vgl. Asser-Hartkamp II, nr 154.

19. Lid 4 van art. 3:37 BW, gewijzigd in 1971, luidt:

'4. Wanneer een door de afzender daartoe aangewezen persoon of middel een tot een ander gerichte verklaring onjuist heeft overgebracht, geldt het ter kennis van de ontvanger

§7. HET MOMENT VAN TOTSTANDKOMING

Ligt dat initiatief bij de aanbieder, die bijvoorbeeld om antwoord per telegram verzocht, dan wordt algemeen aangenomen dat gebreken die zich bij het telegraferen voordoen voor rekening van de aanbieder komen. Met deze heersende leer zou ik willen breken. De opvatting die ik voorsta luidt: *een ieder staat in voor het goed functioneren van het communicatiemiddel waarvan hij zich bedient, mits dit in die situatie als algemeen gangbaar kan worden beschouwd*. Irrelevant is in deze opvatting het feit, dat een derde (i.c. de aanbieder) heeft verzocht van het bewuste middel gebruik te maken. Dit is alleen anders, indien in zo'n situatie het middel *niet gangbaar* is. De heersende leer is ontsproten uit de gedachtenwereld van de vorige eeuw en de twintiger jaren. Telegraferen is een hachelijke zaak²⁰; postvliegtuigen zijn gedoemd om neer te storten, mailboten om schipbreuk te lijden.²¹ De huidige praktijk is bepaald anders, waaraan de enorme ontwikkeling die de techniek in deze eeuw heeft doorgemaakt, niet vreemd is. Daarnaast staan partijen nieuwe methoden van berichtgeving ten dienste; naast het aangetekend schrijven, kan gewezen worden op de telex gevolgd door de fax, die in het handelsverkeer niet meer weg te denken is. Vormt het eerste middel een grotere waarborg van goede bezorging, bij het laatste is voor de bezorging geen menselijk toedoen meer vereist.

Nieuwe communicatiemiddelen zoals *e-mail* en bill board (via computernetwerken) dienen zich aan. Daarbij zullen zich nieuwe vragen voordoen, dat wil zeggen, oude vragen in een nieuw jasje. Zo kwam ons het geval ter ore van een oliemaatschappij in Londen (waar wij tijdens excursie met studenten op bezoek waren), waarbij een berichtgeving via e-mail fout gegaan was. Er was een bod uitgebracht via dit communicatiemiddel (rechtstreeks op het scherm van de geadresseerde), maar het was niet bij de juiste persoon terecht gekomen, maar op een andere afdeling. Tegen de tijd dat het de persoon in kwestie bereikt had, was het aanbod verlopen. Voor wiens risico komt dit falen van de communicatie? Een aardige puzzel voor de student-lezer. Lijkt mij niet echt moeilijk, trouwens.

gekomen als de verklaring van de afzender, tenzij de gevolgde wijze van overbrenging door de ontvanger was bepaald.⁷

De hier gebezigde zinsnede 'geldt het ter kennis van de ontvanger gekomen als de verklaring van de afzender' werd te ruim geformuleerd. Hierdoor kan nl. de onjuiste zienswijze postvatten, dat de *subjektieve* voorstelling van de ontvanger in deze maatgevend is. Meijers' aversie tegen de vertrouwensleer heeft hem kennelijk tot deze formulering gebracht. In de toelichting op het onderhavige lid vindt men de wilsleer terug: zelfs het woord 'vertrouwen' wordt gemeden (*Toel.* p. 187). Ten onrechte wordt overigens daarbij gesteld, dat de Skandinavische Overeenkomstenwet ook bij niet-kenbaarheid een beroep op foutieve overbrenging toelaat. Vgl. *N.U.*, diss. p. 169.

20. Naast ver achter ons liggende middelen als pijl en boog, postduif, luchtballon, valt voor onze tijd hierbij te denken aan het gebruik van een derde als boodschapper. Technische verbeteringen van de communicatie, bijv. telefoneren d.m.v. een satelliet, leveren doorgaans binnen korte tijd weer een gangbaar medium op.

21. Aan het verschijnsel telegrafie werden hele dissertaties gewijd: naast Assers werk valt nog te noemen N.J. Willeumier, *Het telegraafrecht*, 1867. Vgl. voor het telefoneren: T.E. Jacobson, *De Telefonie van privaatrechtelijk standpunt bezien*, diss. Amsterdam 1893. Vgl. voor de buitenlandse literatuur Valéry, p. III v.

In het engelse recht, dat Meijers en Janssens zo inspireerde, dateren de standaard-arresten merendeels uit de vorige eeuw, vgl. Meijers, t.a.p., p. 257 v.

1. DE OVEREENKOMST

Een tweede geval, betreft een iets bekender communicatiemiddel, de *fax* (afkorting van 'facsimile', hetgeen bijna niemand meer weet). Een ideaal middel zoals men weet, dat het leven, ook van bedrijfsjuristen, advocaten en arbiters, aanzienlijk veranderd heeft. Wat nu als iemand een bod uitbrengt (of dat aanvaardt) en dit per fax doet, laten wij aannemen in postkantoor, in de veilige wetenschap dat dit direkt ter kennis van de geadresseerde komt, en hij pas later - te laat - ontdekt dat bij de ontvanger het papier op was, zodat hij het bericht niet ontvangen heeft? Indien de ontvanger dit merkt, zou hij direkt kunnen reageren (hetgeen ook de bedoeling is indien er een bladzijde ontbreekt), maar stel dat dit niet (direkt) gebeurd is, wie draagt hier het risico van het falen van de berichtgeving? De verzender was met zijn bod (resp.: aanvaarding), laten wij aannemen binnen de gestelde termijn. Zoals men ziet, zijn het varianten op een oud thema, waarvan ik de oplossing aan de lezer overlaat.

Gezien de huidige praktijk loopt de heersende leer een eeuw achter. Afgezien van het feit dat heden ten dage de kans zeer klein is dat een gangbaar communicatiemiddel faalt, kan ook nog gewezen worden op het algemeen beginsel dat een ieder instaat voor de zaken (en personen) waarvan hij zich bedient. Binnen contract wordt dit beginsel algemeen aanvaard, terwijl buiten contract de situatie de facto niet anders is. Is de gebruikte zaak gezien de aard van de overeenkomst gangbaar, dan verspringt het risico in die opvatting geenszins, indien de wederpartij het gebruik van die (normale) zaak voorschreef. Is bijvoorbeeld vervoer per rail bedongen, dan kan de debiteur in geval van een spoorwegongeluk - gesteld dat dit geen overmacht oplevert - zich er niet op beroepen dat het toch de crediteur is geweest die deze wijze van transport heeft voorgeschreven, terwijl die dag alle vliegtuigen en binnenschepen behouden aankwamen op de plaats van bestemming. Indien de debiteur van mening was dat vervoer per rail een hachelijke onderneming is, dan had hij zijn aansprakelijkheid kunnen uitsluiten. Duidelijker ligt het nog bij de gevallen dat de bewuste zaak niet met zoveel woorden door de crediteur voorgeschreven werd, maar dit uit de aard van de overeenkomst volgt. Indien bijv. een bewoner van een grachtenhuis met een verhuizer een contract aangaat, spreekt het vanzelf dat getakeld zal moeten worden en dat daarvoor touw benodigd zal zijn. Het gaat, bij breken van dat touw niet aan, om als verhuizer de bewoner voor de voeten te werpen dat hij toch zo nodig moest verhuizen, zodat het gebruik van het touw op instigatie van hem (bewoner) geschied was. Met als gevolg dat het risico voor het breken op de schouders van de crediteur komt te rusten. Deze oplossing wordt door niemand aanvaard. Ook hier geldt weer dat de debiteur-verhuizer vrij is om aansprakelijkheden uit te sluiten.

Het hier verdedigde standpunt inzake falende berichtgeving is bestreden door P.G.J. van den Berg, die naar aanleiding van een arrest van de hoge raad art.3:37 ter discussie gesteld heeft.²² Daarbij is ook een onduidelijkheid in de bovenstaande tekst in de derde druk, en in die van art. 37, naar voren gekomen.

De *casus belli* was deze, waaruit overigens blijkt dat het probleem nog steeds aktueel is. Schouten heeft een bedrijfspand verhuurd aan de Gemeente Tilburg, voor bepaalde tijd,

22. *Fouten tussen afzenders en ontvangers, of: voor wiens risico komt art.3:37 BW?*, WPNR 6220 (1997), p. 291; n.a.v. HR 8 sept. 1995, NJ 1996, 567, nt HJS, *Gem. Tilburg - Schouten*.

§7. HET MOMENT VAN TOTSTANDKOMING

namelijk 5 jaar, met mogelijkheid van verlenging. De termijn eindigt op 30 juni 1992; in het door Schouten opgestelde huurcontract is bepaald dat de overeenkomst met 5 jaar wordt verlengd, indien de gemeente niet vòòr 1 januari 1992 heeft opgezegd bij aangetekende brief met ontvangstbevestiging of bij deurwaardersexploot. Op 20 december 1991 verzendt de gemeente bij aangetekende brief met ontvangstbevestiging haar huuropzegging per 30 juni 1992. Na 1 januari 1992 krijgt de gemeente de brief echter terug, met daarop de vermelding: 'niet afgehaald'. Schouten begint een procedure waarin hij een verklaring voor recht vraagt dat de huurovereenkomst voortduurt tot 1 juli 1997; dan blijkt dat niet bewezen kan worden dat de postbesteller bij Schouten bericht heeft achter gelaten dat hem tevergeefs een aangetekende brief is aangeboden die op het postkantoor kan worden afgehaald. De postbode dient op het niet bezorgde stuk een 'geen gehoor-sticker' te plakken, waarop gedrukt staat: 'geen gehoor; bericht van aankomst achtergelaten dd. door ... (naam postbesteller)'. Op de brief van de gemeente was zo'n sticker niet aangebracht; de betreffende postbesteller wist zich niet meer te herinneren hoe hij met de brief gehandeld had. Wel staat vast dat de brief door hem weer op het postkantoor afgegeven is.

De hoge raad overweegt, zich baserend op art. 3:37 lid 3:

'Subonderdeel 2.1 betoogt dat, nu de wijze van opzegging was voorgeschreven in een door (de makelaar van) Schouten opgestelde overeenkomst en door deze was verlangd, althans voorgesteld, de omstandigheid dat de aangetekende opzeggingsbrief Schouten niet (tijdig) heeft bereikt, voor diens rekening behoort te komen. Dit betoog faalt. Van geen van beide in de overeenkomst bepaalde wijzen van opzegging - een aangetekende brief met bericht van ontvangst of een deurwaardersexploot - kan worden gezegd dat deze zo ongebruikelijk of riskant is dat het eventuele falen ervan voor rekening behoort te komen van de partij die het opnemen van de desbetreffende bepaling in de overeenkomst heeft verlangd of voorgesteld' (ov. 3.3.3).

Dit nu is geheel in conform lid 3 van art. 37 (en de toelichting daarop in het Ontwerp-Meijers), dat ten aanzien van het *geheel* falen van een communicatiemiddel in overeenstemming is met het eerder door mij ingenomen standpunt. In de vorige druk werd onvermeld gelaten ('een ieder wordt geacht de wet te kennen') dat lid 3 van art.37 mijn standpunt wèl weergeeft voor het geval van het *geheel falen* van berichtgeving, terwijl ik het had over de situatie van lid 4, het gedeeltelijk falen door een verminking van het bericht, de *onjuiste* weergave ervan. Dat was minder duidelijk, moet ik toegeven, ik ben bang ook voor mij zelf; een verzachtende omstandigheid is hier dat ook anderen dat onderscheid tussen beide leden niet opgevallen is. Van den Berg noemt Schoordijk in dit verband. Daarmee, dat is de verdienste van Van den Berg, is de inconsistentie van de wettelijke regeling zoals neergelegd in de leden 3 en 4 van art. 37 aan het licht gebracht. Van den Berg pleit - terecht - voor een consistente regeling van het probleem van miscommunicatie, maar kiest - ten onrechte - voor een oplossing die afwijkt van het door mij ingenomen standpunt, althans zo komt het mij voor. Hij kiest voor gelijk-trekking van beide regels in de richting van lid 4: het omslaan van het risico voor het gebruikte communicatiemiddel bij keuze ervan door de wederpartij, *ongeacht of dit middel ongebruikelijk of riskant was*.

Om twee redenen komt zijn betoog, hoe scherpzinnig ook, op mij niet overtuigend over. Zijn weerlegging van mijn argumenten, namelijk, dat (1) doorslaggevend is dat met een gebruikelijk middel weinig fout kan gaan in de praktijk (falen dus uitzonderlijk is), en (2) dat wanneer een partij voor een bepaald risico bij het communiceren terugschrikt hij zich maar daarvoor moet vrijtekenen, is als volgt. De kleine kans op fouten is *op zichzelf* geen argument voor risico-toedeling (dat zou ook in een omgekeerde situatie namelijk niet zo zijn, bij grote kans op fouten). Verder is het tweede argument volgens Van den Berg buiten de orde, omdat dit een gelijke onderhandelingspositie veronderstelt, hetgeen niet reëel is, terwijl verhaalsmogelijkheden onzeker zijn. Dit betoog kan mij niet overtuigen (ik kan niet in detail hierop ingaan); mijn belangrijkste argument, waarop Van den Berg niet is ingegaan, was echter dat een beginsel uit het contractenrecht is dat een ieder heeft in te staan voor de zaken waarvan hij

1. DE OVEREENKOMST

zich bedient; een uitzondering daarop is slechts op zijn plaats: *a.* indien het een ongebruikelijke en riskante wijze van tewerkgaan betreft, *en: b.* dit door de wederpartij voorgeschreven was. Men zie de figuur van overmacht. Deze gedachte ligt ook aan lid 3 van art.37 ten grondslag, blijkens de toelichting van Meijers (een ‘min of meer gevaarlijke wijze van overbrenging’, door de geadresseerde voorgeschreven), die de hoge raad overgenomen heeft (‘ongebruikelijk of riskant’). Het is dus een uitstekende gedachte, waar wij hier mee te maken hebben. Het enige is, dat de inconsistentie in de regeling van art.37 als geheel, opgeheven moet worden; naar mijn mening moet dat in het verlengde van *diezelfde gedachte* gebeuren. Dat kan, bij ‘redelijke wetstoepassing’, en dat zou ik met een beroep op de toelichting van Meijers (1954) willen doen; eenzelfde passage waarin volgens Van den Berg van een misslag sprake is. Hier volgt dat gedeelte:

‘Wanneer een brief per luchtpost verzonden wordt en door een aan het vliegtuig overkomen ongeval de geadresseerde niet bereikt, zal men in overeenstemming met de thans in Nederland, Duitsland, Zwitserland en Scandinavië geldende opvatting, doch in afwijking van de Angelsaksische leer, geen gevolg aan die verklaring kunnen verbinden. Zelfs dat de brief het antwoord is op een op gelijke wijze gedaan aanbod kan hierin geen verandering brengen. Slechts wanneer de geadresseerde een min of meer gevaarlijke wijze van overbrenging van het antwoord heeft bepaald, kan men van een persoonlijke omstandigheid spreken, die rechtvaardigt, dat hij het nadeel draagt. *Men vergelijk de overeenkomstige regeling die het volgende lid geeft voor het geval van een onjuiste overbrenging van een verklaring door een tussenpersoon.*

Het derde lid (N.B.: thans lid 4) regelt de in het tegenwoordige recht nog niet geheel opgeloste vraag, wat het gevolg is als een verklaring door de telegraaf of een bode wordt overgebracht en er bij de overbrenging een fout gemaakt wordt. Het artikel neemt aan, dat de afzender in zover het nadeel van deze fout moet dragen, dat de verklaring, zoals zij wordt overgebracht, als zijn verklaring moet gelden. Deze verklaring blijft echter een door de afzender niet gewilde, waardoor hij alleen gebonden zal zijn, wanneer aan de eis van het vorige artikel voldaan is, d.w.z. de ontvanger moet geen ernstige reden hebben om te twijfelen of die verklaring wel aldus gewild is; veelal kan deze twijfel uit de inhoud van een telegram of het door een bode overgebrachte bericht voortvloeien.

De afzender van het bericht behoeft verder ook niet het nadeel voor zijn rekening te nemen, wanneer de wijze van overbrenging door de ontvanger van het bericht was bepaald. Dit aangeven van de wijze van overbrenging van het bericht kan uitdrukkelijk geschied zijn - b.v. de wederpartij zendt een bode voor de overbrenging van het bericht of zij telegrafeert antwoord betaald - het kan ook stilzwijgend plaats vinden; wie bij een per telegram uit een ander land gedaan aanbod diezelfde dag antwoord verzoekt, geeft aan dat dit antwoord per telegram geschieden moet’ (p. 184 v.; *Parl. Gesch. Vaststellingswet*, p. 182 v., mijn curs.).²³

Mijn stelling is dat de wetgever, als men deze serieus neemt, in de leden 3 en 4 van een consistente regeling is uitgegaan: in *beide leden* geldt de omslag van het risico bij redelijke wetsuitleg *slechts in het geval van een ‘min of meer gevaarlijke wijze van overbrenging’*. Meijers geeft het voorbeeld van een telegram, in de klassieke opvatting dat dit een ‘min of meer gevaarlijk’ communicatiemiddel is. Het ontwerp was van (ver) voor de oorlog (zie ook de aangehaalde noot); wij zijn nu ruim een halve eeuw verder, en geen zinnig mens zou tegenwoordig het telegram toch als ‘min of meer gevaarlijk’ aanmerken? Of de fax en de e-mail (waarbij de gevaren van het klassieke telegram, door het zelf schrijven van de tekst, uitgesloten zijn)? Het probleem is door de techniek ingehaald, het recht moet zich aanpassen

23. In een noot wordt bij die laatste passage verwezen naar Rb. Tiel 1909 en een hongaarse ontwerpwet uit 1928 met betrekking tot de telegraaf (sic!), en verder naar de literatuur. Van de aangehaalde handboeken gaan Asser-Rutten, Hofmann-Van Opstall en Van Brakel echter niet op deze specifieke kwestie in. Asser-Hartkamp II gaat evenmin op het vraagstuk in; de tekst is overigens nog van de hand van Rutten (1968).

§7. HET MOMENT VAN TOTSTANDKOMING

en zich op de algemene beginselen baseren: ieder staat in voor de middelen waarvan hij zich bedient.

Samenvattend, een redelijke uitleg van art. 37, met inbegrip van de parlementaire geschiedenis, stijft mij in mijn opvatting over het risico bij falende berichtgeving, die in elk geval ook die van wetgever en hoge raad is wat het het *complete falen* van berichtgeving betreft.²⁴ Het wachten is op de stap om ook *onjuiste* berichtgeving onder dezelfde noemer te brengen. Mijn voorstel zou zijn, om aan lid 4 van art. 37, in fine, toe te voegen: 'en deze ongebruikelijk of riskant was'. Dat mag ook in gedachten, bij de wetsuitleg, want het zal nog wel even duren voordat de wetgever de verborgen gebreken van het nieuwe BW gaat repareren.²⁵

Intussen is het wel curieus dat deze beschouwingen over een onduidelijk wetsartikel nodig zijn, nog wel een artikel dat de *miscommunicatie* wil regelen.

Sinds de vorige druk van dit werk is over rechtspraak en literatuur over dit onderwerp niet te klagen. Het communicatiemiddel fax werd enkele keren aan de rechter voorgelegd, en het e-mail verkeer kreeg aandacht van juristen, waarbij de Europese Richtlijn(en) over e-commerce, in 2001 ingevoerd, een katalysator was. Hier volgt een kort overzicht van die materie.

De verzending per aangetekende brief kwam aan de orde een arrest van 1998.²⁶ Een bank had aan een client in België (geen onbelangrijk detail, blijkt later) bij aangetekende brief gemeld dat bij het beheer van de effectenportefeuille een onderdekkingssituatie ontstaan was waaraan deze een einde diende te maken. Indien niet voor 30 december maatregelen genomen zouden zijn om dat ongedaan te maken, zou de bevoorschotting opgezegd worden, en daarmee het debetsaldo opeisbaar worden, waarna de effecten op de volgende beursdag verkocht zouden worden. De brief werd 9 december 1988 door ING naar Van Rhee verzonden, die naderhand stelt de brief eerst op 31 december ontvangen te hebben. In januari heeft de bank de effecten verkocht, waarop partijen over en weer schadevergoeding vorderen.

De hoge raad geeft eerst art. 37 lid 3 weer en overweegt dan als volgt:

Voorts is uitgangspunt dat de Bank, nu zij zich beriep op het rechtsgevolg van de door haar tot Van Rhee gerichte verklaring houdende ingebrekestelling en voorwaardelijke opzegging van de VE-rekening, diende te bewijzen dat deze verklaring Van Rhee (tijdig) had bereikt, of dat - zo dit niet zou komen vast te staan - het niet (tijdig) bereiken het gevolg was van een voor rekening van Van Rhee komende omstandigheid als in art. 3:37 lid 3 vermeld. Met betrekking tot aangetekende brieven geldt meer in het bijzonder dat de afzender daarvan, wanneer de geadresseerde stelt dat de brief hem niet (tijdig) heeft bereikt, dient te bewijzen dat hij de brief aangetekend en naar het juiste adres heeft verzonden, en bovendien aannemelijk dient te maken dat de brief (tijdig) aan de geadresseerde is aangeboden op de wijze die daartoe ter plaatse van bestemming is voorgeschreven. Vgl. HR 8 september 1995, nr. 15712, NJ 1996, 567.

24. Het standpunt van de hoge raad wordt onderschreven door Snijders in zijn noot (met een marginale bedenking) en is conform conclusie a-g Asser, waar verdere lit. vermeld wordt.

25. Zie mijn voorstel daartoe in *TREMA* 1997, p. 216, *Vijf jaar een nieuw BW. Is het niet allemaal reuze meegevallen? Ja en nee, sprak de dialecticus.*

26. HR 16 okt. 1998, NJ 897, *Van Rhee - ING Bank*.

1. DE OVEREENKOMST

Het hof heeft dit miskend, bovendien procedurefouten gemaakt, en het arrest wordt vernietigd. Na verwijzing, merkt de hoge raad op, kan aan de orde komen de tijd die een aangetekende brief naar België er in de Kerstdagen normaal gesproken over doet.²⁷

De verzending per fax is in verscheidene uitspraken aan de orde geweest, meestal in processuele verwickelingen, brieven die tijdig ter griffie van een rechterlijke instantie binnen moeten zijn, opdat termijnen niet verlopen. Zo'n geval is *G. – Nederlandse Antillen*, waar de laatste dag van een cassatietermijn op het spel stond en de verzending van een fax-brief, die bevestigd was in het 'confirmation report' van de verzender.²⁸ De hoge raad overweegt daarover:

Het in het "confirmation report" vermelde faxnummer is het nummer van de op de civiele griffie van de Hoge Raad aanwezige faxapparatuur. De binnenkomst van de fax is niet door het faxapparaat van de Hoge Raad geregistreerd, hetgeen echter niet kan leiden tot de conclusie dat de fax niet is binnengekomen, aangezien dat apparaat op 29 januari 1997 nog niet op een zodanige registratie was afgesteld. Op grond van voormelde brief van de advocaat van G. en het daarbij gevoegde "confirmation report" neemt de Hoge Raad aan dat de fax de griffie van de Hoge Raad langs elektronische weg op 29 januari 1997 tussen 17.26 en 17.29 uur heeft bereikt, doch vervolgens - door een niet opgehelderde oorzaak - hetzij niet is afgedrukt, hetzij na te zijn afgedrukt in het ongerede is geraakt. Nu in elk van deze beide gevallen sprake is van een omstandigheid die niet voor rekening van G. behoort te komen, is de Hoge Raad van oordeel dat het verzoekschrift geacht moet worden op de laatste dag van de termijn vóór 24.00 uur te zijn binnengekomen en derhalve binnen de cassatietermijn ter griffie te zijn ingediend (HR 16 februari 1996, NJ 1997, 55).

Abas heeft uit dit arrest afgeleid dat de hoge raad voor communicatie per fax de verzendtheorie aanvaard heeft, hetgeen door Van der Wiel bestreden is, die daarin door anderen bijgevallen is.²⁹ Ik volsta hier met deze verwijzing, en laat het oordeel aan de lezer over.

27. Een bevestiging van het arrest van 16 okt. 1998 is te vinden in HR 4 juni 2004, *RvdW* 82, *Visser – IDM Financieringen*. Een vonnis waarin de rechtbank aan het niet terugkomen van een juist geadresseerde aangetekende brief het vermoeden ontleent dat de brief geadresseerde bereikt heeft, wordt gecasseerd.

28. HR 20 maart 1998, *NJ* 548.

29. Zie resp. *WPNR* 6331 en 6339 (1998), en B.J. Broekema-van Engelen en J.W. Broekema in *Bb* 1999, p.220. De laatste schrijvers verwijzen nog naar HR 4 sept. 1998, *NJ* 828, *Waarbroek - H.*, over de aansprakelijkheid van een professionele dienstverlener ten aanzien van verzending van stukken. Vgl. ook nog HR 24 maart 2000, *NJ* 314, *N. - Gem. G.*, inzake het verkeerd bezorgen van een stuk, nog wel op het Paleis van Justitie; wie een stuk op een verkeerd adres bezorgd, doet dat op eigen risico. Zie ook HR 23 juni 2000, *NJ* 517, *Der Kinderen - N.*, inzake bewijs van niet ontvangen brief bij stuiting van verjaring.

Abas werd op het punt van de verzendingstheorie verder nog bestreden door R.E. van Esch, *Electronic Data Interchange (EDI) en het vermogensrecht*, diss. Nijmegen 1999, p.96 en door H.J. Snijders, Het bereiken van een geadresseerde (per e-mail), *WPNR* 6444/45 (2001).

Snijders is voorstander van de 'mailbox-ontvangsttheorie', niet de 'computer-ontvangsttheorie'. Hierop kwam kritiek van E.J.R. Ingenegeren, *WPNR* 6453 (2001), waarbij hij erop wijst dat de afzender het bericht nog kan terughalen uit de mailbox ('recall'), voordat dit door geadresseerde opgehaald is. Vgl. ook het Naschrift van Snijders, die hierbij de vergelijking maakt met een greep uit een gewone brievenbus, inbraak dus. Ik weet dat nog zo net niet, bij mondelinge berichten kan men een verspreking toch ook direct corrigeren (zie het geval van het *Doomniks servies*, 1968), en dan heeft de geadresseerde de mededelingen nota

§7. HET MOMENT VAN TOTSTANDKOMING

De verzending per e-mail is onder meer door verscheidene auteurs aan de orde gesteld; doorgaans wordt de e-mailbox gelijkgesteld met een gewone brievenbus (zie laatste noot). Er kan overigens ook bij e-mail verkeer een en ander fout gaan; de brievenbesteller die slordig met de post omgaat is vervangen door de provider waarmee iets mis is. Er is een richtlijn E-commerce van 4 mei 2000 over het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg (98/0325 (COD), 14263/99); er is een informatieplicht voor de internetaanbieder opgenomen, en verder moet deze aangeven op welk moment het contract gesloten wordt (bijv. boven het 'yes button'). Gaat deze laatste richtlijn over alle contracten on-line afgesloten, de EU-richtlijn 97/7/EG Overeenkomsten op afstand is bedoeld om consumenten te beschermen. De laatste richtlijn werd in ons land in 2001 ingevoerd; dat gebeurde in titel 9A, Overeenkomsten op afstand; het gaat om door consumenten gesloten overeenkomsten, gesloten door middel van één of meer technieken voor communicatie op afstand'. Kernpunten zijn hierbij de afkoelingsperiode van 7 werkdagen, waarbinnen de consument de overeenkomst kan herroepen, zonder opgave van redenen (art. 7:46d). Verder is er een transparantie-artikel: de verkoper moet voor het sluiten van de overeenkomst een hoeveelheid informatie aan de consument geven (art. 7:46c). Indien niet voldaan is aan de informatieplicht wordt de herroepingstermijn verlengd tot 3 maanden.³⁰

Zoals bekend, neemt e-commerce enorm toe; in 1999 werd dat wereldwijd geschat op USD 12 miljard, hetgeen een toename met faktor 30 was in vier jaar. Dat zal het privaatrecht niet onberoerd laten.

Onze wetgever heeft intussen niet stil gezeten wat de invoering van de E-commerce Richtlijn betreft. Een wetsontwerp dat circuleerde, met een voorstel voor art. 6:227c lid 2 BW is kritisch besproken door F.W. Grosheide.³¹ Onder 'ontvangst' wordt daarbij verstaan het 'toegankelijk zijn' voor geadresseerde. Dat is de digitale wijze van spreken. Verder is er de verplichting tot een ontvangstbevestiging in opgenomen; hierbij is de gedachte dat de digitale post minder betrouwbaar is dan de gewone post, en derhalve een nieuwe regel vereist is.

Het wetsvoorstel is in 2002 bij de Tweede Kamer ingediend; voor een uitvoerige bespreking van het wetsvoorstel verwijs ik naar een artikel van Van Esch in *NTBR*.³² In het wetsvoorstel is ook opgenomen het elektronisch ter beschikking stellen van contractvoorwaarden en algemene voorwaarden, artt. 6:227b, resp. 234, lid 1, sub c. Een kwestie die hieronder nog aan de orde zal

bene al ontvangen. Indien men ontdekt een verkeerde offerte gestuurd te hebben - ik noem maar wat - kan het toch geen kwaad wanneer dat meteen gecorrigeerd wordt door het foutieve bericht uit de mailbox terug te vissen, digitalerwijs? In de klassieke tijd kon toch een verzonden (foute) brief achterhaald worden door een telegram of mondeling bericht?

30. Zie voor dat onderwerp o.m. A.F. Salomons, *WPNR* 6427 (2000); diverse auteurs in *Contracteren*, 2000-2; het thema-nummer 'E-commerce', *WPNR* 6443 (2001); *Afscheid van papier*, preadv. Ver. 'Handelsrecht' 2001, Van Esch c.s. De buitenlandse literatuur over dit onderwerp is omvangrijk, en heb ik helaas moeten laten liggen. Zie ook: J.M. Smits, 'Wat is een overeenkomst op afstand in de zin van art. 7:46a BW?', *WPNR* 6500 (2002), p.585.

31. *WPNR* 6464 (2001), p.941, waar verdere literatuur.

32. *TK* 2001/02, 28 197, nr 1-2. R.E. van Esch, 'Elektronisch contracteren en de aanpassingswet inzake elektronische handel', *NTBR* 2002, p.430.

1. DE OVEREENKOMST

komen bij de bespreking van de algemene voorwaarden-regeling in de wet en het arrest van 1 oktober 1999, *Geurtzen – Kampstaal*, waar de mogelijkheid van digitale bekendmaking al aan de orde gekomen is.³³

33. Zie onder, Hfdst. 4, § 1, nr 13.

§ 8. Naar een nieuw overeenkomstbegrip

A. HET OVEREENKOMST-MODEL

1. *Samenvattende beschouwingen. Introductie van het overeenkomst-model*

Hierboven werd met verwerping van de wilsleer de opvatting verdedigd dat een overeenkomst ontstaat uit *twee eenzijdige rechtshandelingen*, genaamd *aanbod* en *aanvaarding*. Het verlaten van de consensus-leer, maakt het mogelijk het begrip *tweezijdige* rechtshandeling te schrappen.

Mede door haar mystieke grondslag staat dat begrip niet meer in voeling met het ‘recht der werkelijkheid’, ‘the law in action’, zoals dat in de jaren zestig in navolging van Roscoe Pound heette. Een begrip als ‘tweezijdige rechtshandeling’ *funktioneert* niet meer, aangezien zij het recht zoals het zich in de praktijk voltrekt, niet langer weergeeft. Evenmin maakt het de rechtspraktijk doorzichtiger, integendeel.

De door mij voorgestane scheiding van de overeenkomst in twee ‘eenzijdige’ rechtshandelingen¹ sluit naar ik meen wél bij de rechtswerkelijkheid aan. Als consequentie van die opvatting werd door mij de *uitingstheorie-nieuwe stijl* ontwikkeld, ter oplossing van de vraag op welk moment een ‘overeenkomst’ tot stand komt. De term ‘overeenkomst’ kan in mijn visie wel degelijk gehandhaafd blijven, zij het dat daarmee *geen rechtshandeling*, maar uitsluitend een *rechtsverhouding* aangegeven wordt. Men duidt daarmee niet meer aan, dan dat bepaalde personen in een bijzondere verhouding tot elkaar staan, die in bepaalde opzichten afwijkt van de verhouding tussen personen die geen contractspartners zijn. Vergelijkingen zijn te trekken met de figuur van gemeenschap (medeigendom) in het zakenrecht, de huwelijkse staat in het familierecht, de huwelijksgemeenschap in het huwelijksgoederenrecht. Ook daar geeft men met die termen een rechtsbetrekking aan, en niet de wijze van ontstaan daarvan (dat laatste geschiedt door middel van resp. bezitsverschaffing - innavolging van de duitse doctrine als ‘zakelijke overeenkomst’ geconstrueerd -, het aangaan van een huwelijksovereenkomst en van huwelijkse voorwaarden.

Met het oog op het geldend spraakgebruik heeft het zin het begrip overeenkomst te handhaven, in de aangegeven zin.² Op de vraag naar de betekenis van de rechtsverhouding ‘overeenkomst’ voor de rechtsvinding wordt hieronder nog ingegaan.³

Aanvaarding van de hier verdedigde zienswijze van de overeenkomst heeft als aantrekkelijke zijde, dat daarmee een impasse in de rechtswetenschap doorbroken wordt. Zoals in een vooraanstaand handboek opgemerkt wordt, biedt de omschrijving van het begrip overeenkomst het beeld van ‘verschil van opvatting, verwarring en onzekerheid’. Dit brengt schr. tot de conclusie: ‘Het formuleren van een definitie van de belangrijkste en meest voorkomende figuur

1. De toevoeging ‘eenzijdig’ levert in het hier verdedigde systeem een tautologie op. Zij dient slechts om verwarring t.g.v. het heersende spraakgebruik te voorkomen.

2. Zoals bekend wordt in de heersende leer met de term overeenkomst òòk de rechtsverhouding tussen partijen aangeduid, naast de rechtshandeling van het aangaan van een overeenkomst. Vgl. Asser-Rutten II, 3e dr., p. 30 v.

3. Zie Deel 2, Hfdst. 9, § 2, nr 3.

1. DE OVEREENKOMST

uit het burgerlijk recht, de overeenkomst, blijkt dan ook nauwelijks mogelijk'.^{4, 5} Uit deze voor een volwassen wetenschap toch wel wat gênante situatie kan men op de boven aangegeven wijze ontkomen. De behoefte daartoe zal niet bestaan bij degenen die zich met S. Gerbrandy koesteren in de wetenschap dat 'wij eigenlijk altijd wel geweten hebben' wat een overeenkomst is.⁶ Hetgeen ik slechts als 'whistling in the dark' kan zien.

Voor de goede orde vat ik het door mij voorgestelde alternatief nog eens samen, hetgeen tevens als resumé kan gelden van hetgeen in dit hoofdstuk betoogd werd. Reeds het feit dat de consensus-leer hierboven door mij ervan beticht werd op mystiek gebaseerd te zijn, legt op mij de verplichting om bij het bieden van een alternatief tot een zakelijke omschrijving te komen. Naar ik hoop zal de overgang van het vertrouwde en gemoedelijke beeld van de overeenkomst als 'wilsovereenstemming', naar de hiervolgende constructie voor de lezer niet te abrupt zijn. Het hiervolgende kan men als een *model* zien, dat zich door het schuiven met onderdelen of door het toevoegen van nieuwe onderdelen laat wijzigen of uitbreiden, al naar gelang de rechtssituatie die men op deze wijze wil weergeven, dat vereist.

Uit het model komt naar ik meen de wijze van totstandkoming van de rechtsverhouding 'overeenkomst' naar voren, en tegelijkertijd de structuur van die verhouding. Het model dient derhalve om de 'overeenkomst' door te lichten, en gelijk een röntgenfoto van een levend organisme, op deze wijze de (basis-)structuur van het onderzochte voorwerp vast te leggen. Ter verduidelijking laat ik het model vergezeld gaan van een schematische weergave.

Het model geldt in beginsel ook voor andere dan de zgn. obligatore overeenkomsten. De uitwerking die gegeven wordt is echter toegespitst op die laatste groep. Verder ga ik gemakshalve in de omschrijving uit van *twee partijen*, die ieder uitsluitend voor zichzelf handelen. Hieronder wordt nog ingegaan op de variaties die zich op dit thema kunnen voordoen. In het model wordt onderscheid gemaakt tussen overeenkomsten *om niet* en *om baat*. Waar sprake is van een handeling, wordt hieronder steeds verstaan een menselijk handelen in de vorm van een doen of een niet-doen. Ter wille van de overzichtelijkheid ga ik ervan uit dat steeds slechts één handeling in het geding is (dan wel een geheel van samenhangende handelingen), met betrekking tot een bepaald aantal zaken (bijv. de levering van een zaak, of de reparatie van een zaak; al of niet tegen betaling van een geldsom).

4. Asser-Rutten II (1968), p. 3. Die sombere conclusie baseert schr. op de mislukte poging die Meijers in zijn *Alg. begrippen* ondernam, om een gemeenschappelijk kenmerk van alle overeenkomsten te vinden. Zoals elders door mij beschreven is, mislukte deze poging omdat Meijers van de *wilsovereenstemming* als wezensbestanddeel uitging, vgl. *N.U.*, diss. p. 332 v. Ondanks de aangehaalde introductie in mineur, gaat Rutten er echter direkt toe over om onvervaard een definitie van het begrip overeenkomst te geven, in de beste traditie van de wilsleer: (p. 3 v.); Vgl. Asser-Hartkamp II, nr 8 v. Zie ook boven, § 1, nr 2.

5. Vgl. in dezelfde zin: Van Brakel I, p. 511. Aldus ook al Von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, § 140 (1840-49). Vgl. i.h.a. nog Pitlo-Bolweg, *Het Verbintenissenrecht*, (1979), p. 162 v.

6. *Vooruitzichten der rechtswetenschap*, 1964, p. 99 v.

§8. NAAR EEN NIEUW OVEREENKOMSTBEGRIIP

2. Beschrijving van het overeenkomst-model

Onder een *overeenkomst* wordt een rechtsverhouding - dat wil zeggen een stelsel van verbintenissen⁷ - verstaan, die tussen twee personen, aanbieder en geadresseerde, bestaat, en die tot stand is gekomen doordat die personen ieder één (eenzijdige) rechtshandeling verricht hebben (aanbod, resp. aanvaarding genaamd), welke een toezegging tot een rechtens relevant handelen inhoudt.

Een overeenkomst ontstaat op het moment waarop door de geadresseerde de aanvaardingshandeling verricht wordt.

Als *aanbod* geldt die handeling door middel van woorden of gedragingen waaromtrent aan de hand van normatieve uitleg vastgesteld wordt dat zij gericht is tot een ander persoon (de geadresseerde) en dat zij voor de handelende (de aanbieder) bepaalde verbintenissen doen ontstaan.

Daarbij kunnen onderscheiden worden - dit geldt voor zowel de overeenkomst *om niet* als *om baat* -: één (onschendbare) hoofdverbintenis (nl. om de toezegging gedurende bepaald tijd gestand te doen), enkele nevenverbintenissen (bijv. om de te koop aangeboden zaak in goede staat te houden; om in deze pre-contractuele fase rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de geadresseerde, hetgeen kan resulteren in een mededelingsplicht omtrent de eigenschappen van een aangeboden zaak), en één voorwaardelijke verbintenis (nl. om - op voorwaarde van aanvaarding door de geadresseerde - de toegezegde handeling te verrichten), met daarmee samenhangende voorwaardelijke nevenverbintenissen (vgl. onder).

Voor de overeenkomst *om baat* dient daaraan nog te worden toegevoegd: een tweede voorwaardelijke verbintenis (nl. om door het verrichten van een handeling aan de realisatie van de door de geadresseerde toegezegde handeling mee te werken).

Als *aanvaarding* geldt die handeling van de geadresseerde door middel van woorden of gedragingen, waaromtrent aan de hand van normatieve uitleg vastgesteld wordt dat zij gericht is tot de aanbieder, en dat zij bepaalde verbintenissen doet ontstaan en tenietgaan, zowel ten aanzien van de aanbieder als ten aanzien van de handelende zelf.

Met betrekking tot de *aanbieder* is de situatie als volgt - dit geldt voor *beide* overeenkomstfiguren -: de zoëven aangegeven hoofdverbintenis (om zijn toezegging gestand te doen) gaat door de aanvaarding te niet; de voorwaardelijke verbintenis wordt omgezet in een onvoorwaardelijke verbintenis, gemakshalve als hoofdverbintenis aan te duiden (nl. om de toegezegde handeling te verrichten); daarnaast kunnen nevenverbintenissen (zowel voorwaardelijke als onvoorwaardelijke) ontstaan met betrekking tot het verrichten van de handeling, die door middel van normatieve uitleg van het aanbod vastgesteld kunnen worden. Daaronder worden ook die verbintenissen begrepen die uit het klassieke trio wet, gebruik en billijkheid voortvloeien (bijv. bij koop de verplichting tot vrijwaring van lasten en beperkingen, en van gebreken, artt. 7:17 jo. 7:20 en 7:24 BW (art. 1527 oud BW); de verplichting voor de aanbieder om zich in te

7. Onder *verbintenis* wordt hier verstaan: de gebondenheid van een persoon aan een rechtsnorm, die een in rechte afdwingbare verplichting tot een door die norm voorgeschreven handelen met zich brengt. Vgl. hieromtrent Deel 2, Hfdst. 8.

1. DE OVEREENKOMST

dekken in geval van wanprestatie van diens toeleverancier, of om anderszins de schade te beperken).

In geval van een overeenkomst om *baat* komt daar nog bij, dat de tweede voorwaardelijke verbintenis aan de zijde van de aanbieder, omgezet wordt in een onvoorwaardelijke (meewerken aan tegenprestatie).

Met betrekking tot de *geadresseerde*-acceptant is de situatie als volgt - dit geldt voor *beide* overeenkomstfiguren -: door de aanvaarding ontstaat de hoofdverbintenis om door het verrichten van een handeling aan de realisatie van de toegezegde handeling van de aanbieder mee te werken (bijv. om een zaak in ontvangst te nemen, of om een zaak ter bewerking aan de aanbieder ter beschikking te stellen); er kunnen daarmee samenhangende nevenverbintenissen ontstaan (bijv. om een derde aan te wijzen die de zaak in ontvangst neemt indien geadresseerde zelf daartoe wegens overmacht verhinderd is; om een schip aan te wijzen in geval van een f.o.b.-beding; om een kwijting af te geven). Ook kunnen er voorwaardelijke verbintenissen ontstaan (bijv. bij schenking die uit de artt. 7A:1709, 1725 ten 2e en 3e BW; bij lastgeving om niet die uit de artt. 1845-47 oud BW).

In geval van een overeenkomst *om baat* komt daar nog bij: door de aanvaarding ontstaat een tweede hoofdverbintenis aan de zijde van de geadresseerde, nl. om de toegezegde handeling (tegenprestatie) te verrichten; daarnaast kunnen nevenverbintenissen ontstaan, door middel van normatieve uitleg vast te stellen (vgl. boven, m.b.t. de aanbieder).

B. DE TOEPASSING VAN HET OVEREENKOMSTMODEL OP ANDERE PRIVAATRECHTELIJKE LEERSTUKKEN

3. *Verwerping van de 'eenzijdige overeenkomst'. Pre- en post-contractuele fase*

Op de vraag naar de zin van een dergelijke analytische benadering van de overeenkomst, zou ik het volgende willen antwoorden. Door het uiteenrafelen van een doorgaans synthetisch gedacht geheel, worden verschillende problemen in een ander licht

Uit de analyse komt ook naar voren welke belangrijke rol de 'nevenverbintenissen' over en weer spelen, die doorgaans uit regels van de goede trouw voortvloeien. Door een nevenverbintenis te schenden, kan men de hoofdverbintenis frustreren.⁸ Indien men dit resultaat serieus neemt, heeft dit tot consequentie dat het dogmatisch onderscheid dat in de heersende leer gemaakt wordt⁹ tussen *wederkerige* en *eenzijdige* overeenkomsten - met de 'onvolkomen wederkerige overeenkomsten' als tussenhanger - als disfunctioneel verworpen dient te worden. Onder een eenzijdige overeenkomst verstaat men een overeenkomst, waaruit voor slechts één der partijen een verplichting voortvloeit.

8. Voor de overzichtelijkheid wordt hier gesproken van nevenverbintenissen, naast hoofdverbintenissen. Niettemin ben ik van mening dat eerstgenoemde verbintenissen een verschijningsvorm, een concretisering van de laatste zijn. Vgl. in verband hiermee nader, hetgeen hieronder omtrent de methode van rechtsvinding opgemerkt wordt, Deel 2, Hfdst. 9.

9. Vgl. Asser-Rutten, II, p. 49 v.; Pitlo-Bolweg, p. 166 v.; art. 6:261 BW, *Toel.* p. 776 v. Zie ook boven § 1, nr 3d.

§8. NAAR EEN NIEUW OVEREENKOMSTBEGRIJF

De figuren die men daartoe rekent¹⁰, passen echter zeer wel in de boven aangegeven constructie.¹¹ Problemen die zich ten aanzien van de daartoe behorende reële contracten voordoen, verdwijnen indien men de opvatting van Suijling daaromtrent volgt.¹² In het wordend recht (Boek 7) is die figuur vrijwel afgeschaft.¹³ Overigens voorziet art. 6:261 lid 2 BW in de mogelijkheid om de regels voor wederkerige overeenkomsten analoog toe te passen op andere rechtsbetrekkingen.

Het gemaakte onderscheid tussen wederkerige en eenzijdige overeenkomsten wordt in de doctrine van belang geacht voor de toepassing van de artt. 1302 v. oud BW, voor het *risikobeginsel bij overmacht*, en voor de *exceptio non adimpleti contractus*.¹⁴ Aan die artikelen en rechtsfiguren zou slechts in geval van wederkerige overeenkomsten werking toegekend kunnen worden. Mijns inziens is deze redenatie ondeugdelijk. Om ons tot het betoog van Rutten te beperken, zijn uitgangspunt is dat alle genoemde rechtsfiguren beheerst worden door de goede trouw.¹⁵ Dat duidt op zich reeds op een casuïstische aanpak waarbij de omstandigheden van het geval doorslaggevend zullen zijn.¹⁶ Het is niet ondenkbaar, dat ook in geval van de ‘eenzijdige’ overeenkomsten behoefte aan de ontbindingsfiguur bestaat. In de franse doctrine bestaat de trend reeds om art. 1184 CC ook op andere dan zuiver wederkerige toe te passen¹⁷, een zienswijze die bij ons in het genoemde art. 6:261, lid 2 BW een pendant vindt. Wat de *exceptio n.a.c.* betreft, Rutten betoogt ook zelf al dat die exceptie mogelijk moet zijn ‘indien slechts een *bijkomende* verplichting niet wordt nagekomen’.¹⁸ In die gedachtengang is de exceptie in beginsel ook toepasbaar op het terrein van de ‘eenzijdige’ overeenkomsten in traditionele zin.

Aldus kan wederom een dogmatisch erfstuk naar zolder gebracht worden. Ik gaf al eerder aan, dat het begrip overeenkomst in mijn visie slechts staat voor de

10. Formele schenking, borgtocht, lastgeving om niet, bewaargeving om niet, bruikleen en verbruikleen.

11. In de gegeven analyse kwamen schenking en lastgeving al aan bod. Vgl. voor de bewaargeving nog de voorwaardelijke verbintenissen die uit de artt. 7A:1763 en 1765 BW voortvloeien, voor bruikleen, de artt. 7A:1787, 1789, 1790; voor verbruikleen de artt. 1796, 1799. Verbintenissen voortvloeiende uit de goede trouw laat ik daar. Overigens is ook Meijers, *Alg. Begrippen*, p. 318, van mening dat het voorwaardelijk zijn van de contra-prestatie het aannemen van volkomen wederkerigheid niet hoeft uit te sluiten. Voor hem is echter beslissend de *wil of bedoeling* van partijen - een criterium waarop zijn ‘classificatie van overeenkomsten’ berust -, welke door hem subjectief opgevat wordt, vgl. p. 321. Meijers wordt ook hierin gevolgd door de ontwerpers van Boek 6 NBW, vgl. *Toel.* p. 776; ‘Of een partij gehandeld heeft “ter verkrijging van” een vordering op de wederpartij, moet aan economische en *psychologische* begrippen worden getoetst’. Over het door mij gecursiveerde criterium wordt nog opgemerkt, dat het door het vertrouwensbeginsel gecorrigeerd wordt.

12. Suijling, II, no. 64, waarover Asser-Rutten, II, p. 46 v. Zie boven, § 1, nr 3b.

13. Vgl. Asser-Rutten, II (1982), p. 51, waar ook op de werking van art. 6:261 BW in dit opzicht gewezen wordt.

14. Asser-Rutten, II, p. 51; Pitlo-Bolweg, p. 167. Het eveneens genoemde art. 37 F laat ik hier korthedshalve buiten beschouwing.

15. T.a.p., pp. 321 v.; p. 347 v. t.a.v. de *exceptio n.a.c.*

16. M.b.t. wanprestatie van bijkomende aard, idem, p. 349.

17. Id., p. 324.

18. p. 349, mijn curs. Schr. stelt ook nog: ... ‘Soms (eist) de billijkheid, dat de exceptie juist wordt toegepast met betrekking tot verplichtingen welke *niet* elkaars tegenwicht vormen.’

1. DE OVEREENKOMST

rechtsbetrekking, rechtsverhouding tussen twee personen. Daarnaast breng ik in herinnering dat ook de *pre-contractuele* fase waarin personen verkeren, als rechtsverhouding aangemerkt dient te worden.¹⁹ Ook vóór de aanvaarding zijn er immers al verbintenissen ontstaan aan de zijde van de aanbieder, vgl. de analyse van zoëven. Niet anders is het naar ik meen gesteld met de situatie na beëindiging van de 'overeenkomst'. Ook nadien blijven partijen in een verhouding tegenover elkaar staan die door beginselen van goede trouw beheerst wordt. Ook de *post-contractuele* fase dient in mijn opvatting derhalve als rechtsverhouding gekenmerkt te worden.²⁰

19. Vgl. Hfdst. 3, nr 3.

20. Vgl. voor de betekenis van het bestaan van een rechtsverhouding voor de rechtsvinding Deel 2 Hfdst. 9.

§8. NAAR EEN NIEUW OVEREENKOMSTBEGRIJF

1. DE OVEREENKOMST

4. Derdenbeding

Zoals al opgemerkt werd, dient het gegeven schema van de overeenkomst als grondpatroon gezien te worden, dat op velerlei wijze uitgebouwd kan worden. Op enkele van die mogelijkheden wil ik nog wijzen.

De figuur van het *derdenbeding* kan naar mijn mening met gebruik van de hier verdedigde constructie van een degelijke grondslag voorzien worden. Zoals bekend wordt de doctrine al geruime tijd in verlegenheid gebracht door de vraag naar het rechtskarakter van het *derdenbeding*, en werden vele theorieën daartoe ontwikkeld.²¹ Bij het *derdenbeding* zijn er drie personen in het spel, die meestal met de oude, romeinsrechtelijke benamingen aangeduid worden: A, de *stipulator* ('bedinger'), B de *promittens* ('belover') en C de *derde* (de begunstigde, degeen aan wie de belofte ten goede komt). In een schema ziet dit er als volgt uit:



De theorie, dat het *derdenbeding* als een *aanbod* gezien moet worden, dat door de derde aanvaard kan worden, voor het geldend recht verdedigd door Suijling, Eggens en Pitlo²² - de onderlinge nuances laat ik daar -, kan daarbij goede diensten verlenen. Indien men immers aanbod in de boven ontwikkelde zin opvat, behoren de vele voetangels en klemmen rond deze rechtsfiguur - door Schoordijk onder de toepasselijke titel 'negen punten van verwondering' vergaard²³ - tot het verleden. Het *derdenbeding* kan gezien worden als een aanbod dat de *promittens* toegerekend wordt, en dat tot de derde gericht is (niet van belang is, of bij dat 'richten' gebruik wordt gemaakt van een handeling van de *promittens*, dan wel de *stipulator*).²⁴ Door aanvaarding van dat aanbod wordt de derde partij bij de overeenkomst, zodat vanaf dat moment sprake is van een

21. Te weten die gebaseerd op resp. zaakwaarneming, rechtsbevestigende verklaring, rechtsverkrijgende verklaring, aanbod, onbevoegde vertegenwoordiging. Vgl. daaromtrent Asser-Rutten, II (1982), p. 297 v. Asser-Hartkamp II, nr 416 v.; Schoordijk, *Beschouwingen over drie-partijen-verhoudingen van obligatoire aard*, diss. Amsterdam 1958, p. 103 v.; R. Zwitsers, *Rond art. 1376 BW; overeenkomsten gelden vanwege en dus tussen partijen*, diss. Leiden, 1984, p. 72 v.

22. Suijling, II, no. 121; Eggens, *Themis*, 1930, p. 427, *Verz. Priv. Opst.*, I, p. 178 v.; Pitlo-Bolweg, p. 177. Deze theorie wordt door Rutten bestreden met (o.a.) het alleen voor aanhangers van de wilsleer relevante argument, dat de derde en de promissor nimmer *de bedoeling* hebben gehad een overeenkomst aan te gaan, t.a.p., p. 298. De opvatting die Rutten zelf aanhangt (p. 299) valt m.i. niet te onderscheiden van die van het aanbod, al meent schr. zelf dat zij overeenkomst vertoont met die van de rechtverkrijgende verklaring.

23. T.a.p., p. 103 v.

24. Eggens en Pitlo menen dat het aanbod van de *stipulator* uitgaat. Suijling laat het aanbod van de *promittens* uitgaan.

§8. NAAR EEN NIEUW OVEREENKOMSTBEGRIP

drie-partijen-overeenkomst.²⁵ Zoals reeds betoogd werd, is een aanbod een rechtshandeling, zij kan derhalve niet herroepen worden²⁶, terwijl door onder curatelestelling of faillissement van de aanbieder-promittens het voortbestaan van de rechtshandeling - en daarmee van de mogelijkheid van aanvaarding - niet teniet gedaan wordt. In deze opvatting worden aan het derdenbeding geen grenzen gesteld, hetgeen aansluit bij de tendens die in de jurisprudentie inzake art. 1353 (oud) te onderkennen is, waarmee aan de behoeften van de praktijk tegemoetgekomen wordt. Deze tendens wordt in de moderne literatuur gesteund, en heeft ook in het huidige BW een plaats gevonden.²⁷

De leer van Schoordijk inzake het derdenbeding vormt in wezen slechts een variatie op de aanbodtheorie. Ook in zijn opvatting is er sprake van een aanbod dat van de promittens uitgaat, doch nieuw is de toevoeging, dat de stipulator als onbevoegd vertegenwoordiger van de derde dat aanbod aanvaardt, welke aanvaarding door die derde bekrachtigd kan worden.²⁸ Doordat in Schoordijks opvatting de bekrachtiging door de derde centraal staat, onderscheidt zijn zienswijze zich van de andere in enkele - met het rechtskarakter van de bekrachtiging samenhangende - opzichten. Het belangrijkste verschil ligt hierin dat in schr.'s stelsel de aanvaarding *terugwerkende kracht* heeft, de promittens is *ab initio* jegens de derde gebonden.²⁹

Het valt buiten het bestek van dit betoog om op de problematiek van het derdenbeding nader in te gaan.³⁰ Vermelding verdient nog het stelsel van het huidige BW waarin de ontwerpers tussen alle opgeworpen methodische klippen

25. Aldus ook art. 6:254 lid 1 BW. Suijling drukt het aldus uit: 'de zgn. overeenkomst ten behoeve van derden is een driepartijenovereenkomst die niet in één, maar in tempo's wordt gesloten'.

26. Voor het oude recht behoeft art. 1653, lid 2, BW hieraan niet in de weg te staan. Daar wordt slechts bepaald dat *na aanvaarding* de stipulator het beding niet kan herroepen. Over de situatie *vóór* aanvaarding zwijgt de wet. Indien men deze leemte op redelijke wijze aanvult, d.w.z. op grond van het *rechtssysteem*, dan moet de uitkomst luiden dat ook hier het aanbod, als gerichte rechtshandeling, onherroepelijk is direkt na zijn totstandkoming (vgl. boven). *Anders* art. 6:253 lid 2 BW, op zwakke gronden, vgl. *Toel.* p. 768. Als argument voert men daar aan, het geval dat geen termijn voor aanvaarding gesteld kan worden, met een verwijzing naar art. 3:69, lid 3 (bekrachtiging i.g.v. onbevoegde vertegenwoordiging). Niet valt in te zien, waarom niet uitdrukkelijk dan wel 'stilzwijgend' een termijn aangenomen kan worden. Trouwens ook art. 3:69 lid 4, gewaagt van een 'redelijke termijn' die te stellen valt. Vgl. ook art. 6:253, lid 4; nr 502 v.

27. Vgl. *Toel.* NBW, ad art. 6.5.3.5-8, p. 766 v. (6:253 e.v.).

28. T.a.p., p. 119. Schoordijk vond met zijn opvatting weinig weerklank, vgl. daaromtrent P. van Schilfgaarde, *Toerekening van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1969, p. 18 v. waar de bestrijding van Schoordijks leer (door Rutten en Ankum) aan de kaak gesteld wordt.

29. P. 112. Andere verschillen zijn: de derde kan bekrachtigen zonder door promittens of stipulator op de hoogte gesteld te zijn van de mogelijkheid daartoe (p. 113); de verklaring van bekrachtiging is géén gerichte handeling (p. 114, dit in navolging van Asser-Scholten-Bregstein). Vgl. echter ook Asser-Van der Grinten, 7e dr. (1990), nr 83 v., die de bekrachtiging als gerichte handeling ziet, welke zienswijze meer past bij de hier verdedigde aanvaardingsconstructie.

30. Met name zou onderzocht moeten worden of de terugwerkende kracht van de aanvaarding, wel steeds gewenst is. Suijling - die een dergelijke werking, als gebaseerd op art. 1353 *oud* afwijst - wijst nog op de mogelijkheid dat promittens en stipulator uitdrukkelijk kunnen overeenkomen, dat het vorderingsrecht van de derde geacht zal worden van het tijdstip der contractssluiting te dateren, t.a.p., no. 202.

1. DE OVEREENKOMST

doorzeilend, tot een regeling gekomen zijn, waarbij de derde het beding door een verklaring dient te 'aanvaarden', welke aanvaarding terugwerkt tot het moment waarop de overeenkomst werd gesloten.³¹ De kritiek van Van Schilfgaarde op de opvatting van Rutten: 'Hiermede wordt ... helemaal geen verklaring gegeven maar alleen een wat kleurloze beschrijving van wat plaatsvindt'³², is naar mijn mening evenzeer van toepassing op de visie van de ontwerpers.

In art. 6:253 lid 4 wordt nog bepaald ten aanzien van een 'onherroepelijk derdenbeding om niet', dat dit als aanvaard geldt indien het ter kennis gekomen is van de derde en niet 'onverwijd' afgewezen is. Zie verder ook nog de artt. 6:254-256 voor de gevolgen van het derdenbeding.

5. *Vertegenwoordigingsfiguren. Rechtmatige daden*

Het boven ontwikkelde overeenkomst-model leent zich ervoor ook andere rechtsfiguren doorzichtig te maken, zoals de vertegenwoordiging, in haar verschillende vormen. De *onmiddellijke vertegenwoordiging* kan met het basismodel tot uitdrukking gebracht worden: hier wordt immers de handeling van de vertegenwoordiger de vertegenwoordigde toegerekend. Rechtens verricht de laatste het aanbod, al gebeurt de feitelijke handeling door de vertegenwoordiger.³³ Bij de *middellijke vertegenwoordiging* ligt de zaak wat gecompliceerder, en dient het model 'uitgebouwd' te worden. Aangezien de vertegenwoordiging hieronder nog ter sprake komt, waarop niet vooruitgelopen kan worden, zou ik op deze plaats een korte opmerking willen maken. Hierbij zal ik mij (nog) van het gebruikelijke jargon en van de gebruikelijke voorstellingswijze bedienen.

Geen punt van discussie bij dit zo omstreden leerstuk vormt de stelling, dat de middellijk vertegenwoordiger B, die 'op eigen naam' doch 'voor rekening van' A met een derde C handelt, zichzelf jegens C bindt. Betwist is de rechtspositie van A, de principaal. In de jongste tijd zijn twee mogelijkheden verdedigd, nl. dat A ten opzichte van C slechts als debiteur te gelden heeft, terwijl een andere zienswijze is, dat A zowel als debiteur en als crediteur ten opzichte van C aangemerkt moet worden. Met andere woorden in het laatste geval zijn A en C contractspartijen (hetgeen ook voor B en C geldt). Evenals bij het derdenbeding het geval is, is hier derhalve sprake van een *drie-partijen-overeenkomst*. Zoals gezegd wilde ik op deze plaats slechts in het voorbijgaan op deze figuur wijzen, in het kader van de toepassingsmogelijkheden van het ontwikkelde overeenkomst-model.

Een ander toepassingsterrein van het hier ontwikkelde overeenkomst-model, is dat van de zgn. *rechtmatige daden*, door de wetgever gerekend tot de

31. Vgl. art. 6:253 en *Toel.* p. 767 v.; Schoordijk vindt men merkwaardigerwijze niet vermeld. In het artikel wordt een onderscheid gemaakt tussen herroepelijke en onherroepelijke bedingen. T.a.v. de eerste wordt bepaald dat zij kunnen worden herroepen totdat de derde het beding heeft aanvaard (lid 2). Zoals eerder beschreven, is het aanbod in het huidige BW in beginsel herroepelijk; redelijke wetsuitleg leidt echter tot de conclusie dat het normale aanbod in beginsel onherroepelijk is, zie boven, § 3.

32. T.a.p., p. 18. In dezelfde zin reeds (t.a.v. de vorige druk van Asser-Rutten), Schoordijk, p. 119.

33. Vgl. voor vertegenwoordiging als vraagstuk van rechtsvinding, zie Deel 2, Hfdst. 9, § 3.

§8. NAAR EEN NIEUW OVEREENKOMSTBEGRIP

verbintenissen uit de wet. Deze rechtsfiguren, zaakwaarneming, onverschuldigde betaling, ongegronde verrijking, vormen, zoals bekend een zeer controversiële materie. Zaakwaarneming wordt bijvoorbeeld door de één als rechtshandeling gezien, een ander ziet daar geen rechtshandeling in, een derde spreekt van quasi-rechtshandeling. De grenzen tussen deze rechtsfiguren zijn vaag. Onder het oude recht werd in de heersende leer bijvoorbeeld voor een aktie uit onverschuldigde betaling vereist, dat van ongegronde verrijking sprake moet zijn, hetgeen men ook weer aldus geformuleerd vindt, dat een aktie uit ongegronde verrijking gebaseerd is op de artt. 1395 e.v. oud BW (vgl. thans art. 6:212 BW). In deze uiterst complexe materie heeft de toepassing van het beschreven overeenkomst-model, zo nodig met gebruikmaking van de figuur die als ‘vertegenwoordiging’ bekend staat, een sanerende werking. Daaraan zal echter hieronder een afzonderlijke beschouwing gewijd worden.³⁴

6. *Perspectief*

Reeds eerder werd gesteld, dat het arrest van de hoge raad van 19 december 1969, *Lindeboom - Gem. Amsterdam*, dezelfde perspectieven biedt als het arrest *Lindenbaum - Cohen* een halve eeuw eerder. Het verlaten van de wilsovereenstemming van partijen als grondslag en kenmerk van de overeenkomst - de belangrijkste rechtsfiguur uit het privaatrecht - biedt ongekennde mogelijkheden voor de ontwikkeling van het verbintenissenrecht. Het is nauwelijks overdreven, te stellen dat er een dimensie aan het verbintenissenrecht is toegevoegd. Enkele exploraties van het nieuwe, onbekende terrein werden hierboven ondernomen, nog enkele zullen volgen. Nu de overeenkomst bevrijd is uit het enge kader, waarin zij sinds de opkomst van de pandektisten in de vorige eeuw geplaatst is, ligt de mogelijkheid er voor ons om tot een werkelijk open systeem van verbintenissen te komen.³⁵

34. Vgl. Deel 2, t.a.p.

35. Zie Deel 2, Hfdst. 8, waar het open systeem van verbintenissen aan de orde komt, in het kader van art 6:1 BW.

Hoofdstuk 2.

De inhoud van de overeenkomst: uitleg van overeenkomsten

§ 1. Inleiding. Het rechtskarakter van de uitleg

Met de uitleg is het wonderlijk gesteld. Het is typisch een begrip, waarvan de meeste juristen denken dat nadere uitleg wat dit begrip inhoudt, overbodig is, aangezien daarover geen misverstanden mogelijk zijn. Intussen wijzen theorie en praktijk anders uit. Het is ook een begrip, waar rechtsfilosofische, taalfilosofische en rechtspolitieke lijnen elkaar kruisen, om de psychologische niet te vergeten. Dit klinkt rijkelijk hoogdravend, en dat is het ook. Ik wil deze stelling aan de hand van een aantal voorbeelden verduidelijken, en daarmee op de begane grond zetten. Daarbij ga ik van twee premissen uit, allereerst dat de doorsnee jurist een uiterst naïef beeld heeft van wat taal eigenlijk is, en hoe mensen daarvan gebruik maken, wat Schopenhauer 'Barbiergesellmetaphysik' zou noemen, hetgeen niet gelijk te stellen is met kapperscultuur, maar wel in de buurt komt. Een tweede premisse, die eveneens meestal uit het oog verloren wordt, is dat het uitleg-probleem per definitie pas een probleem is, indien partijen tot een verschillende uitleg van de rechtshandeling in kwestie, meestal een tekst waarin deze vorm gekregen heeft, gekomen zijn en zo een geschil ontstaan is. Dit lijkt evident, hetgeen ik niet zal ontkennen, maar ik bedoel hiermee aan te geven, dat de uitleg-kwestie daardoor niet uitsluitend een taal- of rechtsvindingsprobleem is dat partijen verdeeld houdt, maar dat zij tegelijkertijd een *belangenconflict* is. Als de ene uitleg leidt tot een vordering van f 2.000,-, en de andere tot een van f 50.000,-, zoals in het *misverstands*-arrest het geval was, dan is het ook een economisch belang om te trachten de wederpartij, of eventueel de rechter of arbiter, ervan te overtuigen dat de eigen uitleg de juiste is. De mens is immers behalve een sociaal en ethisch dier, ook een economisch dier. Dat daarbij ook grenzen in zicht komen van wat oorbaar is en niet, laat zich denken. *Homo homini lupus*: 'niets menselijks is mij vreemd, sprak de wolf'. Een intrigerende vraag is hierbij of de procesgang zelf niet reeds als drukmiddel gehanteerd kan worden. Immers, als men bedenkt dat een procedure in verschillende instanties de duur heeft van minimaal een academische studie (oude stijl), dan beseft men dat het oude gezegde, 'Wie pleit om een koe, legt er een op toe' hier opgeld doet. De economisch zwakkere partij, niet altijd particulieren maar ook kleine en middelgrote bedrijven, kan het zich eenvoudigweg niet permitteren om het uitleg-geschil door een rechter te laten beslechten. Dit is uiteraard een algemeen aspect van de betekenis van het recht voor de conflictbeslechting in het contractenrecht.

Terug naar de eerste premisse, het taalbeeld van de jurist. Naar mijn idee beseffen juristen, wetgevers inclusief, veel te weinig wat zij in hun metier met de taal doen, wat voor betrekkelijk hulpmiddel dit is bij intermenselijke transacties.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

Aan het begin van deze eeuw heeft Paul Scholten de spreuk in roulatie gebracht, dat 'woorden nooit duidelijk zijn'. Dit veel met instemming of afgrijzen geciteerde maxime moet men op zich ook weer 'uitleggen', dat wil zeggen niet op zich in grammatikale zin nemen. Bedoeld werd, dat woorden nooit *los van de context waarin ze gebruikt werden, in het maatschappelijke verkeer, duidelijk zijn*. Het leuke van woorden is, en dat schijnen juristen meestal te vergeten, dat ze zo vaak verschillende betekenissen hebben. Dat is vaak echt leuk: de meeste vormen van humor bestaan uit woordgrapjes, men moet maar eens een conference van een Wim Kan of een Freek de Jonge daarop turven. Voorbeeld uit mijn schooltijd, een nette mop: Op het platteland wordt telefoon aangelegd, en de boerenbevolking wordt verzocht toestemming te verlenen voor het plaatsen van telefoonpalen en -leiding over hun land (de Belemmeringenwet Privaatrecht speelde kennelijk nog niet). Eén boer weigert hardnekkig. Tenslotte naar zijn beweegredenen gevraagd, zegt hij: 'er staat in de Bijbel geschreven: 's Heeren goedheid kent geen palen!' Einde mop. Dit brengt overigens in herinnering dat over de uitleg van de bijbel hele oorlogen gevoerd zijn, letterlijk en figuurlijk ('heeft de slang gesproken?') is een nawee in onze eeuw van exegetische bespiegelingen in de reformatietijd). Wat dat betreft staat het recht niet zo ver van de religie, waar het eens uit is voortgekomen. 'Het is maar een weet, sprak de exegeet', kenmerkt ook vele juridische discussies heden ten dage.

De betekenis van woorden, zo kan onze conclusie zijn, nog steeds als keukentafel-filosofie, staat nooit bij voorbaat vast, los van de context waarin ze gebruikt zijn. Men kan denken dat dit schromelijk overdreven is. Twee voorbeelden, gesteund door engelse jurisprudentie: het woord 'jaar' en het woord 'dozijn'. Op het eerste gezicht is geen sprake van meer dan één gangbare betekenis. Het eerste woord stond in een contract met een toneelspeler; de rechter stelde vast dat 'jaar' hier gelijk staat met 'toneel-seizoen', aangezien dat in die wereld gebruikelijk was. Dit moet voor studenten, gewend aan het 'akademisch jaar' te volgen zijn. Het tweede geval betreft een oud gebruik in delen van Engeland waar de Normandiërs beschaving gebracht hebben, waarbij in de handel onder een dozijn dertien stuks verstaan wordt.

Nog een derde voorbeeld, uit de duitse rechts sfeer, ook echt gebeurd. Een excentrieke, rijke oude man, placht zich na het diner terug te trekken om nog een drankje te drinken met zijn gasten, en stelde daarbij steevast voor, om 'naar de bibliotheek' te gaan. Dat bleek dan, zoals de gasten vrij gauw merkten, zijn ruim voorziene wijnkelder te zijn. Wat wil, de man gaat dood, en vermaakt in zijn testament 'mijn bibliotheek' aan zijn neef Wolfgang. Wat is rechtens, heeft Wolfgang nu aanspraak op de bibliotheek of op de mooie wijnkelder?

Het is hier niet de plaats om voor en tegen van de te prefereren uitleg te bespreken, die verband houden met het specifieke karakter van uitleg van testamenten, het dient hier als voorbeeld van een rechtspolitieke keuze: moet men bij de uitleg van de akte binnen de vier hoeken van de akte blijven en uitsluitend taalkundige uitleg toepassen, of mag men naar de omstandigheden van het geval kijken? (de man had een bibliotheek van 3 of 3000 boeken, de neef was een dierbaar familielid of niet, een boekenwurm of een levensgenieter, stond de erflater bekend om zijn 'practical jokes' of niet? - met andere woorden, was dit zijn allerlaatste grap?, etc.). Bij contracten, waar twee partijen handelen en een authentieke akte doorgaans niet gebruikt wordt om de rechtshandeling vast te leggen, is de problematiek in wezen dezelfde.

§1. HET RECHTSKARAKTER VAN DE UITLEG

In beide situaties gaat het au fond om een tegenstelling die zo oud is als de wereld, die tussen rechtszekerheid en billijkheid; de Janus-kop in het recht, het ene gezicht gericht op de belangen van maatschappelijke ordening en zekerheid in het rechtsverkeer, het andere gezicht gericht op de billijke oplossing in het concrete geval. Deze dialektische spanning komt ook fraai tot uiting in het stelsel van het oude BW, de verhouding tussen de artt. 1374 en 1375 BW. Het 1e lid van art. 1374 stelt immers dat een wettiglijk gemaakte overeenkomst partijen tot wet strekt, terwijl art. 1375 voorhoudt, dat de overeenkomst niet alleen bindt tot datgene dat uitdrukkelijk bepaald is, maar ook tot hetgeen naar de aard van de overeenkomst door de billijkheid, het gebruik of de wet wordt gevorderd. Als traît d'union fungeert hierbij lid 3 van art. 1374, dat partijen oplegt de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren. (Vgl. thans art. 6:248 BW, minder expliciet). Overigens is, zoals wij nog zullen zien, de toepassing van deze artikelen bij de uitleg inzet van de methodenstrijd op dit gebied: voor de een vanzelfsprekend, voor de ander verboden, met wederzijds onbegrip (of onwetendheid) ten aanzien van andersdenkenden.

Een mogelijkheid die men bij de uitleg van testamenten niet, en bij die van overeenkomsten doorgaans wel heeft, is navraag te doen bij degeen die de tekst opgesteld heeft. 'Wat bedoelde u eigenlijk met de woorden...?' Dit is een oude uitlegmethode, die uitgaat van uitleg als de vaststelling van de bedoeling (wil) van degene die de verklaring afgelegd heeft - die ik de 'historisch-psychologische methode' genoemd heb. Ook hier leert het dagelijks leven, dat dit een simplificatie van de werkelijkheid is. Het is niet alleen zo, dat mensen vaak geen helder beeld hebben van wat zij eigenlijk bedoelen met woorden, en dat het achteraf mooi praten is, zeker als er grote belangen op het spel staan, vaak levert de mening van de 'Urheber' van de tekst een vertekend of zelfs misleidend beeld op. Als men af had moeten gaan op wat Karel Appel in zijn begintijd van zijn kunstwerken zei, 'ik rotzooi maar wat an', dan hoefde men zijn werk niet eens in de contra-prestatie regeling te brengen. Een even bekend voorbeeld uit de muziekwereld; als men af moest gaan op de opmerking van Jo Vincent na het zingen van de Mattheus Passion: 'die hangt weer', dan zou men kunnen denken dat haar aria's gespeend waren van enige emotionele betrokkenheid bij het Lijdensverhaal. Wat in de kunst geldt, is doorgaans ook in het recht van toepassing. Het is simplistisch om te denken dat men voor de betekenis van een wet de bedoeling (wil) van de wetgever moet opsporen, hetgeen het geloof van generaties juristen geweest is en vaak nog is, of dat men om de betekenis van een vonnis of arrest te weten te komen, het beste bij de rechters of raadsheren in kwestie terecht zou kunnen. Zoals Bregstein eens zei: 'het vonnis is beter dan zijn makers'. Dit is voor juristen een zeer belangrijk inzicht, dat ook gelding heeft bij wetsuitleg en contractsuitleg. Een vonnis, wet of contract kent wanneer het totstandgekomen is een eigen leven, en krijgt een betekenis die niet uitsluitend meer bepaald kan worden door zijn schepper(s). Zij maken deel uit van het rechtsleven en zijn daarbij onderworpen aan de ontwikkeling van de rechtsnormen en maatschappelijke opvattingen. Het recht is immers dienstbaar aan de maatschappij, die in constante beweging en ontwikkeling is. Dit laatste is het credo van die auteurs die in de afgelopen honderd jaar een methode van uitleg voorstonden, die ik 'normatieve uitleg' genoemd heb, waarbij het proces van uitleg beheerst wordt door rechtsnormen, met name het beginsel van de goede trouw, de norm der normen in het verbintenissenrecht en trouwens het

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

privaatrecht als geheel. Dit zijn schrijvers die, in de woorden van Paul Scholten, de geest van het contract boven de letter stelden (de band tussen recht en religie is kennelijk nog niet geheel verbroken).

Alvorens nog enkele rechtstheoretische kanttekeningen bij dit thema te maken, wil ik nog even stilstaan bij het aspekt dat ieder uitlegger een beleid voert, ook de rechter. Zijn bezigheid is ook in die zin 'normatief', dat hij vaststelt wat rechtens de betekenis is van een bepaalde rechtshandeling (tekst). Wat dit onderwerp zo ondoorzichtig maakt, is dat de rechter soms met het oog op de geest van het contract, zich bewust aan de letter houdt. Ik noem dat het *Shylock-effect*; in *De Koopman van Venetië* is de dramatische ontknoping dat Shylock na zijn weddenschap met Antonio als borg gewonnen te hebben, waarbij de inzet was een pond vlees van het lichaam van de laatste, in zijn vordering tot nakoming door de rechter in het gelijk gesteld wordt, en tot de tenuitvoerlegging mag overgaan. Men kent de afloop van deze venetiaanse rechtsvinding: Shylock mag zijn recht uitoefenen, maar het contract spreekt van 'een pond vlees', dat wil dus zeggen, aldus de rechter, geen druppel *bloed*. In dat geval wacht de crediteur de doodstraf wegens 'contempt of court', zoals de Engelsman dat noemt.

De venetiaanse rechter volgde overigens een adagium uit het oude Rome, de nog steeds in alle westerse landen gehanteerde *contra proferentem* regel: een contractsbepaling wordt indien deze onduidelijk is, uitgelegd in het nadeel van degenen die de bepaling opgesteld heeft, in de praktijk de sterkere partij. Onze wetgever nam dit op in art. 1385 oud BW. Dat de rechter een vrije hand heeft bij de bepaling wat als onduidelijk heeft te gelden bewijst het stuk van Shakespeare.

Het beleid van de rechter voert ons naar de rechtstheoretische en rechtsvindingsaspecten. Is hier geen sprake van wat de Duitsers 'hineininterpretieren' noemen, lijkt het er niet op dat het doel de middelen heiligt? Dat is bij de zogenaamde teleologische uitleg per definitie het geval; als dit maatschappij-gericht is dan ligt de benaming sociologisch-teleologisch voor de hand, een predikaat dat bijvoorbeeld bij de uitlegmethode van Paul Scholten past. Ik heb elders over deze zaken geschreven, waarnaar ik hier verwijs.¹ Slechts op twee taalfilosofische bronnen die de jurist ten dienste staan zou ik willen wijzen; een van vaderlandse bodem, die door Drilsma onder de aandacht gebracht is, nl. de theorie van Reichling van het handelingskarakter van het woord², en de hermeneutiek van Gadamer, die door Duitse auteurs als Esser voor het juristenvolk toegankelijk gemaakt is.³ Quintessens van de laatste zienswijze is, dat een uitlegger (interpreet, zoals dat in lelijk jargon heet) nooit onbevooroordeeld op een tekst kan afkomen, dat wil zeggen, dat hij slechts met behulp van zijn bestaande vooroordelen een zinnige betekenis aan een tekst kan geven (de zgn. 'hermeneutische cirkel'). Zijn subjektiviteit is dus niet een handicap die slechts overwonnen dient te worden wil een 'objektieve' benadering van de tekst mogelijk zijn, neen het tegendeel is het geval: dankzij zijn subjektiviteit kan hij tot enige betekenis-toekenning komen. Het beleidsaspect zit hierin, dat het doel van iedere uitleg een bepaalde ordening is,

1. Zie hiervoor o.m. *N.U.*, diss. p. 222 v. (*Dialektiek R. en R.*, 1a, p. 25 v.).

2. Vgl. R.L. Drilsma, *De woorden der wet of de wil van de wetgever*, diss. Amsterdam 1948, en zijn bijdrage in de Kisch-bundel, 't *Exempel dwingt*, 1975, p. 69 v.

3. Vgl. mijn beschouwingen in *Dialektiek R. en R.*, 1a, p. 71 v.; 100.

§1. HET RECHTSKARAKTER VAN DE UITLEG

waarbij de tekst slechts een ‘ontwerp’ is, dat in het uitlegproces nadere inhoud krijgt in het licht van de behoeften die dan bestaan. Dit thema kan aan de hand van contractsuitleg, zowel als wetsuitleg geïllustreerd worden. Voor dat laatste wijs ik op het fenomeen, dat teksten in ons oude BW vaak letterlijk dezelfde zijn als die in de Code Civil in België of Frankrijk, maar in doctrine en jurisprudentie een tegengestelde betekenis gekregen hebben (denk bijvoorbeeld aan de aansprakelijkheid voor zaken, en de verborgen gebreken regeling). Maar genoeg over de rechtsvinding.

Uit het bovenstaande kan de indruk gewekt zijn, dat het leerstuk van de uitleg ondanks deze simpele weergave best gecompliceerd is, en verder dat de meningen aardig verdeeld zijn. Dat zal ik niet tegenspreken. Ik heb getracht aan te geven wat de achtergronden van die verdeeldheid in de doctrine kunnen zijn. Dat is niet overbodig, aangezien de theorie die ik in mijn proefschrift van 1971 verdedigde, zoals een commentator het stelde, ‘op veel tegenspraak gestuit is’, anders gezegd, veel misverstanden opgeroepen heeft. Ik zal daarop later in dit hoofdstuk ingaan, maar kan niet laten om bij voorbaat de belangrijkste misvattingen te signaleren. Die zijn grosso modo drieërlei: men denkt in kringen van de oppositie dat de leer van normatieve uitleg van mij afkomstig is, c.q. dat ik hem bedacht heb; ten tweede is niet duidelijk hoe deze leer zich tot de vertrouwensleer verhoudt; tenslotte meent men dat het in theorie en praktijk lood om oud ijzer is welke uitlegmethode men aanhangt, omdat de uitkomsten steeds gelijk zijn, hetgeen ook aldus geformuleerd is, dat er in wezen geen verschil van mening over dit onderwerp bestaat. (N.B.: ik heb het niet over de wèl door mij ontwikkelde ‘toerekeningsleer’, maar over ‘normatieve uitleg’, het onderwerp van dit hoofdstuk.)

De bovenstaande tekst is van de vorige druk, uit 1985. In de afgelopen acht jaar is één en ander gebeurd: nieuwe jurisprudentie is verschenen, van Asser-Hartkamp II verschenen inmiddels twee nieuwe drukken (1989 en 1993), maar de gesignaleerde misverstanden zijn nog steeds niet de wereld uit. Sterker nog, er zijn enkele aan toegevoegd, namelijk dat ‘normatieve uitleg’ los staat van het verwerpen van het onderscheid uitleg - aanvulling van de overeenkomst, en dat uitleg geen rechtsvraag zou zijn die in cassatie getoetst kan worden. Dat laatste is overigens (nog steeds) het standpunt van Hartkamp waarover ik met hem eind 1992 de degens gekruist heb in *Ars Aequi*.

In de jurisprudentie was tot in de jaren ‘90 vaak de inzet van de cassatieprocedure dat het hof in kwestie (vaak: Amsterdam) nog niet toe was aan normatieve uitleg, het *Haviltex*-arrest niet (goed) kende en nog gebakken zat aan de filosofie van de artt. 1378 en 1379 oud BW (niet door middel van uitleg afwijken van duidelijke woorden van het contract), zodat de hoge raad orde op zaken moest stellen. Er worden overigens vrij veel uitleg-zaken aan de cassatierechter voorgelegd; a-g Hartkamp meldt in een conclusie dat in de periode 1987-1990 ruim 40 arresten over uitleg geweest zijn, waarvan de helft ongepubliceerd gebleven is. Uitleg is dus een leerstuk dat van groot praktisch belang is; voeg daaraan toe de hoeveelheid misverstanden die in omloop is, dan is de conclusie gerechtvaardigd dat dit onderwerp ruime aandacht verdient. De beschouwingen uit de eerst druk over het stelsel van het oude BW bleken bij nader inzien toch van belang voor het huidige recht. In het geldende BW is de uitleg niet geregeld - de artt. 1378 v. zijn geschrapt - het onderwerp wordt aan de rechtswetenschap en rechtspraak overgelaten. Het ‘oude recht’ is derhalve nog

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

steeds relevant. Verder kan kennisname van de ontwikkeling in rechtspraak en doctrine van deze eeuw het verschil van opvatting in onze tijd verduidelijken. Over sommige kwesties wordt al meer dan een halve eeuw gediskussieerd, zonder dat men daar meestal erg in heeft. Dat kan alleen maar leerzaam zijn voor de jonge jurist.

Ten slotte is er nog een laatste argument voor handhaving van de bespreking van de doctrinaire strijd onder het oude recht: de artt. 1378-1382 oud BW zijn weliswaar geschrapt, maar de tweeling-artikelen over uitleg van testamenten, artt. 932-934 BW komen terug, in Boek 4, erfrecht, art. 4.3.1.8. Met alle gevolgen vandien.

De hier volgende paragrafen zijn ontleend aan mijn dissertatie uit 1971. In § 10 wordt de draad van de eerste druk van dit boek, uit 1985, weer opgenomen, en weer verder gesponnen aan de hand van de nieuwe jurisprudentie. Datzelfde gebeurt in § 14 v. met de rechtspraak die sinds 2e druk (1993) en 3e druk (1997) verschenen is.

§ 2. Uitleg van overeenkomsten

A. DE DOCTRINE INZAKE UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN. TWEE SCHOLEN: HISTORISCH-PSYCHOLOGISCHE UITLEG CONTRA NORMATIEVE UITLEG

1. *Inleiding. Verklaring van de bestaande controverse. Twee visies op het wetsstelsel*

Hierboven werd reeds ingegaan op de betekenis van het bestaan van een rechtsverhouding voor de uitleg van rechtshandelingen van een persoon die bij de rechtsverhouding betrokken is. Daarbij vormde vooral de overeenkomst - door mij uitsluitend als rechtsverhouding gezien - illustratiemateriaal. De vraag rijst echter, op welke wijze het daar betoogde aansluit bij het leerstuk dat als 'uitleg van overeenkomsten' bekend staat. Een rechtsterrein dat overigens de bakermat vormt voor de normatieve uitleg, zoals deze al aan het eind van de vorige eeuw ontwikkeld werd, alsook van de oudere historisch-psychologische methode. Nagenoeg alle literatuur inzake uitleg van rechtshandelingen werd gewijd aan overeenkomsten, en voor het overige aan testamenten. Ik geef allereerst een korte omschrijving van beide genoemde methoden, ontleend aan hetgeen in de Inleiding op mijn proefschrift gesteld werd.

In de oudste stroming, door mij *historisch-psychologisch* genoemd, baseert men zich op de wilsleer, waarbij de wil van de handelende(n) als het rechtscheppend element van de rechtshandeling gezien wordt. Uitleggen is in deze visie niet anders dan *het vaststellen van de wil die de handelende bij het verrichten van de rechtshandeling bezat*.

Aangezien die wil bij zijn vaststelling moeilijkheden oplevert, omdat het immers een psychisch verschijnsel betreft, dat niet voor directe waarneming vatbaar is, dient men zich bij de uitleg noodgedwongen te richten op de uiterlijke verschijning van die wil, hetgeen bekend staat als de *wilsverklaring*. Aldus verkrijgt men een beeld van hetgeen naar alle waarschijnlijkheid de *reële* wil van de handelende, *ten tijde van het handelen* was. In deze opvatting geldt uitleg derhalve als een bewijsprocedure waardoor de historische, psychische wil van de handelende komt vast te staan, zij het slechts bij wijze van waarschijnlijkheidsberekening, vandaar mijn benaming *historisch-psychologische methode*. In de andere stroming wordt uitgegaan van een methode die ik 'normatieve uitleg' noemde. Hierin staat de gedachte centraal, dat niet de subjektieve wil van de handelende voorwerp van uitleg vormt, maar *de handeling zèlf*. Uitleggen is in deze zienswijze *het vaststellen van de rechtsbetekenis van een feitelijke handeling*, het bepalen van haar rechtsgevolgen.

In de literatuur van deze eeuw vindt men deze gedachte doorgaans als volgt uitgewerkt. Evenals in de zoëven beschreven feitelijke uitlegmethode, kent men aan de wil van de handelende persoon een centrale plaats toe. De inhoud van dat begrip is hier echter een geheel andere: slechts de *geobjektiveerde wil* van de handelende heeft men op het oog, dat wil zeggen de wil zoals die door de wederpartij van de handelende *redelijkerwijze mocht worden opgevat*. Hiermee komt het normatieve element in het spel. Een gevolg van deze zienswijze is dan ook, dat de uitleg beheerst wordt door het *beginsel van de goede trouw*, m.a.w. het betreft in deze opvatting een *rechtsvraag*, en geen bewijsvraag. Terzake is

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

hier niet de vraag - nog wel als enige - of de wil van de handelende op een gegeven moment door de 'wederpartij' op een bepaalde wijze opgevat werd, als *historisch* feit. Doorslaggevend is in deze visie de vraag, hoe de wil - gezien de omstandigheden - door derden opgevat mócht worden, naar beginsel van goede trouw. De psychische wil van de handelende vormt - zo aantoonbaar - hier slechts een van de vele omstandigheden die bij de uitleg in beschouwing genomen moeten worden.¹ Teneinde de omvang van dit werk te beperken, zal ik hier uit een door mij verricht literatuuronderzoek, teruggaande tot 1875, slechts met mate putten. De onderhavige controverse is intussen voor de praktijk in zoverre minder belangrijk geworden, aangezien de hoge raad - zoals reeds eerder werd opgemerkt - zich in de naoorlogse jurisprudentie ook hier voor de normatieve methode van uitleg uitspreekt, al werd dit in de doctrine nog niet altijd gesignaleerd. Voor een goed begrip van die jurisprudentie die aanstonds nog geanalyseerd gaat worden, is evenwel het onderkennen van de aangegeven controverse een vereiste. Daartoe dient de hiervolgende beschouwing.

Voor het feit dat de controverse inzake de uitleg van overeenkomsten zich nu al een eeuw voortsleept in de doctrine, kan de volgende verklaring gegeven worden. Allereerst de omstandigheid dat de wet in de artt. 1378 en 1379 oud BW uitlegvoorschriften bevat, en daarnaast de omstandigheid dat die uitlegbepalingen in de 4e afdeling van titel 2, Boek III staan, genaamd: 'Van de uitlegging der overeenkomsten', terwijl de artt. 1374 en 1375 in de voorafgaande, 3e afdeling opgenomen werden, met als opschrift 'Van het gevolg der overeenkomsten'. Die laatste omstandigheid heeft meteen al verstrekkende gevolgen waar het de aanhangers van de historisch-psychologische uitlegmethode betreft: zij leiden daaruit af, dat het beginsel van de goede trouw van de artt. 1374 en 1375 *buiten* de uitleg gehouden moet worden.² Het aldus gevonden wetsstelsel berust derhalve op een *grammatikale interpretatie* van de *wetsindeling*.³ Een wethistorische interpretatie behoeft nl. in het geheel niet tot een dergelijke conclusie te leiden.⁴ Men kan de opmerking van J.C. van Oven beamen, dat de wetgever met het plaatsen van de aangehaalde opschriften boven

1. Vgl. voor de overeenkomstige problematiek bij de 'uitleg van testamenten', mijn beschouwingen in *WPNR* 5048-50 (1969), *De methode van uitleg bij testamenten, in het bijzonder ingeval van oneigenlijke dwaling bij het testeren*.

2. Vgl. Hofmann-Van Opstall (1968), p. 456 (Hofmann-Abas, p. 168 v.). Meijers, *Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring*, 1937, *Verz. Opst.* III, p. 297, nt 1, p. 299, nt 1: *Hand. NJV* 1954 II, p. 641; Vgl. ook nog *Dogmatische rechtswetenschap*, diss. Amsterdam 1903, p. 112 v. Voor een bespreking van zijn uitlegmethode verwijs ik naar mijn beschouwing in *WPNR* 5049 (1969), p. 319 v., *De methode van uitleg bij testamenten*, etc.

3. Van Opstall stelt zelfs, na gewezen te hebben op schrijvers die uitleg opvatten als het vaststellen van rechtsgevolgen: 'Wij geloven niet dat de wetgever het woord "uitleggen" bezigde in *deze* betekenis, toen hij het boven de vierde afdeling neerschreef'. Vgl. verder diens betoog. Bij de weergave van het opschrift van de derde afdeling, wordt door schr. het woord 'gevolg' recursiveerd, waaruit reeds blijkt hoezeer hij zich door de tekst van het opschrift van die afdeling laat leiden. Van Opstall concludeert dan ook: Misschien zou men kunnen verdedigen dat uitlegging een onderdeel is van het vaststellen van de rechtsgevolgen van de overeenkomst. *Onze wet ziet het echter kennelijk anders*', p. 457, mijn curs. In dezelfde zin Meijers, *Verz. Opst.* III, p. 299, nt 1; G.J. Scholten, *Hand. NJV* 1954 I, p. 161 v.; Abas, in Hofmann-Abas, p. 168.

4. Vgl. de beschouwing daarover van J.C. van Oven, in *WPNR* 4279 (1953) p. 41, en verder nog onder.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

beide afdelingen een tegenstelling gesuggereerd heeft, die ‘een ongeluk voor de ontwikkeling van ons recht (is) geworden’.

De aanhangers van de normatieve methode hebben daarentegen van de beginne af aan beklemtoond, dat *het beginsel van de goede trouw de uitleg beheerst*. Daartoe bedienden zij zich niet van grammatikale interpretatie, niet ten aanzien van de wet, en evenmin ten aanzien van overeenkomsten. Om een vurig voorstander van normatieve uitleg uit de vorige eeuw, J.F. Houwing aan te halen - hij was echter niet de eerste -:⁵

‘...naast art. 1378 staan de artt. 1374 en 1375 die aan alle overeenkomsten den maatstaf aanleggen der billijkheid en der goede trouw. Die billijkheid nu en die goede trouw verbieden, aan den letterlijken, grammaticalen zin der gebruikte woorden zich vast te klampen. Zij eischen dat men, om de bedoeling der woorden te vatten, niet op hun algemene betekenis lette, maar, gelijk redelijke en ordentelijke lieden betaamt, den zin opspore, welken zij, in dit bestaande geval en tusschen deze personen, hebben moesten’.⁶

Dit standpunt is ook kenmerkend voor de latere aanhangers van deze methode, zoals Houwings leerling Paul Scholten, K. Jansma, P.A.J. Losecaat Vermeer, Suijling en Eggens.⁷ Is de vigeur van de goede trouw een van de consequenties van deze wetsuitleg, een andere is - even in het oog lopend - dat in de leer van de normatieve uitleg *geen onderscheid wordt gemaakt tussen de uitleg en de aanvulling van de overeenkomst met behulp van de goede trouw* (ex. art. 1375). Deze slotsom is echter niet alleen gebaseerd op wetsuitleg. Aangezien men in deze visie niet de *wil* van de handelende partij(en) als voorwerp van onderzoek neemt (vgl. nog onder), maar de rechtsbetrekking, de overeenkomst zelf, moet onder uitleg verstaan worden de vaststelling van de *inhoud* van de overeenkomst, van haar rechtsbetekenis. Juist om die reden al geldt - in de

5. Aan Houwing gingen vooraf; H.J. Hamaker, *Beschouwingen over pandrecht*, 1875, *Verspr. Geschr.* II, p. 251 v., 273 v. - vgl. daaromtrent mijn al genoemde *WPNR*-artikel p. 320 v. -; S.J. Fockema Andreae, *De wil en wilsverklaring, Nieuwe bijdragen* 1875, p. 297; Modderman, *Wil of Vertrouwen*, 1880, p. 40 v.; H.L. Drucker, *Eene Bijdrage ter vereenvoudiging van de leer der Overeenkomsten*, etc., *RM* 1884, p. 238 v.; M. Smit, *De zgn. stilzwijgende wilsverklaring bij het aangaan van overeenkomsten in het Nederlandse recht*, diss. Groningen 1980, p. 131 v.

6. *Oneigenlijke dwaling*, *RM* 1890, p. 516 v. In een noot weerlegt Houwing de tegenwerping, dat art. 1374 de *uitvoering* te goeder trouw zou betreffen, een stelling die men in onze tijd nog regelmatig in cassatiemiddelen aantreft, vgl. onder Houwing stelt daar: ‘Maar de uitvoering hangt af van de opvatting, de uitlegging der overeenkomst, zodat het artikel eigenlijk niets anders zeggen wil, dan dat bij het vaststellen der door partijen bedoelde verplichtingen, d.i. bij de uitlegging, de goede trouw in aanmerking dient te worden genomen’. Vgl. voor Houwings uitlegopvatting verder nog zijn *WPNR*-artikel *Uitlegging of bewijs door vermoedens*, i.h.b. *WPNR* 2179, p. 463; 2213, p. 250; en ook nog *RM* 1982, p. 82.

7. Paul Scholten, *Uitlegging van testamenten*, *WPNR* 2057-58, 2060-61 (1909), p. 293, 310, 335, 349 v.; noten onder HR 23 dec. 1926, *NJ* 1927, 434, *De Poorter - Burgerhout* en HR 4 juni 1937, *NJ* 979 *Ned. Handel Mij. - Lemans & Leon; Alg. Deel*, p. 24, 29, 138 v., 165. K. Jansma, *Uitlegging van overeenkomsten*, diss. Amsterdam 1913, i.h.b. p. 5 v., 61 v.; P.A.J. Losecaat Vermeer, *Wil en verklaring bij overeenkomsten*, diss. Leiden 1913, i.h.b. p. 31 v., 51 v.; J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 1e stuk (1918), p. 172 v., 2e stuk (1923) p. 159 v., 2e dr. (1934) p. 273 v.; J. Eggens, *Uitleg van uiterste wilsbeschikkingen*, in de bundel *Het Testament*, 1951, p. 81 v., *Verz. Opst.* II, p. 257 v.; vgl. ook Klaassen-Eggens-Polak, p. 198. Eggens’ visie wordt onderschreven door J.M. Polak, *WPNR* 4701 (1961) p. 564; Buining *WPNR* 4625 (1960); J.F. Glastra van Loon, *WPNR* 4606 (1959), p. 495.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

woorden van Paul Scholten - dat 'iedere interpretatie tevens is aanvulling en de tegenstelling eene is van meer of minder, niet van scherp te scheiden dingen'.⁸

2. *Verklaring van de controverse (vervolg). Twee visies op de artt. 1378 en 1379 oud BW. De hercodificatie van de artt. 932 e.v. BW*

Wat de andere omstandigheid betreft die aan de controverse ten grondslag ligt, de aanwezigheid van de artt. 1378 en 1379 in de wet, ook hier is de methode van wetsuitleg bepalend voor de houding die men in beide kampen inneemt. Voor de historisch-psychologische school is weer de grammatikale wetsinterpretatie kenmerkend, en daarnaast - een ander facet van het rechtspositivisme - de geëiste discipline in de omgang met de wet. Het feit op zich dat die uitlegvoorschriften in de wet neergelegd zijn, brengt reeds met zich dat de rechter, gelijk ten aanzien van alle wetsvoorschriften het geval is, deze heeft op te volgen, 'ook al kan hij zich niet met de wenschelijkheid van hun inhoud vereenigen', aldus Meijers.⁹ Een leerling van hem, Van der Ploeg spreekt in dit verband zelfs van 'loyale toepassing', en waarschuwt: 'Discipline zij hier de staf van de uitlegger'.¹⁰ Een dergelijke discipline is in het andere kamp ver te zoeken, hetgeen bij de tegenstanders uiteraard slecht valt.¹¹ In de normatieve school zijn zelfs voorstanders van de gedachte te vinden, dat de artt. 1378 e.v. naast art. 1374, lid 3 overbodig zijn.¹²

Dan nu de gewraakte artikelen zelf. Zij luiden als volgt:

Art. 1378. Indien de bewoordingen eener overeenkomst duidelijk zijn, mag men daarvan door uitlegging niet afwijken.

Art. 1379. Indien de bewoordingen eener overeenkomst voor onderscheiden uitleggingen vatbaar zijn, moet men veeleer nagaan welke de bedoeling der handelende partijen geweest zij, dan zich aan den letterlijken zin der woorden binden.

Voor de interpretatie van deze artikelen is beslissend, of men volstaat met grammatikale uitleg, dan wel ook de wetshistorische uitleg hanteert (over systematische of associatieve wetsuitleg zwijg ik maar). In de feitelijke uitleg leer beperkt men zich wederom tot de grammatikale uitleg. Jammer, want de

8. *Uitlegging van testamenten*, t.a.p., p. 350 v. Vgl. ook *WPNR* 2374 (1915) p. 322, p. 330 v., waar Scholten een overeenkomstig standpunt inneemt t.a.v. de vaststelling krachtens uitlegging of een partij een bepaald risico aanvaard heeft. Deze enigszins dialektische benadering heeft een nog sterker accent gekregen bij Eggens, t.a.p. Vgl. voor Scholten ook, P. Zonderland, *Indeling, uitlegging en regeling van overeenkomsten*, 1976, p. 99 v., waar schr. zich bij hem aansluit. Vgl. voor de uitleg-controversen ook nog: R. Zwitter, *Rond art. 1376 BW; overeenkomsten gelden vanwege en dus tussen partijen*, diss. Leiden 1984, p. 20 v.

9. Diss. P. 112, nt 1, vgl. verder voor Meijers' visie op het gezag van de wet, mijn *WPNR*-artikel, p. 323.

10. Dit wordt door schr. m.b.t. art. 932 BW opgemerkt, vgl. mijn *WPNR*-artikel, p. 323, en eveneens t.a.v. art. 937, id. p. 307, nt 6.

11. Id. p. 324.

12. Aldus Losecaat Vermeer, diss. p. 34, 86, gevolgd door Suijling, vgl. onder Jansma ruimt voor art. 1378 nog wel een belangrijke plaats in, zij het alleen voor *schriftelijke contracten*, vgl. diss. p. 151 v., 164 v.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

motieven die onze wetgever had om art. 1378 (en evenzeer art. 932) in de wet op te nemen, als eigen bijdrage aan dit onderdeel van de codificatie, zijn algemeen bekend en onomstreden: de angst voor willekeur van de rechter bij de beoordeling van overeenkomsten en testamenten, uitgeoefend onder het mom van uitleg.¹³ De hier gehanteerde grammatikale uitleg heeft intussen een tweeledig karakter: ook de vraag of de woorden van de overèenkomsst duidelijk zijn, dient alleen aan de hand van grammatikale uitleg vastgesteld te worden.¹⁴

De aanhangers van de normatieve uitleg daarentegen hebben onophoudelijk betoogd, met J.F. Houwing en Scholten aan het hoofd¹⁵, dat ‘woorden nooit duidelijk zijn’, en dat een louter grammatikale uitleg uit den boze is. Dit ‘woorden zijn nooit duidelijk’-beginsel wordt door de tegenstanders slechts voor een ‘slogan’ versleten, die van werkelijkheidszin gespeend is.¹⁶

Ook ten aanzien van art. 1379 vormt de grammatikale uitleg de spil waarom de controverse draait. In de school van de feitelijke uitleg leest men ‘de bedoeling der handelende partijen’ zoals het daar op het eerste gezicht staat. Indien men daarbij de *wilsleer* volgt, moet de uitleg luiden: hieronder wordt verstaan de *subjektieve bedoeling* (lees: bedoelingen) van partijen. En daarmee is

13. Vgl. de literatuur genoemd in mijn *WPNR*-artikel, p. 323, nt 61, waaraan nog toe te voegen: J.C. van Oven, *WPNR* 4279, p. 40 v. (1953), en D.J. Veegens, *Cassatie*, p. 182.

14. Zie voor een revival van die zienswijze: F.W. Grosheide, Lees maar, er staat wat er staat, *Contracteren* 2000, p. 100; *WPNR* 6428 (2001). Zie in dat themanummer van *WPNR*, *Ius Vigilantibus*, ook de bijdragen van Nieuwenhuis, Vranken en Van Schilfgaarde.

15. Als aanhangers van normatieve uitleg zijn verder nog te beschouwen: N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek* III, 1e druk, 1892, p. 151 v., 218 v. (2e dr. 1907, p. 177 v., 267 v.); J.H. Thiel, *De goede trouw van derden en hare bescherming tegenover de handelingen van partijen*, diss. Amsterdam 1903, p. 21 v., 150 v.; W.H. de Savornin Lohman, in Land-Lohman, 1907, p. 179, nt 2, 265 nt 1; J. Goudekot, *Afspraken tot het sluiten van overeenkomsten*, diss. Amsterdam 1906, p. 20; W.L.P.A. Molengraaff, *Leidraad* I, P. 206, 2e dr. 1912 (vgl. ook 6e dr. 1930, p. 354); J.J. Polderman, *Het openbaar aanbod*, diss. Utrecht 1913, p. 12 v.; L.E. Visser in Kist-Visser, *Beginselen van handelsrecht III; Handelsverbintenissen*, 3e dr. 1914, p. 6 v.; M.N.S. Troelstra, *Het vrijblijvend aanbod*, diss. Leiden 1925, p. 47 v.; L.B.A.M. Janssens, *Het aanbod*, diss. Amsterdam 1926, p. 9 v., 18 v., L.C. Hofmann, *Nederlandsch Verbintenissenrecht*, 4e dr. 1935, p. 247 v.; N. de Benedicty, *WPNR* 3447 (1936), p. 33; G. de Grooth, *Conversie van rechtshandelingen*, *WPNR* 3898 (1944) p. 188; A. Pitlo, *Het verbintenissenrecht*, 2e dr. 1948, p. 223, vgl. 8e dr. 1979, p. 278 v.; J. Zeijlemaker, *Hand. NJV* 1948 I, p. 69 v. en passim; D.J. Veegens, *Cassatie*, no. 94; J. ter Heide, *Vrijheid. Over de zin van de straf*, 1965, p. 162 v., H.C.F. Schoordijk, *RM Th* 1967, p. 200 v., bespreking diss. H.J. Pabbruwe; *Bouwrecht* 1969, p. 66, nt 9. Schrijvers waar enige aarzeling op zijn plaats is, of zij tot deze stroming gerekend kunnen worden, doorgaans omdat zij een scheiding tussen uitleg en aanvulling voorstaan: J.P. Moltzer, *Hand. NJV* 1889 I, p. 144 v. (hier is de terminologie echter misleidend); P.J. Witteman, *De grens tusschen recht en feit in de burgerlijke cassatie*, diss. Amsterdam 1921, p. 112 v.; S. van Brakel, *Leerboek v.h. Ned. Verbintenissenrecht* III, 1937, p. 18, 102; Asser-Rutten II, p. 221 v., 225 v.; Chr. Zevenbergen, *Aard en werking der goede trouw in het Romeinse verbintenissenrecht*, 4e dr. (1954) p. 17; F.J.W. Löwensteyn, *De relativiteit van de contractuele norm*, inaug. rede Tilburg 1967, i.h.b. p. 6 v., 21 v.; Asser-Hartkamp II (1985), nr 281 v., vgl. ook 10e dr., met recente lit. Misleidend is op dit punt: *Contractenrecht* IV (De Klerk - Leenen), no. 3 v.; 22 v.

16. Aldus de Commissie-Erfrecht, ingesteld door de Broederschappen van Notarissen en Cand.-Not., *Eerste rapport ter bestudering van Boek 4 van het nieuwe BW*, bijlage *WPNR* 4623 (1960), ad. art. 932; aangehaald door Van der Ploeg - voorzitter van die commissie - in *WPNR* 4857, p. 206 (1965).

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

het voorwerp van alle uitleg gegeven: de bedoeling of wil van de handelende. In de normatieve school - het wordt eentonig - hanteert men naast de grammatikale ook weer de wetshistorische interpretatie. Op grond daarvan meent men - Smit ging hierin voor, daarin gevolgd door Houwing en later Losecaat Vermeer¹⁷ - dat in art. 1379 bedoeld wordt op de gezamenlijke bedoeling van partijen, waarbij men niet de subjektieve wil van partijen, maar de *objektieve* zin van de handeling op het oog had.¹⁸ Zoals wij zagen volgen de tegenstanders van de laatste zienswijze bij de interpretatie van de term 'bedoeling' niet uitsluitend een taalkundige benadering, maar baseren zij zich mede op het wilsdogma. De ontwikkeling van de normatieve uitlegmethode is evenwel juist uit de bestrijding van het wilsdogma voortgekomen.¹⁹ Na de eeuwwisseling werd dat verband echter losgelaten, niet in het minst omdat de revolutie tegen de wilsleer onder het stof geraakt was. In de dissertaties van Jansma en Losecaat Vermeer (beide in 1913) vindt men al niets meer van die revolutionaire stromingen vermeld, ook niet op het stuk van uitleg.²⁰ Een sleutelpositie wat deze veronachtzaming betreft van de negentiende-eeuwse vertrouwenstheorieën, zoals in ons land en elders (bijv. in Duitsland) verdedigd, heeft naar mijn indruk Meijers gespeeld. In zijn in 1903 verschenen dissertatie vindt men die theorieën slechts terzijde geschoven met de opmerking, als zouden zij slechts een nieuwe terminologie verdedigen.²¹

17. J.F. Houwing, *RM* 1890, p. 517, nt 3; Losecaat Vermeer, diss. p. 30. Aldus ook Land III, 1e dr. p. 218, nt 5; Land-Lohman, p. 267, nt 6. Smit is overigens een leerling van Land en Drucker.

18. Diss. 1890, p. 131 v. Smit wijst hierbij op art. 1156 CC, dat van de 'commune intention' van partijen spreekt, en verder op Pothier, die volgens Cambacères de geestelijke vader van het artikel zou zijn. Houwing, t.a.p. meent dat Smit de juistheid van zijn zienswijze afdoende aangetoond heeft.

19. Dit geldt met name voor normatieve uitleggers van het eerste uur, zoals Fockema Andreae en Modderman. Ook degenen die de wilsleer niet willen laten vallen ten gunste van de 'nieuwe' - of 'vertrouwenleer', zoals Drucker en Houwing (vgl. *N.U.*, diss. p. 306 v.), nemen wél de nieuwe uitlegopvattingen over. Daarbij hebben ook duitse auteurs als Hartmann en R. Leonhard invloed gehad.

20. Jansma, diss. p. 19. Schr. laat de wil- of vertrouwenskwesie terzijde, als niet van direct belang voor zijn onderwerp. Losecaat Vermeer, diss. p. 6 v. Schr. spreekt ten onrechte van de 'strijdvraag wil of *verklaring*', p. 18, en bestrijdt Drucker, Houwing en Smit in hun opvatting dat deze vraag zou neerkomen op een vraag van uitleg.

21. Vgl. daaromtrent mijn betoog in mijn *WPNR*-artikel, p. 320 v., m.b.t. Meijers' onhoudbare bestrijding van de nederlandse vertrouwensaanhangers. Daarnaast valt ook op, dat schr. geheel voorbij gaat aan de - anders luidende - uitlegopvatting van zijn promotor, J.F. Houwing, waardoor zovelen zich lieten inspireren, o.a. Thiel in datzelfde jaar 1903. Wat de buitenlandse literatuur betreft vindt men Danz genoemd, en diens vermaarde *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, 1897. Meijers laat ook hier in het midden dat Danz' toen al gezaghebbende visie diametraal tegenover de zijne staat, en hanteert de 'vergelijk verder' formule, op p. 111, nt 1, in fine. Danz bestrijdt de opvatting - ook door Meijers aanvaard - dat uitleg te maken zou hebben met de 'Erforschung und Feststellung inneren Absicht' der partijen, en dat sprake zou zijn van 'eine Art *Beweisaufnahme*' of '*tatsächliche* Feststellung'. Danz ziet daarentegen uitleg als 'die Feststellung der eingetretenen *Rechtsfolge*', met behulp van de 'verständige Menschen'-constructie. Dit acht schr. 'eine ganz neue Rechtsanschauung und eine ganz neue Art der Auslegung'. Vgl. p. 11 v.; 3e dr. 1911, p. 4 v., 78 v. In latere tijd werd Danz bestreden door Larenz - die de wilsleer aanhangt - en wel op onzuivere wijze, vgl. *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts* 1930, herdruk 1966, p. 10 v. In de latere ontwikkeling van

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

De aldus weergegeven discussie rond de artt. 1378 en 1379 in de doctrine, is ook voor het huidige recht nog van betekenis. Weliswaar hebben die artikelen door toedoen van de normatieve stroming steeds meer aan belang ingeboet, en zijn zij in het huidige BW zelfs geschrapt²², de overeenkomstige even omstreden artikelen uit het erfrecht, de artt. 932 en 933 BW werden door de ontwerpers van het Nieuw BW echter in oude luister hersteld: in art. 4.3.1.8.²³ Aan mijn eerdere uitvoerige bestrijding van die hercodificatie - in mijn ogen een daad van misplaatste monumentenzorg - heb ik weinig toe te voegen. Wat de verdediging van de ontworpen regeling in de eerste kamer betreft, ligt dit anders. Mijn betoog werd door de regeringscommissaris, Wiersma, aan een grammatikale interpretatie onderworpen, dat wil zeggen één zin uit dat betoog, als *pars pro toto*; een zin die helaas ook niet in zijn geheel genomen werd.

In zijn betoog in de Eerste Kamer stelt Wiersma - na bepleit te hebben om art. 4.3.1.8 ongewijzigd te laten, 'het systeem dat Meijers hier in enkele sobere regels heeft neergelegd voor het moeilijke probleem van de uitleg' -:

'In een voorstel tot een gewijzigde redactie van dit artikel in een bijdrage in het *WPNR*, die de geachte afgevaardigde de heer De Gaay Fortman heeft genoemd - de bijdrage van mr. Van Dunné - is voor het artikel voorgesteld alleen te volstaan met omstandigheden ten tijde van het testeren. Ik geloof, dat dit ten opzichte van de geldende tekst een gemis zou zijn, omdat men zou missen het element van de verhoudingen die in de uiterste wil worden geregeld. Dit kan totaal anders zijn dan de omstandigheden, waaronder de uiterste wil is gemaakt. Ik meen dat wij ons moeten houden aan de twee interpretatiebronnen voor de rechter om uit te maken of er een duidelijke tekst is of niet: de verhoudingen die het testament kennelijk wenst te regelen en de omstandigheden waaronder het is gemaakt' (*Hand. Eerste Kamer, 1968-1969, 3771, p. 1044*).

Al is het een eer indien men zijn beschouwingen door de ontwerpers besproken ziet - de vroegere critici van de ontworpen regeling werden tot dusver doodgezwegen, Wiersma spreekt op deze plaats zelfs ervan dat art. 8 de heersende leer in rechtspraak *en doctrine* weergeeft - als het op *déze* wijze gebeurt, kan men beter voor die eer bedanken. Wat is namelijk het geval? Allereerst worden in de aangehaalde passage - vgl. ook de samenhang met het vervolg van het betoog van Wiersma - mijn beschouwingen in het *WPNR* voorgesteld als een voorstel tot *redaktiewijziging*. Inderdaad wordt door mij voorgesteld de redactie van lid 1 van art. 8 te wijzigen, doch óók om de leden 2 en 3 *te schrappen*, hetgeen al met al een *wijziging* van het artikel betekent. Doch daarover wordt niet gerept. Verder wordt in de door mij voorgestelde redactie van lid 1 de formulering 'dient *mede* gelet te worden op de omstandigheden' gebruikt, terwijl bij de toelichting door mij opgemerkt wordt, dat onder omstandigheden ook de *verhoudingen* begrepen worden, die Wiersma zo ter harte gaan. In het vervolg van Wiersma's verdediging van het ontworpen artikel wordt met begrippen als 'duidelijkheid' en 'rechtszekerheid' geschermd, tegen welke zienswijze al zovele critici van het art. 8 in het geweer kwamen. Het was overigens met betrekking tot de uitleg van testamenten dat Paul Scholten al in 1909 (t.a.p.) opmerkte, dat woorden nooit duidelijk zijn. Vgl. hieromtrent verder uitvoerig mijn artikel. Verder is nog opmerkelijk, dat Wiersma in de laatste alinea die hij aan

Larenz' denken komt aan die bestrijding echter de grondslag te ontvallen, vgl. *Nachwort* bij de herdruk, en *Allg. Teil*, p. 334. Vgl. ook nog onder, no. 12.

22. *Toel.*, p. 759. Vgl. voor kritiek daarop: G.C.J.J. van den Bergh, in *AA XVI* (1966-67), p. 102 v.; P. Zonderland, *Indeling, uitlegging en regeling van overeenkomsten*, 1976, p. 163 v.; Hondius, *preadv. NJV* 1979, p. 168. In andere zin: Hofmann-Abas, p. 168. Vgl. verder nog *Contractenrecht IV* (De Klerk - Leenen), no. 14.

23. Vgl. mijn artikel *De methode van uitleg bij testamenten, etc.*, *WPNR* 5048-5050 (1969), i.h.b. no. 5050.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

art. 8 wijdt, nergens releveert aan het betoog in de MvA van 3 juni, waar gesteld wordt dat op vergissingen anders dan bedoeld in lid 3, ook lid 1 en lid 2 van toepassing zijn. Een standpunt waarbij het gehele artikel 8 op losse schroeven gezet wordt, vgl. het naschrift bij mijn artikel, p. 322 v.

In een brief van 3 oktober 1969 heb ik mij met betrekking tot de 'misrepresentation' van mijn standpunt in de eerste kamer gericht tot minister Polak en zijn regeringscommissaris. In de schriftelijke en mondelinge gedachtenwisseling die volgde tussen de heer Wiersma en mij, stelde de eerste zich uiteindelijk op het standpunt dat, toegegeven de theoretische tekortkomingen van het artikel, pragmatische argumenten voor een handhaving ervan pleiten. Bij wijziging van het artikel vreesde Wiersma een grote toeloop naar de rechter, met het onaantrekkelijke gevolg dat vele boedels jarenlang onverdeeld zouden blijven. Ik heb voor die kwestie mijn licht opgestoken bij notaris Buining, 'man van theorie en praktijk', zoals Van der Ploeg hem eens noemde. Deze bleek die toeloop naar de rechter in het geheel niet te zien. Buining bleef bij zijn oude stellingname tegen het ontworpen art. 8.

Tot welke onbillijke gevolgen de door mij bestreden methode van uitleg - welke in het ontwerp gevolgd wordt - kan leiden, bewijst de door mij in mijn *WPNR*-artikel besproken jurisprudentie, met name het arrest *Freijne - Ponjee* uit 1965, de zaak van de dove erflaatster.²⁴ Vormde een ongenoegen met de onbevredigende afloop van deze zaak voor mij de aanleiding om de methode van uitleg van testamenten naar geldend en wordend recht eens door te lichten, datzelfde lag niet in de lijn van de ontwerpers. Weliswaar stelde Wiersma, zich aansluitend bij de mening van De Gaay Fortman²⁵, dat de uitslag van deze procedure 'volmaakt onbevredigend' is - dit in tegenstelling tot het standpunt dat eerder door J.H. Beekhuis en Van der Ploeg ingenomen werd -, het lijkt erop dat het voor de ontwerpers daarbij gebleven is. In de woorden van minister Polak aan het slot van de beraadslagingen: 'Gelukkig is nu ook de kwestie opgelost van de dove erflaatster die stuit op een niet nieuwsgierige notaris, een combinatie die in geen duizend jaar meer zal voorkomen'. Eind goed, al goed.

Deze beschouwingen zijn uit 1971, maar nog steeds aktueel, in de zin dat partijen tot de hoge raad procederen wanneer een uitlegvraag inzake een testament hen verdeeld houdt, omdat het begrip 'duidelijk' niet duidelijk is. Verder is art.4.3.1.8 nog steeds niet ingevoerd; Boek 4, Erfrecht, was geruime tijd 'achter de horizon' vanwege de zware kritiek van de zijde van het notariaat. Intussen is de rechts-ontwikkeling verder gegaan: de beslissing van de hoge raad in de zaak van de dove erflaatster (1965) is achterhaald, nu de laatste jaren de redelijke uitleg van testamenten zijn intrede gedaan heeft in de jurisprudentie. Dat gebeurde in twee arresten, uit 1990 en 1997.²⁶ Verder heeft mijn kritiek op het ontwerp-artikel de steun van Perrick gekregen; het artikel is in de lucht

24. HR 9 april 1965, *NJ* 1966, 178, nt JHB. Een notaris had het verlangen van de erflaatster, dat de nalatenschap aan een broer en een zuster zou toekomen, menen te kunnen weergeven met de term 'vererving volgens de wet', zonder recherches te plegen naar het bestaan van andere broers en zusters. De laatsten eisten verdeling naar luid van woorden: vererving volgens de wet.

25. Resp. p. 1044, en p. 1018. De Gaay Fortman acht - onder aanhaling van Bregstein - de woorden van het testament 'in het geheel niet duidelijk', dit overigens i.t.t. de MvA. Het onderscheid dat spr. maakt tussen uitleg en vaststelling van de inhoud, past echter niet in de normatieve methode.

26. HR 19 sept. 1990, *NJ* 1992, 649 (derde kamer), *testament I* ('banktegoed'), en HR 31 jan. 1997, *NJ* 1998, 327, nt. Hidma, *testament II* ('echtgenote').

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

komen te hangen nu de hoge raad op dit terrein omgegaan is, waardoor aansluiting gevonden is met de uitleg van overeenkomsten. Ik verwijs voor deze materie verder naar de beschouwingen van Perrick.²⁷

Het eerste arrest betrof een testament waarin het banktegoed gelegateerd was aan een nicht van de erflaatster met benoeming van haar broer als enig erfgenaam. De erflaatster had haar huis verkocht en vervolgens een nieuw huis gekocht; de opbrengst van haar oude huis was op haar bankrekening gezet, en zij overlijdt kort daarna, voordat het nieuwe huis geleverd is. Komt dat bedrag de nicht toe, of de enig erfgenaam? In het tweede arrest had de erflater in zijn testament tot enig erfgenaam benoemd 'mijn echtgenote mevr. K en haar twee zonen A en S'. Op het moment van overlijden was hij echter van K gescheiden en met V gehuwd. Wie is erfgenaam? Men ziet, de *bewoordingen* zijn duidelijk, maar het *testament* niet; volgens de hoge raad zijn niet de bewoordingen op zich doorslaggevend, maar dienen de omstandigheden van het geval bij de uitleg betrokken te worden, om tot een redelijk resultaat komen ('gelet op de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen'). Ook hier heeft de grammatikale uitleg afgedaan, net als bij uitleg van overeenkomsten het geval is. Het is opmerkelijk dat de hoge raad in het arrest van 1990 inging tegen de conclusie van de a-g (Molmaker, met een beroep op duidelijkheid en rechtszekerheid, en verwijzing naar zijn oratie uit 1972) net als bij de standaardarresten waarbij normatieve uitleg in het contractenrecht aanvaard werd, eind jaren '70, begin jaren '80 (zie nog onder, nr 10 v.).

Zie echter ook HR 17 nov. 2000, *NJ* 2001, 349, waar het testament een duidelijke zin had ook al ontbrak een uitsluitingsclausule als bedoeld in art. 1:94 BW.

3. *Onbekendheid met de controversie*

Zoals al opgemerkt werd, is de geschetste controversie rond de historisch-psychologische en de normatieve methode van uitleg nagenoeg onbekend. In de handboeken kiest men een standpunt, zonder aan de niet gevolgde methode veel aandacht te schenken. Doorgaans blijft het alternatief slechts vaag omschreven, terwijl daarbij geen namen van opposenten genoemd worden. Deze onduidelijke situatie in de doctrine werd in de hand gewerkt, doordat Meijers' standpunt nagenoeg onbestreden bleef. Slechts Janssens trad in 1926 tegen hem in het strijdperk²⁸, en eerst in 1951 volgde Eggens.²⁹ In de dissertatie van Jansma

27. S.Perrick, *Uitleg van testamenten*, in: *Miscellanea. Jurisconsulto vero Dedicata*, Van Dunné-Bundel, Deventer 1997, p.319; *Wanneer is een uiterste wil nog duidelijk?*, *WPNR* 6275 (1997), p.419. Men vindt in deze artikelen beide arresten besproken, evenals art.4.3.1.8 NBW. Vgl. voor het arrest van 1990 ook nog E. Cohen Henriquez, *Onvoorziene omstandigheden bij de uitleg van testamenten*, in: *CJHB*, Brunner-Bundel, Deventer 1994, p.173.

28. Janssens, diss. p. 20 v.: 'Wanneer men derhalve die objectieve mening als *de* betekenis van de afgelegde verklaring aanvaardt, dan is men altijd op den goede weg. Men behoeft dan niet, gelijk Meijers wil, als grondslag eerst aan te nemen de geuite wil, en voor de speciale gevallen het opgewekte vertrouwen zoals dat uit de verklaring blijken kan'. Schr. verwijst o.a. naar Losecaat Vermeer.

29. *Uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen*, t.a.p. Het is jammer dat Eggens bij zijn bestrijding van Meijers niet de overige literatuur en jurisprudentie in zijn beschouwingen betreft. Tegenstanders van Eggens' visie verliezen daardoor naar het mij voorkomt uit het oog, dat Paul Scholten in 1909 al een overeenkomstig standpunt innam, in diens opstel *Uitlegging van testamenten*. Van nieuwlichterij is hier dus geen sprake.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

(1913) wordt slechts van de 'klassieke' leer gesproken.³⁰ Meijers' leerlingen Losecaat Vermeer en Troelstra volgen in hun dissertaties (resp. uit 1913 en 1925) een visie tegengesteld aan die van hun promotor, zonder dat echter te bekennen.^{31, 32} Ook de verdere literatuur biedt eenzelfde beeld. En Scholten en Meijers polemiseerden nu eenmaal niet. Ook hier blijkt weer dat zij de wetenschap daarmee geen dienst bewezen.³³ De onbekendheid van deze doctrinaire controverse heeft ook binnen het terrein van de uitleg van overeenkomsten zijn sporen nagelaten. De cassatiemiddelen van procedures die in de laatste decennia gevoerd zijn, zijn doorspekt met onverteerbare brokken uit dat meningsverschil. Nog steeds worden middelen gebaseerd op de stelling, dat van de duidelijke bewoordingen van een overeenkomst niet door uitlegging afgeweken mag worden. Zeer gezien was ook de stelling, dat art. 1374, lid 3, uitsluitend een voorschrift bevat ter *uitvoering* van de overeenkomst en derhalve geenszins de rechter de bevoegdheid geeft om het uitdrukkelijk overeengekomene te veranderen. Beide stellingen werden in de vorige eeuw al door J.F. Houwing en Land weerlegd, op een wijze die velen wist te overtuigen, tot ver in deze eeuw. Daarmee is het punt gekomen, dat jurisprudentie op dit terrein aan een onderzoek te onderwerpen.³⁴

30. P. 22 v. Jansma brengt bij zijn bestrijding van deze klassieke bedoeling-theorie - z.i. de heersende - zeven bezwaren naar voren. Meijers wordt niet genoemd.

31. Losecaat Vermeer, p. 9 v., volgt echter aanvankelijk nog Meijers' opvatting, en acht uitleg steeds een waarschijnlijkheidsberekening. Z.i. bestaat er slechts de tegenstelling tussen uitleg 'volgens de bedoeling' en uitleg 'naar de woorden', welke tegenstelling zich zou oplossen in de vraag welke omstandigheden men bij de uitleg in aanmerking mag nemen. Vgl. ook p. 31. Doch als schr. zijn uitlegopvatting nader uitwerkt, p. 32 v. - in navolging van Houwing - is de overeenkomst met Meijers ver te zoeken.

32. Troelstra, p. 47 v., schr. verwijst daarbij naar Molengraaff.

33. In de stroming in de literatuur, die de historisch-psychologische uitlegmethode aanvaardt, vormt Meijers de centrale figuur. Vgl. door zijn standpunt naast de al genoemde literatuur: *Hand. NJV* 1918 I, p. 104, nt 1; de noot onder *Borsje - De Hoop*, *NJ* 1932, 380; *WPNR* 3336 (1933), p. 516, waar men Suijling bestreden vindt; *Alg. Begrippen* 1948, p. 23, 225. Uit dat laatste werk blijkt dat Meijers zijn een halve eeuw tevoren, in zijn dissertatie ontwikkelde opvatting, nog steeds huldigt. Wat de wetsuitleg betreft, is de situatie anders. Verwierp hij in 1903 nog de teleologische wetsinterpretatie, zoals door Kohler verdedigd (diss. p. 115 v., 123 v.), in zijn *Alg. Begrippen*, p. 33, keurt hij haar goed, zij het voor 'een twijfelachtig geval'. De feitelijke opvatting over de uitleg - zoals door Meijers aanvaard - wordt behalve door Van Opstall en Van der Ploeg (vgl. boven nos. 1, 2), eveneens gehuldigd door: P.W. Kamphuisen, *WPNR* 3085 (1929); M.H. Bregstein, inaug. rede Rotterdam 1935; *preadv. NJV* 1936 (vgl. nog onder no. 9); Ph.A.N. Houwing in diens noot onder het *rederij Koppe*-arrest (1949), vgl. onder, no. 5; J.H. Beekhuis, *Hand. NJV* 1954 I, p. 215 v. en zijn noot onder de arresten *Admiraal - Brakenhoff* en *Freyne - Ponjee*, *NJ* 1966, 178 (waarover mijn *WPNR*-artikel, p. 307 v.); G.J. Scholten, *Hand. NJV* 1954 I, p. 161 v., II, p. 83 v.; L.J. Hijmans van den Bergh, id. II, p. 38 v.; H. Drion, in diens noot inzake het *Staalman - Horeca*-arrest (1962), vgl. onder, no. 7 v.; H.J. Pabbruwe, *Gebruik en gebruikelijk beding*, diss. Gron. 1961; In deze richting sprak zich ook uit - met een marge voor enige twijfel - F.J. de Jong, *Hand. NJV* 1948 II, p. 17. Ten onrechte stelt *Contractenrecht IV* (De Klerk - Leenen), no. 8, sub 3, de uitlegmethode van Meijers gelijk aan die van Scholten (zonder bronvermelding). Het overzicht is verder zeer onvolledig en onjuist. Vgl. voor ontbrekende lit. en indeling: Asser-Hartkamp II, nr 281 v.; R.J.P. Kottenhagen, *Kwartaalbericht NBW*, 1985, p. 26 v.

34. In de hier gevolgde normatieve methode van uitleg is de uitlegvraag - het ligt voor de hand - geen feitelijke vraag, maar een *rechtsvraag*. Voor een uitwerking van dit thema, zie onder,

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

B. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN IN DE JURISPRUDENTIE. NORMATIEVE UITLEG AANVAARD DOOR DE HOGE RAAD

4. *Normatieve uitleg in de oudere jurisprudentie.* Van Prooye - Veltenaar (1925)

Typerend voor aanhangers van de normatieve methode van uitleg is het beroep dat op de in de jurisprudentie gevolgde uitlegmethode wordt gedaan. Kenmerkend voor de historisch-psychologische school is daarentegen, dat men de rechtspraak buiten beschouwing laat. In de dissertatie van Meijers³⁵ en, meer recent, in het betoog van Van Opstall³⁶ vindt men dat laatste geïllustreerd. In de normatieve richting heeft M. Smit in 1890 als eerste een jurisprudentie-onderzoek ingesteld, dat teruggaat tot het midden van de vorige eeuw. Zijn conclusie luidt, 'dat de rechtspraak de woorden en handelingen, het stilzwijgen der partijen in het verbintenissenrecht steeds naar objektieve maatstaf beoordeelt, en aan hunne subjektieve bedoeling niet den minsten invloed toekent'.³⁷ In 1895 vult Drucker dit onderzoek met nieuwe jurisprudentie aan.³⁸ De draad wordt eerst in 1926 weer opgenomen door Janssens, die in zijn jurisprudentie-onderzoek teruggaat tot 1885. Ook deze laatste schrijver is van mening dat in de rechtspraak een 'objektieve uitleg' aanvaard wordt.³⁹

Indien wij derhalve met het hier ingestelde jurisprudentie-onderzoek tot 1926 teruggaan, is de keten gesloten; een keten die tot het midden van de vorige eeuw reikt. Een kwarteeuw vóórdat de normatieve uitleg van overeenkomsten in de doctrine verdedigd werd. Wat de vooroorlogse jurisprudentie betreft, beperk ik mij hier tot een arrest van de hoge raad uit 1925, dat bij Janssens niet besproken werd. Vervolgens zal de jurisprudentie van na de oorlog aan bod komen, waarbij ik mij - korthedshalve - tot enkele standaardarresten beperk.

Op 4 december 1925 wees de hoge raad een arrest, inzake *Van Prooye - Veltenaar*⁴⁰, dat op het terrein van uitleg niet die aandacht heeft gekregen die het verdient.⁴¹ Veltenaar had door de aannemers Van Prooye een huis laten bouwen

Deel 2, Hfdst. 9, § 2, nr 2, waar de methode van rechtsvinding aan de orde komt. Intussen heeft de HR zich ook in deze zin uitgesproken, vgl. onder, nr 13 v. Vgl. voor interessante historische achtergronden van deze kwestie (een conflict tussen cassatierechter en rechters in eerste instantie, begin 19e eeuw), J. Carbonnier, *Droit Civil 4*, 1982, p. 258.

35. Vgl. ook J.W. Huijsinga, die in zijn recensie van Meijers' dissertatie opmerkt, dat hij de rechtspraak als voorwerp van studie gemist heeft, *RM* 1906, p. 339 v.

36. Hofmann-Van Opstall (1968), p. 455 v. (Hofmann-Abas, p. 167 v.). Van de hieronder te bespreken naoorlogse jurisprudentie vindt men slechts het *Dorrius*-arrest (1951) genoemd, toevallig (?) een arrest waarin de hoge raad met Van Opstalls uitlegopvatting in de pas loopt, vgl. onder.

37. Diss. p. 125. Tevoren hadden Drucker en Moltzer er al op gewezen dat de vraag wil of vertrouwen in de rechtspraak in het geheel niet leeft.

38. *RM* 1895, p. 325 v.

39. Diss. p. 8 v. Het betreft uitspraken van hoven en rechtbanken. Vgl. voor een overzicht, teruggaand tot 1841, van de arresten waarbij de schending van de artt. 1378 e.v. getoetst werd, Jansma diss. p. 170 v., en daarnaast *Hand. NJV* 1948 I, p. 156 v.

40. *NJ* 1926, 97, nt EMM.

41. Ik vond het slechts genoemd bij Suijling en Pitlo.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

aan de Mathenesserlaan in Rotterdam. Bij de onderhandelingen had Van Prooye verklaard, dat voor het hem omschreven pand de bouw prijs *f* 40.000,- zou bedragen. De tenslotte ingediende rekening houdt bijna het dubbele bedrag in. Veltenaar weigert meer dan *f* 50.000,- te betalen; Van Prooye meent dat hunnerzijds slechts een ‘voorlopige ruwe schatting’ was gedaan, en acht zich contractueel gerechtigd *f* 79.000,- in rekening te brengen. Het hof stelt met een beroep op de goede trouw de bouwsom op *f* 50.000,- vast.⁴² Het cassatiemiddel berust op twee stereotype stellingen die zoëven al aangegeven werden⁴³: hier wordt een *duidelijke* overeenkomst met behulp van art. 1374 terzijde geschoven, en verder de stelling, dat bij de prijsbepaling geen plaats is voor toepassing van regels die de *uitvoering* van overeenkomsten beheersen. Met betrekking tot het eerste onderdeel overweegt de hoge raad, dat het hof het overeengekomene niet terzijde heeft geschoven; het hof heeft ‘in tegendeel’, in aansluiting op het geconstateerde ontbreken van overeenstemming over de aannemingssom, vastgesteld dat de bouwers die moesten bepalen aan de hand van de ‘regelen van goede trouw’. Aan één van die regels wordt door het college nader inhoud gegeven, vgl. nog onder.

Ten aanzien van het tweede onderdeel van het middel stelt de hoge raad:

‘dat toch de strekking van art. 1374, alinea 3, BW deze is, dat hetgeen elke partij ten aanzien van de uitvoering eener overeenkomst heeft te verrichten of na te laten, *moet worden bepaald met inachtneming van de eischen der goede trouw*;

dat dan ook het Hof *bij de vaststelling van hetgeen Veltenaar voor den bouw van het huis te betalen had, terecht de regels der goede trouw heeft toegepast*’ (mijn curs.).

De hoge raad bepaalt hier dat de *vaststelling van de inhoud van een overeenkomst* aan de hand van de regels van de goede trouw, ontleend aan art. 1374, lid 3, dient te geschieden. Art. 1374, lid 3, dient dus gezien zijn *strekking*, (interpretatie!), niet beperkt te worden tot de uitvoering van de overeenkomst in strikte zin, zoals men op grond van de wóórden van het artikel in hun grammatikale betekenis, zou kunnen menen. Meijers onderschrijft deze opvatting in zijn noot, ook al is de consequentie ervan, dat art. 1375 BW niets dan een toepassing van art. 1374, lid 3, wordt. De tegenstelling uitvoering van het contract en vaststelling van de inhoud is voor de annotator daarbij slechts een schijnbare. Het standpunt van Meijers, dat in deze laatste opmerking naar voren komt, stemt zoals men ziet overeen met dat welke in de vorige eeuw al door J.F. Houwing verdedigd werd, en dat ik hier boven al aanhaalde.⁴⁴ Niettemin staan de zienswijzen van deze schrijvers diametraal tegenover elkaar, en wel omdat *voor Meijers de vaststelling van de inhoud van het contract iets geheel anders is dan de uitleg van een contract*.⁴⁵ Het eerste is immers aanvulling van het overeengekomene, een proces dat eerst via uitleg van de overeenkomst

42. Het hof overweegt: ‘het zou niet met de goede trouw verenigbaar zijn, indien geïntimeerden, die als bekende aannemers met de bouw prijzen op de hoogte waren, zelfs globaal en zonder speciale verbinding een prijs van ruim *f* 40 000 als bouw prijs genoemd hebbende voor een huis als appellant wenschte, daarvoor ruim *f* 78 000 zouden mogen in rekening brengen’.

43. Vgl. no. 3, in fine.

44. Vgl. no. 1.

45. Dit wordt miskend door Löwensteyn, inaug. rede, p. 6.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

(vaststelling van de subjektieve bedoelingen van partijen) in Frage komt. Een standpunt, zoals boven betoogd kenmerkend voor aanhangers van de historisch-psychologische uitlegmethode, dat door Meijers nog op zijn laatste levensdag verdedigd werd, op de jaarvergadering van de NJV 1954.⁴⁶

Indien J.F. Houwing de annotatie verzorgd zou hebben, dan zou hij ongetwijfeld benadrukt hebben dat de hoge raad in dit arrest de *normatieve uitlegmethode* volgt, waarbij onder uitleg van een overeenkomst, de vaststelling van haar inhoud verstaan wordt (van de 'rechtsgevolgen') en wel op grond van de regels van goede trouw.⁴⁷ Doordat Meijers zich door zijn a priori liet leiden inzake de scheiding tussen uitleg en vaststelling van de inhoud van de overeenkomst (o.a. door aanvulling), heeft het arrest *Van Prooye - Veltenaar* niet het predikaat gekregen van 'leading case', dat het ruimschoots verdient.

In een ander opzicht geldt nog sterker dat het arrest onbekend en onbemand is gebleven, nl. het belang van de uitspraak voor het leerstuk van de *dwaling*, en de precontractuele verhouding in het algemeen. In de laatste overwegingen geeft de hoge raad aan het weinig gearticuleerde gebruik van de goede trouw door het hof in dit verband een fundament, wanneer hij in antwoord op de klacht dat de gewraakte verklaring aan de totstandkoming van de overeenkomst was voorafgegaan en derhalve rechtens irrelevant zou zijn, stelt:

'dat toch geen der aangehaalde wetsartikelen, in het bijzonder niet de artt. 1374 en 1375 BW, naar inhoud of strekking den rechter verbieden bij de bepaling van wat de goede trouw in een bepaald geval medebrengt, gewicht te hechten aan omstandigheden aan het sluiten der overeenkomst voorafgegaan, meer bijzonder aan een *verklaring van een der partijen van dien aard, dat daardoor verwachtingen werden opgewekt bij de wederpartij waarmede deze mocht rekening houden*' (mijn curs.).

Wij hebben hier te doen met de stamvader van het geslacht waartoe het *De Gruyter*-arrest (1942), *Baris - Riezenkamp* (1957) en *Booy - Wisman* (1966) behoren⁴⁸, al werd dit door de juridische genealogen nog niet opgemerkt; het *Van Prooye - Veltenaar*-arrest leert ons dat een partij in het precontractuele stadium mag afgaan op een door haar wederpartij afgelegde verklaring welke bij haar een veronderstelling opwekte die later niet met de werkelijkheid blijkt te stroken.⁴⁹ Op deze plaats is vooral van belang dat *het dwalingsvraagstuk door de hoge raad tot het terrein van de normatieve uitleg gerekend wordt*. Bij de uitleg van een overeenkomst spelen derhalve ook de in de onderhandelingsfase afgelegde verklaringen een rol, ook hier onder het teken van de goede trouw, welk beginsel alle uitleg beheerst.⁵⁰ Ook in dit opzicht kan men van een

46. *Hand. NJV* 1954 II, p. 64 v.

47. Het arrest wordt ook door Eggens in deze zin gelezen, vgl. diens conclusie als a-g voor *Van Stijverden - Van Olst* (1951), vgl. onder. Zoals al opgemerkt werd, geldt dit ook voor *Suijling en Pitlo*. In andere zin: Abas, vgl. Hofmann-Abas, p. 168, nt 4.

48. Vgl. voor deze arresten en de dwalingsproblematiek i.h.a. onder, Hfdst. 5.

49. Dat de partij met de bij hem 'opgewekte verwachtingen rekening mocht houden' hield in casu duidelijk verband met het feit dat de aanbesteder een leek was, terwijl de aannemers van wie de verklaring afkomstig was omschreven werden als 'bekende aannemers (die) met de bouwprizen op de hoogte waren'. Een onderzoeksplicht van de dwalende hoefde dus niet ter sprake te komen. Vgl. het *Baris - Riezenkamp*-arrest, waarover onder Hfdst. 5.

50. Hiermee verwerpt de hoge raad m.i. de opvatting van Jansma. Deze schr. had als 'negatieve werking' van art. 1378 verdedigd, diss. p. 164 v., dat men niet buiten de duidelijke

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

standaardarrest spreken.⁵¹ Een aspekt dat merkwaardigerwijze door Meijers - zelf aanhanger van de zienswijze waarbij de opwekking van de onjuiste verwachting door de wederpartij centraal staat bij de dwalingsaktie - in zijn noot veronachtzaamd werd.⁵²

5. *Nog een miskend standaardarrest: rederij Koppe (1949). Houwings noot bestreden*

Dan nu de naoorlogse rechtspraak van de hoge raad. Ook hier treft men een standaardarrest voor de uitleg aan, dat als zodanig geen erkenning vond, wederom door toedoen van de eronder verschenen noot van de hand van een aanhanger van de historisch-psychologische uitlegmethode, Meijers' leerling Ph.A.N. Houwing. Ik doel hier op het *rederij Koppe*-arrest (*polisbeding*-arrest) van 20 mei 1949.⁵³ Een arrest dat de handboeken⁵⁴, compendia en arrestenbundels als *uitlegarrest*, niet gehaald heeft, zeer ten onrechte. Het feit dat Losecaat Vermeer in de kamer die dit arrest wees zitting had, - zoals wij boven zagen een voorstander van normatieve uitleg - heeft mijns inziens zijn stempel op het arrest gedrukt.⁵⁵ Dat is ook het geval in het arrest *Van Stijverden - Van Olst* dat enkele jaren later het licht zag, en in de literatuur geheel over het hoofd gezien werd. Deze leerling van Meijers - de appel viel wel ver van de stam - heeft naar mijn indruk een groot aandeel gehad in de normatieve koers van de hoogste rechter op dit punt. Opmerkelijk is dan ook, dat wanneer Losecaat Vermeer geen deel uitmaakt van de kamer, zoals in het *Dorrius*-arrest van 1951, waar de aanhanger van de historisch-psychologische uitleg F.J. de Jong, op zijn plaats zit, de koers van de cassatierechter terugzwenkt naar de feitelijke uitleg, waarbij de grammatikale betekenis van woorden centraal staat. Op beide arresten wordt aanstonds nog teruggekomen.

Dan nu het *rederij Koppe*-arrest. De casuspositie is de volgende:

woorden van de contractsakte mag gaan, terwijl alles wat tussen partijen gepasseerd is (bijv. onderhandelingen), maar niet in de akte opgenomen werd, buiten beschouwing dient te blijven. Alleen bij dubbelzinnigheid is dit anders.

51. De overwegingen van het *Van Prooye - Veltenaar*-arrest met hun zo genuanceerde visie op art. 1374, lid 3, staan wel in schril contrast met die van de een jaar later gewezen *sarong*- en *weefgetouw*-arresten, die zoveel pennen in beweging hebben gezet. Wellicht is een oorzaak hiervoor te vinden, dat in 1925 G. Kirberger, een overtuigd voorstander van de leer dat de goede trouw ex art. 1374, lid 3, het (uitdrukkelijk) overeengekomene niet mag wijzigen of opzij zetten (vgl. *WvHR* 12324, bestreden door J.C. van Oven, *NJB* 1931, p. 568 v.) geen deel uitmaakte van de kamer, terwijl dit in 1926 bij de geruchtmakende arresten die ik noemde, wèl het geval was.

52. Uit dezelfde tijd stamt een ander belangrijk arrest voor de uitleg, waaruit eenzelfde visie spreekt, het arrest *Van der Schuijt - Bank v.d. Middenstand* (1927), vgl. onder, p. 169 v. Vgl. ook de arresten uit die jaren, waarbij van een normatieve uitleg van de 'verklaring' van afstand van recht sprake is, bijv. *Borsje - De Hoop* (1932), besproken in *N.U.*, diss. p. 87 v.

53. *NJ* 1950, 72, nt PHANH, *De Zwitserse Mij. v. Verz. tegen Ongevallen - rederij Koppe*, vgl. ook onder, p. 210 v.

54. Vgl. Asser-Rutten II (1982), p. 218 v.; Hofmann-Van Opstall, (1968), p. 455 v.; Hofmann-Abas, p. 167 v.; Pitlo-Bolweg, p. 257, j° 278 v. *Anders*: Asser-Hartkamp II (1985), nr 281 (idem 1997).

55. Verder maakte van de kamer deel uit: Donner, Nijpels, Hijink en Smits.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

Koppe had zich, als eigenaresse en exploitante van een beurtvaartbedrijf, bij De Zwitserse verzekerd tegen vorderingen uit wettelijke aansprakelijkheid ten aanzien van lichamelijk letsel of dood van personen. In de chaotische tijd vlak na de oorlog, vindt op een van Koppes op personenvervoer omgeschakelde schepen een ongeval plaats, om precies te zijn op 6 augustus 1945. Koppe is aansprakelijk voor de gevolgen daarvan en betaalt aan de belanghebbenden bijna f 16.000,-. De rederij komt echter voor de onaangename verrassing te staan dat haar verzekeringsmaatschappij weigert haar dit bedrag uit te keren. De Zwitserse, door de amsterdamsche rechtbank in het ongelijk gesteld, beroept zich voor het hof op art. 6 van de verzekeringsvoorwaarden. Krachtens deze bepaling verliest de verzekerde de aanspraken op schadeloosstelling indien de premie niet binnen veertien dagen na een vervaldag is betaald. De premie over 1945, vervallend op 1 januari van dat jaar, was op de dag van het ongeval, niettegenstaande herhaalde aanmaningen van de makelaarsfirma door wier bemiddeling de verzekering was gesloten, nog niet betaald. De Zwitserse slaagt er echter niet in de beweerde herhaalde aanmaningen met bewijs te staven. Voor 6 augustus 1945 zijn door de makelaarsfirma slechts twee brieven verzonden. Van de eerste in januari verzonden brief staat niet vast of Koppe, die in die tijd ondergedoken was, hem heeft ontvangen, een tweede rappèlbriefje werd op 3 augustus verzonden en had, gezien het stroeve geldverkeer van die dagen, toch niet tot betaling vóór 6 augustus kunnen leiden.

Het hof gaat zich dan beraden over de betekenis van het zo centraal staande art. 6 van de voorwaarden. Verklaringen van getuigen uit makelaars- en verzekeraarskringen geven het hof grond voor de gedachte dat bepalingen van het type van art. 6 in de praktijk niettegenstaande de stellige formulering op zijn minst genomen zeer aan betekenis hebben ingeboet:

‘Uit deze gezamenlijke getuigenverklaringen volgt dat als bepalingen als art. 6 *al niet* bij verzekeringen, gesloten door bemiddeling van makelaars en assurantiebezorgers te Amsterdam en Rotterdam *“een dode letter”* zijn, gelijk getuige Scholtema haar qualificeert, bij welke opvatting getuige Dulling zich zakelijk aansluit, *zij toch in ieder geval* bij zodanige verzekeringen, naar alle andere getuigen naar voren brengen, *met grote soepelheid plegen te worden toegepast*. Meerdere getuigen verklaren, dat bij zodanige verzekeringen, zolang als ‘s mensen heugenis strekt, nimmer uitbetaling is geweigerd, omdat de premie niet was voldaan’ (mijn curs.).

Het hof concludeert:

‘dat het Hof van oordeel is *dat bij een zodanige situatie, indien al beroep op de betrokken bepalingen kan worden gedaan, te goede trouw in ieder geval meebrengt dit beroep te beperken tot de gevallen, waarin het beroep, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is te achten*’ (mijn curs.).

Het cassatiemiddel gaat ook hier van dik hout zaagt men planken, en berust voornamelijk op de klacht dat het derde lid van art. 1374 BW uitsluitend een voorschrift bevat ten aanzien van de uitvoering van overeenkomsten, en ‘den rechter geenszins de bevoegdheid geeft verandering te brengen in hetgeen partijen uitdrukkelijk zijn overeengekomen ...’. Duidelijk erop speculerend, dat de cassatierechter bij zijn beruchte standpunt uit de jaren 1926 e.v. zal blijven. Dit cassatiemiddel biedt de hoge raad de gelegenheid de normatieve uitlegmethode uitdrukkelijk te aanvaarden. Het college overweegt immers dat het hof met zijn overweging, die door de hoge raad woordelijk aangehaald wordt, ‘dus doende die voorwaarden’ (art. 6, v.D.) heeft *uitgelegd*. En wel omdat:

‘... het hof immers in dit oordeel bedoelde uit te drukken, dat, al staat *letterlijk genomen* in art. 6, dat de verzekerde 14 dagen na het vervallen van de premie zijn aanspraken op schadeloosstelling verliest, een *redelijke uitleg* van deze en soortgelijke zinswendingen in polissen in dezen tak van verzekering voorkomende *meebrengt, dat zij worden verstaan in de*

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

betekenis, welke daaraan in voormelde wereld wordt gehecht, te weten, dat de verzekeraar bevoegd is na ommekomst van die 14 dagen een aanspraak van den verzekerde af te wijzen, indien zulks, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is te achten' (mijn curs.).

Uit het feit dat het hof aan een vijftal omstandigheden heeft getoetst of de afwijzing in casu redelijk was te achten, blijkt - zo vervolgt de hoge raad - dat het hof niet zoals het middel wil, wijziging heeft gebracht in het overeengekomene, 'doch na vaststelling van de betekenis van hetgeen overeen gekomen was, op den grondslag daarvan zijn beslissing van het onderhavige geval heeft gegeven' (mijn curs.). Hieruit blijkt derhalve, dat uitleg - veelbetekend 'redelijke' uitleg genoemd - in de opvatting van de hoge raad is de vaststelling van de betekenis van contractsinhoud, voor welke vaststelling de betekenis die in de praktijk daaraan gegeven wordt doorslaggevend is, niet de subjektieve of 'werkelijke' bedoeling die bij een of beide partijen daaromtrent voorzat. Dit nu is de visie die door aanhangers van de normatieve methode van uitleg - o.a. ook door de raadsheer Losecaat Vermeer - sedert 1875 verdedigd werd.

Hierboven werd er al op gewezen dat het feit dat dit arrest geen geschiedenis maakte, grotendeels terug te voeren valt op de noot van Houwing eronder, waarin zware kritiek naar voren gebracht wordt. Een noot die grote bekendheid, en groot gezag in de literatuur verworven heeft.⁵⁶ Een uitvoerige bestrijding van Houwings betoog lijkt derhalve geen overbodige zaak.

De aanhef van de noot is al veelbetekend:

'Reeds in een van de eerste der lange reeks arresten, waarin de HR besliste, dat art. 1375, 1e lid, BW (dit moet zijn: artt. 1374 en 1378, v.D.) den rechter verbiedt, een overeenkomst op grond van goede trouw of billijkheid te wijzigen, werd vooropgesteld dat het Hof niet de overeenkomst had *uitgelegd* maar haar had *gewijzigd* (HR 13 maart 1925, *NJ* 1925, blz. 561, *W* 11377; zie ook HR 13 november 1930, *NJ* 1931, blz. 251, *W* 12223). Ik weet niet, of deze overweging als vingerwijzing bedoeld is geweest. Het is in ieder geval sindsdien onder juristen reeds lang van algemene bekendheid, dat de rechter in een overeenkomst, die naar zijn oordeel onredelijk is, mag veranderen zoveel hij wil, zonder dat zijn beslissing deswege in cassatie vernietigd zal worden, als hij zijn wijzigen maar niet wijzigen noemt, doch uitleggen.'

Deze methode die zo 'van algemene bekendheid is' - Houwing verwijst nog naar de noot van Meijers waar deze de genoemde methode de rechter aan de hand doet - heeft de annotator bij lezing van het *rederij Koppe*-arrest parten gespeeld. Wij lezen namelijk even verder:

'Wie zou menen, dat de HR zich bij het gebruiken van de uitlegging als middel om te ontkomen aan zijn leer, dat de rechter de overeenkomst niet mag wijzigen, slechts node en door de beperktheid van zijn bevoegdheid als cassatierechter gedwongen neerlegt, vergist zich blijkens bovenstaand arrest. De HR werkt daarin, om maar te voorkomen, dat i.c. de verzekeraar van zijn onvoorwaardelijk bedongen doch onredelijk geacht recht gebruik zou kunnen maken enkel, doordat het Hof de bovengeschetste fictie-techniek niet goed beheerste, zelf mijns inziens met een *fictie in de tweede macht*. Hij dicht aan het Hof de bedoeling toe, aan partijen een bedoeling toe te dichten, die Hof noch partijen gehad hebben. Ik kan althans, wat vooreerst het Hof betreft, uit zijn arrest niet halen wat de HR zegt er in te lezen. *Het*

56. Houwing wordt bijv. gevolgd door: H. Drion in diens noot onder *Staalman - Horeca*, vgl. onder, no. 7; Asser-Rutten II, p. 239 v. Van Opstall is het evenwel niet eens met Houwings dubbele fictie-gedachte. Volgens Van Opstall heeft het hof de polisbepaling uitgelegd, en wel naar de betekenis die zij in de praktijk heeft. Schr. blijft daarbij evenwel de historische uitleg getrouw, vgl. Hofmann-Van Opstall (1968), p. 434, nt. 3, voorlaatste zin.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

spreekt met geen woord van de bedoeling van partijen' (mijn curs.). Drie punten springen bij lezing hiervan naar voren.

Allereerst vervalt Houwing in dezelfde fout die hij de hoogste rechter verwijt, het toedichten van een bedoeling. In de tweede geciteerde zin stelt hij immers dat bij de hoge raad de bedoeling voorzigt, 'om maar te voorkomen' dat van een 'onvoorwaardelijk bedongen doch onredelijk geacht recht' gebruik zou kunnen worden gemaakt. Deze bewering wordt niet geadstrueerd en acht ik trouwens van feitelijke grondslag ontbloeit. De raad overweegt, zoals wij zagen, dat al staat *letterlijk* in het omstreden art. 6 dat de verzekerde veertien dagen na vervallen van de premie zijn recht op schadeloosstelling verliest, een *redelijke uitleg* van dit type bepalingen in overeenkomsten van deze aard meebrengt dat een dergelijke clause opgevat moet worden in de *betekenis* die men in de verzekeringswereld daaraan hecht. Er is derhalve geen sprake van een 'onvoorwaardelijk bedongen' zijn van art. 6, nu verwezen wordt naar de betekenis ervan in de gangbare opvatting in die branche; eerst als de betekenis van een beding vaststaat, kan men immers conclusies over zijn inhoud maken ('onvoorwaardelijk' of niet). Van de betrekkelijke bepaling was de betekenis, zoals na getuigenverhoor kwam vast te staan, dat het recht van verzekerde op schadeloosstelling na ommekomst van die veertien dagen teloor gaat, indien dit naar de omstandigheden redelijk is te achten. Niet de rechter acht het bij het beding gegeven recht onredelijk, zoals Houwing het wil, maar in de verkeersopvatting wordt de uitoefening van een dergelijk recht - opgevat in zijn *letterlijke* betekenis - onder omstandigheden onredelijk geacht. Een opvatting die de rechter tot de zijne maakt.

Een tweede opmerkelijk punt werd reeds genoteerd: het staat voor Houwing buiten kijf dat hier de uitleg-truc gebezigd wordt. Hoe kon deze gedachte bij de annotator postvatten?

Daarmee zijn we bij het derde punt aanbeland. Voor Houwing betekent een (gedeelte van een) overeenkomst uitleggen, het vaststellen van de *bedoeling van partijen*, waarmee hij zich een goed leerling van Meijers betoont. Vandaar ook dat Houwing erover klaagt dat hij uit het arrest van het hof niet kan halen wat de raad zegt er in te lezen (namelijk uitlegging). Met geen woord wordt van de bedoeling van partijen melding gemaakt, aldus schr. En hij vervolgt:

'Doch juist die noodzakelijke schakel ontbreekt: aan de feiten verbindt het Hof rechtstreeks de conclusie, dat *naar het oordeel van het Hof de goede trouw - dus niet het tussen partijen overeengekomene! - meebrengt*, het beroep op de polisbepaling te beperken tot de gevallen, waarin dat redelijk is te achten'.

Vandaar dan ook dat Houwing de hoge raad van een fictie verdenkt, nog wel in de tweede macht. Hetgeen alleen in zijn eigen denktrant verklaarbaar is, die van een aanhanger van de historisch-psychologische uitlegopvatting, doch te enen male onverenigbaar is met de door hof en hoge raad gehanteerde methode waarbij van normatieve uitleg sprake is. Houwings opmerking in de voorlaatste alinea van de noot, nl. dat uit de door het hof voorgestelde feiten naar zijn mening niets blijkt omtrent de bedoeling van partijen, past enkel in zijn visie op de uitleg, als feitelijk proces. Blijkens het voorgaande komt het citaat van Meijers waarmee Houwing zijn noot besluit, inhoudende dat de 'fictie van een partijwil' waarmee gemanipuleerd wordt 'een niet te rechtvaardigen onwaarheid, een spel met woorden' blijft, volledig in de lucht hangen.

Het zal reeds opgevallen zijn, dat Houwings visie onverenigbaar is met die van zijn vader, J.F. Houwing, waarvan in de eerste helft van deze eeuw zo'n sterke invloed op de literatuur uitging (vgl. boven, no. 1).⁵⁷

57. De bovenstaande uitleg van het *rederij Koppe*-arrest, die afwijkt van de gangbare, werd geruime tijd niet gesignaleerd; vgl. Royer, *RmTh* 1972, p. 531; Pitlo-Bolweg, p. 257. Het arrest werd ook door mij besproken in *NJB* 1980, p. 673 v. (ook in *Dialektiek R. en R., 1b*, p. 58 v.), en vergeleken met de duitse jurisprudentie. Daar spreek ik ook mijn verbazing uit dat het arrest onbehandeld bleef in Hondius' diss., *Standaardvoorwaarden*, Leiden 1978 (en in zijn *preadv. NJV*, 1979). D.i. kenmerkend voor de Leidse School, evenals het ontbreken van het arrest in de bundel Van Zeben-Sterk. Zie echter ook Asser-Hartkamp II, nr 281 (sinds 1985).

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

6. *Het Dorrius-arrest (1951). Een sluitstuk van een ontwikkeling: Van Stijverden - Van Olst (1951)*

Indien wij de gang van de hoge raad op het terrein van de uitleg van overeenkomsten verder volgen, stuiten wij op het *Dorrius*-arrest van 13 april 1951.⁵⁸ In dit arrest staat het art. 1378 plotseling centraal⁵⁹, nog wel zonder dat naar de goede trouw van de artt. 1374 en 1375 verwezen wordt. Het heeft er zelfs schijn van, dat art. 1378 een dwingend karakter heeft.⁶⁰ In verband met deze benadering van de uitleg, die typerend is voor de historisch-psychologische uitlegsschool, werd zoëven al gewezen op het feit dat Losecaat Vermeer - our man in Havanna - ditmaal geen deel van de kamer uitmaakte. Zijn plaats werd ingenomen door F.J. de Jong, een aanhanger van de feitelijk uitleg.⁶¹ Aangezien het hier slechts een intermezzo in de door de hoge raad ontwikkelde uitlegmethode betreft, wil ik niet te lang bij deze uitspraak stilstaan. Ik volsta verder met de weergave van de belangrijkste overwegingen van de hoge raad:

‘dat het Hof hiermede niet anders te kennen geeft dan dat de woorden der akte, welke, in verband met de uitzondering van twee étages van de huur, *bij zuiver taalkundige uitlegging* doen veronderstellen, dat de étages ook van den koop zijn uitgesloten, *niet duidelijk uitdrukken* wat partijen hebben willen overeenkomen, indien men rekening houdt met de onaanvaardbare leemte, welke, gelet op de strekking der bepalingen der akte, deze aldus in de regeling van de verhouding van partijen zou laten;

dat dit hierop neerkomt, dat de bewoordingen der overeenkomst niet duidelijk zijn in den zin van art. 1378 BW’ ... (mijn curs.).

In hetzelfde jaar verschijnt nog een uitlegarrest van de hoge raad met bepaald meer allure, het arrest van 30 november 1951, *Van Stijverden - Van Olst*.⁶² In de kamer heeft Losecaat Vermeer weer zitting genomen in plaats van De Jong, terwijl de kamer voor het overige ongewijzigd blijft. De hand van de eerstgenoemde schrijver is zoals dadelijk zal blijken in het arrest terug te vinden. Het geval lag als volgt:

Van Olst had zich contractueel verbonden tegenover Van Stijverden om de exploitatie van een door de laatste uitgevonden constructie van een naafmotor financieel te steunen. Daar stond voor Van Olst een aandeel in de netto baten van de door Van Stijverden te voeren exploitatie tegenover, en wel 15% van de licentiesommen, 20% van de royalties en 20% van de netto winst uit de alleenverkoop in Nederland en koloniën. Na verloop van tijd verkoopt Van

58. *NJ* 1952, 76, nt PhANH, *Dorrius - VOF Restaurant Dorrius*. Dorrius had in 1935 café-restaurant, woonhuis e.d. bij notariële akte aan de V.O.F. verhuurd, met de optie tot koop tegen een bepaalde som. Deze transactie wordt historisch, doordat Dorrius daags voor het verlijden van de akte de notaris belt, met het verzoek de akte te wijzigen, in die zin dat de 1e en 2e etage van het woonhuis van de huur uitgezonderd worden, aangezien D. deze wil blijven bewonen. Na de oorlog wenst de rechtsopvolger van de V.O.F. gebruik te maken van het optierecht, waarbij het probleem zich voordoet: wat te verstaan onder de ‘gehuurde goederen’?

59. Het cassatiemiddel hield, anders dan in de *rederij-Koppe*-zaak, de klacht in, dat ‘door uitlegging is afgeweken van de duidelijke bewoordingen der overeenkomst’.

60. Vgl. het in de 5e Ov. gestelde: ‘dat ... toch het Hof niet heeft gehandeld *in strijd met* het bepaalde in art. 1378 BW ...’ mijn curs.

61. Vgl. boven, no. 3. Verder hebben nog zitting: Donner, Van der Meulen, Hijink en Smits.

62. *NJ* 1953, 76 merkwaardigerwijze niet geannoteerd.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

Stijverden aan ene Haks het recht tot exploitatie van zijn uitvinding voor Engeland en dominions en Zweden, voor de som van *f* 15.000,- welke hem werd voldaan. Van Olst eiste op grond van contract betaling van 15% van dat bedrag doch vindt zijn wederpartij daartoe niet bereid.

Ten processe voert Van Stijverden als verweer dat de door hem ontvangen *f* 15.000,- niet voortvloeien uit de in de overeenkomst omschreven zaken, maar dat het hier een som betreft, die betaald werd voor een recht van prioriteit, aangezien Haks eerst de gelegenheid tot marktverkenning wenste. Dit kon hem voor de amsterdamse rechter niet baten. Zijn grief in hoger beroep luidt dat de rechtbank ten onrechte het bedrag van *f* 15.000,- heeft begrepen onder de term ‘licentiesommen’ als zijnde ontvangen bij en terzake van de voorbereiding van een licentie, en derhalve te beschouwen als een bate terzake van die licentieverlening. Het amsterdamse hof bekrachtigt echter het vonnis van de rechtbank met de volgende overwegingen: ‘dat - ook al zou men het door Van Stijverden van Haks ontvangen bedrag van *f* 15.000,- niet beschouwen als een licentiesom als genoemd sub 2 der tussen partijen aangegane overeenkomst - deze grief niet tot vernietiging van het beroepen vonnis kan leiden; dat immers *uitlegging te goeder trouw* van deze contractsbepaling *in verband met de bepaling in de considerans van meergenoemde* overeenkomst, luidende dat Van Olst bereid is belangen te nemen bij de exploitatie van de geconstrueerde naafmotor in de ruimste zin des woords, tot de gevolgtrekking moet leiden dat genoemde betaling in zó nauw verband staat met een licentie, dat aan Van Olst het door hem gevorderde percentage van genoemd bedrag ... toekomt’ (mijn curs.).

Van Stijverden stelt in zijn cassatiemiddel onder *a*, ervan uitgaande dat de woorden ‘15% der licentiesommen’ duidelijk zijn, dat het hof van deze duidelijke woorden een afwijkende uitleg geeft⁶³, terwijl het onderdeel *b* de klacht inhoudt dat ‘lid 3 van art. 1374 BW slechts ziet op uitvoering van een naar de inhoud reeds vastgestelde overeenkomst *en niet op het vaststellen van die inhoud zelf noch ook op de uitleg van de bewoordingen van de overeenkomst*’ (mijn curs.). Men vindt hier derhalve de cassatiemiddelen uit de *rederij Koppe* en de *Dorrius* zaak gecombineerd.

De overwegingen die de hoge raad aan het middel wijdt zijn, het klinkt paradoxaal, kort doch verstrekkend:

‘dat de grieven onder *a* en *c* niet kunnen slagen, daar het Hof zijn oordeel doet steunen niet op de uitlegging van het enkele woord “licentiesom” maar op de in den eis omschreven contractsbepaling in verband met den “considerans” der overeenkomst;⁶⁴

dat de klacht onder *b* reeds hierom faalt, *omdat niet blijkt dat aan het Hof, gewagende van uitlegging te goeder trouw, uitsluitend art. 1374, lid 3, BW voor ogen stond, zijnde het veeleer aannemelijk dat het Hof, althans mede, art. 1375 in zijn oordeel heeft betrokken*’ (mijn curs.).

Waarna het beroep verworpen wordt.

In de eerste overweging vinden wij de gedachte neergelegd die wij al regelmatig bij de door de rechter gevolgde uitlegmethode signaleerden, dat de *strekking* van de overeenkomst (of een onderdeel daarvan) boven de letter van de ter uitlegging voorgelegde contractsbepaling gaat. Aangezien deze gedachte

63. Onder *c* wordt nader gesteld dat ‘een licentiesom nooit iets anders kan zijn dan een aan de octrooihouder te betalen vergoeding voor het verkrijgen van een bevoegdheid in de wet omschreven, ten aanzien van de uitvinding, die anderen niet hebben’, waarmee een recht van voorrang tot koop van een licentie ‘nimmer’ gelijk mag worden gesteld.

64. Vgl. in dezelfde zin de conclusie van a-g Eggens, wiens betoog in het verlengde ligt van zijn bijdrage in de Feestbundel *Het Testament*.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

aan de gave overweging van het hof, met haar verwijzing naar de considerans, ten grondslag lag, had de raad weinig moeite met dit onderdeel van het middel. Veelbetekenend is het feit dat in alle talen gezwegen wordt over het als geschonden aangehaalde art. 1378, dat in het *Dorrius*-arrest nog de eer van dwingende rechtsregel ten deel viel.

In de tweede overweging ligt het grote belang van het onderhavige arrest voor de uitlegmethode opgesloten. Wie na het *rederij Koppe*-arrest nog mocht twijfelen of de normatieve uitlegmethode door de hoge raad wel aanvaard werd, kan hier uitsluitel vinden: uitlegging dient *te goeder trouw* te geschieden (de door eiser geschonden geachte uitlegartikelen 1378-1387 worden door het college niet eens in beschouwing genomen). Omtrent het aangeven van de basis van de werking van de goede trouw bij de uitleg, lijkt de hoge raad behoedzaam. A-g Eggens had in zijn conclusie betoogd - met een beroep op *Van Prooye – Veltenaar* dat art. 1374, lid 3, (ook) positief toepasselijk op de uitleg van overeenkomsten is.⁶⁵ Eggens had voor dit standpunt ook op de dissertatie van een zittende raadsheer kunnen wijzen, nl. Losecaat Vermeer.⁶⁶ Bezie men het arrest van de hoge raad, dan lijkt het op het eerste gezicht dat het college het standpunt van Vermeer en Eggens niet overneemt. Het hof heeft immers zoals het college stelt, *niet uitsluitend* art. 1374, lid 3, voor ogen gehad toen het van 'uitlegging te goeder trouw' sprak, maar veeleer, *althans mede*, art. 1375 in zijn oordeel betrokken. Hiermee geeft de hoge raad als wettelijke basis voor de werking van de eisen van de goede trouw bij de uitleg aan art. 1374, lid 3, *juncto* art. 1375 BW. Hetgeen betekent dat *bij het uitlegproces de uitleg in de zin van vaststelling van de inhoud van het overeengekomene (de betekenis in rechte) niet gescheiden kan worden gedacht van de aanvulling van de aangetroffen leemten in de contractsregeling, terwijl het geheel onder het teken van de goede trouw staat*. Waarbij ook de in art. 1375 verder nog genoemde bronnen, gebruik en wet, onder auspiciën van de goede trouw hun rol spelen. Zoals ik zei, *lijkt* hiermee de opvatting van Eggens en Losecaat Vermeer verworpen. Dat dit schijn is wordt duidelijk indien men bedenkt dat beide schrijvers het onderscheid tussen uitleg en aanvulling van overeenkomsten (ofwel vaststelling van de rechtsgevolgen) eveneens verwerpen.^{67, 68}

65. Eggens wordt hierin gevolgd door Zevenbergen, t.a.p.

66. Vermeer stelt daar, p. 32 v., dat de artt. 1378, 1379 geen aanvaardbare grondslag voor de uitleg bieden. Schr. ziet het beginsel van art. 1374, lid 3, als grondslag, en meent dat de artt. 1378-1387 'behalve overbodig bovendien ook gevaarlijk zijn, wanneer zij niet als uitvloeisel van die goede trouw opgevat worden', p. 86. Vgl. ook p. 35 waar verwezen wordt naar § 157 BGB. Op die pagina vindt men ook de stelling weerlegd waarop het onderhavige middel sub *b* berust, met een beroep op J.F. Houwing.

67. Vgl. voor Vermeer, diss. p. 51 v., met een beroep op o.a. Danz en J.F. Houwing. Vgl. voor Eggens, de eerder aangehaalde literatuur, waarop zijn conclusie aansluit. Het standpunt van Losecaat Vermeer wordt overigens gevolgd door Suijling. Ook Suijling ziet art. 1375 als 'uitleg voorschrift' en bepleit eveneens het schrappen van deze artikelen zodat 'de eenvoudige regel van art. 1374, lid 3' overblijft. Vgl. *Inleiding*, 2e stuk (1923) p. 162, 2e dr. (1934) p. 273 v.

68. Ook in de jaren zeventig blijft de HR bij de normatieve uitleg. Vgl. HR 22 maart 1974 *NJ* 265, nt GJS, *Dusotrac*-arrest. N.m.m. ziet de HR uitleg als vaststelling van de rechtsgevolgen, en niet van de wil van partijen. Het hof mocht immers - nog wel ongemotiveerd - voorbijgaan aan de verklaring van één der partijen omtrent de strekking van de overeenkomst. Aldus ook Pitlo-Bolweg, p. 279; Asser-Hartkamp II, nr 280. De HR ziet de uitleg kennelijk als

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

Het is jammer dat het arrest niet geannoteerd werd, waardoor deze uitspraak waarmee de aanvaarding van de normatieve uitlegmethode door de hoogste rechter haar beslag kreeg, in de doctrine onbekend bleef. Daardoor bleef eveneens onopgemerkt, dat met de verschijning van het *Van Stijverden - Van Olst*-arrest in de *Nederlandse jurisprudentie* van 1953, aan het veertigjarig jubileum van Losecaat Vermeers promotie cachet werd verleend.

C. NORMATIEVE UITLEG EN DE ZGN. LEEMTE-THEORIE. OVERMACHT EN CONVERSIE ALS UITLEGVRAAGSTUKKEN. RECHTSVERGELIJKENDE NOTITIES

7. Staalman - Horeca (1962). De leemte-theorie door de hoge raad aanvaard?

Aldus werd rond 1950 de normatieve methode van uitleg door de hoge raad aanvaard, bij de arresten *rederij Koppe*, en *Van Stijverden - Van Olst*, en daarmee werd de draad weer opgenomen die via het *Van Prooye - Veltenaar*-arrest uit 1925, naar de vorige eeuw terugvoert. De onbekendheid met deze ontwikkeling in de doctrine, komt zeer sterk naar voren in de noot die H. Drion in *Ars Aequi* wijdt aan een arrest van de hoge raad, dat daardoor grote bekendheid krijgt: het arrest van 29 juni 1962, *Staalman - Bedrijfschap Horeca*.⁶⁹ Het lijkt haast een traditie: ook hier wordt een arrest van de hoge raad inzake uitleg, door een aanhanger van de historisch-psychologische methode geannoteerd. En wederom, evenals in 1925 en 1949, komt de normatieve methode van uitleg daarbij niet aan haar trekken.

De casuspositie komt in het kort hierop neer, dat partijen van mening verschillen omtrent de inhoud van de tussen hen overeengekomen wachtgeldregeling, die eenzijdig door Horeca opgesteld was. Volgens de laatste partij dient bij de berekening van het wachtgeld ook rekening gehouden te worden met andere inkomsten dan die uit een dienstbetrekking, terwijl Staalman zich op het standpunt stelt dat de regeling dat niet inhoudt. Met voorbijgaan aan verdere details, laat ik hier de overwegingen aan de hoge raad volgen:

‘dat de Rb. heeft vastgesteld dat aan de in de overeenkomst uitdrukkelijk neergelegde regeling van de vermindering van het wachtgeld bij genot van uit arbeid in dienstverband verkregen inkomsten niet de bedoeling ten grondslag ligt dat bij andere dan in dienstverband verkregen arbeidsinkomsten het wachtgeld geen vermindering zou ondergaan, doch dat pp. de vraag wat bij de verkrijging van inkomsten van laatstbedoelde soort dient te geschieden ongeregeld hebben gelaten;

dat de Rb. uitgaande van deze feitelijke vaststelling vervolgens heeft geoordeeld dat de overeenkomst uit hoofde van hetgeen naar haar aard door de billijkheid wordt gevorderd ook bij genot van deze inkomsten verbindt tot vermindering van het wachtgeld op de wijze als in punt 6 van den brief van het Bedrijfschap Horeca t.a.v. in particulieren dienst verkregen inkomsten is bepaald;

rechtsvraag, en verricht marginale toetsing. *Anders* Scholten in zijn noot. Zie verder, onder, p. 125 v.

69. *NJ* 1962, 285. Met Drion, *AA* (1962/63), p. 54, kan men zich erover verbazen dat (ook) dit arrest niet geannoteerd werd. Het arrest werd gewezen door Smits, Wiarda, Houwing, Hülsmann en Petit.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

dat evenwel aan het middel, mede blijkens de mondelinge toelichting, de veronderstelling ten grondslag ligt dat de Rb. zou hebben aangenomen dat de overeenkomst een recht op wachtgeld zonder aftrek van uit arbeid buiten dienstverband verkregen inkomsten toekent, en de Rb. dit tussen partijen overeengekomene op grond van de billijkheid zou hebben terzijde gesteld;

dat het middel aldus berust op een onjuiste lezing van het bestreden vonnis en derhalve feitelijkten grondslag mist'.

Men ziet, dat wederom een cassatiemiddel, berustend op de stelling dat men het uitdrukkelijk overeengekomene niet met een beroep op de billijkheid mag opzij zetten, voor de hoge raad bij een uitleg-vraagstuk geen succes heeft, evenals reeds bij *Van Prooye - Veltenaar, rederij Koppe* en *Van Stijverden - Van Olst* het geval was. Uit methodisch oogpunt betreft het hier een huis-, tuin- en keukengeval: partijen lieten een kwestie ongeregeld, op grond van art. 1375 *oud* mag men aan de hand van regelen van goede trouw die leemte aanvullen, hetgeen in de normatieve methode van uitleg, tot de *uitleg* gerekend wordt. Een standpunt dat zoals beschreven door de hoge raad rond 1950 aanvaard werd.⁷⁰ H. Drion ziet dit allemaal anders. Dit is begrijpelijk, gezien het feit dat voor hem de uitleg van een contract 'een feitelijke kwestie' is en hij zich aansluit bij Houwings noot onder het *rederij Koppe*-arrest.⁷¹ Door deze aanvaarding van de historisch-psychologische uitlegmethode, die gekenmerkt wordt door de scheiding uitleg - vaststelling van rechtsgevolgen (bijv. door aanvulling), een scheiding die ook Drion aanbrengt, komt schr. dan ook tot de stelling, dat met het onderhavige arrest de hoge raad de zgn. *leemte-theorie*, zoals verdedigd door Suijling en Bregstein, heeft geïntroduceerd.⁷² Met die stelling kreeg dat arrest

70. Ook indien men van de historisch-psychologische uitleg uitgaat, waarbij art. 1378 - grammatikaal geïnterpreteerd - centraal staat, is hier weinig om handen. De woorden zijn niet 'duidelijk' - analoog aan het *Dorrius*-geval -, aangezien het in sub 4-7 van de wachtgeldregeling gestelde, niet correspondeert met het sub 3*b* gestelde, vgl. *NJ* p. 954 v. In het *Dorrius*-arrest wordt overigens gesproken van een '*leemte*' die bij zuiver taalkundige uitlegging(!) van de akte in de regeling van de verhouding van partijen zou ontstaan, vgl. boven. In de onderhavige zaak is het woordgebruik van de rechtbank dubbelzinnig. De Haagse kantonrechter had nl. de redenering - in normatieve trant - gevolgd, dat er 'redelijkerwijs' gewicht gehecht moest worden aan het feit dat de wachtgeldregeling op het onderhavige punt afweek van het KB van 1922, en meende in de wachtgeldregeling 'niet anders (te) kunnen lezen dan een bewuste afwijking van hetgeen elders met name t.a.v. het rijkspersoneel rechtens was, welke opvatting Staalman, *zonder aan de goede trouw* te kort te doen, in de gegeven omstandigheden mocht onderschrijven en aanvaarden' (mijn curs.). De rechtbank leest dit vonnis aldus, dat volgens de kantonrechter Horeca 'de bedoeling heeft gehad' etc. (mijn curs.) doch acht een 'zodanige *bedoeling*' echter 'niet aannemelijk' aangezien het onderscheid in kwestie 'veeleer in strijd met dan in overeenstemming met aard en strekking van een wachtgeldregeling' is. In de laatste zinsnede nu, zit de *objektivering* van de bedoeling. Met deze terminologie zal Houwing - nu raadsheer - wel instemming gevonden hebben aangezien hij in zijn noot onder het *rederij Koppe*-arrest de bedoeling van partijen bij de uitleg centraal stelt, zoals wij boven zagen.

71. Vgl. p. 56, sub 4, waarop onder nog teruggekomen wordt.

72. Sub 2 vgl. in dezelfde zin, wat Bregsteins leer betreft, Löwensteyn, inaug. rede, p. 15. Men vindt de leemte-theorie overigens ook aanvaard bij Asser- Rutten I, p. 230 v., bij de behandeling van het boetebeding.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

plotseling het aanzien van standaardarrest. Mijns inziens wordt het arrest daarmee te veel eer aangedaan, ten koste van de zoëven besproken arresten.⁷³

8. *Conversie. Bij normatieve uitleg geen behoefte aan deze rechtsfiguur*

Zoals betoogd heeft de verwerping van het onderscheid uitleg - aanvulling (of wel vaststelling van rechtsgevolgen) in de normatieve methode van uitleg tot gevolg, dat daarin geen plaats is voor een 'leemte-theorie'. Evenmin is er in die opvatting plaats voor een figuur, die als *conversie* bekend is. Hierop is al gewezen door G.J. Scholten in zijn preadvies voor de *NJV* van 1954, waarbij hij de (normatieve) uitlegmethode van De Grooth tegenover die van Meijers zet.⁷⁴ Scholten kiest zelf voor het standpunt van Meijers, en meent dat de zienswijze waarbij men aan de figuur van conversie naast de uitleg geen behoefte heeft een *testimonium paupertatis* is, omdat zij voorkomt uit de moeilijkheid om een grens te trekken.⁷⁵ 'Men vervaagt het hele systeem als men het allemaal over één kam gaat scheren ...', aldus schr.⁷⁶

Voor de doorzichtigheid van de discussie rond de conversie was weinig bevorderlijk, dat men de uitlegproblematiek niet centraal heeft gesteld, maar

73. Zie voor een variant op *Staalman - Horeca*: HR 2 april 1993, *NJ* 1993, 612, nt PAS, *Bongers - Kopieer Service Benelux*.

Voor de verwerping van Drions stelling wordt verwezen naar de vorige druk, p. 117-122, een passage die geschrapt is. Daar vindt men de leemte-theorie van Suijling uiteengezet, met de conclusie dat de HR niet die leer aanvaardt maar de normatieve methode van uitleg zoals o.m. door Suijling voorgestaan. De leemte-theorie van Bregstein vindt men daar eveneens behandeld; deze leer, terecht al in 1936 door J.C. van Oven verworpen vanuit de visie van normatieve uitleg, is evenmin door de HR in *Staalman - Horeca* aanvaard, zo wordt door mij betoogd.

74. *Hand. NJV* 1954, I, p. 159 v. Het is jammer dat Scholten de uitlegproblematiek niet in het algemeen aan de orde stelt. De Grooths normatieve uitlegopvatting blijft daardoor geïsoleerd. Zij wordt bijv. niet in verband gebracht met die van de vader van de preadviseur, Paul Scholten. Vgl. voor de betekenis van de conversie ook nog Pitlo-Bolweg, p. 263 v.; Hofmann-Abas, p. 226 v.; Asser-Rutten II, p. 383 v.; Asser-Hartkamp II, nr 494 v.

75. Id. (p. 164); II, p. 85. Meijers had zich tijdens het debat op dezelfde wijze uitgelaten. Schr. ziet een 'enorm verschil tussen interpretatie van een verklaring en het aanvullen of wijzigen van een verklaring op grond van rechtsbeginselen. Wie dat niet doet, schrikt terug van de moeilijkheid om de grens te bepalen', p. 64. Even verder zegt Meijers, dat degenen die daar anders over denkt, en geen verschil aanneemt, 'zichzelf voor de gek houdt'.

76. In navolging van Eggens wil Scholten de conversie ook toepassen bij overmacht, doch dan is sprake van 'een soort conversie', die men niet over één kam moet scheren met de 'klassieke' conversie van nietige rechtshandelingen, die anders een 'onbruikbare slokop' zou worden, p. 196. Opvallend is, dat schr. geen conversie bij vernietigbare rechtshandelingen wil toestaan, i.g.v. dwang, dwaling en bedrog, omdat daar de 'nietigheid volstrekt is', p. 181 v.

Vgl. voor een ander standpunt, mijn beschouwing in *NJB* 1967, p. 976 v., 996 v., waar een analogische toepassing van de *actio quanti minoris* uit de verborgen gebreken-regeling bepleit wordt. De laatste rechtsfiguur is overigens een voorbeeld van de in de wet neergelegde conversie. In de oude uitlegregel 'ut res magis valeat quam pereat' - welke in het engelse en amerikaanse recht nog steeds aktueel is - ziet men uitleg en conversie in elkaar overlopen. Dit maxime vindt men in ons BW terug in art. 934, in fine (uitleg van testamenten), en in art. 1380 *oud* (uitleg van overeenkomsten).

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

juist uit de weg ging.⁷⁷ Toch is de keus die men maakt tussen normatieve en historisch-psychologische uitleg, bepalend voor de vraag naar de inhoud van die rechtsfiguur, en voor de noodzaak van invoering van die figuur, bijv. door opneming in de wet.^{78,79}

9. *Rechtsvergelijkende notities*

Om met enkele rechtsvergelijkende opmerkingen te besluiten, in de duitse doctrine werd rond de eeuwwisseling door normatieve uitleggers als Danz en Titze, de scheiding tussen uitleg en aanvulling verworpen.⁸⁰ Voor de ontwikkeling die in de literatuur sindsdien plaatsvond, met vele tussenoplossingen, kan verwezen worden naar A. Lüderitz in zijn boek *Auslegung von Rechtsgeschäften*.⁸¹ Deze schrijver, die vanwege het feit dat hij de wilsleer toegedaan is, tot dusver weinig aangehaald werd, is zelf voorstander van handhaving van dat onderscheid. Zijn betoog is nagenoeg identiek aan dat van J.H. Beekhuis dat hierboven vermeld werd.⁸² Opmerkelijk is nog, dat Lüderitz ondanks deze zienswijze, géén behoefte aan een leemte-construktie heeft.⁸³ Dan wil ik er nog op wijzen, dat een fervent voorstander van het onderscheid uitleg - aanvulling, Larenz, later is omgegaan. In 1930 bestreed hij Danz' opvatting hierover, welk betoog in 1966 nog door schr. onderschreven werd⁸⁴, doch in de tweede druk van zijn *Methodenlehre* (1969), wordt het roer

77. Vgl. ook de opmerking van Scholten bij het debat, p. 83, waar hij bij een beroep op clementie t.a.v. de interpretatieproblematiek Meijers' uittaling aanhaalt dat 'het onderwerp zo moeilijk is dat het vrijwel niet doenlijk is om erover te discussiëren'. Waarvan akte.

78. Het is geen toeval, dat in het door Meijers ontworpen conversie-artikel, art. 3.2.8 NBW, thans 3:42 BW, de feitelijke uitlegmethode doorklinkt. Conversie is slechts geoorloofd, indien 'buiten twijfel' is 'dat de gewijzigde inhoud zou zijn gewild, wanneer de verklarende partij met de nietigheid had rekening gehouden. Een mogelijkheid, dat dit zou geschied zijn, is dus niet voldoende', *Toel.*, p. 191. Bij een twee- of meerzijdige rechtshandeling geldt dit 'buiten twijfel' zijn 'uit den aard der zaak' voor alle partijen. Wat dat laatste betreft lijkt Meijers omgegaan, vgl. debat p. 66. Daar stelt hij zelfs, dat men voor overeenkomsten 'het woord conversie volstrekt niet nodig heeft'. Dat is besloten in de erkenning van de goede trouw en billijkheid. Doch voor andere rechtshandelingen dan overeenkomsten blijft schr. bij zijn oude standpunt, overigens kent ook Scholten een plaats aan de goede trouw bij de conversie toe, in navolging van Eggens, vgl. p. 163 v. Vgl. ook Beekhuis, p. 233 v.

79. Eggens, zich baserend op normatieve uitleg, komt dan ook tot een resultaat tegengesteld aan dat van het ontwerp-Meijers, alhoewel hij dezelfde overweging van de HR tot uitgangspunt neemt, vgl. *WPNR* 3952 (1946) p. 330, nt 19, p. 333, nt 28; *Verz. Opst.* 2, p. 95, 100. Zie voor de conversie ook nog onder, Hfdt. 3, § 2, nr 4, en rechtsvergelijkheid, C. Krampe, *Die Konversion des Rechtsgeschäfts*, 1980.

80. E. Danz, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, 3e dr. 1911, pp. 5 v., 75, 111; H. Titze, *Die Lehre vom Missverständnis*, 1910, pp. 104, 451, 482 v.

81. *Vergleichende Untersuchung anglo-amerikanischen und deutschen Rechts*, 1966, p. 392 v.

82. Vgl. pp. 355, 383, 390, 403. Vgl. voor Beekhuis, boven, nt 35.

83. P. 401 v. 'Wie man es dreht und wendet: das Problem der Lücke ist ein Scheinproblem', concludeert schr. p. 418. Hierbij wordt H. Pilz aangehaald, *Richterliche Vertragsergänzung und Vertragsabänderung*, diss. Freiburg 1963. In de duitse doctrine kent men sinds Zitelmann het onderscheid tussen 'echte' en 'unechte Lücke'.

84. *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, 1930, herdruk 1966, vgl. het *Nachwort*.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

zonder kommentaar omgegooid.⁸⁵ Zich afzettend tegen Lüderitz, stelt Larenz dat bij de uitleg, waaronder begrepen de ‘ergänzende Vertragsauslegung’ niet de wilsverklaring van elk der partijen uitgelegd wordt, maar ‘die durch den Vertrag geschaffene und in Geltung gesetzte *Regelung* als solche’ niet ‘der Vertrag als *Akt*’. Dit alles onder een normatieve vlag. Een opvatting die overigens sterk lijkt op die, welke Eggens ten aanzien van de conversie heeft verdedigd.⁸⁶ Het zal duidelijk zijn, dat deze visie door mij niet onderschreven kan worden, aangezien men hier uitgaat van een rechtshandeling als *feitelijke* handeling, vergezeld van een ‘beoogd rechtsgevolg’. Wel is verheugend, dat Larenz op die wijze los komt van de *wilsverklaring* als grondslag van alle uitleg, waardoor men zo makkelijk tot de historisch-psychologische uitlegmethode blijkt te komen, zoals men bijv. bij Lüderitz weer ziet. Larenz’ zienswijze vertoont intussen verwantschap met de stroming, die ik de ‘funktionelle Vertragslehre’ zou willen noemen en welke men elders beschreven vindt.⁸⁷ Overigens vraagt men zich af, of Larenz nu ook teruggekomen is op zijn bestrijding van de rechtspraak van het Bundesgerichtshof inzake de invloed van veranderde omstandigheden op de overeenkomst. In de vaste rechtspraak wordt *Anpassung* van de contractsverplichtingen aanvaard, op basis van hetgeen de goede trouw (ex § 242 BGB) in het concrete geval eist, hetgeen in een uitspraak uitdrukkelijk als *Rechtsfindung* bestempeld wordt.⁸⁸ Larenz voert de langzamerhand klassieke

85. Vgl. het op p. 285 gestelde: ‘Gemeinsam ist der Auslegung sowohl der Rechtsgeschäfte wie der Gesetze, dass es um die Ermittlung der darin angeordneten *Rechtsfolgen* geht. Es handelt sich weder bei den Rechtsgeschäften noch bei den Gesetzen um einfache *Aussagen*, sondern um *Bestimmungen*, durch die Rechtsfolgen in Geltung gesetzt werden sollen’ (1e curs. van mij). Vgl. ook - nog onbestemd - *Allg. Teil des deutschen Bürg. Rechts*, 1967, § 25 II, § 35 I (Vgl. ook 9e dr., 1987).

86. T.a.p., p. 332. Eggens meent dat de uitdrukking conversie van *rechtshandelingen* onzuiver is: ‘Niet de *handeling* - het feitelijk gebeuren in den tijd - wordt geconverteerd, maar haar gevolg, het met de rechtshandeling beoogde gevolg, en wel, wanneer dit gevolg niet (of eventueel niet *meer*) kan intreden, zóó als het werd beoogd. Met andere woorden, het is de *rechtsbetrekking* welke geconverteerd wordt’.

87. Vgl. *N.U.*, diss. p. 404 v. Het onderscheid dat Larenz aanbrengt tussen wetsuitleg en uitleg van rechtshandelingen, p. 286 v., kan ik evenmin onderschrijven, vgl. voor mijn standpunt, id. p. 222 v. (*Dial. R. en R.*, 1a, p. 25 v.).

88. Een overzicht daarvan is te vinden bij Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 1963, p. 110 v. De grondslag voor de rechtspraak van het BGH werd gelegd door het Oberste Gerichtshof für die britische Zone, in uitspraken van 1948 en 1949, *Rentenfall*, *Ostzonale Enteignung*, *Vermietung von Baugeräten* (Larenz, p. 110 v.). In deze visie laat men dogmatische begrippen links liggen, en zoekt men de oplossing die in het concrete geval door de goede trouw geëist wordt. Vgl. het BGH in het *Rübangeldfall* (1952): ‘Der Wegfall der Geschäftsgrundlage ... kann nur dann zu einem Eingriff in die schuldrechtlichen Beziehungen der Parteien führen, wenn mit Rücksicht auf den Geschäftszweck das Festhalten an dem Verträge dem Verpflichteten *nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann*’ (Larenz, p. 115, mijn curs.). In het *Volkswagensparerer-arrest* (1951) overweegt het BGH dat de rechter hier krachtens § 242 BGH bevoegd is ‘rechtsgestaltend in das Vertragsverhältnis einzugreifen’. Nadien wordt dit anders geconstrueerd; in arresten uit 1953, *Bohrhämmerfall*, *Auftragsverhältnis* en *Hofübergabefall*, spreekt het college van ‘*Anpassung des Vertragsinhalts an die veränderten Umstände*’ (mijn curs.) op basis van *Treu und Glauben*, hetgeen ook tot ontbinding kan leiden. In het laatste arrest merkt het BGH op, dat die ‘*Anpassung*’ een vraag van ‘*Rechtsfindung*’ en niet van ‘*Rechtsgestaltung*’ is. Het betreft hier de vaststelling ‘welche Umgestaltung die bestehenden Rechtsbeziehungen durch die

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

bezwaren aan, die men tegen wat men noemt ‘blote billijkheidsrechtspraak’, heeft. De rechtszekerheid komt in gevaar, en verder heeft de wetgever de rechter niet een zo ruime bevoegdheid gegeven om krachtens het goede trouw-artikel (hier: § 242 BGB) in het contract wijzigingen aan te brengen.⁸⁹ In soortgelijke zin had Esser zich eerder al uitgelaten.⁹⁰ Voor een bespreking van de uitleg in andere rechtsstelsels, verwijs ik naar eerdere beschouwingen.⁹¹ De normatieve benadering voert de boventoon.

D. DE RECHTSPRAAK VAN DE HOGE RAAD INZAKE UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN NA 1971. NORMATIEVE UITLEG (OPNIEUW) AANVAARD? REAKTIES IN DE DOCTRINE

10. Een drieluik van arresten: *Misverstand, Ram - Matsers en Haviltex*

De rechtspraak van de hoge raad met betrekking tot de uitleg van overeenkomsten uit de zeventiger en begin tachtiger jaren zou ik aan de hand van een drietal arresten willen belichten. Daaruit blijkt naar mijn mening dat er van geen breuk sprake is ten opzichte van de rechtspraak van voor 1971, die in mijn dissertatie behandeld werd. Aangezien hierover ook anders gedacht wordt, bijvoorbeeld door Van Schilfgaarde en Brunner in verschillende noten, zal ik de overwegingen van de raad ruim weergeven. De arresten die de revue passeren zijn het *misverstand-arrest, Ram - Matsers en Haviltex*.

In het *misverstand-arrest*⁹² betreft het een onteigening in der minne tussen de gemeente Bunde (L) en Erckens van onroerend goed voor een koopprijs van f 175.000,-, met het beding dat de ‘belastingschade vallende op de bedrijfsschadevergoeding’ voor rekening van de gemeente zou komen. Het beding komt door een mislag van de notaris anders in de transportakte te staan; kern van het geschil is, dat partijen een verschillende uitleg aan de term ‘belastingschade’ geven. In de lezing van de gemeente is de standaard-betekenis in onteigeningszaken hier van toepassing, hetgeen neerkomt op ruim f 2.000,-.

Veränderung der Umstände nach Treu und Glauben erlitten haben’. Vgl. Larenz, p. 116 v. Vgl. voor deze materie nog, onder, Hfdst. 3, § 2, nr 1; Hfdst. 5, § 1, nr 6.

89. *Geschäftsgrundlage*, pp. 2; 117 v. Zie voor dit onderwerp, onder, Hfdst. 6, § 3 (gereserveerd).

90. *Juristenzeitung*, 1956, p. 557. Met instemming aangehaald door Larenz. Esser betreurt dat ‘dogmatisch gefestigte Konstruktionen, wie es die Lehre von der GG wurde, später wieder in das Zwielicht des Zumutbarkeitsgedankens und der richterlichen Billigkeit zurückversetzt’ werden. Dit standpunt van Esser en Larenz tegenover dat van het BGH, doet denken aan de overeenkomstige controverse tussen J. Drion en Wolfsbergen (die zich op de jurisprudentie van de HR baseert), inzake de onrechtmatige daad, vgl. *N.U.*, diss. p. 222 (*Dialektiek R. en R., Ia*, p. 25), en die tussen Denning en het house of lords, vgl. idem, p. 368. Ook in de rechtsvergelijking is er weinig nieuws onder de zon. Vgl. voor het hier besproken duitse recht uitvoeriger, Abas, diss. p. 249 v.

91. Vgl. *N.U.*, diss. p. 358 v. (engels en amerikaans recht); p. 414 (zwitsers recht); p. 415 v. (skandinavisch recht); p. 417 v. (frans recht). Zie ook: Kötz, *Europäisches Vertragsrecht I*, 1996, p. 162 v.

92. HR 17 dec. 1976, *NJ* 1977, 241, nt GJS; AA 1977, 654, nt v. Sch. *Gemeente Bunde - Erckens c.s.*

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

De verkoper Erckens meende dat het hier ging om de inkomstenbelasting op de bedrijfsschadevergoeding, à raison van ruim f 50.000,-. Wie heeft het bij het rechte eind? De procedure spitst zich toe op de stelling van Erckens, waarin het hof Den Bosch hem gevolgd had, dat de wilsverklaringen van beide partijen ten gevolge van dit misverstand niet onderling overeenstemden, zodat geen overeenkomst tot stand gekomen was. De hoge raad casseert dit arrest, en geeft als kern-overwegingen:

‘dat immers, indien partijen die een overeenkomst wensen te sluiten, daarin een voor misverstand vatbare uitdrukking bezigen, die zij elk in verschillende zin hebben opgevat, het antwoord op de vraag of al of niet een overeenkomst tot stand is gekomen, in beginsel afhangt van wat beide partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid;

dat daarbij onder meer een rol kan spelen: *a.* of de betekenis waarin de ene partij de uitdrukking heeft opgevat meer voor de hand lag dan die waarin de ander haar heeft opgevat; *b.* of, indien deze uitdrukking een vaststaande technische betekenis heeft, de partij die van deze betekenis is uitgegaan, mocht verwachten dat ook de andere partij deze betekenis zou kennen; *c.* of de andere partij zich had voorzien van deskundige bijstand en de wederpartij mocht verwachten dat deze die betekenis kende en die andere partij daaromtrent voorlichtte; *d.* of één der door partijen aan de uitdrukking gehechte betekenissen zou leiden tot een resultaat dat met hetgeen partijen met de overeenkomst beoogden minder goed zou zijn te rijmen’.

Zo kwam na 15 jaar, de beëindiging van het conflict een stap verder⁹³, en werd de rechtswetenschap met een belangrijk arrest verrijkt. Men ziet dat de hoge raad in deze kwestie van oneigenlijke dwaling de consensus - dissensus problematiek links laat liggen, en op de uitleg-toer gaat, en wel in normatieve trant. Van een uitpluizen van de historische, psychologische bedoelingen van partijen is geen sprake; de hoge raad spreekt zelfs niet van ‘wil’ of ‘wilsverklaring’, maar houdt het eenvoudig op ‘verklaring’ en ‘gedraging’. De vertrouwensleer is in de formulering gegoten, dat doorslaggevend is ‘wat beide partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid’. Het vertrouwensbeginsel wordt verder uitgewerkt in de regels die volgen, in *Saladin - HBU*-stijl van *a* t/m *d* genummerd, waarin het ‘mocht verwachten’ niet van de lucht is. Alleen als men zoekt naar het woord ‘vertrouwen’, kan men aarzelen of de hoge raad de vertrouwensleer (opnieuw) aanvaard heeft, en menen dat de uitspraak slechts ‘past in de

93. Het koopcontract was in 1961 gesloten; een eerste procedure, eindigend in een arrest van het Hof Den Bosch in 1973, had Erckens verloren. Vervolgens is hij een tweede procedure begonnen, waarin hij het over een andere boeg gooit: er is t.g.v. misverstand geen overeenkomst tot standgekomen. In het arrest van de HR werd de zaak verwezen naar het Hof Arnhem. Dit college wees op 9 november 1982 een eindarrest waarbij Erckens in het gelijk gesteld werd. Hiervan is Bunde weer in cassatie gegaan, hetgeen leidde tot HR 5 dec. 1986 *NJ* 1987, 382 (cass. verworpen). Daarmee werd een zilveren procesjubileum gehaald. Intussen is het doek gevallen, vgl. S.C.J.J. Kortmann, *Een misverstand met een dure lange staart*, in: *Met Grond Verbonden*, bundel voor Wijn en Stael, 1991, p. 89. Vgl. Hof Den Bosch 30 oktober 1989 (niet gepubl.), besproken door Kortmann. Zie ook nog: J.R. Sijmondsma, *Bunde - Erckens, de geschiedenis van een stuk grond*, in: Clausing-bundel, 1990, p. 165.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

vertrouwensleer', zoals annotator Van Schilfgaarde doet.⁹⁴ In regel *d* herkent men art. 1380 oud BW, de oude uitleg-regel: *ut res magis valeat quam pereat* (vgl. nog onder).

Er is veel meer over deze merkwaardige casus en dit opmerkelijke arrest te zeggen, maar ik volsta met de weergave van de overweging van de raad die op de eerder geciteerde volgt, onder de aantekening, dat hierin de zienswijze van de gemeente verwerkt is; voor hetgeen blijktens de getuigenverklaring voor Erckens' visie pleit, moet men bij de overwegingen van het hof te rade gaan.⁹⁵

'dat de Gemeente blijkens de stukken van het geding er zich o.m. op heeft beroepen: dat de betekenis die Erckens c.q. aan het begrip "belastingschade" beweren te hebben toegekend in de gegeven omstandigheden volkomen abnormaal was; dat dit begrip een vaststaande technische betekenis in onteigeningszaken heeft, zodat zij van Erckens c.s. mocht verwachten dat zij zich bij het sluiten van de overeenkomst, strekkende tot onteigening in der minne, op de hoogte hadden gesteld van de betekenis van dat begrip; dat Erckens c.s. bovendien deskundigen hebben ingeschakeld die deze technische betekenis kenden en verwacht mocht worden dat Erckens c.s. door hen zou worden voorgelicht; dat het resultaat van de opvatting van Erckens c.s. zou zijn dat zij aanzienlijk meer zouden ontvangen dan de door hen geleden schade, incl. belastingschade, en de Gemeente bij een overeenkomst tot onteigening in der minne ook daarom deze opvatting niet behoefde te verwachten.'

Het tweede uitleg-arrest betreft niet de vraag of een overeenkomst totstandgekomen is, maar de vraag welke betekenis aan een bepaalde contractsclausule gegeven moet worden. In *Ram - Matser*⁹⁶ is sprake van een koopovereenkomst waarin Ram van Matser (*nomen est omen?*) een huis annex garage koopt voor *f* 84.500,-, resp. *f* 6.000,-. Matser is de rechtsopvolger van de Projectontwikkelings- en Exploitatie-maatschappij Johan Matser NV, die de koopcontracten gesloten had. De probleemstelling wordt verder duidelijk uit de hier volgende overwegingen van de hoge raad:

'dat volgens de in hoger beroep onbestreden vaststelling van de Rb. aan het slot van de voormelde voorlopige koopcontracten een beding van de volgende inhoud was opgenomen:

94. T.a.p., sub 3. Van Schilfgaarde leest in het arrest echter wel 'een zekere distantie van art. 3.2.2 NBW dat al te dogmatisch het vereiste van een wil stelt', vgl. ook boven, p. 59.

95. Ov. 14 en 15. Pikante feiten zijn, dat de vrouw van Erckens voor het tekenen van de akte de notaris met klem opheldering over de clausule gevraagd en gekregen had, in de door haar en haar man bedoelde zin; dat de gemeente-secretaris die de onderhandelingen voerde, in een gesprek met Erckens een schatting van de belastingschade ad. *f* 26.000,- had gedaan, waar de laatste op afgegaan was, etc. Het Hof Arnhem, na verwijzing, toetst de feiten en omstandigheden aan de factoren *a/d* die de HR opgesteld heeft, en komt tot het oordeel dat Erckens 'niet ... bij Bunde het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt dat hij het begrip belastingschade opvatte in de door Bunde bedoelde zin'. Het gebrek aan wilsovereenstemming heeft tot gevolg dat geen overeenkomst is totstandgekomen. Voor het hof speelt o.m. een rol, dat E. een sterke onderhandelingspositie had, gezien de haast die B. had i.v.m. woningbouw; dat kort tevoren in twee andere gevallen B. de ruime belastingschade had vergoed, en dat E. geen deskundige begeleiding op dit punt gekregen had. Interessant is, dat het hof van een *onderzoeksplicht* uitgaat die op B. rust, om na te gaan welke betekenis E. aan de clausule hechte toen hij een wijziging voorstelde (ov. 14). De HR ging hiermee akkoord, zie *NJ* 1987, 382, en voor het Hof Arnhem, *NJ* 1987, 714.

96. HR 1 juli 1977, *NJ* 1978, 125 nt GJS.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

“Betreffende woning (resp. garage) is gekocht door bemiddeling van Projectontwikkelings- en Exploitatiemaatschappij Johan Matser N.V., voor welke bemiddeling koper 11/2% provisie, verhoogd met de wettelijke omzetbelasting verschuldigd is voor de totale koopsom van f 84.500,- (resp. f 6.000,-).”

dat naar de in hoger beroep niet bestreden vaststelling van de Rb. noch Matser noch een ander ter zake van de koopovereenkomst met Ram enige bemiddeling heeft verricht;

dat het Hof aan voormeld beding een uitleg heeft gegeven die - kort samengevat - hierop neerkomt dat het op Ram de verplichting legde aan Matser een deel van de kosten te vergoeden van de door Matser aangestelde makelaars die te haren behoeve werkzaam waren bij de verkoop van de tot een bepaald complex behorende woningen waartoe ook de door Ram gekochte woning en garage behoorden;

dat niet begrijpelijk is hoe het Hof deze uitleg met de bewoordingen van het beding dat uitsluitend spreekt van bemiddeling door Matser ter zake van de overeenkomsten met Ram, “niet onverenigbaar” heeft kunnen oordelen;

dat het bovendien bij uitleg van een beding als het onderhavige in de eerste plaats aankomt op de zin welke de koper daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen en op hetgeen de verkoper te dien aanzien van de koper mocht verwachten;

dat het Hof daaromtrent slechts heeft vastgesteld dat Ram “uit de bewoordingen van het beding (t.w. dat de verkoopster voor zichzelf bemiddelde) moet hebben beseft dat de bemiddeling strekte ten gunste van de verkoopster en niet tevens te zijnen gunste”; dat daaruit echter niet valt af te leiden dat Ram het beding in de door het Hof bedoelde zin had moeten opvatten noch dat Matser dit zou hebben mogen verwachten;

dat het voorts bij een door een professionele verkoper geredigeerd beding voor de hand ligt onduidelijkheden in beginsel ten gunste van de niet professionele koper uit te leggen;

dat het bestreden arrest derhalve niet in stand kan blijven (mijn curs.).

De kern van de uitspraak ligt in de geursiveerde overwegingen. De eerste is een verkorte versie van de regel uit het *misverstand-arrest*; in de tweede overweging vinden wij de zgn. *contra proferentem*-regel neergelegd, een adagium van de Romeinen, door onze wetgever in art. 1385 oud BW opgenomen: ‘In geval van twijfel, wordt een overeenkomst uitgelegd ten nadele van dengene die iets bedongen, en ten voordele van hem die zich verbonden heeft’. In vele landen hanteert de rechter deze regel, die internationaal onder zijn latijnse benaming - nog steeds de *lingua franca* van de rechtsvergelijkende jurist - gehanteerd wordt, om uitwassen van standaardcontracten te bestrijden.⁹⁷ Contractsbepalingen die in het nadeel van de adherent bij een adhesiecontract zijn, worden bij onduidelijkheid van de bepaling in zijn voordeel uitgelegd, en ten nadele van de professionele opsteller van de clausules. Het spreekt, dat het begrip ‘onduidelijk’ weidse perspectieven biedt voor de rechter die een zwakke partij te hulp wil komen.

Opmerkelijk is, dat de cassatierechter in zijn uitspraak afwijkt van de conclusie van a-g Ten Kate; deze baseert zijn standpunt op de uitlegartikelen van het oude BW, hetgeen om verschillende redenen van belang is. Het hof had zich namelijk laten leiden door de gedachte van art. 1380 oud BW, de oude regel *ut res magis valeat quam pereat*: men moet een beding zo uitleggen dat het zin heeft, en niet zinloos is, opdat het contract behouden blijft, zoals de Romeinen

97. Ik wijs er de jonge lezer op, dat het voor een internationaal opererend jurist - en men weet dat wij als klein land zoveel buitenland hebben, om met Wim Kan te spreken - erg handig is om van rechtsfiguren de latijnse benaming bij de hand te hebben: elke jurist in Europa weet wat met *negotiorum gestio* (zaakwaarneming) bedoeld wordt. Het lijkt uit de tijd, dat latijn, maar het is toch een goede investering.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

zeiden. Een belangrijk, cassatie-technisch punt is, dat in de opvatting van de a-g de toepassing van deze artikelen en de uitleg in het algemeen, feitelijk van aard is, en derhalve niet door de hoge raad getoetst kan worden. De raad gaat in beide opzichten niet mee met zijn a-g.

In de literatuur werden de uitlegbepalingen van het oude BW weinig serieus genomen en slechts beschouwd als 'wenken en raadgevingen aan de rechter', evenals in het franse recht het geval is, waaruit ze afkomstig zijn (Code civil). Het waren geen bepalingen van dwingend recht, die bij schending cassatieberoep mogelijk maken, had de hoge raad eens geoordeeld.⁹⁸ De uitlegregels zijn in het huidige BW niet overgenomen, naar mijn mening voor het merendeel ten onrechte.⁹⁹ De ontwerpers van Boek 6 NBW hebben de regels geschrapt, 'daar zij gedeeltelijk vanzelf spreken en overbodig zijn, en voor het overige in hun te grote algemeenheid niet juist zijn'.¹⁰⁰ Er werden geen nieuwe regels opgenomen, 'daar zich in deze materie - anders dan bij de uiterste wilsbeschikkingen, zie art. 4.3.1.8 - bij de huidige stand van de rechtswetenschap geen rechtsvragen voordoen, die een beantwoording door de wetgever vereisen'. Bij deze uitspraak uit 1961 kon men toen al vraagtekens zetten; in onze tijd is dat nog sterker het geval, zoals uit dit hoofdstuk blijkt.

Ik laat de bewuste uitlegartikelen uit het oude BW hier volgen:

VIERDE AFDEELING

Van de uitlegging der overeenkomsten

Art. 1378. Indien de bewoordingen eener overeenkomst duidelijk zijn, mag men daarvan door uitlegging niet afwijken. (B.W. 2:68, 179; B.W. 932)

Art. 1379. Indien de bewoordingen eener overeenkomst voor onderscheiden uitleggingen vatbaar zijn, moet men veeleer nagaan welke de bedoeling der handelende partijen geweest zij, dan zich aan den letterlijken zin der woorden binden. (C.C. 1156; B.W. 933, 1293, 1892)

Art. 1380. Indien een beding voor tweederlei zin vatbaar is, moet men het veeleer opvatten in den zin waarin hetzelve van eenige uitwerking kan zijn, dan in dien waarin het geen het minste gevolg zoude kunnen hebben. (C.C. 1157; B.W. 934)

Art. 1381. De bewoordingen voor tweederlei zin vatbaar, moeten opgevat worden in den zin die met den aard van de overeenkomst het meest overeenstemt. (C.C. 1158; B.W. 934, 1892)

Art. 1382. Hetgeen dubbelzinnig is moet uitgelegd worden naar hetgeen gebruikelijk is in het land of op de plaats, alwaar de overeenkomst is aangegaan. (C.C. 1159; A.B. 3)

98. Vgl. HR 28 juni 1946, *NJ* 1946, 524, *De Wetstein Pfister - Staat*.

99. Aldus ook: E.H. Hondius, *Standaardvoorwaarden*, diss. Leiden, Deventer 1978, nr 331; preadv. *NJV* 1979, nr 40; *Unfair Terms in Consumer Contracts*, Utrecht 1987, nr 64 v.; J.E. Vollebrect, *NJB* 1984, p. 809 v. Vgl. ook R.H.C. Jongeneel, *De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz*, diss. VU Amsterdam, Deventer 1991, p.152, die het nut van uitlegregels in de wet om algemene redenen niet groot acht.

100. Toel. Boek 6, 1961, p. 759; *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 916.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

Art. 1383. Bestendig gebruikelijke bedingen worden geacht stilzwijgend in de overeenkomst te zijn begrepen, schoon dezelve daarbij niet zijn uitgedrukt. (C.C. 1160; A.B. 3; B.W. 1375, 1528)

Art. 1384. Alle bedingen, in eene overeenkomst gemaakt, moeten in derzelve verband genomen, en het eene door het andere uitgelegd worden; ieder derzelve moet in den zin worden opgevat welken het geheel beloop der overeenkomst medebrengt. (C.C. 1161; B.W. 1892)

Art. 1385. In geval van twijfel, wordt eene overeenkomst uitgelegd ten nadeele van dengenen die iets bedongen, en ten voordele van hem die zich verbonden heeft. (C.C. 1162; B.W. 1309, 1509, 1861, 1902, 1916)

Art. 1386. Hoe algemeen ook de bewoordingen zijn waarin eene overeenkomst aangegaan is, omvat dezelve echter alleen die zaken waaromtrent het blijkt dat partijen voornemens waren te handelen. (C.C. 1163; B.W. 1891 v.)

Art. 1387. Indien men in eene overeenkomst een geval heeft uitgedrukt, om de verbintenis duidelijk te maken, wordt men niet geacht daardoor te hebben willen inkorten en beperken de naar regten verbindende kracht, welke de overeenkomst in de niet-uitgedrukte gevallen heeft. (C.C. 1164; B.W. 682, 14702, 16192).

Deze afdeling is overgenomen van de Code civil, met uitzondering van art. 1378, dat zoveel verwarring gezaaid heeft in zijn bestaan. Dit artikel, evenals het tweelingartikel 932 voor testamenten, is een produkt van eigen vaderlandse bodem. De achtergrond was, dat men ten tijde van de franse overheersing en de periode daarvoor, veel te maken had met rechterlijke willekeur bij de uitleg van overeenkomsten (testamenten), waaraan men paal en perk wilde stellen. Doordat die achtergrond - die voor het recht in onze tijd niet relevant is - niet meer bekend was, werd art. 1378 een gevaarlijke bepaling zoals wij boven zagen, voer voor grammatikale uitleggers.

Men kan de uitleg-bepalingen van het oud-BW als volgt samenvatten, waarbij drie thema's zichtbaar worden. Zoals hieronder nog zal blijken, zijn deze uitleg regels nog steeds van belang voor het geldende recht, hetgeen telkens uit de rechtspraak blijkt.

De uitleg regels hebben betrekking op de volgende *kern-thema's*:

- I. Uitleg dient om redelijke zin aan de overeenkomst geven, zodat deze kan werken, uitvoerbaar is (*ut res magis valeat*-regel, constructieve uitleg).
- II. Bij de uitleg wordt rekening gehouden met aard en strekking van de overeenkomst (hetgeen door partijen economisch en maatschappelijk beoogd was); hierbij zijn externe en interne factoren van belang: het geldende gebruik en de onderlinge samenhang van de contractsvoorwaarden.
- III. Uitleg vindt plaats in het nadeel van de partij die bij het opstellen van de overeenkomst macht over de andere partij uitgeoefend heeft en haar eigen contractsvoorwaarden opgelegd heeft (*contra proferentem*-regel).

Bij de bespreking van de recente rechtspraak inzake uitleg wordt hierop teruggekomen; daarbij komen vooral de regels I en III aan de orde, waarover

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

veel verwarring en onduidelijk bestaat (zie nr 15 v.). Bij de toepassing van regel III blijkt de hoge raad merkwaardigerwijze weer terug te grijpen naar de 'duidelijkheid' van woorden van het contract, hetgeen herinneringen oproept aan art.1378 oud-BW, waarvan iedereen dacht dat het nu eindelijk dood en begraven was. Het spook waart echter nog rond, zoals wij zullen zien. De uitspraak inzake het gebruik van de *contra proferentem*-regel werd gedaan in een reeks arresten die begon met het *Liskay*-arrest van 1989; daarbij werd bepaald dat toepassing van de regel van alle omstandigheden afhangt en dat het hier geen rechtsregel betreft waaraan de rechter gebonden zou zijn, maar een 'algemeen gezichtspunt' dat hij vrij is te volgen (vgl. nog onder, nr 16). Ook in dat opzicht lijken wij terug te zijn bij de regeling van het oude BW; of dit zich verdraagt met de EEG-richtlijn van 1993 inzake oneerlijke bedingen waarin de *contra proferentem*-regel voorgeschreven wordt, is echter zeer de vraag. Ook die kwestie zal nog ter sprake komen.

11. Haviltex (1981)

Dan nu het laatste arrest van het drieluik, *Haviltex*.¹⁰¹ De casus en de probleemstelling worden voldoende duidelijk uit de hier volgende overwegingen van rechtbank, hof en hoge raad.

De Rechtbank Breda:

'1. Tussen partijen staat als erkend of onvoldoende weersproken vast of wordt door de overgelegde stukken bewezen:

2. Bij op 2 (of 3) febr. 1976 tussen partijen gesloten overeenkomst hebben Langerwerf en Ermes aan Haviltex een machine voor het snijden van steekschuim voor bloemen verkocht voor een bedrag van f 35.000,-, waarvan te betalen f 20.000,- contant na levering en montage en f 15.000,- in de vorm van 10% van de met de machine te behalen winst totdat dit bedrag betaald zal zijn of de machine niet meer bij Haviltex in gebruik is, welk winstpercentage telkens betaald zou worden na het bekend zijn van de winstcijfers over het voorafgaande jaar.

3. Als bijzondere voorwaarde is o.m. overeengekomen:

"a. Tot eind 1976 heeft koper het recht de machine terug te geven voor f 20.000,- exclusief BTW.

Betaalbaar f 2.000,- per maand. Eerste betaling 30 dagen na teruggave. Koper heeft het recht garanties voor de betaling van f 2.000,- exclusief BTW per maand te eisen."

Ad 4 bepaalt de overeenkomst, dat de betalingen van de koper uitsluitend aan Ermes dienen te worden gedaan.

4. De in de overeenkomst genoemde bedragen luiden exclusief BTW. Haviltex heeft het bedrag van f 20.000,- exclusief ofwel f 23.600,- inclusief BTW aan Ermes voldaan. De machine is bij haar geïnstalleerd.

5. Op 16 juni 1976 heeft Haviltex Ermes geschreven, dat zij overeenkomstig de bijzondere voorwaarde a. "hiermede U de gekochte machine teruggeeft", verzoekt zij voor de terugbetaling van f 2.000,- per maand zorg te dragen en schrijft zij: "Uiteraard blijft de machine ons volledig eigendom totdat zij betaald is".

6. Op 22 nov. 1976 herinnert zij Ermes aan de brief van 16 juni, welke onbeantwoord is gebleven, vermeldt dat 5 termijnen vervallen zijn en schrijft: "Uiteraard blijft de machine ons eigendom totdat deze volkomen betaald is. Tevens zijn wij niet meer bereid U de machine te

101. HR 13 maart 1981, NJ 635, nt CJHB; *Ermes c.s. - Haviltex BV*, AA 1981, 355, nt van Schilfgaarde.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

overhandigen zonder garanties Uwerzijds omtrent de betaling. Met andere woorden, wij maken gebruik van ons overeengekomen recht tot garanties”.’

De vordering van Haviltex, die de machine intussen in een loods had opgeslagen, tot terugbetaling van *f* 23.600,- wordt door de rechtbank toegewezen.

Het Hof Den Bosch overweegt in appel o.m.:

‘(5). dat Ermes c.s. zich, zowel in de toelichting op hun tweede grief - zich richtend tegen de overweging van de Rb. dat Haviltex het recht had de overeenkomst ontbonden te verklaren - als in die op de derde grief - zich richtend tegen de in dezelfde passage voorkomende overweging van de Rb. dat die ontbondenverklaring zonder opgave van redenen kon geschieden -, beroepen op de bedoelingen van partijen, te weten de bedoeling het contract - zulks zonder terugwerkende kracht - door terugkoop van de machine te kunnen beëindigen indien voor de beëindiging relevante gronden aanwezig waren

(6). dat de bewoordingen van de overeenkomst echter duidelijk zijn en een, zuiver taalkundige, uitleg - zoals ook door de Rechtbank gegeven - van de, in der partijen overeenkomst opgenomen,, bijzondere bepaling sub *a.*, mede gezien de bijzondere bepaling sub *d.* (luidende: “Verkopers hebben tot eind 1976 het recht de machine tegen contante betaling van de door kopers betaalde prijs terug te kopen indien de heer Langerwerf niet meer bij Haviltex in dienst is”), geen leemte laat in de regeling van de verhouding van partijen, meer speciaal die met betrekking tot hun recht tot beëindiging van de overeenkomst;

(7). dat dus niet met een beroep op de veronderstelde bedoeling van partijen kan worden afgeweken van de bewoordingen van der partijen overeenkomst, hetgeen niet anders wordt doordat Haviltex - naar zij in appel terecht stelt: ten overvloede - in de loop van het geding gronden heeft vermeld waarom zij de overeenkomst ontbonden wenste te zien.’

Tenslotte de hoge raad:

‘(1). In de zesde r.o. heeft het Hof het beroep van Ermes c.s. op de door hen gestelde bedoelingen van partijen bij het sluiten van de betreffende overeenkomst verworpen met het argument dat de bewoordingen van de overeenkomst duidelijk zijn en dat een, zuiver taalkundige, uitleg van de in de overeenkomst opgenomen bijzondere bepaling sub *a.*, mede gezien de bijzondere bepaling sub *d.*, geen leemte laat in de regeling van de verhouding van partijen, meer speciaal die met betrekking tot hun recht tot beëindiging van de overeenkomst.

(2). Tegen deze overwegingen keren zich subonderdelen I-A en gedeeltelijk subonderdelen V-B en C. De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht. Een en ander brengt mee dat het Hof bij het bepalen van zijn oordeel dat de in zijn zesde r.o. bedoelde bepaling van het contract geen leemte laat in de regeling van de rechtsverhouding van partijen, een onjuiste maatstaf heeft aangelegd.’¹⁰²

102. De HR verwijst de zaak naar het Hof Arnhem, dat bij arrest van 24 april 1984 (rolnr. 16482) Ermes grotendeels in het gelijk stelt. Of het hem zal baten is onzeker aangezien Haviltex in liquidatie verkeert.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

Het hof had zich voor het anker van de artt. 1378 en 1379 BW gelegd, en zich daarbij van ‘zuiver taalkundige uitleg’ bediend (ook art. 1384 wordt gebruikt, gezien het beroep op de samenhang tussen de bepalingen sub *a* en *d*), en een beroep op de ‘veronderstelde bedoeling van partijen’ door Ermes afgewezen. Deze benadering heeft de zegen van a-g Franx, die bovendien de uitleg-kwestie, evenals zijn collega Ten Kate in de vorige zaak, van feitelijke aard acht en dus niet toetsbaar door de raad. Wederom gaat de hoge raad contrair, en slaat het advies van de a-g in de wind.¹⁰³ De wijze waarop dit gebeurt, ligt in het verlengde van de vorige twee uitspraken, en houdt weer een normatieve methode van uitleg in.¹⁰⁴ Nieuw is slechts de toevoeging op de ‘uitlegregels’ die eerder met *a/d* voorzien waren, dat van belang is tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren, en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht. Een welkome aanvulling op de eerdere richtlijnen.

Welke conclusie kan men uit dit drietal arresten trekken? Naar mijn mening is zonneklaar, vooral ook gezien de klassieke stellingname van de beide a-g's, dat de hoge raad voor normatieve uitleg kiest, uitleg opgevat als vaststelling van de rechtsgevolgen van de rechtshandeling(en) met behulp van het beginsel van goede trouw, dat conform het gebruik sinds de vijftiger jaren in een aantal richtlijnen ontleed wordt (vgl. *Baris - Riezenkamp (1957)*, *Saladin - HBU (1967)*). Zoals gesteld, is niet iedereen het met deze visie eens, waarbij uiteraard de opstelling tegenover deze methode van uitleg een rol speelt. Van Schilfgaarde, in zijn AA-noot, vergelijkt het cassatiemiddel van Van Schellen - waarin z.i. ‘een duidelijke poging wordt gedaan Van Dunné's visie ingang te doen vinden’ - met de overwegingen van de hoge raad, en stelt dat de laatste daaraan geheel voorbij gaat. Het betreffende onderdeel van het middel, V-B, luidt als volgt:

‘Door aldus te beslissen heeft het Hof miskend, dat het bij de uitleg van een verkoopcontract ten aanzien van een machine als thans aan de orde is in de eerste plaats aankomt op de zin welke de koper daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen en op hetgeen de verkopers te dien aanzien van de koper mochten verwachten. Bij een deugdelijke uitleg is niet de taalkundige betekenis van de letterlijke contractstekst doorslaggevend, maar dient onderzocht wat rechtens is indien de gevolgen van de overeenkomst worden vastgesteld met inachtneming van de goede trouw.’

Van Schilfgaardes conclusie is, dat de raad aan met name de tweede zin voorbijgegaan is, en ‘vooralnog weinig bereidheid toont om Van Dunné's formule te volgen’. Schr. vindt dat ‘niet schokkend’; dat geldt naar mijn mening wel voor zijn opmerking, om verschillende redenen. Uit het bovenstaande blijkt,

103. A-g Franx ging op dit punt om, de HR volgend, in zijn conclusie voor HR 14 jan. 1983, *NJ 457, goudse handdruk*, waar de vraag of het in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze opvatten van de verklaring van de wederpartij als een *rechtsvraag* aangemerkt werd. Deze ontwikkeling werd nog niet gesignaleerd door Asser-Hartkamp II, nr 284, waar (sinds 1985, 7e dr.) het klassieke standpunt ingenomen wordt. Vgl. ook de conclusie van Franx voor *Towell - Janson, NJ 1978, 187*, in dezelfde zin.

104. Het wonderlijke is dat al jaar en dag in Asser-Rutten gesteld werd dat in de jurisprudentie van de HR de ‘duidelijkheid’ van een overeenkomst niet uitsluitend in de *taalkundige betekenis* van woorden gelegen is, met verwijzing naar arresten uit 1916, 1925 en 1936. Zie Asser-Rutten II, 1968, p. 213, en volgende drukken (thans Asser-Hartkamp II, nr 286).

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

dat de hoge raad wel degelijk, en niet voor het eerst, zich door de goede trouw laat leiden, in de gedaante van zorgvuldigheidsverplichtingen, c.q. richtlijnen. Als men zoekt naar een *formule die door de hoge raad gehanteerd wordt*, zit men op het grammaticale spoor van de artt. 1378/79, een benadering die, andermaal, door de cassatierechter verworpen wordt. Dat brengt mij op het vervolg van het betoog van de annotator, namelijk dat niemand een scherp onderscheid tussen de historisch psychologische en de normatieve methode van uitleg verdedigt en in de praktijk brengt, met name niet de tegenstelling tussen vaststelling van de inhoud van de overeenkomst en vaststelling van de rechtsgevolgen.¹⁰⁵ Hier breekt mijn klomp: is deze procedure zelf niet een mooi voorbeeld van het tegendeel, waarbij Ermes nota bene a-g Franx aan zijn zijde vindt? Dan zwijg ik nog van de hierboven behandelde schrijvers, Meijers, Van Opstall, c.s. die als belangrijke minderheid dit standpunt in de doctrine uitdragen. Het jaar voor deze noot in AA verscheen heb ik ditzelfde aan Nieuwenhuis voorgehouden, die ook de mening was toegedaan dat de door mij signaleerde tegenstelling in de doctrine niet bestond.¹⁰⁶ Het citaat dat ik daarbij van Meijers gaf, laat ik hier volgen (Van Opstall kwam boven al uitvoerig aan de orde § 2, no. 1), niet in het minst omdat men in het Leidse kamp wil doen voorkomen dat Meijers tot de normatieve uitleggers van het eerste uur behoorde.¹⁰⁷

Kenmerkend voor Meijers' denken over uitleg zijn deze uitspraken:

'... het vaststellen van datgene wat bedoeld is - ook dus wat stilzwijgend bedoeld is - steeds een psychologische en niet een normatieve werkzaamheid blijft. Datgene wat in een bijzonder zich voordoend geval redelijk is, mag slechts dan als stilzwijgend bedoeld aangenomen worden, wanneer er voldoende grond is om aan te nemen, dat de verklarende persoon aan dat geval heeft gedacht'.

'Hoe men zich ook daartegen keert, interpreteren blijft het zoeken naar een achter woorden verscholen menselijke bedoeling'.¹⁰⁸

Dat brengt mij op een hiermee samenhangend punt in het betoog van Van Schilfgaarde; hij doet namelijk voorkomen, evenals tevoren Abas en Nieuwenhuis¹⁰⁹, dat ik als enige deze zogenaamde 'normatieve uitleg' propageer. Zoals uit § 2 van dit hoofdstuk mag blijken, dat oorspronkelijk in 1971 verscheen, is niets minder waar: men zie de lijst met auteurs die deze methode van uitleg vanaf het laatste deel van de vorige eeuw aanhangen (boven, nr 2). Dat de door schr. naar voren geschoven methode van Abas, die 'overzichtelijker' zou zijn, namelijk eerst nagaan wat partijen zijn overeengekomen, en daarna bepalen wat de rechtsgevolgen van de

105. Dit standpunt werd eerder door Van Schilfgaarde ingenomen in zijn recensie van mijn proefschrift, *RmThemis* 1976, p. 561 V, waarmee hij grote invloed uitgeoefend heeft op Nieuwenhuis, vgl. nog onder. Vgl. voor het hiervolgende ook: R.J.P. Kottenhagen, *Kwartaalbericht NBW*, 1985, p. 27.

106. Vgl. mijn boekbespreking in *WPNR* 1980, 5524 v., (*Dialektiek R. en R., 1b*, p. 43 v.), i.h.b. p. 445 v. (p. 44 v.).

107. Vgl. o.m. *Contractenrecht IV* (De Klerk - Leenen), nr 8, sub 3.

108. *Algemene Begrippen*, 1948, p. 225, resp. 23. Vgl. ook boven, p. 99 v.

109. Abas, diss. p. 102 v. (*anders*: Hofmann-Abas, p. 168); Nieuwenhuis, diss. p. 20 (vgl. ook boven nt 108).

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

overeenkomst zijn, in welke laatste fase pas de goede trouw een rol speelt¹¹⁰, niet lood om oud ijzer is met de in de heersende leer aangehangen normatieve methode, wordt in het onderhavige arrest, evenals in het vorige bewezen. Overigens signaleert Van Schilfgaarde terecht, dat alleen in de opvatting van Hofmann (en) Abas plaats is voor de zogenaamde beperkende of derogerende werking van de goede trouw, die ook in het nieuwe BW (artt. 6:2 lid 2, 6:248 lid 2) opgenomen werd, welke benadering hij 'niet volslagen krankzinnig' noemt.¹¹¹ Met Schoordijk meen ik dat aan deze figuur geen behoefte bestaat bij aanvaarding van normatieve uitleg.¹¹²

De annotator in de *NJ*, Brunner, valt Van Schilfgaarde, zijn groninger collega, bij in diens interpretatie van het *Haviltex* arrest, met name op het punt van het niet aanvaarden van normatieve uitleg door de raad. Dit is des te opmerkelijker, aangezien Brunner in zijn recensie van Hofmann-Abas de auteur over diens uitlegmethode de oren gewassen heeft in de beste normatieve trant, met een beroep op *Rederij Koppe* en al.¹¹³ Aangezien hier ook van enkele misverstanden sprake is, laat ik de passage uit Brunners noot hier volgen:

'(4). Er is wel een uitleg die niet slechts taalkundig, maar juridisch moet heten en die daarin verschilt van de gewone taalkundige, dat zij de uitleg gelijkstelt met de vaststelling van de rechtsgevolgen die het objectieve recht aan de verklaring verbindt. Men noemt die uitleg normatief, wat echter niet exact is, omdat ook taalkundige uitleg normatief is. Men bedoelt echter juridisch normatief in die zin, dat door uitleg aan de verklaring een betekenis wordt toegekend die afwijkt van wat partijen beoogden en mochten verwachten, doordat normen van objectief recht die bedoelingen en verwachtingen frustreren.

Ik ben geneigd aan te nemen, dat de HR in dit arrest die juridisch-normatieve uitleg niet heeft aanvaard, omdat hij betekenis toekent aan de rechtskennis die van de partijen kan worden verwacht. De betekenis van contractsbepalingen moet dan ook worden vastgesteld met inachtneming van de, misschien geringe, rechtskennis die partijen hebben. Toetsing van die betekenis aan het objectieve recht kan dan niet meer onder uitleg worden begrepen. Voor deze kwestie verwijs ik naar de annotatie van dit arrest door Van Schilfgaarde in *AA* 1981, p. 355.'

Deze beschouwing stelt de lezer voor raadselen. In de eerstgeciteerde alinea liet Brunner zich kennelijk door de dissertatie van Nieuwenhuis inspireren, die betoogd heeft - overigens in aansluiting op Van Schilfgaarde - dat 'normatieve uitleg' een pleonasme is aangezien uitlegging uit haar aard gebonden is aan normen. Aldus is ook taalkundige uitleg normatief. Ik wijs voor een weerlegging

110. Abas, diss. p. 102 v.; Hofmann-Abas, p. 167 v.

111. T.a.p., sub 4, p. 358. In een latere noot, onder *Hofland - Hennis*, *AA* 1981, p. 711, neemt Van Schilfgaarde meer afstand van dit artikel van het NBW. Vgl. over dit onderwerp ook zijn bijdrage in de Van der Grinten-bundel, *Goed en Trouw*, 1984, p. 57 v.

112. Vgl. diens *Algemeen gedeelte van het verb.r. NBW*, 1979, p. 21 v., waarover mijn recensie in *NJB* 1980, p. 1092 v. (*Dialektiek R. en R.*, *1b*, p. 162 v.). Voor een afwijzende reactie, zie Van der Grinten in *NJB* 1983, p. 1235. Voor een oudere beschouwing over deze materie, zie mijn artikel in *WPNR* 1977, 5571 (*Dialektiek R. en R.*, *1b*, p. 154 v.). Asser-Hartkamp II, nr 281 v. (vanaf 1985), neemt een tussenstandpunt in, maar spreekt zich sterker dan Rutten voor een normatieve benadering uit. Nieuwenhuis' visie dat *iedere* uitleg 'normatief' is, wordt niet gedeeld door Hofmann-Abas, p. 168; vgl. ook Asser-Hartkamp II, nr 281.

113. Vgl. Brunner, *RmThemis* 1979, p. 172 v. Vgl. ook, id. 1976, p. 420 v.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

van dit argument, waarbij de taallist parten speelt, naar mijn betoog uit 1980.¹¹⁴ Belangrijker is echter, dat Brunner vervolgens normatieve uitleg uitlegt op een niet-normatieve manier, althans niet zoals de meeste aanhangers van die methode haar verdedigd hebben. Kenmerkend voor die methode is immers in het geheel niet 'dat door uitleg aan de verklaring een betekenis wordt toegekend die afwijkt van wat partijen beoogden en mochten verwachten, doordat normen van objectief recht die bedoelingen en verwachtingen frustreren'. Het gaat er juist om, dat men aan de hand van die normen (van goede trouw) vaststelt welke betekenis van de verklaring de partijen over en weer 'redelijkerwijs mochten verwachten', hetgeen zoals wij zagen in de jurisprudentie, ook in het onderhavige arrest, herleid wordt tot een aantal richtlijnen of subregels.

Is de eerste alinea weinig begrijpelijk, met de volgende is het nog slechter gesteld. Het is ook duister wat Brunner bedoelt met 'toetsing van die betekenis aan het objectieve recht', die niet meer onder de uitleg begrepen zou kunnen worden. De verwijzing naar Van Schilfgaardes noot brengt ook geen soulaas.

12. Conclusie over het drieluik van arresten

Samenvattend, meen ik te kunnen stellen dat beide annotatoren niet hebben aangetoond dat de hoge raad is afgeweken van zijn koers gedurende een lange reeks van jaren, met als bakens o.m. *Van Prooye - Veltenaar (1925)* en *Rederij Koppe (1949)*, waarin de door de meerderheid van de schrijvers aangehangen normatieve methode van uitleg aanvaard werd. Evenmin hebben zij kunnen duidelijk maken, dat het door mij aangebrachte onderscheid in methoden van uitleg niet bestaat, in theorie en praktijk (hetgeen zoals beschreven ook het standpunt van Nieuwenhuis is). De trits arresten die wij besproken hebben, stijven mij slechts in mijn overtuiging dat het van groot belang is om enige duidelijkheid in uitlegland te scheppen, waardoor dit soort procedures overbodig kunnen zijn. Ik wijs ook op het belang van het onderscheid tussen beide scholen van uitleg voor het cassatierecht, met als inzet wel of niet, als van feitelijke aard, vatbaar voor toetsing door de hoge raad. Uitleg van rechtshandelingen staat thans, als van normatieve aard, op een lijn met het toetsen van contracts(exoneratie-)bepalingen aan de maatstaven van goede trouw, en met overmachtsvragen (risiko voor gebruikte materialen, bijvoorbeeld), waarbij steeds een feitelijk en een normatief patroon dooreen lopen. Zoals bekend worden die laatstgenoemde vragen al jaar en dag aan de hoge raad ter beoordeling voorgelegd, waarbij het college de rechtsvormende taak op niet mis te verstane wijze, althans wat de vorm betreft, vervult.

De grammaticale of taalkundige uitleg is de oervorm van de historisch-psychologische school van uitleg - met op het gebied van de wetsuitleg de vergelijkbare zienswijze van wetsinterpretatie als de vaststelling van de wil van de wetgever aan de hand van de tekst van de wet, de 'plain meaning rule', *e tutti quanti*. Als men de beschouwingen van de normatieve uitleggers van het eerste uur, J.F. Houwing, Paul Scholten, Suijling, Eggens, J.C. van Oven, en vele andere, over de artt. 1378 v. BW in relatie tot art. 1374/75 BW had gelezen, zouden deze procedures, nog wel tot de hoge raad, niet gevoerd hoeven te

114. T.a.p., boven nt 108, i.h.b. p. 447 v. (p. 45 v.).

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

worden. De onbekendheid van de controverse, die ik in 1971 in mijn dissertatie al signaleerde, is hier debet aan. In de conclusie van de beide a-g's ontbreken deze beschouwingen op in het oog lopende wijze. De oorzaak is waarschijnlijk, zoals in de inleiding op dit hoofdstuk al geopperd werd, enerzijds, dat iedereen denkt dat over 'uitleg' geen verschil van mening mogelijk is - kortom, een begrip dat geen 'uitleg' behoeft - en anderzijds, al of niet bewust, de psychologische en rechtspolitieke kanten die aan een uitlegopvatting zitten.

Als het leerstuk van de uitleg eindelijk 'uit-een-gelegd' is, zoals Eggens dat eens noemde, dan kan duidelijk worden op welke punten men het inhoudelijk, naar aanleiding van de casus, oneens is, hetgeen van veel groter belang is. Dan kan ook een begin gemaakt worden met het opstellen van uitleg-regels of -richtlijnen, waarin de hoge raad de doctrine, zoals zo vaak, voorgegaan is. Bij het leerstuk van de dwaling zien wij hetzelfde verschijnsel; ook hier wordt de voortgang van de rechtswetenschap geblokkeerd door het keurslijf van de wilsleer met haar begrippenkader dat niet meer bij de maatschappelijke werkelijkheid en behoeften aansluit. Het begrip 'wilsgebrek' werd in de rechtspraak vervangen door de ontwikkeling van zorgvuldigheidsverplichtingen in de precontractuele sfeer. Hierboven zagen wij hetzelfde gebeuren met het begrip *dissensus*, oneigenlijke dwaling, in het *misverstands-arrest*; ten aanzien van het uit dezelfde wilsleer afkomstige begrip *consensus* zagen wij in Hoofdstuk 1, zijn vervanging in de jurisprudentie door de (eenzijdige) rechtshandelingen aanbod en aanvaarding. Het begint vol te raken op de rommelzolder.

Het zal duidelijk zijn, dat als men dit soort tegenstellingen en ontwikkelingen in de jurisprudentie en doctrine blijft toedekken, zoals in de handboeken, losbladige series en noten, en trouwens ook het nieuwe BW en de commentaren daarop, doorgaans gebeurt, het proces van vernieuwing dat het burgerlijk recht in deze eeuw doormaakt, niet bevorderd wordt.

Dit laatste, als obiter dictum mijnerzijds.

Tot slot twee opmerkingen in het verlengde van het zojuist betoogde. Als men de jurisprudentie van de hoge raad ten einde denkt, en zich afvraagt welke nuancering van de uitlegeregels in normatieve trant ons te wachten staat, dan meen ik, dat wij nog meer verwijderd zullen raken van tekst-uitleg, en het accent nog sterker op een fatsoenlijke, redelijke opstelling van partijen gelegd zal worden. In concreto kan dit betekenen, dat op een partij een verplichting tot handelen gelegd wordt, een *onderzoeks-* en *mededelingsplicht*, analoog aan het *Goudse handdruk-arrest* van 1983 (*NJ* 457), waar een partij gebrekkig nederlands beheerste, en deze omstandigheid verplichtingen schiep voor de nederlandse wederpartij. Het Hof Arnhem, vgl. boven, nt 97, ging hierin voor. Een tweede opmerking is, dat de handboeken en commentaren nodig bijgesteld moeten worden op het punt dat uitleg een feitelijke vraag (in cassatie) zou zijn. De hoge raad heeft duidelijke taal gesproken, en de a-g's hebben zich aangepast. Vgl. voor dit onderwerp bijv. Asser-Hartkamp II (1985), nr 284, waar verdere literatuur. Hartkamp zegt overigens zeer juist, dat hier nu net het verschil ligt tussen beide uitleg-stromingen. Het valt te hopen dat schr. consequent is, evenals mijn andere opponenten, en toegeeft dat ook op het Plein de normatieve uitlegvlag in top is.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

De bovenstaande tekst uit de vorige druk (1985) heb ik bewust laten staan, om te laten zien welke ontwikkelingen zich de afgelopen jaren voorgedaan hebben. Normatieve uitleg is inmiddels in de doctrine accepté geworden: Brunner erkende in zijn noot in *NJ* 1987, 98, dat normatieve uitleg door de hoge raad in dat arrest aanvaard was, en Hartkamp beroept zich erop aanhanger van die stroming te zijn, hetgeen ik miskend zou hebben (*AA*-debat, 1992). De hoogste rechter, tenslotte, gaat opgewekt verder op zijn normatieve toer, laat daarbij wel eens een steekje vallen (zoals in het arrest *Avery - VRG*, 1991), maar daar staat weer tegenover dat het college een stap verder gedaan heeft met het aanvaarden van de hierboven door mij bepleite onderzoeksplicht bij de uitleg (in het genoemde arrest). Het loont dus zeer de moeite om kennis te nemen van de hoogtepunten uit de recente jurisprudentie; ik zal daarbij ook ingaan op het verwijt dat Hartkamp mij gemaakt heeft (zie nr 15).

Zoals aan het begin van dit hoofdstuk opgemerkt werd, biedt de doctrine toch nog een vrolijk beeld van verwarring. Het was dan ook een lange weg die sommige schrijvers af te leggen hadden, en er bleken aantrekkelijke herbergen onderweg te zijn. Dogmatiek in de zin van het aanbrengen van onderscheidingen, die naar men direct toegeeft in de praktijk niet of moeilijk te handhaven zijn, zit veel Nederlanders in het bloed, schijnt het. Het onderscheid: uitleg - aanvulling is een dankbaar voorbeeld, evenals dat tussen feitelijke vraag - rechtsvraag (waarover dadelijk meer). Bij de volgende paragraaf zal ik voor een deel gebruik maken van hetgeen ik eerder in *AA*-noten naar voren gebracht heb.

Een ontwikkeling die plaats gevonden heeft ten aanzien van hetgeen in de slotzin van de conclusie uit 1985 door mij gezegd werd, is dat de hoge raad intussen verhuisd is van het haagse Plein naar de Kazernestraat, een achterafstraatje achter de vroegere Koninklijke Bibliotheek. De Jugendstil en het marmer zijn verwisseld voor moderne kleinburgerlijkheid; het nieuwe gebouw heeft iets van een scholengemeenschap in Almelo. De arresten lijken er niet onder geleden te hebben, maar de werkkamers van de raadsheren zijn dan ook in het fraaie oude bibliotheekgebouw. Wèl Holland op zijn smalst, zo'n behuizing.

13. Ontwikkelingen met betrekking tot uitleg in rechtspraak na 1985. Uitlegeregels

De stand van de jurisprudentie van de hoge raad medio jaren tachtig inzake uitleg van overeenkomsten kan als volgt samengevat worden, tegelijk een resumé van de voorgaande paragraaf.

1. Uitleg van een verklaring betreft de *zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs daaraan mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten*;
2. indien de verklaring die om uitleg vraagt in een tekst is neergelegd, dient dit *niet* te gebeuren *uitsluitend aan de hand van zuiver taalkundige uitleg*;
3. uitleg is een *rechtsvraag*, en derhalve in cassatie toetsbaar, zij het dat de vaststelling van de feiten aan de iudex facti overgelaten is;
4. als *omstandigheden* die voor de uitleg van belang zijn, worden onder meer gerekend:

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

- a. de betekenis waarin de ene partij de verklaring heeft opgevat ligt meer voor de hand dan die waarin de ander haar heeft opgevat;
- b. de verklaring heeft een vaststaande, technische betekenis en de partij die daarvan uitging mocht verwachten dat ook de andere partij deze betekenis zou kennen, of wel:
- c. de andere partij werd bijgestaan door een deskundige, van wie te verwachten was dat hij de betekenis kende en de wederpartij daaromtrent voorlichtte;
- d. de door één der partijen aan de verklaring gehechte betekenis zou leiden tot een resultaat dat minder goed te rijmen zou zijn met hetgeen partijen met de overeenkomst beoogden;
- e. indien de verklaring opgesteld is door een professionele verkoper, dient deze in beginsel ten gunste van de niet-professionele koper uitgelegd te worden;
- f. de maatschappelijke kringen waartoe partijen behoren:
- g. de rechtskennis die van partijen kan worden verwacht.
- h. indien partijen buitenlanders zijn, kunnen ook inzichten van belang zijn die zij aan de kennis van vreemd recht ontleen.

Regel 1, de hoofdregel in de methode van uitleg van de hoge raad is ontleend aan *Haviltex*, en daarvoor: *Ram - Matser* (NJ 1978, 125), *misverstands*-arrest, (NJ 1977, 241). De regels 2, 4f en g komen uit *Haviltex*: regel 3 uit dat arrest en *Ram - Matser*, waarbij de hoge raad telkens tegen de conclusie van de a-g in, uitleg niet als een feitelijke. in cassatie niet toetsbare vraag opvatte. maar als rechtsvraag. Regels 4 a - d stammen uit het *misverstands*-arrest, en 4 e, tenslotte uit *Ram - Matser*. Op regel 3, die nog niet goed tot de handboeken is doorgedrongen, wordt hieronder nog teruggekomen (zie nr 15). Ik zou nog willen wijzen op de punten van overeenkomst in de benadering van de problematiek door de hoogste rechter door het opstellen van regels of richtlijnen, als men de onderhavige arresten vergelijkt met die op het terrein van de exoneratie-clausules, *Saladin - HBU* (NJ 1967, 261) en *pseudovogelppest* (NJ 1976, 486).

Ten slotte is nog opmerkelijk de overeenkomst die bestaat tussen de regels 4u-g en de uitlegbepalingen artt. 1380-1387 oud BW (niet in huidige BW opgenomen). In 4e herkent men de *contra proferentem* regel van art. 1385 oud: in 4d art. 1381; etc. De regel 4h ten slotte, is ontleend aan het arrest *Shu Ying Cheung - Lam Tho Hing*, waarin bij het afgaan op verklaringen en gedragingen chinees recht van belang was.¹¹⁵

Dan nu een bespreking van de jurisprudentie.

In een arrest uit 1985 ging het om de uitleg van een toezegging door de overheid aan een burger gedaan, *Patelski - Gem. Sittard*.¹¹⁶ Patelski is bij de gemeente Sittard in dienst getreden op arbeidsovereenkomst in het kader van de

115. HR 18 nov. 1983 NJ 1984, 345, besproken in mijn noot in AA 1986, p. 385 (evenals enkele arresten die nog volgen). Naar chinese maatstaven mag degeen die lonen betaalt en instructies geeft als werkgever beschouwd worden.

116. HR 25 jan. 1985, NJ 559, nt PAS. Het bovenstaande schema van uitlegregels is overgenomen door Verhoeven, *Algemene voorwaarden getoetst*, 1989, p. 15.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

‘werkgelegenheidsverruimende maatregel’, voor een jaar. Aanvankelijk zou hij per 2 april 1980 in vaste dienst komen. Doch dit kan om politieke redenen geen doorgang vinden, zodat hij nog een jaar in het zelfde kader werkzaam moet zijn, waarna niets meer zijn vaste aanstelling in de weg zou staan. Dat laatste wordt hem onder meer door de burgemeester medegedeeld. Patelski stelt zich derhalve op het standpunt dat hem is toegezegd dat hij per 2 april 1981 in vaste dienst zou worden genomen. Het loopt echter anders: voor die datum hoort hij van de burgemeester, dat zijn dienstverband per genoemde datum beëindigd wordt. De verdere gang van zaken wordt duidelijk uit de volgende overweging van de hoge raad:

(3.3) ‘Onderdeel 3 keert zich daarentegen terecht tegen r.o. 12. In deze rechtsoverweging onderzoekt de Rb. de meer subs. vordering van Patelski, welke ertoe strekte dat de gemeente wegens wanprestatie tot schadevergoeding zou worden veroordeeld. Aan deze meer subs. vordering heeft Patelski, aldus kennelijk de Rb., de stelling ten grondslaggelegd dat “hem een ambtelijke aanstelling zou zijn toegezegd”. De Rb. heeft klaarblijkelijk gemeend in het midden te kunnen laten of die toezegging - gelijk Patelski had gesteld - door aanvaarding zijnerzijds tot een overeenkomst was geworden dan wel of het - zoals Patelski subs. had aangevoerd - enkel om een eenzijdige toezegging of wellicht slechts om ter zake opgewekt vertrouwen ging, aangezien de geciteerde stelling, naar haar oordeel, de vordering niet kan dragen “omdat omtrent het uitoefenen van een publiekrechtelijke functie in het publiek belang geen bindende toezegging kan worden gedaan”. Deze motivering van gemeld oordeel is zowel in zijn algemeenheid als meer in het bijzonder voor wat betreft toezeggingen omtrent het uitoefenen van de bevoegdheid tot aanstellen in de openbare dienst onjuist. Een door de overheid, al dan niet eenzijdig, aan een burger gedane toezegging betreffende diens aanstelling in de openbare dienst is - tenzij op grond van bijzondere omstandigheden, zoals omkoping, moet worden aangenomen, dat zij strijdig is met de wet, de openbare orde of de goede zeden - ten minste in die zin bindend, dat de overheid, zo zij niet tot aanstelling overgaat, in beginsel verplicht is tot schadevergoeding.’

Wat hierbij allereerst opvalt, is dat hoge raad in de passage met betrekking tot strijdigheid met wet, openbare orde of goede zeden, het aanbod (toezegging) als een eenzijdige rechtshandeling opvat, gezien de toepassing van art. 1371 oud BW (vgl. ook art. 6:218 BW). Als tweede punt, de rechtsgevolgen van het aanbod. In deze procedure ging het om een aanstelling als ambtenaar, waarbij aan de besluitvorming formele vereisten gesteld worden: vandaar de voorzichtige formulering aan het slot van de overweging, waar de hoge raad spreekt van in beginsel slechts een verplichting tot schadevergoeding, dat wil zeggen, ‘ten minste’.¹¹⁷

In *Kluft - B en W Supermarkten* ging het om een concurrentiebeding bij de verkoop van een supermarkt, dat 15 jaar na dato ingeroepen werd.¹¹⁸ De Rb. ging na wat, gezien de maatschappelijke omstandigheden, de strekking van het beding was, en oordeelde dat, hoezeer ook in het beding geen tijdslimiet aangebracht was, de aard van het concurrentiebeding met zich brengt dat door partijen een tijdslimiet bedoeld moet zijn. Het hof (ook weer te Amsterdam)

117. Men zie over deze materie ook R.M. Schoonenberg, *WPNR* 5765 (1985).

118. HR 18 nov. 1983, *NJ* 1984, 272, nt G. Aan dit arrest was o.m. de eerder genoemde noot in AA 1986 gewijd. De noot van Van der Grinten - geen voorstander van normatieve uitleg - vindt men daar bestreden, p. 383 v.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

vernietigde dit vonnis, en eiste voor een tijdslimiet een ‘ondubbelzinnig blijvende strekking van het beding’. De hoge raad casseert, en stelt dat het aankomt ‘op de zin die partijen in het kader van de gehele overeenkomst redelijkerwijs aan het beding mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten’.¹¹⁹

In een volgend arrest is de film van Frenkel, ‘Dromen leven’, in het geding.¹²⁰ Deze in opdracht gemaakte film, weigert de KRO na voltooiing uit te zenden. Nu had de KRO contractueel de vrijheid voorbehouden om al of niet uit te zenden, doch op een gegeven moment aan de auteur van de film de toezegging gedaan dat deze uitgezonden zou worden. De hoge raad casseert het arrest van (weer) het Hof Amsterdam, en overweegt dat het hof deze toezegging diende uit te leggen tegen de achtergrond van de aard van de overeenkomst, zoals deze tussen Frenkel en de KRO was gesloten. Daarbij geldt dat de vrijheid van de KRO om over uitzending te beslissen in de aard van de overeenkomst haar begrenzing vindt: zij mag de gerechtvaardigde belangen en de morele rechten van de auteur niet negeren.

Een arrest dat ging over overeenkomsten van credietverzekering in het Argentijnse gaspijpleiding-debâcle, waarbij miljarden op het spel stonden, is *Amro - Ned. Credietverz. Mij.*¹²¹ Een Nederlands consortium, Cogasco, werd gefinancierd door Amro en 12 andere banken; deze banken hadden hun risico in dit project verzekerd bij de NCM. Het beding in de verzekeringspolis dat aanleiding is tot deze procedure, houdt in dat een voorwaarde voor de uitkeringsverplichting van NCM is dat Cogasco een verzekering bij La Meridional ‘heeft afgesloten’ voor schade aan bepaalde goederen gedurende de periode van constructie en exploitatie van het pijpleidingnet en voor gevolgschade gedurende de exploitatiefase. Nu was een dergelijke verzekering wel gesloten door Cogasco, doch niet instandgehouden, aangezien door het nalaten van premiebetaling de verzekering was komen te vervallen. De banken stelden zich op het standpunt dat met het sluiten van de verzekering voldaan was aan de voorwaarde van het contractsbeding, en kregen de rechtbank mee. Het hof daarentegen, steunt de opvatting van NCM, dat het beding alleen redelijke zin heeft indien sprake is van het sluiten en instandhouden van de beoogde verzekering.

De hoge raad onderschrijft het oordeel van het hof conform de conclusie van a-g Hartkamp: ‘het hof heeft terecht voorop gesteld dat het bij de uitlegging van een beding als het onderhavige gaat om het achterhalen van zin en strekking van het beding en dat daarbij de letterlijke tekst niet doorslaggevend is.’ Daarbij moet ‘als relevante faktor in aanmerking worden genomen hetgeen partijen met het beding hebben beoogd’; wat dat laatste betreft had a-g Hartkamp uitgelegd dat dit iets anders is dan wat partijen ‘feitelijk wilden’.¹²²

119. Vgl. in andere zin: HR 10 mei 1996, *NJ* 537, *Coskun - Van Sommeren*. Hier was de hoge raad van oordeel dat het hof bij de uitleg van een kettingsbeding dat ouder dan 10 jaar was geen rekening hoefde te houden met artt. 6:248 en 259 lid 1 BW, noch met het beleid van het Ministerie van Economische Zaken en het College van beroep voor het bedrijfsleven inzake WEM (5 jaar max. toelaatbaar).

120. HR 1 juli 1985, *NJ* 1986, 692; AA 1986, nt Cohen Jehoram (auteursrechtelijke aspecten).

121. *NJ* 1990, 440.

122. Hartkamp vervolgt: ‘de term “zin en strekking” geeft aan wat partijen *met* het beding wilden *bereiken*, niet wat zij feitelijk *in* het beding wilden *verklaren*’. De letterlijke betekenis

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

Het arrest a quo is, let wel, van het Hof Amsterdam, dat echter nog steeds geen blijk gaf het *Haviltex*-arrest te kennen; het cassatiemiddel probeert het arrest op dat punt onderuit te halen, doch tevergeefs, de hoge raad voegt zelf de *Haviltex*-formule toe door te zeggen dat er geen grond is voor de veronderstelling dat het hof ‘over het hoofd gezien zou hebben dat het aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden aan het beding mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten’. Het hof had inderdaad onderzocht wat de redelijke zin en strekking van het beding was, namelijk dat bedrijfsschade van Cogasco gedurende het projekt door verzekering gedekt was, zodat wanbetaling van rente en aflossing (van Cogasco aan Amro c.s.) niet daarin haar oorzaak zou vinden. In de verhouding van Amro tot NCM was Cogasco een derde; het hof vindt hierbij van belang dat Amro in haar kredietovereenkomst met Cogasco wèl het sluiten en instandhouden van een deugdelijke verzekering met Meridional had bedongen. Daarmee was de redelijke zin en strekking van het beding duidelijk, en een beroep op de letter van het beding ten onrechte. De geest van een tekst gaat boven de letter, zo kan men deze visie van hof en hoge raad samenvatten.

14. *Vervolg uitleg regels, o.a. medelingsplicht. De arresten Avery (1991), CAO-arresten (1993-2004) en Hoog-Catharijne (1995)*

De besproken jurisprudentie kan men weer in regels weergeven, hetgeen het overzicht vergemakkelijkt; daarbij wordt ook nog wat rechtspraak toegevoegd die hier niet aan de orde kwam. Ik ga verder met regel 5:

5. Ten aanzien van de uitleg van contractsbedingen gelden de volgende regels:
 - a. indien het contractsbeding een standaardbeding is waaraan in de praktijk een betekenis gehecht wordt die zich niet verdraagt met de letterlijke tekst van het beding, dient bij de uitleg uitgegaan te worden van die gangbare betekenis, indien dit, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is (*Rederij Koppe, NJ 1950, 72*);
 - b. bij de uitleg dient een contractsbeding niet op zich gelezen te worden, maar in verband met het kader van de gehele overeenkomst (*Kluft c.s. - B en W Supermarkten*; vgl. ook art. 1384 oud BW);
 - c. bij de uitleg van een contractsbeding dient rekening gehouden te worden met de aard van de overeenkomst (*Frenkel - KRO*; vgl. ook art. 1381 oud BW);
 - d. is voorafgaand aan de contractsbepalingen een ‘considerans’ opgenomen, dan dient de uitleg van een contractsbeding te geschieden in verband met die considerans (*Stijverden - Van Olst, NJ 1953, 76*);
 - e. voor de vraag of, anders dan de tekst doet vermoeden, een bepaald contractsbeding in samenhang met een ander contractsbeding gelezen

van het beding is niet beslissend vervolgt de a-g; ‘men moet het bezien in de gehele “context” van de overeenkomst, dat wil zeggen tegen de achtergrond van hetgeen partijen beoogden te bereiken; vgl. ook de uitdrukking “in het kader van de gehele overeenkomst” in HR 18 nov. 1983, *NJ 1984, 272 (Kluft - Supermarkten)*’.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

moet worden, is de wordingsgeschiedenis van het contract, dat wil zeggen de verklaringen die door partijen in dat verband afgelegd werden van belang (*SwimmingPool - Diligentia*. NJ 1978, 302; vgl. ook *codicil-arrest*, NJ 1983, 682):

- f. indien de tekst van een contractsbeding aanleiding kan zijn voor een misverstand omtrent de betekenis ervan, heeft de partij die de tekst opgesteld heeft een mededelingsplicht jegens de wederpartij. Het bestaan van een dergelijke verplichting is mede afhankelijk van de deskundigheid van de wederpartij, die harerzijds gehouden kan zijn een onderzoek in te stellen naar de betekenis van het beding (*Avery-arrest*, NJ 1991, 254);
- g. bij uitleg van bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst zijn de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis (*CAO-arresten*, NJ 1994, 173 en 174).
- h. voor de uitleg van een overeenkomst is ook de houding van partijen bij de uitvoering van de overeenkomst van betekenis (*Gasunie - Gem. Anloo*, NJ 1994, 574).

Wat leren deze arresten ons over de uitleg? Het belang van de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval voor het bepalen van de 'zin en strekking' van een contractsbepaling of een toezegging. Daarmee komen wij op een recent arrest waarin weinig te merken is van deze vaste lijn, terwijl het Hof Amsterdam van die lijn afgeweken was, zodat cassatie (weer) op zijn plaats was. Toch is het niet daarvan gekomen, hetgeen samenhangt met de gecompliceerde toedracht van de zaak, de overdracht van pensioenverplichtingen bij bedrijfsovername. Ik heb het over *Avery - VRG*, een arrest dat uitvoerig aan de orde gekomen is in *Ars Aequi*: mijn noot werd gevolgd door reacties van a-g Hartkamp en de advocaat van Avery, Voûte, met naschriften van mijn hand.¹²³ De complexiteit van de casus maakt deze minder geschikt voor een uitvoerige bespreking op deze plaats; ik verwijs naar de behandeling in AA en volsta hier met een korte samenvatting.

Bij de overdracht van een bedrijf was overeengekomen, in de vorm van een garantie, dat de pensioenverplichtingen die overgedragen waren met het bedrijf volledig 'afgefinancierd', gedekt zouden zijn. Daartoe moet een fonds opgebouwd zijn door het overdragende bedrijf (VRG), volgens een bepaalde actuariële methode. Nu gebruikte VRG daartoe een zeer ongebruikelijke methode, de zogenaamde 'hinkende rekenrente', met toestemming van de Verzekeringskamer. Dit was de Amerikaanse koper (Avery) niet bekend; in de nadere uitwerking van de overeenkomst tussen partijen had VRG dit niet vermeld, maar een algemene omschrijving gehanteerd: 'volgens de tot nu toe gebruikelijke actuariële methode', waarbij partijen over sterftetafels gesproken hadden. Achteraf blijkt het hanteren van die 'hinkende rekenrente' in te houden dat VRG niet een pensioenfonds in de normale omvang opgebouwd had, volgens de gebruikelijke rekenmethode, hetgeen een reserve van ruim f 2 miljoen scheelde. Avery stelt dat dit bedrag alsnog door VRG aan haar overgedragen moet worden, in het licht van de contractuele garantie inzake affinanciering van pensioenverplichtingen.

Het hof lette slechts erop of de interpretatie die VRG gaf aan de omstreden zinsnede in de nadere uitwerking van de overeenkomst 'strookt met de bewoordingen daarvan'; er is geen

123. HR 4 jan. 1991, NJ 254. Zie resp. AA 1992, p. 354 v.; p. 592 v.; 1993, p. 101.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

sprake van vaststelling van de zin en strekking ervan, in verband met de gehele overeenkomst (garantiebeding!) en de aard van de overeenkomst. De cassatierechter corrigeert niet en concentreert zich op de vraag of er sprake is van een mededelingsplicht van VRG, of wel een onderzoeksplicht aan de zijde van Avery. Het hof had overwogen dat de omstandigheid dat Avery vertegenwoordigd was door financieel deskundige topfunctionarissen, het op de weg van Avery had gelegen om opheldering te vragen, en de hoge raad gaat daarmee akkoord.

Het onbevredigende van ook dit onderdeel van het arrest is dat VRG met zijn vage omschrijving van de gehanteerde rekenmethode Avery zand in de ogen gestrooid had, die in het geheel niet verdacht was op toepassing van de zeer uitzonderlijke 'hinkende rekenrente'. Dat daarvoor toestemming verleend was, doet aan de ongebruikelijkheid niet af. Het gaat mij te ver om een onderzoeksplicht op te leggen om achter een hoogst ongebruikelijke rekenmethode te komen, indien de omvang van het fonds gegarandeerd dekkend is om aan uitstaande pensioenverplichtingen te voldoen (hetgeen een gebruikelijke reserve met zich brengt). Kortom, een 'hinkend' uitleg-arrest.

In zijn proefschrift dat onder meer aan deskundigheid in het recht gewijd is besteedt Tjittes opvallend weinig aandacht aan het Avery-arrest; hij gaat niet in op het debat dat ik hierover met resp. a-g Hartkamp en Voûte had en volstaat met de constatering dat uit het arrest afgeleid kan worden dat 'een deskundige professionele partij bij bedingen die de wederpartij voorstelt en die redelijkerwijs als onduidelijk bestempeld kunnen worden, navraag behoort te doen naar de betekenis waarvan de wederpartij uitgaat'. Indien dat nagelaten wordt komt een misverstand voor haar risico, concludeert Tjittes. Het aanvaarden van een mededelingsplicht blijft onvermeld, terwijl langs de kern van de zaak heengegaan wordt: het beding was juist niet 'redelijkerwijs onduidelijk', maar leek duidelijk doordat Avery als koper op het verkeerde been gezet was door de wederpartij, terwijl zij bovendien meende op een garantie te mogen kunnen afgaan. Zie R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen*, diss. Gron. 1994, p.141 v.

Zoals ik ook al in mijn AA-noot gesteld heb, is de meerwaarde van dit arrest niet gelegen in de in casu gevolgde wijze van uitleg, maar in de aanvaarding van onderzoeks- en mededelingsplichten bij uitleg (vgl. uitlegregel 5f). De zwaluw die ik eerder in de vorm van het arrest van het Hof Arnhem signaleerde inzake het *misverstands*-arrest, heeft dan nu zomer gebracht. Het is alleen jammer dat de toepassing minder gelukkig is: het hof was naar mijn mening niet tot een goede afweging van de onderzoeksplicht (die des kopers is) tegenover de mededelingsplicht van de wederpartij gekomen. Voor de onderbouwing hiervan verwijs ik naar mijn beschouwingen in AA. Zoals ik daar al opmerkte, gaat het vaker op dat standaardarresten van de hoge raad nieuw recht brengen, dat echter in het geval dat voorligt op ongelukkige wijze toegepast wordt: vgl. *Quint - Te Poel* uit 1959 over de ongegronde verrijking, en *Kuipers - De Jongh* inzake misbruik van recht (1970) en Sipke Helder over onvoorziene omstandigheden (1984). Het is 'hollandse nieuwe', maar de vis wordt duur betaald.

Uitleg van CAO's

In een tweetal arresten heeft de hoge raad in 1993 aangegeven dat er een uitzondering mogelijk is op de regel dat de grammatikale betekenis van een contractstekst geen doorslaggevende rol speelt bij de uitleg, ten aanzien van een bepaald type contracten: de *collectieve arbeidsovereenkomst*.¹²⁴ Bij de uitleg van

124. HR 17 sept. 1993, *NJ* 1994, 173, *Gerritse - HAS*; HR 24 sept. 1993, *NJ* 1994, 174, nt PAS, *Hol en Dienstenbond FNV - EIM*.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

een (niet verbindend verklaarde) CAO zijn ‘de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis’, overwoog de raad in de twee arresten. Dat vraagt om een nadere toelichting.

De eerste zaak, *Gerritse - HAS*, betrof de volgende casus. Gerritse werkt al 9 jaar bij Hydro Agri Sluiskil (HAS) als 3e verladingsman; op het werk zijn brandbare stoffen aanwezig en Gerritse wordt betrap op overtreding van het rookverbod. HAS tracht hem te ontslaan maar krijgt daarvoor geen toestemming van het GAB; als sanktie wordt hij dan op een lager betaalde functie tewerk gesteld, hetgeen tot protest van Gerritse leidt. HAS beroept zich echter op art.7 lid 3 sub *b* van de toepasselijke CAO, dat luidt:

‘Werknemers, die door eigen toedoen, wegens onbekwaamheid of op eigen verzoek, worden geplaatst in een lager ingedeelde functie, worden in de overeenkomende lagere salarisschaal ingedeeld met ingang van de maand volgend op die waarin de plaatsing in de lagere functie is geschied’.

De kantonrechter stelt Gerritse in het gelijk wat zijn vordering tot behoud van zijn oude salaris betreft. De rechtbank komt echter tot een tegenovergestelde beslissing op grond van het vermoeden dat in art.7 lid 3 CAO bedoeld is aan HAS een eenzijdige bevoegdheid te verschaffen: immers, de term ‘plaatsen’ wijst daarop, en indien toestemming van de werknemer vereist was zou een duidelijker formulering voor de hand gelegen hebben.

De hoge raad vernietigt dit vonnis, met de volgende overweging:

‘De hoge raad stelt voorop dat het hier gaat om een bepaling in een CAO. Bij de totstandkoming van een dergelijke overeenkomst zijn de individuele werknemers niet betrokken, terwijl de individuele werkgever daarbij betrokken kan, maar niet hoeft te zijn. In het algemeen staan daarom aan de werknemers en werkgever, op wie de overeenkomst van toepassing is, bij het bepalen van inhoud en strekking daarvan geen andere gegevens ter beschikking dan haar tekst en de eventueel daaraan toegevoegde schriftelijke toelichting, die in deze zaak echter ontbreekt. Dit brengt mee dat voor de uitleg van de bepalingen van een CAO, de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Heeft de werkgever zelf aan de totstandkoming van de CAO meegewerkt, dan zal hij zijn eventueel daaraan ontleende bijzondere wetenschap te dier zake niet jegens de werknemer kunnen invoeren. Aan de bewoordingen van een CAO mogen in het bijzonder hoge eisen van duidelijkheid worden gesteld in een geval als het onderhavige, waarin het gaat om een door de werkgever ingeroepen bevoegdheid tot het nemen van de voor de werknemer zeer bezwarende maatregel van plaatsing in een functie met lager loon dan deze voordien had, zulks bij wijze van disciplinaire sanktie.

Tegen deze achtergrond laat art.7 lid 3 CAO de door de rechtbank bereikte uitleg niet toe. De rechtbank is derhalve kennelijk van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan’ (ov. 3.3).

Men ziet hier een variant op de *contra proferentem*-regel, ter bescherming van de zwakke partij: contractsbepalingen waarop zij geen invloed gehad heeft en die sterk nadelig voor haar zijn, dienen duidelijk en ondubbelzinnig vastgelegd te zijn en niet door uitleg met behulp van vermoedens geconstrueerd te worden. Hierbij zal een rol gespeeld hebben dat het om een strafsanktie van de werkgever ging, en dan steekt kennelijk de *nulla poena*-gedachte zijn kop op. Men zie voor de wijze waarop in het arbeidsrecht de mogelijkheid van het treffen van strafmaatregelen aan banden gelegd is de noot van Stein onder het arrest.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

Dat de meer grammatikale uitleg niet altijd in het voordeel van de werknemer als zwakke partij hoeft uit te vallen, bewijst het tweede arrest. Daarin ging het om een werkneemster, Hol, die 2 jaar nadat zij voor onbepaalde tijd in dienst getreden was van de stichting Economisch Instituut voor het Midden- en Kleinbedrijf voor 80% arbeidsongeschikt geraakt is, op een leeftijd van 32 jaar. Dat was in 1983; tot 1989 vult haar werkgever haar WAO/AAW-uitkering tot 100% van het netto salaris aan, in welk jaar het dienstverband door haar beëindigd wordt. Hol, daarin gesteund door de Dienstenbond FNV, vordert voortzetting van de aanvulling op de WAO-uitkering tot het einde van de arbeidsongeschiktheid, mede omdat dit het beleid van het Instituut in het verleden geweest is. In haar lezing brengt art.15 lid 1 CAO met zich dat de aanvulling moet worden verstrekt ongeacht of het dienstverband al dan niet beëindigd is.

De rechtbank stelt de werkgever in het gelijk met een beroep op de bewoordingen van art.15 lid 1 CAO, waarin gesproken wordt van ‘werknemer’ en ‘het nettosalarijs’, hetgeen zou wijzen op een bestaand dienstverband; dat is ook in overeenstemming met de door de werkgever gevolgde praktijk om arbeidsongeschikte werknemers in dienst te houden, met suppletie van het salaris. De hoge raad bekrachtigt het vonnis en geeft daarbij allereerst een overweging conform het vorige arrest, waarin de doorslaggevende betekenis van de bewoordingen van CAO-bepalingen voor de uitleg daarvan aangegeven wordt. De rechtbank mocht oordelen dat het niet ter zake deed of de bij de CAO betrokken partijen bij het formuleren van de bepaling deze ruimer hadden bedoeld dan uit de bewoordingen naar voren komt.¹²⁵

Recente jurisprudentie over uitleg van CAO's en vergelijkbare rechtsfiguren: ook hier normatieve uitleg (exit: grammatikale uitleg)

Na de laatste druk (2001) was de hoogste rechter wederom een aantal malen geroepen om zich te buigen over wat in uitleg-land wel de ‘CAO-norm’ genoemd werd: grammatikale uitleg van de CAO-tekst. Stapje voor stapje is de hoge raad daarvan teruggekomen, en tenslotte op normatieve uitleg gekomen, die slechts een nuance verschilt van de vaste leer op het gebied van uitleg van overeenkomsten, voor de eenvoudige jurist gevangen onder de kreet *Haviltex*. Dat is naar mijn mening – het zal niet verbazen – een gezonde ontwikkeling, en begrijpelijk. Indien men beseft dat buiten de in onderhandeling tot stand gekomen overeenkomsten, standaardvoorwaarden aan redelijke uitleg onderworpen worden (dat begon al met *rederij Koppe*, in 1949), en ook de wetsuitleg plaats vindt in de traditie van ‘redelijke wetstoepassing’, zoals de hoge raad dat in vele standaardarresten genoemd heeft, ligt het niet erg voor de hand dat voor een CAO-rechtsverhouding (een algemeen verbindend verklaarde overeenkomst) een uitzondering gemaakt zou moeten worden, en ineens de tekst van het document heilig is. Na de eerste arresten had Duk, specialist op het gebied van arbeidsrecht, er al op gewezen dat CAO's vaak voor verschillende uitleg vatbaar zijn.¹²⁶ Ze plegen gesloten te worden na nachtelijke vergaderingen

125. Zie ook de arresten HR 3 sept. 1999, NJ 734 en HR 8 dec. 2000 NJ 2001, 56; vgl. ook S.F. Sagel, *Arbeidsrecht* 2000, p. 17.

126. Zie SMA 1998, p.469 v.; vgl. ook het eerder genoemde artikel van Sagel.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

waar het poldermodel zijn werking heeft en na veel touwtrekken een tekst als compromis uit de bus komt. Om dan uitsluitend op de bewoordingen van die tekst af te moeten gaan, binnen de vier hoeken van het document, zoals men dat in Engeland noemt, lijkt weinig in voeling met de realiteit te zijn.

Ik zal de ontwikkeling in de recente rechtspraak in vogelvlucht weergeven, het is een nogal specialistisch terrein, maar wel interessant vanwege het principiële element. Er is ook een doorwerking naar vergelijkbare figuren als pensioenreglementen, collectieve verzekeringen, en regelingen als Bindend Besluit Regres van de Vereniging van Brandassuradeuren. In een recent arrest, van 20 februari 2004, geeft de cassatierechter een algemene beschouwing, die heel bruikbaar is als syllabus over het onderwerp, en door mij integraal weergegeven zal worden. Maar eerst de aanloop.

In de arresten van 31 mei 2002 en 14 februari 2003 heeft de hoge raad in een identieke overweging een vervolg gegeven op de uitspraak van 17 september 1993.¹²⁷ Aan de bewoordingen van de CAO, in het licht van de gehele tekst van de overeenkomst, wordt als uitlegfaktor toegevoegd: 'eventueel de daarbij behorende toelichting'. Belangrijker is echter hetgeen daarop volgt; na de opmerking dat het niet op bedoelingen van partijen aankomt voor zover deze niet uit de CAO-bepalingen en toelichting kenbaar zijn, en de nadruk die gelegd wordt op 'de betekenis naar objectieve maatstaven' die uit de bewoordingen volgt, wordt een normatieve snaar geroerd:

'Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.'

Het is dus los van de letter, en de redelijke uitkomst van de uitleg komt naar voren, de ratio van de CAO in normatieve zin.

Deze benadering ligt ook ten grondslag aan het arrest van 11 april 2003 (letterlijk herhaald), met de toevoeging dat 'het aantekening verdient' dat anders dan eiser betoogd had, 'niet als regel kan worden aanvaard dat minder duidelijke CAO-teksten dienen te worden uitgelegd in het voordeel van degene wiens positie de CAO beoogt te beschermen'.¹²⁸ Wat dat laatste betreft is het interessant dat de hoge raad op het terrein van de uitleg van een pensioenreglement, in samenhang met een collectieve verzekering voor arbeidsongeschiktheid door de werkgever afgesloten, kort tevoren de *contra proferentem*-regel had aanvaard, in een arrest van 18 oktober 2002.¹²⁹ De hoge raad ziet die regel (nog steeds) als 'algemeen gezichtspunt' met als bron de EG-richtlijn oneerlijke bedingen van 93/13, zoals neergelegd in art. 6:238 lid 2 BW, en is van oordeel dat deze regel betrokken moet worden bij de uitleg van een eenzijdig door de verzekeraar opgestelde polisvoorwaarde. Aldus mag in geval

127. HR 31 mei 2002, NJ 2003, 110, nt HvV, *Ziekenhuis De Heel – Huisman c.s.*; HR 14 febr. 2003, NJ 301, *Thuiszorg Centraal Twente – B.*

128. HR 11 april 2003, NJ 430, *Baron-van den Maagdenburg c.s. – Terra Nigra Holding.*

129. HR 18 okt. 2002, NJ 2003, 258, nt MMM, *Pieterse – Nat. Ned. Levensverz. Mij*; vgl. ook J.P. Heering, WPNR 6518 (2003). De HR week overigens af van de conclusie van a-g Bakels, die in plaats van de Haviltexnorm, de CAO-norm voorstond. Dat is in de lijn van de traditie: in het *Haviltex*-arrest ging de raad ook in tegen de conclusie OM (a-g Frankx).

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

van twijfel over de uitleg ervan de polisvoorwaarde in het nadeel van de verzekeraar en ten gunste van de verzekerde worden uitgelegd. Het college vervolgt dan:

‘In een geval als dit, waar de verzekeraar de verzekeringsovereenkomst gesloten heeft met een werkgever ten behoeve van diens werknemers die niet bij de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst betrokken zijn geweest, geldt dit algemene gezichtspunt evenzeer. Het moet bovendien in aanmerking worden genomen bij de uitleg van het pensioenreglement ter uitvoering waarvan de verzekeringsovereenkomst is gesloten, voor zover dat reglement bij de uitleg van die overeenkomst een rol speelt’.

Men ziet het net zich al sluiten tussen CAO's en vergelijkbare regelingen als pensioenreglementen en andere voor werknemers bindende overeenkomsten, zoals collectieve verzekeringen. De vraag waar de hoge raad nu precies staat was de inzet van een geding dat geleid heeft tot een het arrest van 20 februari 2004, waarin het college stelling genomen heeft, aan de hand van ‘inleidende opmerkingen (ov. 4.2 v.)¹³⁰ Het ging om de uitleg van een pensioenreglement, waarbij de cassatierechter de ‘Haviltexnorm’ en de ‘CAO-norm’ naast elkaar zet:

‘4.2. In zijn arrest van 13 maart 1981, *NJ* 635 (Haviltex) heeft de Hoge Raad - daarmee voortbouwend op oudere rechtspraak over de uitleg van overeenkomsten - overwogen dat de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld, niet kan worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (hierna ook: de Haviltexnorm). Bij deze uitleg dient de rechter rekening te houden met alle bijzondere omstandigheden van het gegeven geval; het Haviltexarrest bevat tevens een reeks bij die uitleg in aanmerking te nemen gezichtspunten, welke reeks in latere arresten verder is uitgewerkt.

4.3. In zijn arresten van 17 september 1993, *NJ* 1994, 173 en 24 september 1993, *NJ* 1994, 174, heeft de Hoge Raad echter ten aanzien van de uitleg van de bepalingen van een CAO een anders geformuleerde norm aanvaard: voor die uitleg zijn de bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis (hierna ook: de CAO-norm).

De CAO-norm is ook toegepast op andere geschriften waarin een overeenkomst of een andere regeling is vastgelegd die naar haar aard bestemd is de rechtspositie van derden te beïnvloeden, zonder dat die derden invloed hebben op de inhoud of de formulering van die overeenkomst/regeling, terwijl de onderliggende partijbedoeling voor die derden niet kenbaar is, zoals de uitleg van een sociaal plan dat niet zelf een CAO is (HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 473), een trustakte bij een obligatielening (HR 23 maart 2001, *NJ* 2003, 715) en het Bindend Besluit Regres 1984 (HR 16 mei 2003, *NJ* 2003, 470).

4.4. Tussen de Haviltexnorm en de CAO-norm bestaat geen tegenstelling, maar een vloeiende overgang.

Eenzijds heeft ook bij toepassing van de Haviltexnorm te gelden dat, indien de inhoud van een overeenkomst in een geschrift is vastgelegd - nog afgezien van het bepaalde in art. 3:36 BW in de verhouding tot derden - de argumenten voor een uitleg van dat geschrift naar objectieve maatstaven aan gewicht winnen in de mate waarin de daarin belichaamde overeenkomst naar haar aard meer is bestemd de rechtspositie te beïnvloeden van derden die

130. HR 20 febr. 2004, *RvdW* nr 34, *Pensioenfonds DSM-Chemie – Fox*.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

de bedoeling van de contracterende partijen uit dat geschrift en een eventueel daarbij behorende toelichting niet kunnen kennen en het voor de opstellers voorzienbare aantal van die derden groter is, terwijl het geschrift ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen.

Anderzijds leidt de CAO-norm niet tot een louter taalkundige uitleg; in het arrest van de Hoge Raad van 31 mei 2002, *NJ* 2003, 110, is de hiervoor in 4.3 aangehaalde rechtspraak in die zin verduidelijkt dat hier sprake is van een uitleg naar objectieve maatstaven, waarbij onder meer acht kan worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. In het zojuist aangehaalde arrest is voorts nog beslist dat ook de bewoordingen van de eventueel bij de CAO behorende schriftelijke toelichting bij de uitleg van de CAO moeten worden betrokken. In een latere uitspraak (HR 28 juni 2002, *NJ* 2003, 111) werd geoordeeld dat, indien de bedoeling van de partijen bij de CAO naar objectieve maatstaven volgt uit de CAO-bepalingen en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting, en dus voor de individuele werknemers en werkgevers die niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken zijn geweest, kenbaar is, ook daaraan bij de uitleg betekenis kan worden toegekend.

4.5. De hiervoor in 4.2-4.4 weergegeven rechtspraak heeft als gemeenschappelijke grondslag dat bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Ten behoeve van de werkbaarheid voor de praktijk en van de toetsbaarheid van het rechterlijk oordeel in cassatie, heeft de Hoge Raad een uitwerking van die vage norm gegeven voor de boven aangegeven, in het maatschappelijk verkeer vaak voorkomende, typen van gevallen. In deze typologie heeft de CAO-norm betrekking op geschriften en verhoudingen waarvan de aard meebrengt dat bij die uitleg in beginsel objectieve maatstaven centraal dienen te staan.

Opmerking verdient ten slotte dat zowel aan de CAO-norm als aan de Haviltexnorm de gedachte ten grondslag ligt dat de uitleg van een schriftelijk contract niet dient plaats te vinden op grond van alleen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin het is gesteld. In praktisch opzicht is de taalkundige betekenis die deze bewoordingen, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van dat geschrift vaak wel van groot belang.⁷

Na deze algemene beschouwingen volgt een beoordeling van het geschil in kwestie; daar is de normatieve wijze van uitleg haast nog duidelijker aan de orde:

⁷5.1. De rechtsklacht van het middel strekt ertoe dat de rechtbank, waar zij heeft overwogen "dat in een geval als het onderhavige dat zich afspeelt tussen partijen als de onderhavige waarbij een woord (in casu "pensioen") moet worden uitgelegd dat in een regeling staat terwijl de persoon waarop de regeling moet worden toegepast niet bij de totstandkoming van de regeling betrokken is geweest, de grammaticale uitleg voorop dient te staan,"

heeft miskend dat zij niet alleen op de bewoordingen van de betrokken bepaling diende te letten, maar tevens aandacht moest besteden aan alle omstandigheden van het geval, met uitzondering van de niet-kenbare bedoeling van degenen die de betrokken bepaling hebben geredigeerd. Derhalve had de rechtbank mede acht moeten slaan op de ratio van de onderhavige regeling, de redelijkheid van (de uitkomst van) de uitleg die het pensioenfonds voorstaat en de mate waarin die uitleg past binnen het systeem van het pensioenreglement, waarvan de anti-cumulatiebepaling deel uitmaakt, als geheel.

5.2. Uit hetgeen hiervoor in 4 is overwogen volgt dat deze rechtsklacht doel treft. Weliswaar heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 18 oktober 2002, *NJ* 2003, 258, beslist dat - kort gezegd - de uitleg van een pensioenreglement in de verhouding tussen de oorspronkelijk contracterende partijen aan de hand van de Haviltexnorm moet geschieden, maar in de

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

verhouding tussen de werknemer - voor wie de bedoeling van de oorspronkelijk contracterende partijen (zijn werkgever en het pensioenfonds) niet kenbaar is en die op de formulering daarvan geen invloed heeft gehad - en het pensioenfonds is toepassing van de CAO-norm aangewezen. Uit hetgeen hiervoor in 4.4 is opgemerkt, volgt dat de rechtbank, die met haar oordeel dat "de grammaticale uitleg voorop dient te staan", mede gezien haar daarop volgende overwegingen, klaarblijkelijk heeft bedoeld dat de onderhavige uitleg dient plaats te vinden aan de hand van de taalkundige betekenis van de desbetreffende bepaling, is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting omdat bij toepassing van de CAO-norm op een geval als het onderhavige, mede de door het middel aangehaalde gezichtspunten van belang kunnen zijn en door de rechter in zijn motivering moeten worden betrokken.¹³¹

Het arrest heeft een hoog Haviltex-gehalte, in de zin dat de grammatikale uitleg door de feitenrechter gecorrigeerd wordt, en de ratio van de regeling, evenals de redelijke uitkomst van de uitleg voorop staan. Een 'vloeiende overgang' van Haviltexnorm en CAO-norm, zoals de raad het noemt, komt dus neer op een inpoldering van het CAO-gebied (en kwelders), die tot het terrein van uitleg van overeenkomsten gerekend worden, in normatieve trant. Daarmee zal het laatste woord over dit onderwerp niet gezegd zijn, maar is wel richting gegeven aan de discussie. Een discussie die de hoge raad over zichzelf afgeroepen had met de ongelukkige arresten uit 1993.

Redelijke uitleg bij andere rechtsfiguren: zakelijke overeenkomst, huwelijkse voorwaarden

Uitleg met behulp van de redelijkheid en billijkheid is niet beperkt tot het contractenrecht, al is de overeenkomst altijd de bakermat van normatieve uitleg geweest. Nu komt de overeenkomst ook in het zakenrecht voor, in de vorm van een zakelijke overeenkomst bij het vestigen van een zakelijk recht, die meestal een obligatore tegenhanger heeft, zoals bij het vestigen van de zekerheidsrechten pand en hypotheek, het verlenen van erfpacht, e.d. In het geval van een pandrecht was de hoge raad van oordeel dat de zakelijke overeenkomst 'redelijkerwijs uitgelegd moet worden'.¹³² De eis mag niet gesteld worden dat de formulering van de overeenkomst zodanig is dat daaruit ook voor derden 'duidelijk en ondubbelzinnig blijkt' welk vermogensbestanddeel verpand wordt, zoals het hof meende; voldoende is dat degeen aan wie de kennisgeving gedaan wordt 'in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs heeft moeten begrijpen welk vermogensbestanddeel pandgever en pandnemer op het oog hebben' (ov. 3.4).

Ook in het huwelijksvermogensrecht heeft de hoge raad bepaald dat redelijke uitleg op zijn plaats is, en wel bij de uitleg van huwelijkse voorwaarden. Het betrof de uitleg van een verrekenbeding aan het einde van het huwelijk, het zogenaamde amsterdamse verrekenbeding, waarbij vermogensvermeerdering als gevolg van beleggingen de inzet van het dispuut

131. Kort na dit arrest kwam uitleg van het Bindend Besluit Regres Ver. v. Brandassuradeuren wederom aan de orde, zie HR 27 febr. 2004, *RvdW* nr 43; daarbij werd belang gehecht aan de 'oorspronkelijke bedoelingen' bij het opstellen van het BBR. Voor problemen rond dat Besluit verwijs ik naar mijn noot onder het arrest *Mastum Dakbedekkingen – Nationale Nederlanden*, HR 15 jan. 1999, in *AA* 1999, p. 555, sub 3.

132. HR 21 april 1995, *NJ* 1996, 652, *Eemswater - Houthoff q.q.*

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

tussen ex-echtelingen was.¹³³ Dat de rechtsverhouding tussen echtgenoten door de goede trouw bepaald wordt, zoals al lang geleden in de jurisprudentie van de hoge raad aanvaard was (vaste rechtspraak sinds de jaren '50), vindt hier zijn te verwachten vervolg bij de uitleg van de vermogensrechtelijke regeling van die verhouding van (ex-)partijen. Die benadering werd in wezen trouwens al gevolgd in het geval er geen verrekenbeding gemaakt was in het regime van uitsluiting van iedere gemeenschap (de zgn. 'koude uitsluiting'), waarbij uitzonderingen op grond van de goede trouw volgens de hoge raad 'niet geheel uitgesloten zijn'.¹³⁴ Een revolutionaire benadering van het huwelijksvermogensrecht, op maatschappelijke gronden (achterstelling van de vrouw, die van de vermogensopbouw tijdens het huwelijk dreigt buitengesloten te worden).

Enkele andere toepassingsgebieden zijn de laatste jaren in de rechtspraak van de hoge raad naar voren gekomen, die ik hier zal aanstippen. Bij de uitleg van een akte van cessie werd normatieve uitleg aanvaard ('Haviltex-maatstaf'), bij arrest van 16 mei 2003.¹³⁵ Een notariële akte waarbij een erfdiensbaarheid gevestigd is dient evenwel naar objectieve maatstaven, in het licht van de gehele inhoud van de akte uitgelegd te worden, oordeelde de hoge raad op 13 juni 2003.¹³⁶ Een vergelijkbaar geval is aan de orde in HR 8 dec. 2000, *NJ* 2001, 350, nt WMK. Zie over dit arrest, in kritische zin: C.G. Breedveld-de Voogd, 'Uitleg van de akte van levering bij de overdracht van een onroerende zaak', *Rm Themis* 2002, p.244. Zij bepleit toepassing van de Haviltex-regel bij de uitleg van de zakelijke overeenkomst, zoals die ook bij de uitleg van de obligatore overeenkomst wordt gehanteerd, uniforme uitleg derhalve.

Bij een eenzijdig gerichte verklaring (van een verzekeraar aan een gelederde inzake diens recht op vergoeding onder de overeenkomst) is voor de uitleg uiteindelijk bepalend de betekenis die degene tot wie de verklaring was gericht daaraan onder de gegeven omstandigheden heeft toegekend en heeft mogen toekennen, redelijke uitleg dus.¹³⁷ Een strikte toepassing van een in een bankgarantie gestelde voorwaarden (een zgn. 'performance bond', garantie op eerste verzoek, zie daarover onder, Hfdst. 4, § 3, nr 10) brengt met zich dat er geen plaats is voor aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid; derhalve geen verklaring van een deskundige die even deskundig geacht wordt als de aangewezen deskundige toegelaten. Een uitzondering op 'het beginsel van strikte conformiteit' is in beginsel niet uitgesloten, zoals in geval van bedrog of willekeur aan zijde van begunstigde, maar ook aan de zijde van degene in wiens

133. HR 7 april 1995, *NJ* 1996, 486, *Vossen – Swinkels*. Vgl. in dezelfde zin: HR 3 okt 1997, *NJ* 1998, 383; HR 28 nov. 2003, *NJ* 2004, 116.

134. Een arrest van 1987, vgl. mijn artikel: *Het beginsel van de goede trouw en de afwikkeling van de huwelijksgemeenschap*, *WPNR* 5849 (1987), p.607. Zie voor die materie recentelijk: A.J.M. Nuytinck, *De invloed van het algemene vermogensrecht op het (familie)vermogensrecht*, in: *Miscellanea. Jurisconsulto vero Dedicata*, Van Dunné-Bundel, Deventer, 1997, p.307 v., op p.313 v.

135. *NJ* 2004, 183, *De Liser de Morsain – Rabobank*.

136. *NJ* 2004, 251, *Teijssen – Marcus*.

137. HR 19 sept. 2003, *NJ* 619, nt WMK, *R. – Ziekenhuis Gelderse Vallei*. Voetletsel na val van trap leidt tot posttraumatische dystrofie die niet tijdig onderkend was door huisarts, met vrijwel algehele arbeidsongeschiktheid van de patiënt tot gevolg (*doctor's delay*).

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

opdracht de garantie is gesteld.¹³⁸ Deze uitspraak is weer een stap verder vergeleken met het arrest van 1995, *Gesnoteg – Mees Pierson*, waarin het ‘strikte conformiteit’ *tout court* was, zij het dat de aanvaarding van een mededelingsplicht (die geschonden was) soulaas bracht. Ik verwijs voor die materie naar de genoemde paragraaf over garanties.

De Hoog Catharijne-zaak (1995)

Dan nu een spraakmakend arrest dat voor de uitleg, maar ook voor enkele andere leerstukken, van groot belang is: het *Hoog Catharijne*-arrest van 1995.¹³⁹ De casus komt kort gezegd op het volgende neer.

ABP is met enkele partners geïnteresseerd in de koop van het Hoog Catharijne-complex, vraagprijs: f 450 mln. De onderhandelingen vinden plaats tussen ABP enerzijds, en FGH en Breevast anderzijds, ieder voor 50% eigenaar van Hoog Catharijne B.V. (verder te noemen: HC). In de akte van inbreng en de akte tot levering zakelijke rechten/ekonomische eigendomsoverdracht van eind 1982 zijn door de verkopers garanties neergelegd, onder meer inhoudend dat de definitieve balans een getrouw beeld van de samenstelling en grootte van het vermogen van HC geeft en dat er geen andere schulden of verplichtingen zijn dan die in welke zullen blijken uit de definitieve balans. Verder vermeldt de akte van inbreng dat HC ‘alle informatie heeft verstrekt die van belang was voor Heerlen (kopers) terzake van de beoordeling van de waarde van de ingebrachte onderneming’.

ABP stelt een werkgroep van (top)deskundigen in (een advocaat, een accountant, een belastingadviseur, en een makelaar) die een onderzoek instelt dat de basis vormt bij de onderhandelingen van ABP. De verkopers stellen hun archief open voor de werkgroep, die daaruit het zgn. ‘groene boek’ samenstelt, van stukken die van hun gading zijn.

Het geschil dat partijen verdeeld houdt betreft de canonverplichtingen van HC tegenover de Gemeente Utrecht; na een aanvankelijke lening van f 25 mln had de gemeente in 1975 en 1976 aan HC twee aanvullende leningen verstrekt van resp. 5 en 2,6 mln gulden. De geleende bedragen zouden terugbetaald worden als onderdeel van naderhand vast te stellen erfpacht-canons. Deze leningen kwamen niet op de pro forma-balans en de definitieve balans voor; ABP was op de hoogte van de grote lening van f 25 mln, maar komt pas na de koop erachter dat er nog twee kleine leningen zijn. Deze waren niet vermeld in de stukken van het groene boek; de stukken die ernaar verwezen waren niet opgenomen.

ABP heeft succes voor de Rechtbank Maastricht met haar beroep op de spreekplicht van de verkopers; de rechtbank volgt namelijk de lijn van *Van der Beek - Van Dartel* en is van oordeel dat de informatieplicht van de verkoper in beginsel zwaarder weegt dan de onderzoeksplicht van de koper. Er was geen reden voor twijfel, zodat geen aanleiding bestond om een verzwaarde onderzoeksplicht aan te nemen (gezien de deskundige werkgroep), vervolgt de rechtbank.

Het Hof Den Bosch denkt er anders over. Het hof stelt allereerst vast dat ABP niet, althans onvoldoende betwist heeft dat de canonverplichtingen van HC niet op de definitieve balans zouden worden opgenomen; zij heeft er genoeg mee genomen dat met de haar bekende lening van f 25 mln aldus gedaan was. De redenering van ABP dat de twee kleine geldleningen geen canonverplichtingen zijn en dus als schulden op de inbreng- en definitieve

138. HR 26 mrt 2004, NJ 309, nt PvS, *Anthea Yachting Co. - ABN AMRO*.

139. HR 22 dec. 1995, NJ 1996, 300, *ABP c.s. - FGH en Breevast*. De hier volgende bespreking verscheen eerder in *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Red. S.C.J.J. Kortmann c.s., Deventer 1997, p. 399 v., als onderdeel van mijn bijdrage: *Onderzoeks- en spreekplichten bij bedrijfsoverneming. Hoe ‘due’ is ‘due diligence’ sinds Hoog Catharijne?* In die bundel werd het arrest ook besproken door: Ch.F. Honée, p. 41 v.; A. Hammerstein, p. 389 v., met verdere literatuurvermelding.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

balans opgenomen hadden moeten worden verwerpt het hof. Verkopers hebben afdoende aangetoond dat die verplichtingen door HC en Utrecht als canonverplichtingen aangemerkt zijn. Daaruit volgt dan voor het hof dat de garantie van HC dat er geen andere schulden bestaan dan die welke op de balans opgenomen zijn, geen betrekking heeft op canonverplichtingen, en tussen partijen was in confesso dat er canonverplichtingen waren die buiten de balans gehouden waren.

Het hof is eveneens van oordeel dat HC geen spreekplicht geschonden heeft; daarbij is van belang dat de werkgroep van ABP, indien zij alle canonverplichtingen in beeld wilde brengen, via verwijzingen in stukken die wèl in het groene boek opgenomen waren, op het spoor ervan had kunnen komen (raadsvoordrachten van 1978 en 1982, en een rapport uit 1980). De overige overwegingen van het hof volgen uit de samenvatting die de hoge raad daarvan geeft, die ik hier laat volgen, met de uitspraak zelf.

(3.4) ‘... De klachten falen. ‘s Hof’s beslissing komt erop neer dat een bepaald soort verplichtingen, nl. door HC en de Gemeente als canonverplichtingen aangemerkte verplichtingen, niet in de overnamebalans behoeften te worden opgenomen, ongeacht of ABP c.s. met het bestaan van die verplichtingen op de hoogte waren. Deze in hoofdzaak van feitelijke aard zijnde beslissing - die voor rekening van het hof moet blijven - geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is ook niet onbegrijpelijk. In het licht daarvan is evenmin onjuist of onbegrijpelijk ‘s hofs beslissing dat de balansgarantie niet ook op die verplichtingen betrekking had. Daarmee staat tevens vast dat ABP op dit punt niet op de balans heeft mogen afgaan, ook niet in het licht van de regel van art. 3:35 BW.

3.5.1. Onderdeel III richt zich tegen rov. 4.4 tot en met 4.12 van het bestreden arrest, waarin het hof de vraag heeft behandeld of HC, zoals ABP c.s. hebben aangevoerd, haar hiervoor in 3.2.2 onder (b) en (c) weergegeven verplichtingen met betrekking tot het verschaffen van informatie aan ABP c.s. heeft geschonden. Deze vraag heeft het hof in rov. 4.4 ontkennd beantwoord; het heeft dit oordeel in de daarop volgende overwegingen gemotiveerd. Deze overwegingen monden uit in de volgende conclusies (rov. 4.12). De reikwijdte van de verplichting van HC als verkoper om aan ABP c.s. alle informatie te verschaffen, wordt mede bepaald door hetgeen HC in de gegeven omstandigheden aan onderzoeksinspanningen aan de zijde van ABP c.s. mocht verwachten. Nadat aan de aanvankelijke informatiebehoefte van ABP c.s. was voldaan door middel van het zogenoemde Groene Boek (een op initiatief van ABP c.s. door een deskundige werkgroep samengestelde bundel van door deze van belang geachte stukken uit het archief en de administratie van HC), mocht HC verwachten dat na bestudering van dit Groene Boek ABP c.s., zo zij daarin belang stelden, zich volledig zouden informeren omtrent toekomstige canonverplichtingen en zonodig zouden aangeven of en op welke punten zij behoefte hadden aan nadere informatie. Daarom komt de omstandigheid dat ABP geen kennis droeg van de twee kleine leningen, voor rekening en risico van ABP c.s. en is die omstandigheid niet een gevolg van het niet nakomen van haar informatieplicht door HC.

3.5.2. Het onderdeel bestrijdt deze conclusies en de daaraan ten grondslag liggende overwegingen en betoogt dat zij blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting, althans een onbegrijpelijke uitleg geven aan het in de akte van inbreng gebezigde begrip ‘instaan voor’ de volledigheid van de verstrekte informatie en/of gegevens.

Het onderdeel faalt. Anders dan het onderdeel verdedigt, komt aan het begrip ‘instaan voor’ niet steeds eenzelfde, door ‘vaste juridisch spraakgebruik’ bepaalde betekenis toe in die zin dat degenen die instaat, daarmee in beginsel aansprakelijkheid aanvaardt voor (de schadelijke gevolgen van) het uitblijven van gebeurtenissen, handelingen of feiten, voor het intreden of uitblijven waarvan hij instaat. Ook voor de betekenis van een begrip als hier aan de orde komt het aan op de zin die partijen bij de overeenkomst in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan het begrip en de bepaling waarin het is gehanteerd, mochten toekennen, en op hetgeen zij ten dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

Het hof heeft geoordeeld dat de reikwijdte van de verplichting van HC als verkoper om ABP c.s. alle informatie te verschaffen, mede werd bepaald door hetgeen HC aan onderzoeksinspanningen mocht verwachten. Daarbij heeft het hof kennelijk met name betekenis

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

toegekend aan: (1) de omstandigheid dat een op initiatief van ABP c.s. tot stand gekomen deskundige werkgroep een onderzoek in het archief en de administratie van HC had ingesteld en naar aanleiding daarvan het zogenoemde Groene Boek had samengesteld, zodat HC mocht verwachten dat ABP c.s. na bestudering van dit Groene Boek zouden aangeven of en op welke punten zij behoefte aan nadere informatie hadden; (2) de omstandigheid dat HC niet wist dat ABP c.s. de kleine leningen over het hoofd had gezien, aangezien zij niet wist of en in hoeverre ABP c.s. een onderzoek hadden ingesteld naar het erfpachtsysteem en de toekomstige canonverplichtingen naar aanleiding van de beschouwingen daaromtrent in de - in het Groene Boek opgenomen - voordracht aan de gemeenteraad van Utrecht; (3) de omstandigheid dat HC evenmin wist (a) welk gewicht ABP c.s. hechtten aan een meer gedetailleerde kennis van de toekomstige canonverplichtingen, (b) op welke wijze ABP c.s. tot een waardebeoordeling van het complex waren gekomen, en (c) dat daarbij door ABP c.s. te lage toekomstige canonverplichtingen in aanmerking waren genomen (rov. 4.8.1). Deze overwegingen en de daarop steunende conclusies geven geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting of van een onbegrijpelijke uitleg van de akte van inbreng' (conform concl. a-g Hartkamp).¹⁴⁰

De hoge raad geeft als cassatierechter twee keer aan dat het hier een uitlegvraag betreft. De eerste keer heeft dat betrekking op de uitleg die het hof geeft aan de vraag of canonverplichtingen op de balans opgenomen dienden te worden, ongeacht of deze bij ABP bekend waren of niet. Dat is een beslissing van het hof die 'in hoofdzaak van feitelijke aard' is, een formule die vaker gebruikt wordt door de raad. Gezien de uitleg van gedingstukken die in feitelijke instantie overgelegd waren, in het licht van de omstandigheden, is deze benadering begrijpelijk. Dat betekent echter niet, zoals eerder besproken, dat een vraag van uitleg een *feitelijke* vraag is, en geen rechtsvraag, waaraan de cassatierechter niet kan toekomen: ze is *in hoofdzaak* feitelijk van aard (zie ook onder, nr 15).

De tweede keer komt de uitlegvraag aan de orde bij de vaststelling van de betekenis van de garanties in kwestie, en het begrip 'instaan voor', waaraan de a-g interessante beschouwingen gewijd heeft. Hier ziet men de zgn. 'Haviltex-formule' gehanteerd worden, het gaat om de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan het begrip en de bepaling waarin het is gehanteerd (d.i. dus ruimer dan de woorden 'instaan voor') mochten toekennen, en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijze van elkaar mochten verwachten. Met andere woorden, hier is normatieve uitleg in het geding, of uitleg te goeder trouw, redelijke uitleg, en dat is een *rechtsvraag*, ter 'volle' toetsing door de cassatierechter. Een rechtsvraag die als elke rechtsvraag sterk door de feiten gekleurd is.¹⁴¹

Ik sta hierbij stil, omdat juist bij de uitleg van garanties de cassatierechter zegenrijk werk kan doen; de arresten *Van Geest - Nederlof* (1990) en *Maassluis* (1992) - lang op moeten wachten, dat wel -, zijn mooie voorbeelden van

140. In ov. 3.7 volgt nog een beschouwing over het niet aan ABP ter inzage geven van de jaarrekening 1981 van HC, hetgeen in de beginfase van de onderhandelingen geweigerd was, maar in de eindfase, ultimo 1982, in het midden gelaten was door HC; volgens het hof zou desgevraagd door HC toestemming tot inzage gegeven zijn, hetgeen de HR als feitelijke uitleg van een brief voor rekening van het hof laat.

141 In deze zin ook meer recent HR 4 febr. 2000, *NJ 562*, nt *JBMV, Mol c.s. - Meijer Beheer*. Zie ook nog HR 11 juni 1999, *NJ 750*, *VHS - Pensioenfonds Akzo*.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

rechtsvorming, na een ijtijd van vele decennia.¹⁴² Dat zijn rechtsvragen bij uitstek, en geen feitelijke vragen.

De quintessens van de opvatting van de hoge raad over de betekenis van een garantie in het kader van een bedrijfsovername is dat men de tekst van zo'n garantie niet mag losmaken van de context, hier het onderhandelen over een uiterst gecompliceerde overname, waarbij de verkoper niet altijd hoeft te weten waar het de koper om te doen is, commercieel gesproken. Een onderhandelingsfase, waarbij over en weer verplichtingen uit hoofde van de goede trouw bestaan. Anders gezegd, bij het afwegen van spreekplicht tegenover onderzoekplicht zijn verschillende factoren in het spel, allereerst de deskundigheid van de koper, zijn due diligence-team dat toch om een boodschap gestuurd kan worden. De hoge raad is het kennelijk met het hof eens dat de verkoper in zo'n situatie niet, behalve het open stellen van archief en administratie, de diligente speurders bij de hand hoeft te nemen en steeds te informeren of zij misschien niet nog een bepaald stuk willen zien, dat toch ook interessant is. Zeker niet als onduidelijk is waarnaar precies gespeurd wordt (in welk verband) en het om tamelijk ondergeschikte zaken gaat (op een koopsom van f 425 mln. schulden van in totaal f 7,6 mln aan langlopende (canon)verplichtingen.¹⁴³

Zoals bij de vaststelling van alle contractsbedingen het geval is, gaat het om uitleg van de bepaling in kwestie, en het hof had het standpunt ingenomen dat onder de omstandigheden - overname-onderhandelingen met een deskundige tegenpartij - de onderzoeksinspanningen van die partij van belang waren, dat wil zeggen, hetgeen de verkoper redelijkerwijze daarvan mocht verwachten. Het gaat er hier niet om dat de ene partij iets wist dat zij niet heeft medegedeeld aan de andere partij, ondanks een gehoudenheid bij garantie om alle informatie die van belang was te geven. Dat zou alleen het geval zijn indien de garantie letterlijk genomen wordt, en geabstraheerd van de precontractuele fase waarin partijen verkeerden. Een grammaticale interpretatie die met *Haviltex* in 1981 gesneuveld is, en eigenlijk al in 1949 met het *rederij Koppe*-arrest, toen de 'redelijke uitleg' van een polisbeding dat qua tekst zo helder als glas was door de hoge raad aanvaard werd ('geen premie, geen uitkering'). Het ging toen al om een betekenis die 'alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is te achten'. 'Haviltex' is voor de laatbloeiers.

Overigens meende Franx, in de Hoog Catharijne-zaak advocaat voor ABP, in de Haviltex-zaak in de rol van a-g ook al dat grammaticale uitleg in orde was, en als feitelijke vraag slechts door de cassatierechter zonder toetsing geaccepteerd kon worden. Quod, nadrukkelijk, non (in het advocatenjargon). In de onderhavige zaak doet Franx voor de uitleg van de term 'instaan voor' een beroep op het woordenboek Van Dale, dat leert dat dit 'aansprakelijk stellen voor' betekent (zie pleitnota). Die aansprakelijkheid volgt volgens Franx 'zonder meer' uit het uitblijven van datgene waarvoor men instaat. Ook ten aanzien van

142. Zie elders voor die arresten, resp. Hfdst. 4, § 3, nrs 6 en 8; voor de garantie zie men: idem, nr 1 v. Dat laatste onderwerp staat centraal in de genoemde bijdrage van Hammerstein aan de bundel uit 1997 over Onderneming en 5 jaar nieuw BW.

143. In andere zin: Hammerstein, t.a.p., p.391, die de mededelingsplicht boven de onderzoeksplicht stelt (aldus ook Rb.); ook legt hij de garantie zo uit, dat deze verplicht om volledige inlichtingen te geven, met een beroep op Raaijmakers, *WPNR* 6219 (1996).

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

de andere garantie ('er zijn geen andere schulden dan uit de balans blijken') is hij van mening dat deze ingevolge art.3:35 BW los staat van de vraag of HC wist of moest begrijpen dat ABP niet op de hoogte was van de kleine canon-leningen. Het vertrouwensbeginsel, neergelegd in art.3:35 BW (geen beroep op het ontbreken van een met de verklaring overeenstemmende wil tegenover degeen die de verklaring redelijkerwijze in een bepaalde zin mocht opvatten) kan hier echter geen uitkomst brengen, zoals de hoge raad ook overweegt. In dit artikel, evenals in art. 3:33 BW (door verklaring geopenbaarde wil vereist), heeft Meijers vooroorlogse dogmatiek neergelegd, waarover men zich in Duitsland in de jaren vijftig al verbaasde, aangezien hij toch de vertrouwensleer aanhing. Dat Meijers dat altijd halfslachtig gedaan heeft, vindt men in mijn proefschrift uiteengezet. Na *Eelman - Hin* (1959) zou men zo'n artikel eigenlijk niet meer in een modern wetboek verwachten; het beroep erop in deze tijd werd terecht terzijde geschoven door de hoge raad.

Wat de figuur van garanties betreft nog dit. ABP had de pech dat het hier om een rechtsfiguur gaat met een hoogst onzekere betekenis, die dus bij uitstek aan uitleg onderworpen moet worden, in het licht van de aard van de overeenkomst en de omstandigheden. A-g Hartkamp noemt in zijn conclusie vijf verschillende typen garanties, met inbegrip van die van art.1352 oud BW. De inhoud kan variëren tussen het echte instaan, zelfs zonder beroep op overmacht, en het beperken van hetgeen men contractueel reeds verschuldigd is, als vorm van consumentenbedrog (het zgn. 'garantiebewijs').¹⁴⁴ Verder kan gewezen worden op het onderscheid: kwaliteits- en zekerheids garanties, met hun specifieke kenmerken. Het is dus wat kort door de bocht om, zoals ABP doet, ongezien de meeste gunstige betekenis als *de* betekenis van het begrip op te eisen, los van alle verdere uitlegfactoren. Nog wel met het woordenboek in de hand. Dan hebben wij het nog niet eens over de figuur van stilzwijgende garanties, die onder omstandigheden in een behoefte kan voorzien.¹⁴⁵

Nog enkele kanttekeningen bij *Hoog Catharijne*. Het is opvallend dat a-g Hartkamp in zijn conclusie de Avery-zaak wel even noemt, maar daar niet op ingaat; hij vond indertijd als a-g in die bedrijfsovername-zaak dat de deskundigheid van de koper (Avery) hem de das omdeed toen hij zich om de tuin liet leiden door een bedrieglijke, want hoogst ongebruikelijke formulering van de dekking van pensioenverplichtingen van het te kopen bedrijf ('hinkende rekenrente'). Hier was nader onderzoek achterwege gebleven, doordat de koper zich op het verkeerde been had laten zetten door de medeling van de verkoper. Ik was het indertijd met a-g en Hoge Raad volkomen oneens in mijn noot in AA, die boven ter sprake kwam. Het ging daarbij ook om een door de verkoper gegeven garantie, namelijk dat de pensioenverplichtingen van het bedrijf geheel 'afgefinancierd waren'. Ook in de Hoog Catharijne-zaak weegt die deskundigheid van de koper.

144. Zie Asser-Hartkamp I, nr 21; Asser-Hijma 5 I, nr 434 v.; verder de lit. genoemd in concl. a-g Hartkamp en bij Klik en Wijers, *Dwaling, conformiteit en garantie. Vervagende grenzen in het kooprecht*, TvC 1995, p.77, sub 6. Vgl. ook nog Hammerstein, t.a.p., en nog onder, Hfdst.4, § 3.

145. De relatie tussen garantie en uitleg is een vaste figuur in de rechtspraak. Een voorbeeld waar de redelijke uitleg van het garantiebeding minder gelukkig afliep is het arrest *Trouwborst - Tollenaar & Wegener* van 1994, dat hieronder nog ter sprake komt.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

In dit verband is ook de rechtspraak van belang met betrekking tot de informatieplicht van banken bij credietverlening. De Hoge Raad laat bij de afweging van de belangen van partijen meewegen of de client deskundig is, particulier is, en al enig inzicht verkregen heeft in het financieringsproject. Zie bijvoorbeeld *Bink - Van Lanschot*, waar Bink zich tevoren al voor vier ton een belang in het bedrijf in kwestie (Adler) genomen had, zodat er geen reden was om aan te nemen dat de bank hem verdergaand had moeten inlichten over de zwakke vermogenspositie van Adler (het bedrijf ging korte tijd later failliet).¹⁴⁶

Er is nog een aardig detail in de personele sfeer: Voûte trad in de Avery-zaak op als advocaat van de verkoper die zich op de deskundigheid van de koper beriep, een zaak die hij naar mijn mening ten onrechte won. Het is een rechtvaardige speling van het lot dat hij in de Hoog Catharijne-zaak voor de deskundige koper opgetreden is, zonder succes dit keer.

Tenslotte de vraag, door De Nijs Bik opgeworpen in *TVVS*, op welke wijze partijen zich in de toekomst kunnen wapenen tegen verrassingen bij de precontractuele informatieslag: de 'diligence' van de koper in spe meer of juist minder 'due' maken (het 'in spe' zijn betekent overigens al dat men in 'spes', vertrouwen verkeert, namelijk goed vertrouwen in het fatsoenlijk gedrag van de wederpartij).¹⁴⁷ Bik zoekt meer zekerheid op dit gebied, na *Hoog Catharijne*, en wil verplichtingen van partijen over en weer vastleggen, bijvoorbeeld al bij de Letter of Intent. De onderzoeksplicht van de koper zou beperkt kunnen worden tot de bestudering van hem specifiek naar aanleiding van zijn vragenlijst aan te reiken stukken. De verwijzingen naar andere documenten zal de koper niet nagaan. Ook zouden partijen kunnen vastleggen welke consequenties aan dat onderzoek verbonden worden met betrekking tot de verstrekte garanties. Verder zou een fatale datum overeengekomen kunnen worden, waarna geen spontane mededelingen van verkoper verwacht kunnen worden; de verplichtingen na lezing van een rapport kunnen neergelegd worden (wijzen op onvolkomenheden?; het melden van inbreuken op garanties?).

Het is hier niet de plaats om uitvoerig op deze materie in te gaan, slechts enkele, meer algemene kanttekeningen. Men dient bij dergelijke regelingen wel in het oog te houden dat het tevoren zich vrijtekenen, zoals altijd, een beperkte strekking heeft in het licht van de precontractuele verplichtingen van goede trouw die men jegens de andere partij heeft. Het is een oude methode, om de dwalingsaktie het hoofd te bieden door het hanteren van een clauseule dat men de zaak 'voetstoots', 'zoals die daar staat', aanbiedt, dat 'tekeningen slechts bij benadering geldend zijn', e.d.¹⁴⁸ For better and worse, dus. In een vaste rechtspraak wordt daarmee echter korte metten gemaakt; in *Van Geest - Nederlof* (1990) had de hoge raad weinig consideratie met de clauseule van de autoverkoper: 'zoals gezien, bereden en akkoord bevonden'. De *Maassluis*-arresten (1993) spannen op dit gebied de kroon: de exoneration-clauseule van de gemeente met betrekking tot verborgen gebreken werd ongeldig verklaard door de hoge

146. HR 19 mei 1995, *NJ* 1997, 648, nt CJHB. De bank had wel informatieplichten geschonden jegens de moeder van Bink, die zich borg gesteld had, oordeelde de HR, vgl. HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 759.

147. W.W. de Nijs Bik, (*Due*) *Diligence*, *TVVS* 1996, p.222, waar ook andere besprekingen van het arrest vermeld worden. De auteur trad als advocaat op voor HC. Zie ook: *Bedrijfsovername, Serie Praktijkhandleidingen*, Red. S.Y.Th. Meyer, Deventer, 1999, met bijdragen van diverse hier genoemde auteurs.

148. Voor een overzicht van (oude) standaardclausules die ik eens onderzocht heb op dit punt, en de rechtspraak daarover, zie mijn artikel in *NJB* 1967, pp. 974 v.; 993 v., *De Misrepresentation Act 1966 (lees: 1967): in Engeland is het goed dwalen*. Zie ook onder, Hfdst. 5, § 1, nr 5, in fine.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

raad: de (stilzwijgende) garantieverplichting betreft 'een zo wezenlijke eigenschap' dat de redelijkheid zich ertegen verzet dat deze door een algemeen beding inzake verborgen gebreken uitgeschakeld zou kunnen worden. Men herinnert zich dat beslist werd dat het uitgeven van grond met een bouwverplichting de stilzwijgende garantie inhoudt dat de grond geschikt is voor woningbouw (en dus niet ernstig vervuild).

De speelruimte die vrijtekeningsbedingen in het kader van due diligence-onderzoek bieden is dus beperkt. Het scheppen van duidelijkheid voor partijen die onderhandelingen ingaan is nooit weg, maar men moet er geen al te hoog gespannen verwachtingen van hebben. In dit verband is de relatie tussen garanties en conformiteit ex art.7:17 BW illustratief: meestal is zo'n garantie ten overvloede aangezien de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper toch al beantwoord moeten worden door de verkoper (hetgeen de engelse jurist zo treffend noemt: 'warranties of merchantable quality, of fitness for purpose and of care and skill'). Het enige nut van garanties in die sfeer is dat mogelijke onenigheid over wat dat precies inhoudt in het gegeven geval, tevoren in kaart gebracht wordt (in deze zin ook: Klik en Wijers, t.a.p.). Dan blijft het echter een vraag van kaartlezen, en dat is niet een ieder gegeven.

Zie voor de verzekeringsaspecten van dergelijke garanties, de 'Warranty and Indemnity Insurance', Van Huizen, *Contracteren* 2002, p.75, met verdere literatuur.

15. *Het rechtskarakter van de uitleg: feitelijke vraag en/of rechtsvraag?*

Dan is het nu zaak om een meer dogmatische vraag aan de orde te stellen, naar het *rechtskarakter* van de uitleg van rechtshandelingen. Het is een vraag waar academici in hun ivoren torens aardig opgewonden van kunnen raken, die echter ook voor de praktijk, met name de cassatiepraktijk, van groot belang is. Er bestaan nog steeds vrij veel misverstanden op dit terrein. Toen ik in 1971 in mijn proefschrift de term 'normatieve uitleg' lanceerde, was er geruime tijd het misverstand dat ik die leer bedacht had; dat gold echter alleen de term, niet de leer zelve, die sinds 1875 door de overgrote meerderheid van schrijvers (en rechters) aangehangen wordt, zoals wij boven zagen. In die visie is uitleg een rechtsvraag, die betrekking heeft op de vaststelling van de rechtsgevolgen van een rechtshandeling. Natuurlijk is die vraag sterk feitelijk gekleurd, zodat de cassatierechter de uitspraak van de feiten-rechter slechts tot een bepaalde marge kan toetsen, maar dat is volstrekt normaal. Wij zien dat bijvoorbeeld ook bij de vragen naar overmacht, wanprestatie, ontslag, dwaling, misbruik van omstandigheden, etcetera (bij andere handelingen met rechtsgevolgen, zoals de onrechtmatige daad, zaakwaarneming, en dergelijke - in mijn visie eveneens 'rechtshandelingen' - is dat niet anders). Niets aan de hand dus. Toch lezen wij nog steeds in de bundel *Contractenrecht* dat uitleg een feitelijke vraag is, die in cassatie niet getoetst kan worden¹⁴⁹; hetzelfde werd begin jaren tachtig door de a-g's Ten Kate en Franx betoogd (o.m. *Haviltex*), doch de hoge raad legde dat naast zich neer. Hartkamp ging in zijn Asser-bewerking van 1985 ook nog uit van uitleg als feitelijke, niet cassabele vraag, in het voetspoor van Rutten en zijn wilsleer (II, nr 284). In de druk van 1989 zijn enkele woorden toegevoegd aan die passage, in normatieve trant, zonder dat Hartkamp zich echter geheel tot de normatieve kant laat overhalen, gezien de handhaving van oude teksten. Er staat nu dat uitleg in hoofdzaak een feitelijke werkzaamheid is: bij de onaantastbaarheid in cassatie is de zinsnede toegevoegd: 'indien de rechter bij de uitleg de juiste maatstaven hanteert...'. Het vervolg van die passage is de oude

149. IV, nr. 101 (1991).

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

tekst, met verwijzing naar schrijvers eerdere verwerping van normatieve uitleg in bovenbedoelde zin (nr 281; gehandhaafd in 10e dr., 1997). De gehele tekst gaat hierdoor wringen: Hartkamp noemt overigens nog als overige aanhangers van normatieve uitleg uit deze tijd, Schoordijk, Brunner en Ruitinga.

Ik zou ook nog willen wijzen op een hardnekkig misverstand, dat ik al enkele keren aan de orde stelde, namelijk de opvatting, dat het verschil tussen normatieve uitleg (als integrale methode van uitleg, vaststellen van rechtsgevolgen met behulp van de goede trouw) en de feitelijke of 'historisch-psychologische uitleg zoals Rutten en Hartkamp die voorstaan (onderscheid tussen uitleg, als vaststelling van hetgeen waartoe de overeenkomst 'rechtstreeks' verplicht, en daarna eventueel nagaan waartoe de goede trouw verplicht, gezien haar derogerende werking) slechts een verschil van theoretische aard is, en dat beide methoden 'in de praktijk tot dezelfde uitkomsten zullen leiden'.¹⁵⁰ Ik heb die redenering nooit goed kunnen begrijpen; in ieder geval bewijzen de hier besproken arresten, met de Avery-zaak als hoogtepunt, tot welke verschillende uitkomsten men kan komen bij het volgen van de onderscheiden methoden. Het gevaar van de feitelijke (of historisch-psychologische) methode, vaak niet te onderscheiden van grammatikale uitleg, is dat de uitlegger te snel denkt dat hij al klaar is, namelijk wanneer hij aan woorden een (zinnige) betekenis weet te hechten die de gebruiker in gedachten had. Dan moet men maar afwachten of hij nog bereid is corrigerend op te treden met behulp van het beginsel van de goede trouw. De praktijk leert, van hoog tot laag, dat het daar vaak niet van komt, om welke reden dan ook. Als men direkt, vanaf de eerste uitlegstappen het beginsel van goede trouw hanteert, - of dat nu gesteld is als bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen, of het hanteren van de redelijke zin of strekking van een verklaring, en dergelijke, is in wezen een kwestie van vormgeving - loopt men dat gevaar niet, althans veel minder. 'De letter doodt, de geest maakt levend', placht Paul Scholten te zeggen, een van de normativo's van weleer. Het gaat bij uitleg om de inhoud van de rechtshandeling (of het bewuste onderdeel daarvan), niet uitsluitend om het tekstuele omhulsel: de vaststelling van die inhoud wordt door normen gedictieerd. Omdat wij het over juridische uitleg hebben, zijn dit rechtsnormen, en niet uitsluitend taalnormen.

Naar aanleiding van het hier gestelde heeft Hartkamp bezwaar gemaakt dat hij door mij bij de aanhangers van historisch-psychologische uitleg ingedeeld werd.¹⁵¹ Nu is het waar dat hij zoals beschreven enkele kleine stappen verder doet dan Rutten in eerdere bewerkingen, en nadrukkelijk de werking van de goede trouw vermeldt, waardoor hij zeker geen volbloed lid van het kamp van de feitelijke uitleg is. Toch kan hij niet aan de ballotage-eisen van de normatieve uitleg school voldoen, namelijk dat de uitleg niet hoofdzakelijk betrekking heeft op de (wils)verklaringen van partijen, maar op de rechtshandeling als geheel, haar rechtsgevolgen, waarbij een scheiding tussen uitleg en aanvulling van de overeenkomst uit den boze is. Op dat eerste punt scoort Hartkamp half, op het

150. Asser-Hartkamp II, nr. 281, in fine, in dezelfde zin Abas en Schoordijk. Zie over hun debat: Hesselink c.s., AA 1990, p. 568.

151. De bovenstaande passage verscheen eerder als onderdeel van mijn AA-noot onder de Avery-zaak, waarop Hartkamp reageerde; zie ook mijn naschrift.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

tweede in het geheel niet: hij wijst dat (evenals Rutten) nadrukkelijk af (nr 281). Haast standaard is vervolgens zijn opmerking (nr 282) dat die gescheiden werkzaamheden in de praktijk ‘meermalen ineenvloeien’. Toch wil hij aan het onderscheid vasthouden, aangezien het zo vaak voorkomt dat een aanvankelijk door partijen in het leven geroepen rechtsbetrekking in een later stadium door toepassing van regels van goede trouw (artt. 6:2, 248 of 258 BW) gewijzigd wordt. Ook hier valt een scheiding der geesten waar te nemen, aangezien in de normatieve school die toepassing (ook bijvoorbeeld van overmacht, een uitlegvraag) een onderdeel van de vaststelling van de rechtsgevolgen van de overeenkomst (uitleg) vormt. Hartkamp hoeft het daar uiteraard niet mee eens te zijn (evenals bij Rutten het geval was), maar dan loopt hij wel de indeling bij de normatieve uitleggers mis. Dat geldt tenslotte ook voor het rechtsvraag-karakter van de uitleg, waartoe Hartkamp zich niet volmondig wil uitspreken, enkele tekstuele aanpassingen ten spijt.

Hartkamp zet zich nadrukkelijk tegen mij af; ik heb daar geen bezwaar tegen, ik ben wel wat gewend, onderhand, maar het historisch gedeelte van dit hoofdstuk - dat uit 1971 (!) dateert - is er juist op gericht om aan te tonen dat hetgeen ik op dit punt voorsta door een overgrote meerderheid van schrijvers sinds het begin van de eeuw aanvaard is. Die schrijvers zijn door Rutten stelselmatig buiten de deur gehouden; Hartkamp doet hetzelfde in zijn bewerking, die op essentiële punten nog steeds uit de pen van Rutten gevloeid is. Dat is zijn goed recht, maar het doet een handboek geen goed om de grote vernieuwers van het verbintenissenrecht van deze eeuw, zoals J.F. Houwing, Scholten, Suijling en Eggens (en hun leerlingen, als Pitlo en Schoordijk) niet serieus te nemen. Ik weet het, het zou kunnen betekenen dat kritisch afstand genomen zou moeten worden van hetgeen het nieuwe wetboek met ons voor heeft, waaraan Hartkamp vele jaren meegewerkt heeft, maar dat is de prijs die voor wetenschappelijk werk betaald moet worden. Er is immers een klein probleem: de uitleg is weliswaar niet geregeld in het huidige BW, maar de zogenaamde derogerende werking van de goede trouw is in art. 6:248 lid 2 BW neergelegd. Aan die figuur bestaat bij aanvaarding van de normatieve methode van uitleg geen behoefte, hetgeen de afgelopen jaren met kracht naar voren gebracht is door Schoordijk.¹⁵² Daar wringt de (nieuwe) schoen. Intussen kan men bij hantering van normatieve uitleg de regel van art. 6:248 lid 2 laten voor wat zij is: de nette schoenen voor hoogtijdagen, zelden nodig, maar een rustig idee dat ze in de kast staan.

Achteraf kan men blij zijn dat Meijers zo'n aversie had van normatieve uitleg had - die toen nog als 'uitleg te goeder trouw' of 'naar redelijkheid' bekend stond - dat hij geen regeling in het nieuwe BW opgenomen heeft. Als daar iets gestaan had in historisch-psychologische trant, zouden veel schrijvers, Rutten/Hartkamp voorop, het zowel historisch als psychologisch nog moeilijker gehad hebben. En dan te bedenken dat in het Weense verdrag over de uitleg van verdragen uit 1969 een bepaling staat dat verdragen te goeder trouw uitgelegd moeten worden.¹⁵³

152. Zie o.m. zijn *Alg. gedeelte vermogensrecht NBW*, p. 21 v.

153. Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht, 1969, art. 31.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

Sinds de tweede druk (1993) van dit boek is op het uitlegfront de rust nog niet weergekeerd; er is een klein dozijn arresten gepubliceerd (veel uitleg-arresten blijven ongepubliceerd, zoals Hartkamp eens meedeelde¹⁵⁴), waarbij sprake is van een sterke mate van turbulentie. In de volgende paragraaf wordt daarop ingegaan en wordt getracht in de tegenstrijdige rechtspraak van de hoge raad lijnen aan te brengen. Intussen kan men constateren dat de aanvaarding van normatieve uitleg steeds vastere trekken gekregen heeft. Veel auteurs ziet men daarbij echter krampachtig van de ‘*Haviltex*-formule’ spreken, alsof eerst met het arrest van 1981 de uitleg in normatieve trant begonnen is. Het krampachtige zit er ook in dat men niet gewoon van ‘redelijke uitleg’, ‘uitleg te goeder trouw’ of ‘- naar redelijkheid en billijkheid’ spreekt, maar de lange *Haviltex*-formulering aanhaalt, in de trant van: ‘de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan een contractsbepaling mochten toekennen en op hetgeen zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten’. Daar is op zich niets tegen, en ik weet het: de hoge raad doet het zelf ook¹⁵⁵, maar het is een hele mond vol; met de korte, kernachtige formulering van ‘redelijke uitleg’ wordt hetzelfde gezegd. Voor normatieve uitleggers van het eerste uur - de overgrote meerderheid van de schrijvers voor en na de oorlog - is dit een open deur; in *rederij Koppe* van 1949 sprak zoals wij zagen de hoge raad al van ‘redelijke uitleg’, terwijl de lagere rechter vaak van ‘uitleg te goeder trouw’ hanteerde. Het deed mij deugd dat de hoge raad de laatste jaren gewoon van ‘uitleg naar redelijkheid en billijkheid’ sprak, *tout court*.¹⁵⁶ Het is ook verheugend dat Hartkamp in zijn Asser-bewerking regelmatig de korte formulering hanteert, vgl. Asser-Hartkamp II, nr 281 v.

De formulering die in dat werk gebruikt wordt, namelijk dat uitleg een *in hoofdzaak* feitelijke vraag betreft, kan tot misverstanden aanleiding geven. Men kan niet zeggen dat de hoge raad een grote bijdrage geleverd heeft om de verwarring op dat punt weg te nemen; zijn jurisprudentie biedt een heel warrig beeld: er is weinig samenhang of structuur te ontdekken, en verscheidene uitspraken lijken met elkaar in strijd. De kern van de problematiek is gelegen in ons Napoléontische cassatiestelsel, namelijk dat de hoge raad zich in beginsel niet over feiten uitspreekt, terwijl uitleg toch vooral met de feiten te maken heeft. Slechts schending van het recht of vormfouten zijn in cassatie in het geding; voor ons onderwerp betekent dit dat de lagere rechter de *rechtsregel* inzake uitleg geschonden kan hebben, (en) of tekortgeschoten is in de *motivering* van zijn uitlegoordeel, waardoor dit een gedachtengang wordt die niet begrijpelijk is. Die motiveringsplicht van de feitelijke rechter hangt nauw samen met de wijze waarop het geding gevoerd is, met name van hetgeen door partijen over en weer aangevoerd hebben, van hetgeen ten processe vaststaat en van het belang van de aangevoerde stellingen voor de uitkomst van de procedure.¹⁵⁷

154. Zie zijn concl. als a-g voor het *Avery*-arrest, *NJ* 1991, 254; vgl. ook *AA* 1992, 354 v., en boven nr 14.

155. Zie bijv. het *Hoog Catharijne*-arrest (1995).

156. Vgl. o.m. HR 23 juni 1995 *NJ* 1996, 566, nt HJS, *Prêt-à-Porter*; HR 28 maart 1997, *NJ* 581, nt WMK, *huwelijks voorwaarden*. Zie ook HR 3 okt. 1997, *NJ* 1998, 383.

157. Vgl. Veegens-Korthals Altes-Groen, *Cassatie*, 1989, nr 122. Zie voor dat onderwerp ook nog onder, nr 20.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

De laatste jaren gebruikt de hoge raad een vaste formule bij de omschrijving van de toetsing in cassatie van een arrest van een hof (als feiten-rechter) met betrekking tot een klacht over uitleg; drie factoren zijn daarbij van belang:

1. de *juiste rechtsopvatting* (de toepassing van redelijke uitleg, c.q. de *Haviltex*-formule);
2. het *sterk feitelijk karakter* van de uitleg door het hof (beperkte rol van de hoge raad als cassatierechter);
3. de *motivering* van de door het hof gegeven uitleg (begrijpelijkheid van de door het hof gevolgde gedachtengang).¹⁵⁸

De grens tussen rechtsvragen en feitelijke vragen is niet uitsluitend een kwestie van rechtstheoretische aard: er is ook sprake van een sterk beleidselement.¹⁵⁹ De vraag is namelijk of de hoge raad als hoogste rechter, belast met de zorg voor de rechtseenheid en de rechtsvorming, bepaalde vragen aan de lagere rechter wil overlaten, of zelf een stempel wil drukken op de ontwikkeling van die materie. Een goed voorbeeld van dat laatste is de overmachtsvraag, die de hoge raad aan het begin van de eeuw tot rechtsvraag bestempeld heeft, al werd dat in de literatuur van die tijd veelal als een feitelijke vraag gezien. Tegenwoordig zijn vrijwel alle vragen die sterk feitelijk gekleurd zijn rechtsvragen, zoals bijvoorbeeld: wanprestatie, maatschappelijke onzorgvuldigheid, kennelijk redelijk ontslag, opzegging in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

Dat is één kant van de zaak. Een ander aspect is dat de hoge raad al geruime tijd overbelast is en met een steeds wassende vloed van rechtszaken te kampen heeft; de gedachte om de bevoegdheid om in cassatie te gaan aan banden te leggen, zoals het systeem in Engeland en Duitsland is, wordt in ons land op gezette tijden aan de orde gesteld, maar heeft nog niet tot wetwijziging geleid.¹⁶⁰ Dit moet men in het achterhoofd houden als men ziet dat de cassatierechter het feitelijke karakter van een bepaalde vraag benadrukt: dat kan ook te maken hebben met een (op zich legitieme) poging om het aanbrengen van dergelijke cassatievragen in te dammen. Uitleg is een goed voorbeeld daarvan: er wordt al een groot aantal zaken op dat gebied aangebracht (ruim een dozijn op jaarbasis). Indien echter zo'n beleidsbeslissing ten koste gaat van een billijke uitkomst voor een betrokken partij, is het de vraag of een dergelijke uitspraak van de hoge raad de toets van kritiek kan doorstaan. Hieronder zullen wij voorbeelden daarvan tegenkomen.

158. Zie bijv. het *Hoog Catharijne*-arrest (1995).

159. Wat de rechtstheoretisch kant betreft, in de heersende opvatting over rechtsvinding is de visie van Paul Scholten (en zijn leerlingen: G.J. Wiarda, Pitlo, Schoordijk, etc.) gemeengoed geworden dat geen scherpe scheiding tussen normen en feiten gemaakt kan worden. Eenvoudig gezegd: normen en feiten bepalen elkaar wederkerig. Enerzijds is het zo dat de toepasselijke norm wordt gekozen met de feiten van het geval in het achterhoofd; anderzijds wordt de inhoud van de norm bepaald, voortdurend gevormd, door de toepassing op de feiten in kwestie. Zie voor deze materie mijn *Dialektiek van rechtsvinding en rechtsvorming*, Serie Rechtsvinding 1a, 1984, p. 3 v.; vgl. ook: Deel 2, Hfdst. 9, § 2, nr 2.

160. Zie bijv. P.J. van Koppen, *NJB* 1990, pp. 14 v.; 530 v.; J.C.M. Leyten, *NJB* 1994, p. 1473 v. Ik heb de voordelen van een stelsel van 'leave to appeal' altijd van groter gewicht gevonden dan de bezwaren ertegen.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

Intussen kan de hoge raad er ook zelf het nodige aan doen om de gang naar de hoogste rechter minder noodzakelijk te maken, namelijk door duidelijkheid te verschaffen op het terrein van de uitleg en de daarbij geldende regels. Dat is momenteel allerminst het geval, zoals wij zullen zien, en dat kan alleen maar nieuwe procedures uitlokken. Dat geldt met name ook voor uitspraken die op gespannen voet met EEG-recht inzake onredelijk bezwarende contractsbedingen lijken te staan.

Maar laten wij de oogst van arresten op uitleggebied van de afgelopen vier jaar eens bezien. Een centrale plaats wordt daarbij ingenomen door de *contra proferentem*-regel, die door de EEG-richtlijn inzake oneerlijke bedingen in een nieuw licht is komen te staan. Bij de bespreking daarvan moet teruggegaan worden naar een arrest uit 1989, *Liskay*, dat een stempel gedrukt heeft op de recente rechtspraak.

16. De *contra proferentem*-regel in de jurisprudentie van de hoge raad en volgens EEG-richtlijn 1993/13. Het *Liskay*-arrest (1989)

Hierboven kwam de *contra proferentem*-regel al ter sprake, zoals deze door de hoge raad in het arrest *Ram - Matser* van 1977 aanvaard werd en eerder in de uitlegeregels van het oude BW te vinden was, in art. 1385 (zie nr 10). De laatste jaren is dit onderwerp in een stroomversnelling gekomen; in de nadere uitwerking die de hoge raad in de afgelopen jaren aan de regel gegeven heeft in een aantal uitspraken is er weinig meer van over gebleven, terwijl in dezelfde tijd die regel door de Europese wetgever opgelegd werd in de richtlijn inzake oneerlijke bedingen van 1993. Een botsing kon dus niet uitblijven, al lijken enkele schrijvers het conflict te willen toedekken met geruststellende verklaringen dat er niets aan de hand is en ons recht in de pas loopt met het Europese. Dat is echter allerminst het geval, met als gevolg dat de consument (en zwakke partijen in het algemeen) het kind van de rekening dreigt te worden.

Een complicerende factor bij de discussie over dit onderwerp is dat voor sommige schrijvers de *contra proferentem*-regel niet in art. 1385 oud-BW neergelegd is, waarbij zij van een grammatikale uitleg uitgaan. Er staat immers: een partij die iets *bedongen* heeft als de partij in wiens nadeel het contract uitgelegd moet worden, en dat zou dus de schuldeiser zijn. Een regel van uitleg ten nadele van de schuldeiser en ten voordele van de schuldenaar wordt vervolgens door deze auteurs afgewezen.¹⁶¹ Inderdaad staat er de term 'bedongen heeft' in art. 1385, maar de wetgever heeft bij dit uitleg-maxime dat teruggaat, via Pothier en Domat tot het Romeinse recht, voor ogen gehad dat de schuldeiser die bedongen heeft, dat beding ook zelf opgesteld, geformuleerd heeft. Dat blijkt allereerst uit het tweeling-artikel, art. 1509 oud BW, dat luidt: 'De verkoper is gehouden om duidelijk uit te drukken waartoe hij zich verbindt; alle duistere en dubbelzinnige bedingen worden te zijnen nadele uitgelegd'. Men ziet dat laatste (ten nadele uitleggen) verbonden met het eerste (zich

161. Aldus o.m. Asser-Hartkamp II, nr 287, sub *e*; R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen*, diss. Gron., Deventer 1994, p.138 v.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

uitdrukken).¹⁶² De oorsprong voor deze regel is het adagium uit het oud-franse recht: ‘qui vend le pot dit le mot’, dat weer teruggaat op het romeinse recht, Digesten 18.1.21. De romeinsrechtelijke oorsprong van art.1385 is eveneens gebaseerd op een crediteur die de overeenkomst formuleerde, door middel van een stipulatie, vgl. Digesten 45.1.38.18 (in de franse tegenhanger van art.1385, art.1162 CC, staat voor ‘bedongen’: ‘stipulé’).¹⁶³ De meeste schrijvers verliezen zich in beschouwingen dat de schuldeiser niet altijd het contract geformuleerd heeft, wat te doen indien het door derden opgesteld is?, e.d. , en komen dan tot de conclusie dat de *contra proferentem*-regel (verder: *conprof*-regel) niet in art.1385 te lezen is. Intussen geeft men in één adem te kennen dat die regel wel in de rechtspraak, van oudsher, aanvaard is. Over een academische discussie gesproken!

Dat laatste kan mij intussen ook verweten worden, nu dit artikel geen geldend recht meer is; dat valt niet te ontkennen, maar de aanleiding voor deze exercitie is het beroep dat door partijen op dat artikel in procedures voor 1992 gedaan werd, hetgeen de rechtspraak van de hoge raad beïnvloed heeft. Alvorens op die rechtspraak in te gaan, geef ik enkele formuleringen van de *conprof*-regel weer, in naburige codificaties en in de EEG-richtlijn van 1993, evenals de invoering daarvan in Engeland.¹⁶⁴ Wij zullen zien dat die formulering dicht tegen de oude regel van art.1509 oud-BW aanligt.

In het italiaanse BW van 1942 staat de volgende bepaling:

art.1370. ‘De bedingen opgenomen in algemene contractsvoorwaarden of in modellen of formulieren, welke door een der partijen zijn opgesteld, worden in geval van twijfel ten gunste van de wederpartij uitgelegd’.

Het duitse AGB-Gesetz (wet inzake Allgemeine Geschäftsbedingungen) van 1976 kent de volgende regel:

Par.5 . ‘Unklarheitenregel. Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu lasten des Verwenders’.

Aan deze bepaling gaat het zogenaamde *Transparenzgebot*, of begrijpelijkheidsgebod, vooraf: algemene voorwaarden moeten begrijpelijk zijn; dit wordt afgeleid uit de informatieplicht die in par. 2, lid 1 sub 2 te vinden is, te vergelijken met ons art.6:233 sub *b*: men moet de andere partij een redelijke mogelijkheid bieden om van de voorwaarden kennis te nemen. Als deze onbegrijpelijk zijn, is dat niet mogelijk.¹⁶⁵

162. Vgl. in deze zin ook: HR 31 jan. 1975, *NJ* 327, *Arie Leendert - Hawker Siddeley Brush*.

163. Vgl. voor die herkomst: Hofmann-Van Opstall, 7e dr. 1949, p.356 (vervallen in de 9e dr.: Hofmann-Abas, 1977, p.173 v.). Als in de tekst: J. Dupichot en Lopez Santa Maria, te kennen uit: J. Ghestin, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 2e dr., Parijs, 1994, p.37, waar ook citaten van Domat (p.36); J. Carbonnier, *Droit civil. 4. Les obligations*, 14e dr., Parijs 1990, nrs 142; 147. De franse rechtspraak is ook in die zin gevestigd, vgl. Mazeaud-Chabas II, *Obligations*, 8e dr., Parijs 1991, nr 350, in fine.

164. Zie voor dit onderwerp nog uitvoerig Hfdst. 4, § 1, nr 13 v.

165. Vgl. Jongeneel, diss, p.136. Zie in dit verband ook art.4.6 Unidroit Principles (1994): ‘If contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred’.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

Tenslotte art. 5 richtlijn oneerlijke bedingen (1993):

‘In het geval van overeenkomsten waarvan alle of bepaalde aan de consument voorgestelde bedingen schriftelijk zijn opgesteld, moeten deze bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. In geval van twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie. Deze uitleggingsregel is niet van toepassing in het kader van de in art.7, lid 2, bedoelde procedures’.

De laatste verwijzing heeft betrekking op collectieve akties.¹⁶⁶

In het engelse recht werd deze regel als volgt in het nationale recht overgenomen:

‘Regulation 6. A seller or supplier shall ensure that any written term of a contract is expressed in plain intelligible language’. Where ‘there is doubt about the meaning of a term, the interpretation most favourable to the consumer shall prevail’.¹⁶⁷

Deze rechtsvergelijkende en europeesrechtelijke escapade lijkt een omzwerfing te zijn die van ons doel afvoert, maar het tegendeel is waar. Indien dat doel tenminste is de verwondering over hetgeen onze hoge raad met ons voor heeft in zijn recente rechtspraak. De regel van par. 5 AGB-Gesetz heeft in ons land positief onthaal gevonden, met name dat ze ook geldt voor een professionele partij, aldus bijvoorbeeld Hartkamp (t.a.p.). Ook in andere landen is de *conprof*-regel een regel van algemene aard, die niet uitsluitend op consumentenbescherming gericht is; het is een algemene uitlegregel die op de billijkheid gebaseerd is. De regel heeft een aparte functie, ook indien er mogelijkheden zijn om contractvoorwaarden te toetsen op grond van billijkheid; het is een misverstand te menen dat indien die laatste mogelijkheden versterkt worden, er geen behoefte meer zou bestaan aan de *conprof*-regel. Het eigen bestaansrecht van die regel in het duitse recht wordt door Jongeneel aangetoond, met instemmend commentaar.¹⁶⁸ Tjittes heeft betoogd dat in het engelse recht weinig behoefte meer zou bestaan aan de *conprof*-regel, nu een inhoudelijke billijkheidstoets van contractvoorwaarden mogelijk geworden is met de invoering van de Unfair Contract Terms Act 1977; dat berust echter op een

166. Deze bepaling geldt niet alleen voor algemene voorwaarden in de zin van ons art.6:231 sub a BW, ze geldt voor elk beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld. De richtlijn heeft, globaal gesproken, betrekking op koop en diensten; zie voor de opzet van de richtlijn verder: M.H. Wissink, *Europese uitleg van onduidelijke algemene voorwaarden*, in: *Europees contractenrecht. BW-Krant Jaarboek 1995*, Arnhem 1995, p.155; J. Hijma, *Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten*, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, 1997, p.415. Zie nog onder, t.a.p.

167. De richtlijn werd ingevoerd in de vorm van ‘secondary legislation under section 2(2) of the European Communities Act 1972, naast de al bestaande Unfair Contract Terms Act 1977 (m.b.t. exoneratieclausules). Vgl. Cheshire, Fifoot and Furmston, *Law of Contract*, 14 dr., 2001, p.216 v.

168. T.a.p., p.160. Aldus ook voor het nederlandse recht, met voorbeelden uit de lagere rechtspraak: B. Wessels en R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, 3e dr., Deventer 1997, nr 80. In andere zin over het nut van de *conprof*-regel, Wissink, t.a.p., p. 165.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

misverstand.¹⁶⁹ Slechts de uitwassen met betrekking tot het ‘onduidelijk’ verklaren van contractsbedingen om zwakke partijen te beschermen - dat ging vaak heel ver, aangezien het doel de middelen heiligde - wil de engelse rechter aan banden leggen, nu er alternatieven zijn.

Daarmee komen wij op een cruciaal punt: de onduidelijkheid, dubbelzinnigheid, of het twijfel veroorzakend karakter van contractsbedingen, hetgeen een voorwaarde zou zijn voor toepassing van de *conprof*-regel. In de rechtspraak van de hoge raad is dat een kernpunt, zoals wij nog zullen zien. In het duitse recht wordt daarbij uitgegaan van de zogenaamde objektieve uitleg; de tekst van het beding is van belang evenals de wijze waarop het beding naar verwachting begrepen zal worden in de kringen die er normalerwijze mee te maken hebben.¹⁷⁰ Het uitgangspunt is het normale begrip van een redelijke, doorsneewederpartij, onder afweging van de belangen die doorgaans in het geding zijn bij de betrokken kringen. Als gevolg is de ontstaansgeschiedenis van de algemene voorwaarden in het algemeen niet van belang; verder is alleen de juridische kennis die algemeen aanwezig is bij de betrokken kring van de wederpartij van betekenis voor de uitleg.¹⁷¹ Het doet dus denken aan de criteria die bij ons in de arresten *misverstand* en *Haviltex* neergelegd zijn (zie boven, nr 10 v.). Kortom, het gaat om normatieve uitleg van de tekst van het opgelegde contractsbeding, uitleg naar redelijkheid en billijkheid, dus niet om de grammatikale, of juridisch-technische uitleg van de tekst en de gehanteerde begrippen. Men dient dat goed in het oog te houden, indien de vraag naar onduidelijkheid of dubbelzinnigheid gesteld wordt; voor een professionele opsteller van een beding, bijvoorbeeld een verzekeraar, kan die tekst helder zijn, evenals voor zijn vakgenoten, maar dat hoeft voor de leek die tegenover hem staat als contractspartij allerm minst het geval te zijn. Wij zullen zien dat het op dit punt vaak fout gaat in onze rechtspraak, wanneer de feitelijke rechter van een duidelijk beding uitgaat, na een lezing die tegen de grammatikale uitleg aanligt. Een complicerende factor is hier, dat de ondeskundige wederpartij vaak door een deskundige bijgestaan werd, bijvoorbeeld een assurantietussenpersoon. De deskundigheid van de laatste wordt veelal de eerste toegerekend, met fatale afloop voor het uitleggeschil, naar zich laat raden. Die zienswijze kan naar mijn mening in verband met de richtlijn de toets der kritiek niet doorstaan (zie nog onder, nr 19). Maar laten wij eerst eens zien om welke uitspraken het hier gaat.

Het Liskay-arrest (1989)

De lijn die de hoge raad recentelijk uitgezet heeft op het terrein van de *conprof*-regel begint met het arrest van 1989, *Liskay - Harman*, waarvan aanvankelijk onduidelijk was welke betekenis daaraan gegeven moest worden.¹⁷² Al direkt kwam er stevige kritiek op, met name van Clausing, in zijn afscheidsrede als

169. Zie Tjittes, t.a.p., p. 158, en anderzijds Cheshire, Fifoot and Furmston, 14th ed., 2001, p. 181.

170. Vgl. Jongeneel, t.a.p., p. 156, met verdere lit.

171. In 1996 werd dit door de duitse wetgever aangepast in verband met de EEG-richtlijn 93/13, en worden ook de individuele omstandigheden van de consument in kwestie van belang geacht. Zie nog onder, Hfdst. 4, t.a.p.

172. HR 28 april 1989, *NJ* 1990, 583, nt MMM, gewezen door Bloembergen, Roelvink en Davids (a-g Mok).

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

hoogleraar verzekeringsrecht te Amsterdam.¹⁷³ Dat heeft echter weinig indruk gemaakt: in latere arresten bevestigde de raad zijn visie en deed er nog een schepje bovenop, waarbij de *conprof*-regel uitgehold werd en tot een algemeen gezichtspunt gereduceerd werd, dat ook werking lijkt te hebben buiten het verzekeringsrecht. Voor een goed begrip van het standpunt van de hoogste rechter, en van de kritiek die daarop mogelijk is, is het zaak om het *Liskay*-arrest, waarmee alles begonnen is, breed aan de orde te stellen.

De casus was deze. Gabor Liskay, een tot Nederlander genaturaliseerde Hongaar, is eigenaar-direkteur van restaurants in Maastricht, en treedt daarin ook als pianist op. In 1973 sluit hij via twee makelaars een verzekering bij Lloyd's, waarbij hij als beroep opgeeft zowel 'pianist' als 'direkteur van Liskay's Restaurants NV'. De verzekering betreft het risico van het verlies van een vinger, dat aanvankelijk voor f 100.000,- gedekt wordt, en tenslotte in 1976 voor f 1 mln. Het gaat minder goed met Liskay: in 1974 wordt het restaurant gesloten en verhuurd als café. Het wordt dat jaar door brand verwoest, de brandverzekeraar keert de schade uit; in de kelder exploiteert hij zelf tot begin 1975 een bistro. Begin 1976 vertrekt hij met zijn gezin naar Canada (Victoria, BC), waar hij als pianist werkt. De Rb. stelt vast dat Liskay geen bericht van zijn emigratie aan Lloyd's had gegeven, doch dat wordt in appel bestreden, met het argument dat Lloyd's' makelaar dat uit de correspondentie had kunnen opmaken.

Begin juli 1976 heeft Liskay een ongeluk met een jachtgeweer: tijdens een verhuizing haalt hij het onder een bed vandaan, het geweer gaat af en de hagel treft hem in zijn linker hand. Hij stelt zich twee dagen later in New York onder medische behandeling en bericht dat aan zijn makelaar, die hem een schadeformulier stuurt. Via Amsterdam reist hij naar Budapest waar hij eind juli een verdere medische behandeling ondergaat die tot gevolg heeft dat zijn ringvinger vrijwel geheel geamputeerd wordt. Medio augustus 1976 vult Liskay het schade-aangifteformulier in en deelt daarbij mee dat hij begin 1976 naar Canada geëmigreerd was. Lloyd's weigert echter tot uitkering over te gaan, met een beroep op de verzekeringspolis, die op straffe van verlies van aanspraak op uitkering bepaalt dat de verzekerde 'elke wijziging van beroep of bezigheden' aan de verzekeraar dient te melden. Daaraan was door Liskay niet voldaan, met verval van recht op uitkering.

Het komt tot een procedure, waarbij het Liskay wederom niet meezit. Het Hof Den Haag wijst zijn vordering tegen Lloyd's af; dat gebeurt echter op zo'n slordige, aanvechtbare wijze dat Liskay vervolgens in cassatie in het gelijk gesteld wordt (arrest HR 17 febr. 1984; in zijn oordeel had het hof verzuimd om melding te maken van Liskay's bestrijding van het standpunt van Lloyd's en had dat laatste zonder motivering als juist aanvaard). Het Hof Amsterdam moet het overdoen, en dat loopt evenmin goed af voor Liskay. Zoals wij zullen zien kan ook dit hof zich zeer goed in het standpunt van de verzekeraar vinden, en heeft daarbij weinig oog voor dat van de verzekerde. De hoge raad mag het resultaat andermaal toetsen, hetgeen geleid heeft tot het onderhavige arrest, van 1989, dat eveneens ongelukkig voor Liskay uitvalt, maar wat wil je na 13 jaar procederen...

Het luistert nogal nauw; om de uitspraken van hof en hoge raad naar waarde te kunnen schatten moet uitvoerig op de betreffende polisbepalingen ingegaan worden. Dat is niet anders in uitleg-zaken, het gaat nu eenmaal om de nuances van taal en omstandigheden.

Het Hof Amsterdam had vastgesteld, hetgeen in cassatie (1e procedure) vergeefs bestreden was, dat begin 1975 een 'wijziging van beroep of bezigheden' in de zin van de polisbepalingen (art.6) opgetreden was, waarvan Liskay had moeten begrijpen dat deze onder de mededelingsplicht van het artikel viel, die door hem geschonden was aangezien hij Lloyd's niet daarvan in kennis gesteld had. Dat is het uitgangspunt van de onderhavige (2e) procedure; daarin gaat het om de vraag welke sanktie op die schending stond: de strenge sanktie van het algemene artikel, art.15, of de minder strenge van het bijzondere artikel, art.6. Deze artikelen luiden als volgt:

173. P. Clausing, *Verzekeren en vertrouwen*, Deventer 1989, p. 14 v.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

Art. 6. Wijzigingen van beroep of bezigheden: contractant(e) resp. verzekerde is verplicht van elke wijziging van beroep of bezigheden van verzekerde aan de verzekeraars kennis te geven, zodat deze in staat zijn premie en verzekeringsvoorwaarden in overeenstemming te brengen met eventuele risicowijziging of de verzekering op te zeggen, indien het gewijzigde risico door hen niet verzekeraar wordt geacht. De contractant(e) is van zijn kant bevoegd de verzekering op te zeggen, indien hij niet akkoord gaat met de door de verzekering voorgestelde wijziging van premie of verzekeringsvoorwaarden. Ter zake van ongevallen voortgekomen uit redelijkerwijs door de verzekeraars onverzekerbaar te achten risicowijziging bestaat geen recht op uitkering, terwijl ter zake van ongevallen die voortspruiten uit verhoging van het risico de uitkeringsaanspraken naar dezelfde verhouding verminderd worden, als de voorheen betaalde premie staat tot de voortaan verschuldigde premie.

Art. 15. Slotbepalingen: Niet naleving door contractant(e), verzekerde of belanghebbende van enige ingevolge deze verzekeringsvoorwaarden op hen rustende verplichting heeft verlies van aanspraken tengevolg.

Het Hof Den Haag overweegt met betrekking tot de uitlegvraag:

5. 'Naar het oordeel van het hof kunnen deze bepalingen, in onderling verband en samenhang beschouwd, moeilijk anders worden verstaan dan in de door Lloyd's verdedigde zin, derhalve aldus dat de sanctie van art. 15 eerste lid ook geldt indien sprake is van niet-naleving van de mededelingsplicht van art. 6. De bepaling van art. 15 eerste lid luidt immers geheel algemeen en die van art. 6 stelt, in haar eerste volzin, duidelijk voorop dat de contractant resp. verzekerde verplicht is om elke (relevante) wijziging van beroep of bezigheden aan de verzekeraar mede te delen, hetgeen blijkens de tweede volzin is bedoeld om in verband met een eventuele risicowijziging pp. gelegenheid te geven de premie en verzekeringsvoorwaarden tijdig aan te passen of zelfs de verzekering geheel te beëindigen, welk een en ander de conclusie rechtvaardigt dat ook de derde volzin in het licht van die vooropstelling moet worden gelezen. Dit betekent, meer concreet, dat slechts bij ongevallen die zijn ontstaan nadat de contractant resp. verzekerde aan zijn mededelingsplicht heeft voldaan, maar voordat de beslissing over de (gewijzigde) voortzetting van de verzekeringsovereenkomst is genomen, aan de hand van die derde volzin moet worden uitgemaakt, of en in hoeverre een recht op uitkering bestaat, en dat in alle andere gevallen de sanctie van art. 15 eerste lid geldt en derhalve elke aanspraak op uitkering zonder meer verdwijnt.

6. Een dergelijke zuiver taalkundige uitleg is echter niet voldoende. Mede gezien het feit dat de polisvoorwaarden eenzijdig door Lloyd's werden vastgesteld, behoort voor het antwoord op de vraag, welke betekenis genoemde bepalingen in dit verband hebben, acht te worden geslagen op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan die bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij is mede van belang dat Lloyd's zich op eigen professioneel terrein bevonden en dat Liskay wat dit betreft buitenstaander was.'

7. Naar het oordeel van het hof ligt voor een argeloze lezer de hierboven vermelde taalkundige uitleg in zoverre wellicht niet voor de hand, dat het onredelijk bezwarend lijkt om op elke schending van de mededelingsplicht van art. 6, ook al is die nog zo gering, de sanctie van algeheel verlies van aanspraken te stellen. Aangezien de derde volzin van art. 6 niet uitdrukkelijk is beperkt tot ongevallen die zijn ontstaan nadat de contractant resp. verzekerde aan zijn mededelingsplicht heeft voldaan, moet derhalve niet geheel uitgesloten worden geacht, dat een buitenstaander als Liskay de veel mildere bepaling van die derde volzin tot sanctie bestempelt.

8. Hiervoor is echter wel een zekere mate van "wishful thinking" nodig, nu immers art. 15 eerste lid de sanctie van algeheel verlies van aanspraken, geheel algemeen, op niet-naleving van elke verplichting legt.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

9. Daar komt nog bij dat de mededelingsplicht van art. 6 slechts betrekking kan hebben op wijzigingen van beroep of bezigheden, waarvan niet op voorhand valt uit te sluiten dat de verzekeraar deze als oorzaken van risico-wijziging zal aanmerken, zodat onbelangrijke wijzigingen in beroep of bezigheden niet onder bedoelde plicht vallen en alleen de min of meer belangrijke wijzigingen aan de verzekeraar moeten worden doorgegeven. Zo gezien, is een bezwarende sanctie als die van art. 15 eerste lid ook voor een argeloze buitenstaander niet geheel onbegrijpelijk. Liszkay had daarop dus minstens bedacht kunnen zijn.

10. Wat nu de positie van Lloyd's betreft, is zonder meer duidelijk dat verzekeraars op een polis als waarvan hier sprake is, bij een stipte nakoming van de onderhavige mededelingsplicht, en derhalve bij een strenge sanctie als die van art. 15 eerste lid het grootste belang hebben opdat zij telkens in vrijheid kunnen nagaan, wat hun op de voet van art. 6 te doen staat (opzeggen of continueren van de dekking al dan niet op gewijzigde condities). Worden zij pas na verwezenlijking van het ongevalsrisico met een risico-wijziging geconfronteerd, dan hebben zij geen vrije keuze meer en is een procedure al spoedig onafwendbaar, nu immers de verzekerde zich in zo'n geval niet meer elders kan decken. Een minder strenge sanctie schept ook het risico dat de verzekerde uit speculatiezucht een relevante wijziging van beroep of bezigheden niet of te laat mededeelt en aldus de verzekeraar een stuk premie onthoudt.

11. In het licht van het bovenstaande is mede van belang dat Liszkay bij het afsluiten van de verzekering en bij het tot stand brengen van de verhogingen telkens werd bijgestaan door een deskundig te achten intermediair, die hijzelf had ingeschakeld, en dat Lloyd's dit ook wist en derhalve mocht aannemen dat Liszkay de taalkundige betekenis van de onderhavige bepalingen en het belang dat Lloyd's daarbij had, zou begrijpen.

12. Als ondernemer met niet te verwaarlozen belangen had Liszkay, geholpen door zijn intermediair, moeten beseffen dat niet te verwachten viel dat Lloyd's zijn visie zou delen en, in strijd met de algemeen luidende bepaling van art. 15 eerste lid de veel mildere bepaling van de derde volzin van art. 6 als sanctie zou aanvaarden.

13. Al met al is het hof dus van oordeel dat de onderhavige bepalingen moeten worden uitgelegd zoals hierboven in punt 5 werd vermeld.

14. Dit betekent dat Liszkay in elk geval na 1 febr. 1975 geen enkele aanspraak meer aan de verzekeringsovereenkomst kon ontfemen. Mitsdien zal het hof de beroepen vonnissen vernietigen, voorzover de vordering van Liszkay daarbij nog niet integraal werd afgewezen, met bekrachtiging van het overige.'

Men ziet dat het hof in ov.6 aangeeft uit te gaan van redelijke uitleg van de polisbepalingen, aan de hand van de Haviltex-formule die aangehaald wordt. Dat blijkt echter meer een mantra te zijn waarmee vernietiging in cassatie bezworen wordt: de uitlegfactoren die in dat arrest (en het eerdere misverstandsarrest) neergelegd werden komen in het vervolg van de uitspraak niet aan bod. Er is evenmin sprake van de eerder besproken wijze van benadering in de duitse rechtspraak, waarbij uitgegaan wordt van het begrip van de doorsnee-verzekerde zonder specifieke juridische kennis, met inachtneming van diens belang bij de verzekering. Er is geen sprake van een echte belangenafweging door het hof; de rol van de makelaar, naar wij mogen aannemen in 1973, bij de contractssluiting, wordt de verzekerde in 1975 toegerekend. In de periode dat zijn bedrijfje ten onder ging had hij zijn polis moeten lezen en daarnaar moeten handelen (hij was nog steeds pianist, maar geen directeur meer). Alsof een verzekerde, niet-verzekeringsspecialist, in zo'n situatie waarin brood op de plank moet komen voor zijn gezin, geen andere zaken aan zijn hoofd heeft dan aan de verzekering van zijn (piano)vingers te denken. Ook indien Liszkay aan zijn verzekering gedacht zou hebben is het de vraag of hij begrepen moest hebben dat hij het niet meer (effectief) directeur zijn had moeten melden (dit punt is echter in de 2e procedure niet meer aan de orde), belangrijker is of hij beseft zou hebben welke sanktie daarop gesteld was in de polis. Ik moest zelf de uitleg die het hof aan de betreffende polisbepalingen geeft enkele keren lezen om die te begrijpen; de verzekerde niet-jurist had dat dus ook moeten begrijpen. Het valt op dat het belang van de verzekeraar bij zijn

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

uitleg van de polisbepalingen door het hof breed uitgemeten wordt (ov. 10); dat van de verzekerde ontbreekt echter in de beschouwingen.

Wat doet de hoge raad met deze uitspraak van het hof? De cassatierechter volgt het standpunt van het hof, op even aanvechtbare wijze:

‘Voor zover het middel er van uitgaat dat het hof de omstrede bepalingen onduidelijk heeft geoordeeld, miskent het de gedachtengang van het hof. Het hof heeft blijkens zijn r.o. 5 en 6 de bepalingen op zichzelf duidelijk geacht doch heeft termen aanwezig geoordeeld om na te gaan of in de gegeven omstandigheden desondanks een andere betekenis aan de bepalingen toekomt dan uit de tekst ervan volgt.

3.3. Het middel berust voorts op de stelling dat de regel bestaat dat onduidelijkheden in een door een professionele verzekeraar geredigeerd beding in algemene verzekeringsvoorwaarden steeds - behoudens door het middel niet nader aangegeven uitzonderingen - ten gunste van de niet professionele verzekerde moet worden uitgelegd.

Die stelling kan in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard, nog daargelaten dat Liskay naar ‘s hofs vaststelling (r.o. 12) als ondernemer handelde. Weliswaar ligt het in het algemeen voor de hand dat, wanneer een dergelijk beding voor meer dan één uitleg vatbaar schijnt, wordt gekozen voor de uitleg die het minst bezwarend is voor de niet professionele verzekerde, maar dat hangt van alle omstandigheden van het geval af of die keuze gerechtvaardigd is.

Tot die relevante omstandigheden behoren o.m. de aard van de verzekering en het verzekerde risico, en de eventuele begeleiding van de verzekerde door een deskundige tussenpersoon bij het tot stand komen van de verzekering.

3.4 Ook overigens kan het middel niet tot cassatie leiden.

In de bestreden overwegingen heeft het hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof heeft met die overwegingen, in samenhang met de voorafgaande overwegingen in zijn arrest, voldoende gemotiveerd waarom het is gekomen tot een ontkennende beantwoording van de vraag of aan de onderhavige bepalingen een andere - voor Liskay gunstiger - betekenis toekomt dan die welke in r.o. 5 is omschreven. ‘s Hofs overwegingen dienaangaande zijn ook niet onbegrijpelijk.’

Wij zien dat de hoge raad het arrest van het hof zo uitlegt dat het hof de polisbepalingen in kwestie ‘op zichzelf duidelijk’ geacht heeft en ‘desondanks’ aanleiding zag om na te gaan of onder de gegeven omstandigheden ‘een andere betekenis aan de bepalingen toekomt dan uit de tekst ervan volgt’(ov. 3.2). Eerder sprak de raad van een ‘zuiver taalkundige uitleg’ die door het hof niet voldoende geacht wordt in het licht van de Haviltex-formule (ov.3.1). Hier zit meteen al het gevaar in de visie van hof en hoge raad: dat de taalkundige betekenis van een tekst de geldende is, tot op tegenbewijs aan de hand van de omstandigheden en het redelijk vertrouwen. Zoals wij zagen is dat in de duitse rechtspraktijk uit den boze: steeds moet voor de vraag of een contractstekst duidelijk is een evenwichtige belangenafweging plaatsvinden tussen partijen, en nagegaan worden wat een normale lezing van een tekst door de betrokken kring van adherenten is.

Dan komt de overweging over de conprof-regel die niet als regel (‘in zijn algemeenheid’) wordt aanvaard (ov. 3.3); ze ligt wel in het algemeen voor de hand’, stelt de cassatierechter, maar toepassing hangt van de omstandigheden van het geval af: de aard van verzekering en verzekerd risico en de ‘eventuele begeleiding’ van verzekerde door een deskundige. Clausing heeft op beide punten kritiek; bij het eerste kan hij zich niets voorstellen¹⁷⁴, met het tweede is hij het fundamenteel oneens. Met een beroep op het misverstand-arrest, waarin de rol van de deskundige voor het eerst voorkomt, wijst hij erop dat het erom gaat of een partij mocht

174. T.a.p., nt 38; in dezelfde zin Jongeneel, t.a.p., p.153. Enige tijd later ziet Clausing wel een rol voor de aard van de verzekering, in een voor verzekerde positieve zin, in navolging van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf, 9 april 1990, TvC 1990, p.403, nt Clausing (uitleg van de term: ‘elke ziekte afzonderlijk’ bij een ziekengeldverzekering).

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

verwachten dat de deskundige van de andere partij de betekenis van een contractsclausule kende en die partij daaromtrent zou voorlichten. Het concrete adviseurschap is dus in het geding (in dezelfde zin annotator Scholten). Gezien de bestaande praktijk op dat punt bij het afsluiten van verzekeringen stelt Clausing dat 'de omstandigheid dat een tussenpersoon bij de bemiddeling was betrokken in beginsel geen rol mag spelen bij de uitleg van polisvoorwaarden'.¹⁷⁵ Hij heeft van vele auteurs bijval gekregen, hoewel sommigen het arrest anders lezen (met nadruk op de zinsnede de 'eventuele begeleiding' door een tussenpersoon).¹⁷⁶ In latere arresten heeft de hoge raad voet bij stuk gehouden wat de rol van de deskundige (tussenpersoon) bij de uitleg betreft; hieronder komt dat nog ter sprake. Clausing bepleit handhaving van de conprof-regel uit Ram - Matsers 'een regel van uitleg die - dat spreekt van zelf - wel uitzonderingen mogelijk maakt, maar de niet-deskundige verzekerde een goed handvat geeft. Het is dan aan de verzekeraar om duidelijk te maken waarom er goede redenen zijn in een concreet geval, in afwijking van die regel, zijn uitleg te volgen'.¹⁷⁷

Tenslotte kan ook op de opmerking van de hoge raad dat Liskay 'als ondernemer' handelde, daarmee suggererend dat voor hem als professionele partij de conprof-regel niet gold, kritiek geuit worden. Het ondernemer zijn hoeft toch niet in te houden dat de verzekerde verstand van juridische teksten als een verzekeringspolis heeft.¹⁷⁸ Mede om die reden zijn veel schrijvers er voorstander van om het duitse stelsel te volgen waarbij de conprof-regel ter bescherming op 'professionele' contractspartijen toegepast wordt, die als adherent van algemene voorwaarden optreden (Asser-Hartkamp, Wessels en Jongeneel).¹⁷⁹

De hoge raad heeft in een aantal uitspraken die volgden de *conprof*-regel als rechtsregel nog verder afgezwakt en de term 'algemeen gezichtspunt' gehanteerd. In 1993 overwoog de raad:

Aan het oordeel van het hof doet 'niet af het door het onderdeel aangevoerde gezichtspunt dat bij twijfel over de uitleg van een verzekeringsvoorwaarde, die voorwaarde in het nadeel van de verzekeraar dient te worden uitgelegd, aangezien het hierbij slechts gaat om een algemeen gezichtspunt dat bij beoordeling door de feitenrechter van de uit te leggen overeenkomst naar gelang van de omstandigheden mag meewegen'.¹⁸⁰

175. Afscheidsrede, p.15.

176. Zie Jongeneel, diss. p.154; Tjittes, diss. p.149, die wijzen op steun voor Clausing (met nuances) van Mendel, Wessels, Wansink, Salomons. Zie ook, instemmend: Van Huizen, Wezeman en Zevenbergen, *Grondslagen van het verzekeringsrecht*, Lelystad 1996, p.20 v.

Minder duidelijk is R.M. Vriesendorp-van Seumeren, *De positie van de assurantietussenpersoon en zijn relatie tot de verzekeringnemer en de verzekeraar*, diss. UvA 1989, Zwolle 1989, pp.187, 190, 209 (kritiek op lagere rechtspraak die doorgaans ongenueanceerd op dezelfde lijn is als de HR).

177. Afscheidsrede, p.15. Aldus ook Jongeneel, t.a.p., p.154. Vgl. echter ook Tjittes, diss. p.150 v., die met een soortgelijk beroep op *misverstand*-arrest toch de hoofdregel van de HR als uitgangspunt neemt.

178. Aldus ook Clausing in zijn genoemde noot *TvC* 1990. In die uitspraak paste de Raad van Toezicht de *conprof*-regel ruimer toe dan de hoge raad gedaan had.

179. Na afloop van deze procedure heeft Liskay verhaal gezocht op zijn tussenpersoon, eveneens zonder succes, zie: HR 26 juni 1998 (ongepubliceerd), *Liskay III*, besproken door Kamphuisen, *Vrb* 1998, p. 117. Vgl. ook Clausing, *NTBR* 1998, 370.

180. HR 24 sept. 1993, *NJ* 760, *Brackel - Atlantische Unie*. Het ging hier om de term 'onvrijwillig ontslag', in samenhang met een schade-omschrijving in de vorm van een aanvulling op WW-uitkering, bij een woongarantieverzekering. De verzekerde meende dat haar ontslag dat zij had moeten nemen als gevolg van overplaatsing van haar man naar Limburg onder de polisvoorwaarden viel; de verzekeraar was van mening dat slechts door de werkgever aangezegd ontslag onder de polis viel, als 'onvrijwillig' ontslag. De vrouw werd in

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

In later jaren werd dit standpunt telkens herhaald. Wij zullen nu nagaan op welke wijze de hoge raad in die recente arresten met de *conprof*-regel is omgegaan.

17. De rechtspraak inzake contra proferentem na 1993. Mededelingsplicht gebruiker van algemene voorwaarden jegens adherent

In de recente rechtspraak gaat het weer om uitspraken met betrekking tot verzekeringsovereenkomsten. De eerste is een Rotterdamse zaak, van mevr. Trouwborst die de Brooklyn Bar op Katendrecht drijft.¹⁸¹ Zij had de bar en inventaris verzekerd tegen brand, dacht zij, maar dat blijkt anders uit te vallen. De feiten zijn als volgt.

Trouwborst had twee verzekeringen lopen bij Tollenaar & Wegener (alle namen zijn overigens niet fictief, ook al zou de lezer wellicht anders denken): A. een gecombineerde inventaris/goederen verzekering, per 1 mei 1983, en B. een opstalverzekering vanaf 10 nov. 1985. Per premievervaldag van 1 mei 1985 worden op verzekering A een enkele nieuwe clausules van toepassing, zgn. garantie-clausules; op verzekering B waren deze clausules van meet af aan van toepassing (10 nov. 1985). Het gaat om de volgende clausules:

‘1. Garanties

Indien in geval van schade blijkt, dat niet aan de hierna genoemde garanties is voldaan, verliest verzekerde alle recht op schadevergoeding, tenzij verzekerde bewijst, dat de schade hierdoor niet veroorzaakt of vergroot werd.

(...)

6. Elektrische installatie (Garantie)

De elektrische installatie moet voldoen aan de norm NEN 1010 (Veiligheidsvoorschriften voor laagspanningsinstallaties) en aan de aansluitvoorwaarden van het stroomleverende bedrijf.

Tenminste éénmaal per 3 jaar moet een elektrotechnisch bureau controleren of de installatie hier nog aan voldoet.’

Op 20 september 1986 brandt de Brooklyn Bar door onbekende oorzaak af; Trouwborst vordert van assuradeuren uitkering van schade aan bedrijfsinventaris, bedrijfsschade en opstalschade. Deze wijzen dat af, wanneer blijkt dat de elektrische installatie van de bar voor het laatst door de GEB van Rotterdam gekeurd is in 1961; Trouwborst is de onder 6 genoemde garantie-clausule niet nagekomen. Volgens haar moet de clausule aldus begrepen worden dat de bedoelde controle moet plaatsvinden binnen drie jaar nadat de garantie van toepassing is geworden. Trouwborst krijgt daarmee de Rechtbank Amsterdam aan haar zijde; zo niet het Hof Amsterdam dat van oordeel is dat Trouwborst aan de clausule redelijkerwijs geen andere zin mocht toekennen dan dat zij

het ongelijk gesteld (in feitelijke instantie was niet sterk geprocedeerd, waardoor het oordeel van het hof in cassatie niet aangetast kon worden).

181. HR 9 sept. 1994, NJ 1995, 285, nt MMM, *Trouwborst - Tollenaar & Wegener*. Dit arrest en enkele erop volgende uitspraken kwamen ook aan de orde in mijn jubileum-rede van 30 mei 1997 t.g.v. het 25-jarig hoogleraarschap: *Ius vigilantibus scriptum. Het recht is voor de waakzamen geschreven*, 1997.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

zich vanaf het tijdstip dat de clause gold naar die garantie diende te gedragen. Vanaf dat moment mocht de keuring van de installatie dus niet ouder zijn dan drie jaar. Het hof gaat daarbij af op het 'strikte woordgebruik van de betreffende clause' en de wijze waarop deze tussentijds werd ingevoerd. Wat het eerste betreft, hecht het hof belang aan de 'imperatief gestelde tekst van de garantie', de woorden 'moet voldoen', alsook het gebruik van het woord 'garantie', dat 'immers betekent dat men ergens voor instaat'. Verder acht het hof van belang dat Trouwborst werd bijgestaan door een assurantietussenpersoon die geacht moet worden haar de betekenis van de clause te hebben kunnen uitleggen (geldt dit ook bij tussentijdse wijziging van overeenkomst A, vraagt men zich af).

Het hof acht niet van belang dat de polissen een zogenaamde bekendheidsclause bevatten en evenmin dat het bedrijfspand in november 1985 door de verzekeraar was geïnspecteerd (ten behoeve van overeenkomst B). Dat is ook het geval met de stelling van Trouwborst dat de installatie wel degelijk aan de NEN 1010-norm voldeed, met een beroep op brieven en verklaringen van GEB Rotterdam en enkele technische bedrijven; in de lezing van het hof bevestigt dat slechts dat er voor de brand geen keuring van de volledige installatie had plaatsgevonden.

In cassatie gaat Trouwborst voor twee ankers liggen: zij beroept zich op de *conprof*-regel, en op de regel van goede trouw dat de verzekeraar haar de betekenis van de clause duidelijk had behoren te maken, teneinde een misverstand uit te sluiten (*mededelingsplicht*). De hoge raad wijst beide stellingen af; het hof had de clause in redelijkheid niet voor meer dan één uitleg vatbaar geoordeeld, en dan staat geen beroep op de *contra proferentem*-regel open. Daarmee gaat de hoge raad een stap verder dan in het *Liszkey*-arrest: het hof had de *Haviltex*-formule niet gehanteerd en had enkel gesteld dat Trouwborst 'redelijkerwijs' geen andere betekenis aan de clause mocht hechten dan die welke de verzekeraar voorstond. Nu is zeker niet zo dat een hof de 'sacrale formule' van *Haviltex* moet uitspreken - zoals a-g Hartkamp dat eens noemde - maar het hof moet er wel naar handelen, bij de belangenafweging.¹⁸² Daarvan was (wederom) niet veel te merken. Had Trouwborst bijvoorbeeld niet mogen verwachten dat de verzekeraar bij de inspectie van haar pand haar gewezen had op de keuring die *onmiddellijk* vereist was (en voor de inboedelverzekering A al uitgevoerd had moeten zijn), wilde er van dekking sprake zijn (aldus ook het cassatiemiddel)?

Naar het oordeel van de raad gaat daarmee ook de tweede stelling onderuit: het doen van mededelingen kan onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid vereist zijn, overweegt het college, maar daarvan is geen sprake indien aan de clause redelijkerwijs slechts één betekenis gehecht kan worden. Ik houd mijn commentaar nog even aan, met uitzondering voor de verbazing hoe de hoge raad zo stellig kan zeggen dat de clause redelijkerwijs slechts één betekenis kan hebben, indien de rechtbank, toch een redelijke instelling, een betekenis aan de clause gegeven heeft die haaks op die van het hof

182. De conclusie van a-g Hartkamp was in het eerder genoemde arrest *Brackel - UNAT* (1993), waar het oordeel van het hof met de 'kennelijk'-constructie overeind gehouden wordt en geoordeeld wordt dat geen nadere motivering vereist was (aldus a-g en HR).

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

stond. Per definitie voor tweeërlei uitleg vatbaar, zou men zeggen. Maar laten wij eerst naar een volgende uitspraak kijken.

Het is weer een brandschade.¹⁸³ Kroymans is eigenaar van een bedrijfshal geworden die enkele maanden tevoren door brand verwoest is, en die verzekerd is bij (een rechtsvoorganger van) Sun Alliance. De schade wordt op 30 dec. 1987 door experts vastgesteld op f 1,1 mln, en Kroymans' advocaat vordert op 14 januari 1988 betaling van de verzekeringspenningen van assuradeuren. Deze geven geen gevolg aan de sommatie; op 30 maart 1988 spant Kroymans' advocaat een kort geding aan om betaling te verkrijgen, dat hij verliest. Een tweede kort geding volgt op 7 september van dat jaar, eveneens zonder succes. Op 13 september 1988, de dag voor het tweede kort geding dient, schrijft de advocaat van de verzekeraar een brief aan de advocaat van de tegenpartij waarin hij meedeelt dat, afgezien van de vraag of Kroymans recht op uitkering heeft, zijn client weigert de schade te vergoeden, aangezien het vermoeden van brandstichting bestaat. Het eerste vonnis in kort geding wordt op 13 juli 1989 in hoger beroep bekrachtigd, en er gebeurt verder niets tot Kroymans op 30 januari 1991 een bodemprocedure begint.

In die procedure beroept Sun Alliance zich op een clause in de verzekeringsovereenkomst die als volgt luidt:

'Alle recht op schadevergoeding is vervallen indien niet binnen 6 maanden, nadat betaling der schadevergoeding door de maatschappij is geweigerd, een rechtsvordering is ingesteld. Het recht tot het instellen van een vordering in rechte vervalt 5 jaren nadat het schadeveroorzakende evenement heeft plaats gehad'.

Sun Alliance stelt zich op het standpunt dat zij in haar brief van 13 september 1988 de weigering om schadevergoeding te betalen kenbaar is gemaakt, waarop de vervaltermijn van 6 maanden is begonnen te lopen; die termijn is ruim verstreken op het moment dat Kroymans de dagvaarding in de bodemprocedure ingesteld heeft, namelijk 30 januari 1991.

De verzekeraar heeft daarmee succes voor rechtbank en hof te Amsterdam. Het hof acht de brief van 13 september 1988 'duidelijk genoeg'; dat de verzekeraar een dag later in het kort geding meedeelde dat het onderzoek naar de brandstichting nog niet afgerond was, stond volgens het hof geenszins eraan in de weg dat de zij definitief had gekozen voor weigering van uitkering.

Het hof laat in het midden of het instellen van een kort geding kan gelden als in 'instellen van een rechtsvordering' in de zin van de polisvoorwaarden, want ook al zou dat het geval zijn, dan zou van Kroymans gevergd moeten worden dat hij binnen 6 maanden na onherroepelijke afwijzing van de vorderingen in kort geding een bodemprocedure had laten volgen. Dat 'vloeit naar de aard van de onderhavige verzekeringsovereenkomst voort uit de eisen van redelijkheid en billijkheid'. Het hof acht geen reden aanwezig om te eisen dat de verzekeraar bij de weigering had herinnerd aan de bepaling over de termijn van 6 maanden.

Weer zo'n 'duidelijk' beding, dit keer een duidelijk beroep op een (dracoonisch) beding, in een onduidelijke context, om het zacht te zeggen. Wat zou de

183. HR 12 jan. 1996, *NJ* 683, nt MMM, *Kroymans - Sun Alliance*. Zie over dit arrest ook Haazen en Spier, *A & V*, 1996, p.43.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

hoge raad doen? Waarnemend a-g Bloembergen concludeerde tot verwerping van het cassatieberoep, waarbij vooral de deskundige bijstand die Kroymans van zijn advocaat had, van belang geacht wordt, met een beroep op de literatuur (o.m. Wansink). Daaraan doet niet af dat de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf in een vaste rechtspraak bepaald heeft dat een beroep op een beding met vervaltermijn als de onderhavige niet aanvaardbaar is aangezien de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf daardoor geschaad wordt. Dat is volgens de Raad ook het geval indien de verzekerde door een advocaat bijgestaan werd. Bloembergen is daarentegen van mening dat de raadslieden elkaar niet uitdrukkelijk op termijnen hoeven te wijzen.

De hoge raad gaat na wat de redelijkheid en billijkheid inhoudt, waarop Kroymans zich beroept; diens stelling was dat het in strijd met de goede trouw is dat Sun Alliance zich op de clause zou kunnen beroepen, zonder dat zij hem erop gewezen heeft dat de vervaltermijn een aanvang genomen had met de weigering. De cassatierechter gaat in dat verband na wat de in ons land levende rechtsovertuigingen zijn (vgl. art.3:12 BW), en stuit dan op het standpunt van de Raad van Toezicht dat door de a-g ter sprake gebracht was. De hoge raad neemt dat standpunt over ter bepaling van wat maatstaven van redelijkheid en billijkheid inhouden, en acht niet van belang dat Kroymans door een advocaat bijgestaan werd toen de termijn een aanvang nam.

Elke vergelijking gaat mank, zoals bekend, maar een jurist kan er niet buiten, bij de bestudering van de jurisprudentie. Indien wij beide zaken naast elkaar leggen, dan zien wij dat de hoge raad in de laatste uitspraak, anders dan in de Trouwborst-zaak, de deskundige bijstand niet in het nadeel van betrokkene laat verkeren. Dat is opvallend, aangezien een raadsman een veel sterkere inbreng heeft ten behoeve van zijn client dan een assurantiebezorger: hij treedt in rechte voor de client op en kan deze binnen en buiten rechte binden (uitzonderingen als desaveu daargelaten). Wat gaf hier de doorslag? De duidelijkheid van het beding en het beroep daarop? In de tweede zaak achtte het hof sprake van 'duidelijkheid', met een beroep op de redelijkheid, de omstandigheden en de aard van de overkomst. Daarmee is de rol van de cassatierechter inzake uitleg toch uitgespeeld, zou men zeggen? Waarom hier wèl een medelingsplicht van de verzekeraar aangenomen, en niet in het eerste geval? In de visie van de verzekeraar van Trouwborst was van verzekeringsdekking geen sprake bij het van kracht worden van de nieuwe clause indien niet *op dat moment* sprake was van een keuring die niet ouder was dan 3 jaar. Met de rechtbank valt niet in te zien waarom de redelijkheid niet gebiedt dat de verzekeraar, als hij dat niet al met zoveel woorden in de clause vastlegt, zijn bedoeling door middel van een mededeling kenbaar maakt aan verzekerde (bij contractssluiting of inspectie). Dat de term 'garantie' (of 'instaan voor') duidelijkheid verschaft, zoals het hof meende, is in dit verband weinig voor de hand liggend: in de *Hoog Catharijne*-zaak van 1995 heeft zoals wij zagen a-g Hartkamp uiteengezet dat het begrip garantie ten minste vijf betekenissen heeft (zie boven, nr 13, in fine). Geen vaste betekenis dus, en redelijke uitleg moet uitmaken welke betekenis in casu aan de orde is, zoals ook de hoge raad in dat arrest bepaalde, met gebruikmaking van de *Haviltex*-formule. Het is dus *begging the question* om bij uitleg een beroep te doen op de duidelijkheid die het begrip 'garantie' zou bieden. Wij weten toch al sinds *Rederij Koppe* (1949) dat de 'duidelijkheid' van een beding op zich toch

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

geen op zich staand, doorslaggevend argument kan zijn bij de uitleg? Ook toen ging het immers om een term, die op zich zonneklaar is: ‘geen premie, geen uitkering’. Toch is ook dan ‘redelijke uitleg’ op zijn plaats, oordeelde de hoge raad, met inachtneming van de in de branche gangbare betekenis en de omstandigheden van het geval, niet als mosterd na de maaltijd, maar direkt al bij de vaststelling of de tekst duidelijk is. Daaraan ontbreekt het de laatste jaren, zoals wij zagen, op pijnlijke wijze bij de Hoven Amsterdam en Den Haag, evenals bij de toetsende cassatierechter.

Nog een laatste kanttekening bij de Sun Alliance-zaak; het was opmerkelijk dat de hoge raad onverkort aansluiting zocht bij het standpunt van de Raad van Toezicht.¹⁸⁴ Dat is ook wel eens anders, die Raad is namelijk veel liberaler dan de hoge raad bij het toepassen van de *conprof*-regel ter bescherming van de verzekerde (via de band van het hoog houden van de goede naam van het verzekeringswezen), men zie de al genoemde uitspraken, met instemmende noot van Clausing.

18. *Mededelingsplicht adherent met betrekking tot voor wederpartij relevante informatie (art. 251 K)*

In de vorige serie uitspraken was het de vraag of de gebruiker van algemene voorwaarden (verzekeraar) een actieve rol had moeten spelen bij de contractssluiting door onduidelijke polisbedingen nader toe te lichten, met als consequentie dat wanneer hij dat niet gedaan heeft dit tegen hem werkt bij de uitleg ervan. Een spiegelbeeld daarvan wordt gevormd door een reeks arresten waarbij het de andere partij, de adherent, is die mededelingen tegenover haar wederpartij (verzekeraar) had moeten doen. Deze problematiek staat bekend als het verzwijgen van voor de verzekeraar relevante informatie door de verzekerde bij het aangaan van de overeenkomst (art. 251 K). Ook op dit gebied speelt de *conprof*-regel op de achtergrond mee; wederom is weinig consistentie in de rechtspraak van de hoge raad te ontdekken.

In de eerste zaak gaat het om een metselaar, Westdorp, (geboren in 1936) die op 16 december 1988 bij de (rechtsvoorganger van) de Nationale Nederlanden een arbeidsongeschiktheidsverzekering sluit.¹⁸⁵ Na een medische keuring vult hij een vragenformulier in waarin de volgende vraag opgenomen was:

‘Lijdt of leed u aan of had u klachten terzake van:

(.....)

j. rugklachten, spit, hernia, ischias, tennisarm, kromme rug

(.....)?’

Deze vraag wordt door Westdorp ontkennend beantwoord. Nog geen jaar later is hij wegens ernstige rugklachten geheel arbeidsongeschikt, hij lijdt aan de ziekte van Bechterew. Westdorp vordert nakoming van de verzekeringsplichtingen door Nationale Nederlanden; deze weigert dat met een beroep op art.251 K,

184. Haazen en Spier, t.a.p., p. 45 v., hebben daarmee grote moeite, voornamelijk op formele gronden, hetgeen niet erg kan overtuigen. Eenzelfde uitspraak is HR 14 mei 2004, *RvdW* 74, *Witte – Alte Leipziger Versicherungs A.G.*, waar het een vervalltermijn van 1 jaar betrof.

185. HR 1 dec. 1995, *NJ* 1996, 707, nt MMM, *Nationale Nederlanden - Westdorp*.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

Westdorp heeft een verkeerde of onwaarachtige opgave gedaan. Hij heeft namelijk in de tien jaar die voorafgingen aan het sluiten van de overeenkomst rugklachten gehad, ten gevolge waarvan hij per jaar 1 à 2 dagen van zijn werk verzuimde en waarvoor hij nooit een arts geraadpleegd heeft.

Rechtbank en Hof Den Haag zijn verdeeld: de rechtbank wijst de vordering van Westdorp af, het hof wijst deze toe. Aan de cassatierechter het eindoordeel; deze gaat uit van twee regels die in het kader van art.251 K van belang zijn:

Regel 1. De verzekernemer moet voor het sluiten van de overeenkomst alle feiten mededelen waarvan naar hij weet of behoort te begrijpen de beslissing van de verzekeraar of hij de verzekering zal willen sluiten en zo ja op welke voorwaarden, afhangt of kan afhangen;¹⁸⁶

Regel 2. De verzekeringnemer mag een hem door de verzekeraar voorgelegde vraag opvatten in de zin die de verzekeringnemer daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mag toekennen.

Het zal duidelijk zijn dat in Regel 2 de *conprof*-regel om de hoek ligt: onduidelijkheid inzake de polisvragen gelden in het nadeel van de opsteller ervan, de verzekeraar.

Toepassing op het onderhavige geval brengt de raad tot het oordeel, wat Regel 1 betreft, dat het hof terecht overwogen heeft dat de rugklachten van Westdorp van een zo vage en onbeduidende aard waren dat hij niet behoefde te begrijpen dat vermelding van die klachten essentieel was voor de beoordeling van de verzekeraar of hij de verzekering onder de voorwaarden in kwestie zou aangaan, dat dit laatste zou afhangen van kennis van de rugklachten. Toetsing aan de hand van Regel 2 levert op dat het hof terecht geoordeeld heeft dat de beantwoording met 'neen' van Westdorp moet worden gezien in de context van het totale aanvraagformulier. Er wordt namelijk niet gevraagd of hij wel eens rugpijn had, vervolgt de hoge raad, maar of hij leed aan rugklachten, spit, hernia, ischias, tennisarm, kromme rug.¹⁸⁷

De vraag uit het formulier van de verzekeraar wordt dus ten gunste van de verzekeringnemer uitgelegd, met andere woorden: Regel 2 prevaleert boven Regel 1, in alle redelijkheid. De verzekeraar had anders maar meer precieze vragen moeten stellen; iedereen heeft wel eens rugpijn, hoor je de rechter denken, zeker een metselaar wel. De *conprof*-regel is hier toegepast door hof en hoge raad.

Uitleg is niet zo moeilijk als het er uitziet, maar wat te denken van het tweede geval, waarin E. en de Nationale Nederlanden tegenover elkaar staan.¹⁸⁸ Het betrof hier de beantwoording van de vraag naar het strafrechtelijk verleden, een

186. Vgl. in deze zin: art.7.17.1.4 ontwerp-NBW (1986). Zie voor dat ontwerp: A.J.M. Nuytinck, *Verzekering naar komend recht*, preadv. Ver. Handelsrecht, Zwolle 1995, p.1, op p.10 v.

187. In een onderzoeksverslag van een arts, waarnaar het hof verwezen had, wordt verklaard dat Westdorps vage rugklachten van aanzienlijk minder kaliber en zonder uitstraling waren (vergeleken met de latere pijnen, kennelijk) en dat deze al enkele jaren bestonden, hetgeen gezien zijn werk niet zo verwonderlijk was.

188. HR 9 febr. 1996, *NJ* 745, nt MMM. Zie ook de bespreking door R.Ph. Elzas, in *Vrb* 1996, p.43, met verwijzing naar rechtspraak en lit. Zie ook: Van Huizen c.s., p. 22 v.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

gevoelige materie, waarbij de rechtspraak altijd oog gehad heeft voor het recht op privacy van de verzekeringnemer. De vraag luidde als volgt:

‘Heeft u feiten te melden omtrent een eventueel strafrechtelijk verleden van u of van een andere belanghebbende, die binnen de afgelopen acht jaar zijn voorgevallen, of andere feiten (ten aanzien van zowel het te verzekeren risico als u zelf of een andere belanghebbende) die voor het beoordelen van deze verzekeringsaanvraag van belang zouden kunnen zijn?’

Deze vraag werd door verzekeringnemer E. met ‘neen’ ingevuld toen hij een brandverzekering sloot voor de inboedel van een café. E. had dat café in juni 1986 overgenomen van B., die bij de betrokken assuradeuren verzekerd was; E. werd door de laatste als verzekerde geaccepteerd, nadat hij het vragenformulier ingevuld had. Nu was het zo dat E. in de periode december 1977 tot 20 juni 1978 een vrijheidsstraf had uitgezeten wegens een in 1977 gepleegde afpersing. De verzekeringsovereenkomst kwam op 12 juni 1986 tot stand; indien men de termijn van 8 jaar toepast, betekent dat dat E. de eerste 8 dagen van die periode (!) wegens een in het voorafgaande jaar gepleegd misdrijf het laatste deel van een gevangenisstraf onderging. Het feit dat E. dat verzwegen had bij de beantwoording van de vraag naar het strafrechtelijk verleden is voor de verzekeraar aanleiding om een beroep op nietigheid van de overeenkomst te doen op grond van art. 251 K.

De Rechtbank Amsterdam wijst dat beroep af en wijst E.’s vordering tot uitkering toe. Het Hof Amsterdam denkt daar anders over: onder ‘feiten omtrent een eventueel strafrechtelijk verleden’ in de zin van de vraag uit het formulier valt ‘zonder meer te verstaan het uitzitten van een (gedeelte van) een vrijheidsstraf. Zulks moet ook voor E. voldoende duidelijk geweest zijn’. Het feit dat het hier een relatief klein gedeelte van de straf in de periode van 8 jaar betreft, maakt dat niet anders, stelt het hof. Men ziet dat toepassing van Regel 1 (visie verzekeraar, zoals kenbaar voor verzekeringnemer) tot het oordeel leidt dat de vraag ‘duidelijk’ was, het gevaarlijke begrip steekt weer zijn kop op, met de daaraan verbonden cassatie-technische gevolgen (waar a-g Asser met nadruk op zal wijzen).

Het hof gaat dan tot de uitwerking van Regel 1 over en benoemt een deskundige om de vraag te beantwoorden of bekendheid bij de verzekeraar met het uitzitten van de vrijheidsstraf aan het begin van de 8 jaar-periode voor hem aanleiding geweest zou zijn om de verzekeringsovereenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden aan te gaan. Een wat merkwaardige exercitie: een kind kan inzien dat een verzekeraar geen trek heeft in zo’n verzekerde, als hij zijn risico’s wil beperken, en dat wil hij per definitie (het vragenformulier is het bewijs daarvan). Het wekt dan ook geen verwondering dat de deskundige in die zin rapporteert, en daarmee is de kous voor het hof af en wordt E. met lege handen weggezonden. Zijn beroep op art. 8 EVRM, inzake de eerbiediging van de persoonlijk levenssfeer, werd verworpen aangezien dat niet nader geadstrueerd was (*sic!*) en uit die stelling niet voortvloeit dat de verzwijging ingegeven was door de wens tot eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. E. kan kennelijk weinig goed doen, in de ogen van het hof. Het is opvallend dat Regel 2 (visie verzekeringnemer) in het geheel niet aan bod gekomen is, althans niet expliciet, in het oordeel van het hof. Dat wordt in cassatie aangevochten.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

De hoge raad volgt de conclusie van de a-g tot verwerping van het beroep: de hantering van Regel 1 door het hof, en de vaststelling dat de bewuste vraag voor E. voldoende duidelijk geweest was acht de raad feitelijk van aard en niet onbegrijpelijk. Het hof hoefde niet uitdrukkelijk Regel 2 aan de orde te stellen, welke regel het hof volgens de raad niet miskend heeft, evenmin is gebleken van een onjuiste rechtsopvatting; een nadere motivering was niet noodzakelijk 'tegen de achtergrond van het debat van partijen'. Ik laat de overwegingen hier volgen, het luistert nogal nauw:

3.3.2. 'Waar het hof in rov. 4.8 oordeelt dat onder "feiten omtrent een eventueel strafrechtelijk verleden" in de zin van de in 3.1 onder (iv) geciteerde vraag zonder meer valt het uitzitten van een (gedeelte van een) vrijheidsstraf, brengt het hof daarmee tot uitdrukking dat verzekeraars met die vraag beoogden ook daaromtrent inlichtingen te verkrijgen. Dat oordeel is van feitelijke aard en niet onbegrijpelijk.

3.3.3. Het hof heeft daaraan toegevoegd dat zulks geacht moet worden ook voor E. voldoende duidelijk te zijn geweest. Daarmee heeft het hof klaarblijkelijk bedoeld dat de bewoordingen van de vraag zodanig waren dat E. haar in de gegeven omstandigheden heeft moeten opvatten zoals zij door de verzekeraars was bedoeld en dus heeft moeten beseffen dat hij melding diende te maken van het feit dat hij in de door de vraag aangegeven periode op grond van een strafrechtelijke veroordeling gevangenisstraf had ondergaan, ook al was het gedeelte van de straf dat hij in die periode had uitgezeten, maar een relatief gering deel van de door hem opgelegde.

Het hof behoefde bij deze stand van zaken niet te doen uitkomen dat het rekening ermede had gehouden dat een verzekeringnemer een hem door de verzekeraar voorgelegde vraag mag opvatten naar de zin die de verzekeringnemer daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mag toekennen.

Dat het hof deze rechtsregel heeft miskend, blijkt niet. Ook overigens geeft 's hofs gedachtengang, verstaan als in deze en de vorige overweging weergegeven, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De juistheid van die gedachtengang kan in cassatie niet verder worden getoetst nu het hier in hoofdzaak gaat om aan de rechter die over de feiten oordeelt, voorbehouden vragen van uitleg. 's Hof's desbetreffende oordelen zijn niet onbegrijpelijk en behoeften, tegen de achtergrond van het debat van partijen, geen nadere motivering.'

Een aantal kritische kanttekeningen is hier op zijn plaats. Allereerst een punt van kritiek dat ook door Mendel in zijn noot naar voren gebracht wordt: de bewoordingen van de vraag uit het formulier zijn allerminst 'duidelijk'. Immers, er wordt gesproken van feiten omtrent een strafrechtelijk verleden die 'voorgevallen' zijn; hier was daarvan geen sprake, het ging om 'voortdurende feiten'. Dit was ook in cassatie naar voren gebracht, maar de hoge raad gaat daaraan voorbij, conform conclusie a-g; in de doctrine en het Ontwerp Boek 7 wordt van een ruime interpretatie van het strafrechtelijk verleden uitgegaan, zij het dat Clausing voorstander is van de term 'strafrechtelijke veroordeling'.¹⁸⁹ Terecht stelt Mendel dat dat alles niet beslissend is voor hetgeen een aspirant-verzekeringnemer omtrent de vraagstelling behoort te begrijpen. Daar kan men in de specifieke omstandigheden van deze casus aan toevoegen: het is niet onaannemelijk dat E., in zijn herinnering 8 jaar teruggaand, meende dat zijn gevangenisstraf geheel buiten die termijn viel, een vergissing van 8 dagen (op een straf van 6 à 7 maanden)! De veroordeling uit 1977, en vrijwel de gehele ge-

189. Hij krijgt daarin bijval van Elzas, t.a.p., p.46. Vgl. ook art.7.17.1.4 lid 4 ontwerp NBW, waarover Nuytinck, t.a.p., p.12.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

vangenisstraf, vielen buiten de termijn van 8 jaar en hoefden dus niet door hem opgegeven te worden.

Indien men deze zaak naast die van de rugklachten van Westdorp legt, valt niet goed in te zien waarom in het geval van E. de verzekeringnemer zich wel met huid en haar in de positie en zienswijze van de verzekeraar moest verplaatsen bij het beantwoorden van de vraag naar zijn verleden, die een incriminerend karakter had, letterlijk dan. Ik laat de art.8 EVRM-problematiek rusten, maar het lijkt mij duidelijk dat men daar niet zo gemakkelijk omheen kan als het hof gedaan heeft. Het zou een novum zijn indien men zich in rechte slechts op een dergelijke bepaling kan beroepen indien men daaraan gedacht heeft (het werkingsgebied, althans) bij de handeling in kwestie. De strekking van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer lijkt mij op dit punt duidelijk: men moet iemand met een strafrechtelijk verleden niet daarmee blijven vervolgen, ook de verzekeraar mag dat niet, al zijn diens belangen levensgroot aanwezig. Iemand die uit de bak komt, moet ooit weer aan de bak kunnen komen; dat geldt ook voor de rol van verzekeraars.¹⁹⁰

Ik signaleer tenslotte nog een arrest van de hoge raad inzake verzwijging van strafrechtelijk verleden van de verzekeringnemer; de variant is hier dat het om twee verzekeringnemers ging, HR 21 maart 1997, *NJ* 639, nt MMM, *K. en B. - Aegon*. Hierbij speelt de bijstand van de niet zo snuggere contractspartij door een deskundige weer een beslissende rol. Het ging in deze zaak over een man (K.) met een strafblad, drie kleine delicten, dat hij niet had opgegeven bij het sluiten van een verzekeringsovereenkomst, maar ook zijn vrouw had het strafrechtelijke verleden van *haar echtgenoot* niet vermeld. De president van de rechtbank zag hierin geen grond voor vernietiging van de verzekeringsovereenkomst, het hof dacht daar echter anders over en de hoge raad mocht in cassatie het eindoordeel uitspreken.

Voor het hof was doorslaggevend dat zowel de man als de vrouw bijgestaan werden door een tussenpersoon, die als deskundige bij twijfel over de strekking van de vragen van het formulier nadere informatie had kunnen geven. De hoge raad acht dat in het geval van de man een niet onjuist argument, maar komt tot een ander oordeel ten aanzien van de positie van de vrouw. Zij had niet behoeven te begrijpen dat een vraag naar een strafrechtelijk verleden ook betrekking had op het verleden van haar man, in elk geval niet wanneer ervan uitgegaan wordt dat zij enig verzekeringnemer was (hetgeen in casu onduidelijk was). Zij behoefde dus niet te twijfelen, en als gevolg ook geen raad aan de deskundige te vragen.

Men ziet de tussenpersoon hier weer een storende rol spelen bij de uitleg in de visie van het hof, terwijl dat maar ten dele door de hoge raad gecorrigeerd wordt, namelijk ten aanzien van de positie van de vrouw. Deze had, anders dan de man niet hoeven twijfelen aan de strekking van de polisbepaling. Ik volsta hier met een verwijzing naar de beschouwingen van Clausing en Van Huizen

190. Elzas heeft geen moeite met de uitkomst van het arrest maar heeft wel kritiek op de gang van zaken in de praktijk en in dit geval: de vraag naar het strafrechtelijk verleden was in een algemene slotvraag opgenomen. Een afzonderlijke, meer gedetailleerde vraag lijkt hem noodzakelijk om de verzekerde de 'nodige helderheid te verschaffen', met nuancering ten aanzien van de soort verzekering die aan de orde is.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

c.s., waaruit het wat welvremde karakter van de visie van het hof op de rol van de tussenpersoon in de assurantiepraktijk blijkt. Dat kan een verzekerde wel mooi de das omdoen, als hij een polisvraag verkeerd begrepen heeft.

Tot slot een aspect dat nog niet vermeld werd: art.251 K heeft zijn langste tijd gehad en wordt in Boek 7, titel 'Verzekering' vervangen. Dat ontwerp ligt er al ruim tien jaar; welke regeling is ontworpen? Er wordt afgestapt van de alles-of-niets regeling dat bij verzwijging de gehele verzekeringsovereenkomst nietig wordt. Indien de verzwijging van geen belang was voor het risico zoals zich dat heeft verwezenlijkt blijft de uitkeringsverplichting geheel in stand. Wanneer het verzwezen feit wel van belang was voor het ontstaan van de schade blijft de verzekeraar verplicht een deel van de schade te vergoeden. Daarbij wordt rekening gehouden met de voorwaarden waaronder de verzekeraar bereid geweest zou zijn de overeenkomst te sluiten wanneer hij wèl op de hoogte was geweest van de verzwezen feiten, qua premie en verzekerde som (de uitkering wordt verlaagd op grond van het proportionaliteitsbeginsel).¹⁹¹

Peter Werdmuller heeft hiervoor terecht aandacht gevraagd in het april-nummer van *Ars Aequi* 1997, en wetswijziging op dit punt op korte termijn bepleit, zonder de invoering van de hele titel 'Verzekering' af te wachten.¹⁹² Een heel zinnig voorstel, zeker nu de hoge raad weigert op dit wetsvoorstel te anticiperen of gewoon tot dat resultaat te komen op grond van de redelijkheid en billijkheid. Voor dat laatste is geen wetgever nodig.

Een andere mogelijkheid voor gevallen zoals hier aan de orde zijn, is dat het initiatief bij de hoge raad zelf ligt: deze zou de wetgever periodiek zou kunnen attenderen op *hard cases* (die *bad law* maken), en om directe actie door de wetgever vragen. In Frankrijk is dat sinds de jaren '60 de gangbare praktijk ingevolge een wet van die strekking, met veelal een alerte reactie van de wetgever.¹⁹³

19. Conclusies ten aanzien van de toepassing van de *contra proferentem*-regel. Nogmaals: de EEG-richtlijn 93/13

De jurisprudentie van de hoge raad sinds 1989 overziend, kan men niet anders dan tot de conclusie komen dat deze in het algemeen in strijd is met de *contra proferentem*-regel zoals deze algemeen opgevat wordt, in onze literatuur, en in de rechtspraak en recente wetgeving in omringende landen, die al eerder ter sprake kwam (boven, nr 16). Zij loopt allereerst niet in de pas met de uitlegcriteria die de hoge raad zelf neergelegd heeft in de arresten *misverstand* (1976) en *Haviltex* (1981); een verzachtende omstandigheid zou kunnen zijn dat het in feite de hoven zijn (Amsterdam en Den Haag) die deze criteria met voeten getreden hebben, en dat de cassatierechter steeds voor voldongen feiten gesteld

191. Zie art. 7.17.1.6 lid 2 en lid 3 Ontwerp NBW, waarover: Van Huizen c.s., p.36; Nuytinck, p. 16. Indien de premie bijv. het dubbele had moeten bedragen, wordt de uitkering gehalveerd. Vgl. ook art. 6 van de polis in de Liszkay-zaak, die inzet van het geding was.

192. Peter Werdmuller e.a., *Verzekerde verzwijging*, AA 1997, p. 195.

193. Zie hierover mijn beschouwingen in *TREMA* (Tijdschr. rechterlijke macht) 1997, p. 216, waar ik navolging in ons recht bepleit, met name voor de feilen van het nieuwe BW die aan de dag getreden zijn.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

werd (de beelddpraak is hier funktioneel). Dat zou echter een te eenvoudige verklaring zijn; de hoge raad heeft immers als cassatierechter een rechtsvormende taak en had de uitspraken van de hoven kunnen corrigeren wegens onjuiste rechtsopvatting (schending van uitlegregels). Dat laatste gebeurde niet omdat de hoge raad zelf van het goede spoor, *Ram - Matser* (1977) en de internationaal gangbare rechtsopvatting, afgedwaald was. Aldus heeft het college zich zowel in nationaal als in internationaal opzicht in een geïsoleerde positie gewerkt. Vrijwel alle schrijvers in ons land staan de duitse benadering van het AGB-Gesetz voor, die merkwaardigerwijze al in art.1509 oud-BW te vinden was, en tegenwoordig in art.5 EEG-richtlijn 93/13 voor consumententransakties neergelegd is: de partij die een contract/algemene voorwaarden opstelt moet zich helder en duidelijk, dat wil zeggen voor een doorsnede-wederpartij, professioneel of niet, begrijpelijk uitdrukken. Indien dan niet het geval is en de tekst onduidelijk blijkt te zijn, dat wil zeggen, twijfel over de betekenis ervan oproept, wordt die tekst in het voordeel van de andere partij uitgelegd. Door het optreden van een deskundige aan de zijde van die laatste partij wordt deze regel niet doorbroken, tenzij de wederpartij aantoont dat die deskundige de andere partij in kennis gesteld heeft van de betekenis die de tekst heeft volgens degenen die deze opgesteld heeft. Ook op dat laatste punt wijkt de rechtspraak van de hoven en hoge raad af van het standpunt dat door alle schrijvers ingenomen wordt.

Wat zijn de gevolgen hiervan voor het geldende recht? Normaal is het zo dat indien men met de hoge raad van mening verschilt men kan kiezen tussen protest en geduld, of een combinatie van beide. In dit geval hebben wij het gemakkelijker, aangezien de hoge raad gebonden is aan de genoemde EEG-richtlijn 93/13. De wetgever heeft de wens van gezaghebbende schrijvers als Hondius e.a. om de *conprof*-regel in de wet op te nemen genegeerd¹⁹⁴; die visie zou andermaal met kracht onder de aandacht van de wetgever gebracht moeten worden, met verwijzing naar de troosteloze reeks uitspraken die wij hier besproken hebben.¹⁹⁵

Ook indien de wetgever laks blijft is er nog geen man over boord: de nationale rechter is namelijk verplicht om het eigen recht *richtlijn-conform* toe te passen: het nederlandse recht dient zoveel mogelijk conform de bepalingen van de richtlijn uitgelegd te worden. In het arrest *Marleasing* heeft het Europese Hof dat als volgt bepaald:

'Bij de toepassing van het nationale recht, ongeacht of het daarbij gaat om bepalingen die dateren van eerdere of latere datum dan de richtlijn, moet de nationale rechter dit zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan art.189 derde alinea EEG-Verdrag te voldoen'.¹⁹⁶

194. Hondius, o.m. *NTBR* 1993, 11; Jongeneel, *TvC* 1993, p. 123; F.J. Sandee, *Algemene voorwaarden en fabriektenkoop*, diss. Rotterdam 1995, p. 29; A.C. van Schaick, *NJB* 1995, p. 960.

195. De enige schrijvers die deze noodzaak niet zien en ook weinig nieuws van richtlijnconforme uitleg verwachten zijn Hijma en Wissink, t.a.p.

196. HvJ EG 13 nov. 1990, zaak C-106/89; *NJ* 1993, 163, *Marleasing - La Comercial*; zie ook: HvJ EG 14 juli 1994, p.I-3325; *NJ* 1995, 321, *Faccini Dori - Recreb*. Zie ook Wissink,

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

Dat betekent voor ons onderwerp dat, in ieder geval bij consumententransakties, de *conprof*-regel zoals in art.5 richtlijn neergelegd van toepassing is. Men mag verwachten dat via de zogenaamde reflex-werking dat heilzame effect ook voor 'professionele' contractspartijen weggelegd is, een opvatting die in de doctrine al algemeen aanvaard is. De richtlijn is per eind december 1994 van kracht geworden en is van toepassing op overeenkomsten die na die datum gesloten zijn. Dit heeft tot gevolg dat in ons land de rechter met ingang van 1995 de *conprof*-regel in consumentenzaken moet toepassen; indien dat bijvoorbeeld door een hof gewoontegetrouw niet gedaan is en de hoge raad niet casseert, kan dat arrest voor vernietiging door het Europese Hof vatbaar zijn.¹⁹⁷ Met betrekking tot contracten die van voor 31 december 1994 dateren moet de rechter het nederlandse recht inzake de *conprof*-regel zoveel mogelijk richtlijn-conform uitleggen, op grond van het *Marleasing*-arrest (en wat daarop nog gevolgd is). Dat zou kunnen inhouden dat de hoven en de hoge raad hun eigenzinnige koers laten varen en de stem van de doctrine van het afgelopen decennium gaan volgen.

Wissinks betoogt dat het niet tot richtlijn-conforme uitleg van betekenis zal komen is weinig overtuigend; hij stelt dat naast de *conprof*-regel ons recht al voldoende bescherming geeft in de vorm van controle op de inhoud van bedingen, zodat er geen behoefte is aan de eerste regel (t.a.p., p.165). Zoals eerder betoogd is dat in strijd met de gangbare opvatting in Duitsland, Engeland en ons land (zie boven, nr 16). Dit nog afgezien van de arresten die hier besproken werden waarin de consument/adherent in de kou bleef staan, ondanks een inhoudelijk toetsing die ons recht zou kennen. Van 'doel en strekking' van de richtlijn komt op die wijze niets terecht.

Hijma verwacht evenmin veel vuurwerk van richtlijn-conforme uitleg door de rechter; hij kan daarmee eveneens niet overtuigen (t.a.p., p.423 v.). Hij wijst erop dat de vraag of redelijkerwijs twijfel bestaat aan de betekenis van een beding moeilijk in abstracto bantwoord kan worden: de omstandigheden van het geval spelen hierbij een grote rol. Als gevolg zou art.5 richtlijn slechts de gedachtengang verbieden dat bij twijfel de uitleg van de opsteller van de tekst de doorslag geeft (*sic!*); de bepaling zou niet verhinderen dat geredeneerd wordt: 'Gelet op de omstandigheden van het geval, met name ... (enz.), kan per saldo het beding in redelijkheid maar op één manier worden uitgelegd, namelijk die welke de opsteller ons voorhoudt'. Daarmee zou het onderscheid tussen 'gezichtspunt'- en 'regel'-benadering zijns inziens wegvallen. Wel is Hijma van mening dat met de verankering van het *conprof*-gezichtspunt in de richtlijn 'de rechterlijke speelruimte versmald is'.¹⁹⁸

Men krijgt de indruk dat in leidse kringen minder bekend is dat elke regel, zoals Scholten geleerd heeft, op toepassing naar de geldende omstandigheden gericht is, en dat iedere regel zijn uitzondering kent (zoals Clausing ook al naar voren gebracht heeft). Ook lijkt uitleg naar doel en strekking - teleologische uitleg - die het Europese Hof de nationale rechter

t.a.p., p.160 v.; Hijma, t.a.p., p.419; Wessels en Jongeneel, t.a.p., nr 25 v. Zie i.h.a. over richtlijn-conforme uitleg nog: Betlem en Klinge, *TMA* 1994, p. 143; 1995, p. 131.

197. Dat geldt overigens ook in het geval dat de hoge raad zelf tekortschiet in de motivering van zijn oordeel, een probleem dat wij verscheidene keren tegen kwamen bij de bespreking van de reeks recente uitleg-arresten. Zie voor die materie, die zich nog in prille fase van ontwikkeling bevindt, mijn beschouwing in *NJB* 1995, p. 1140 (*Kroniek van het privaatrecht*), met verwijzing naar Brenninkmeijer, *NJB* 1995, p. 250. Vgl. ook HvJ EG 9 dec. 1994, *NJ* 1997, 20, *Hiro Balani – Spanje*, met nt EAA onder nr 21.

198. Een aanscherping van de rechtspraak van de hoge raad in de richting van art.5 richtlijn wordt ook verwacht door Valk, Tjittes, en Van Schaick, zie Wissink, t.a.p., p.164.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

nadrankelijk voorhoudt minder gangbaar bij genoemde leidse auteurs. Ik houd mijn verdere kritiek maar voor mij en refereer aan het oordeel van de lezer.

Ik kom tot een afronding. De bespreking van de *contra proferentem*-materie is behoorlijk uitgelopen, hetgeen grotendeels te wijten is aan de hoeveelheid recente uitspraken op dit gebied en de hardnekkige opstelling van de hoge raad contra de doctrine en tegenwoordig dan het EEG-recht, hetgeen om een stevig weerwoord vroeg. Ik ben als het ware *pro contraferentem*, wat de leer van de hoge raad betreft: zij roept om bestrijding, ook in het licht van de door het college zelf in de jaren '70 en begin jaren '80 ontwikkelde methode van normatieve uitleg, waarmee het internationaal voor de dag kon komen. Wat nu gebeurt is een grote stap terug in die ontwikkeling.

Ter afsluiting nog twee opmerkingen. Meijers heeft eens erop gewezen dat een typische toepassing van de gedachte 'dat hij die een gevaar schept, voor de gevolgen moet instaan' te vinden is 'in de regel, dat een overeenkomst in geval van twijfel, wordt uitgelegd ten nadele van hem, die de overeenkomst geformuleerd heeft (met verwijzing naar het romeinse recht en art.1509 oud-BW).¹⁹⁹ De andere opmerking betreft de grondslag van de *conprof*-regel, namelijk de redelijkheid en billijkheid. In een arrest uit 1978, *Hotel Wilhelmina*, heeft de hoge raad, zoals ook Wachter in zijn noot beklemtoond heeft, de redelijk handelende verzekeraar centraal gesteld; dat is iets anders dan 'de gangbare opvatting in het verzekeringsbedrijf', het is een normatieve benadering. In de woorden van Wery:

'beslissend voor de relevantie van de verzwegen of verkeerd opgegeven feiten is noch de in het bedrijf van deze verzekeraar gebruikelijke acceptatiepolitiek, noch de in de betrokken bedrijfstak heersende opvatting, maar die opvatting die aan normen van redelijkheid jegens de verzekerde voldoet'.²⁰⁰

Wij lijken in onze tijd met een andere hoge raad van doen te hebben.

199. *WPNR* 2675 v. (1921); *Verz. Privaatr. Opstellen III*, 1955, p. 86.

200. Ontleend aan Van Huizen c.s., p.27, waar vindplaatsen.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

Invoering EG-richtlijn in 1999

Sinds de vorige druk van dit werk is de hoge raad bij de les gebracht, doordat de wetgever, tegenspuiterend en vijf jaar te laat, de EG-richtlijn alsnog in wetgeving omgezet heeft. Dat is gebeurd na druk die uit Brussel kwam, waar men niet onder de indruk was van het argument van Den Haag dat ons recht al in overeenstemming met de richtlijn was; echt een gotspe, wanneer men de boven besproken rechtspraak overziet. De Europese Commissie heeft zelfs een inbreukprocedure tegen Nederland aanhangig gemaakt. Het is mij niet duidelijk dat Wissink kan schrijven dat in ons land het BW ‘volledig richtlijnconform geïnterpreteerd wordt’.²⁰¹ Het BW is als volgt aangepast. Een nieuw artikel werd opgenomen:

Art. 6:238 lid 2

Bij een overeenkomst als bedoeld in de artikelen 236 en 237 moeten de bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. Bij twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de wederpartij gunstigste uitleg.

Hier ziet men in de eerste zin het *Transparenzgebot* terug en in de tweede zin de *conprof*-regel van art 5 Richtlijn. Aangezien de Richtlijn ook van toepassing is op kernbedingen – ooit door de VVD bedacht en bij amendement aangebracht om de consumentenbescherming wat in te dammen - werd in art. 231 sub *a* toegevoegd: ‘voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd’. Verder is in art. 240 lid 1 bepaald dat de uitlegregel van art. 238 lid 2 niet geldt in het kader van de abstracte toetsing van algemene voorwaarden. Aldus werd een wat genante situatie opgelost en doet Nederland weer europees mee; Hondius kan tevreden zijn. In ieder geval mag men verwachten dat de hoge raad ook buiten de sfeer van consumentenovereenkomsten het onwillig been gaat bijtrekken wat de *conprof*-regel betreft, onder het motto ‘reflexwerking’ van de algemene voorwaarden-regeling. Overigens is de wetgever bij de hercodificatie van het boetebeding op vanzelfsprekende wijze uitgegaan van de gelding van de *conprof*-regel (art.6:92, zie onder, H 6, § 2, nr 7). Hopelijk is aldus een minder aantrekkelijke fase in de jurisprudentie van de hoge raad afgesloten.²⁰²

201. M.H. Wissink, *Privaatrecht Actueel*, *WPNR* 6371 (1999). Zie voor een geheel ander, zeer kritisch geluid o.m. J. Smits, *WPNR* 6461 (2001), die vindt dat het verweer van de nederlandse regering tegenover Brussel met betrekking tot de *conprof*-regel ‘lachwekkend aandoet’ (p.855). Ook ten aanzien van bepalingen die ten slotte met hangen en wurgen in de wet opgenomen werden bestaat kritiek, omdat onze wetgever de richtlijn niet op de voet gevolgd heeft, in tegenstelling tot die van andere lidstaten. Het *Transparenzgebot* werd bij ons in het geheel niet in de wet opgenomen, anders dan de duitse wetgever heeft gedaan, zie de nieuwe § 307 lid 1 BGB (terwijl in Duitsland, anders dan bij ons, de rechtspraak al jaar en dag in die zin gevestigd was, en het dus een luxe-maatregel was). Hoezo, rechtseenheid?

202. De HR heeft zijn opvatting over het ‘algemeen gezichtspunt’-karakter van de *conprof*-regel gehandhaafd in een arrest van 18 okt. 2002, *NJ* 2003, 258, nt MMM, *Pieterse – Nat.Ned. Levensverz. Mij.* Met verwijzing naar de EG-richtlijn en art. 6:238, lid 2 BW werd de *conprof*-regel van toepassing verklaard op een verzekeringsovereenkomst die van voor die tijd stamde; dat geldt ook voor een collectieve verzekering, gesloten ten behoeve van werknemers. Zie hieromtrent J.P. Heering, *WPNR* 6518 (2003), die echter weinig verheldering brengt.

Zie voor een ander ‘algemeen gezichtspunt’ (dus géén regel!) ook: HR 13 juni 2003, *NJ* 506, *Vos Logistics Veendam – Heipro Zetterij c.s.*, waar de ‘regel’ in het geding was dat een

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

20. Motiveringsvereiste en stelplicht bij uitleg

Hierboven kwam al even aan de orde dat de uitlegvraag, zoals deze in cassatie naar voren gebracht wordt, sterk bepaald wordt door het onderscheid tussen feitelijke en rechtsvragen, en de daarmee samenhangende vraag of het hof aan zijn motiveringsplicht voldaan heeft (boven, nr 15). Op deze plaats zou ik daarop nader willen ingaan, met name op de relatie met de stelplicht van partijen, in het bijzonder de partij die een bepaalde uitleg van een overeenkomst door de rechter bevestigd wil zien. Ook op dit punt zijn er uitspraken van de hoge raad die moeilijk met elkaar te rijmen zijn en onze aandacht vragen.

In het arrest *Prêt-à-Porter* had het Hof Den Bosch een clause in een cessieovereenkomst die in verband stond met een factoringovereenkomst ‘naar redelijkheid en billijkheid uitgelegd’, zoals de hoge raad het noemt, waarbij niet alleen van de letterlijke tekst afgeweken wordt, maar ook een uitleg gegeven wordt die door geen van partijen verdedigd wordt, terwijl deze bovendien niet in de gelegenheid gesteld waren om zich daarover uit te laten.²⁰³ Een super-normatieve uitleg dus. Cassatie wordt ingesteld, waarbij a-g Vranken concludeert tot vernietiging van het arrest van het hof, wegens een onjuiste rechtsopvatting of onbegrijpelijkheid van het oordeel, althans onvoldoende motivering. De hoge raad neemt die conclusie echter niet over, en is van oordeel dat het hof als feitenrechter de vrijheid had om de overeenkomsten in kwestie ‘zelfstandig uit te leggen zoals het heeft gedaan’, zonder met de partijen daarover nader overleg te plegen. Een tussenzinnetje lijkt hierbij van belang: ‘zeker niet nu het debat tussen partijen zich van meet af aan op de aard en de verhouding tussen hun beide overeenkomsten heeft toegespitst’. Dat lijkt een open deur: de inzet van de procedure was toch de vaststelling van de verhouding tussen beide overeenkomsten die in het geding waren? Dan zou een rechter in een dergelijke zaak nooit hoeven te motiveren hoe hij tot zijn wijze van uitleg gekomen is. De conclusie is dat de uitlegrechter zijn eigen weg mag gaan bij uitleg naar redelijkheid, en in beginsel niet gebonden is aan de keuze die partijen ieder voor zich daaromtrent gemaakt heeft.

In zijn noot wijst Snijders erop dat het standpunt van de hoge raad inzake de zelfstandige uitleg door het hof vaste jurisprudentie is; de grenzen zijn dat de rechter niet mag afwijken van een eenstemmige uitleg van partijen en evenmin een uitleg mag kiezen die beide partijen uitgesloten hebben.²⁰⁴

specifieke bepaling in een overeenkomst boven een bepaling in de algemene voorwaarden gaat (in casu exoneratiebeding). Zie de (weinig inspirerende) literatuur genoemd in concl. a-g Verkade, nr 4.5; Asser-Hartkamp II, nr 287, spreekt merkwaardigerwijs van ‘principes’, een lekenjargon dat doorgedrongen is.

203. HR 23 juni 1995, *NJ* 1996, 566, nt HJS, Ik laat de casus rusten, aangezien deze vrij gecompliceerd is en niet kort weer te geven is. (‘Factoring’ is kredietverlening waarbij vorderingen op derden tot zekerheid overgedragen worden aan de kredietgever (factoringmaatschappij).

204. Zie de noot, sub 2, met verdere lit. In deze zin reeds Haardt, *Preadvies NJV* 1951. Zie in dezelfde zin: HR 21 juni 1996, *NJ* 1997, 327, *Van Genk – De Wild*; HR 3 jan. 1997, *NJ* 1998, 127, nt. HJS, *Prudential - Diepgrond c.s.* Ik heb niet de indruk dat deze jurisprudentie grote

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

Een geheel andere benadering is te vinden in het volgende arrest, dat betrekking heeft op de verzekering van de inhoud van een container met planten die per schip van Guatemala naar Nederland vervoerd worden.²⁰⁵ Via een tussenpersoon had de Nederlandse partij Campo, een kwekersbedrijf, de planten (de bekende stammetjes, *Dracaena*) all risk verzekerd bij Nieuw Rotterdam Schade, dat dacht hij ten minste. Het bleek anders te zijn. Tijdens de reis was de koelinstallatie van de container uitgevallen waardoor de planten beschadigd werden (schade: ruim f 56.000,-); het eigen gebrek van de container was echter uitgesloten in de polis (er was geen zgn. Break Down Clause opgenomen). De planten waren als gevolg niet verzekerd tegen dergelijke schade; de container was geen eigendom van Campo. In de polis stond als verzekerd voorwerp: de container, 'said to contain' *Dracaena* planten. Campo stelt dat het zijn bedoeling was alleen de planten te verzekeren, doch Rechtbank en Hof Den Haag zijn van oordeel dat hij niet heeft kunnen bewijzen dat Nieuw Rotterdam dit heeft begrepen of moeten begrijpen. Een complicatie is hier de rol van de tussenpersoon van Campo; volgens de getuige van de verzekeraar, die als diens acceptant optrad, had Campo's tussenpersoon naar de Break Down Clause gevraagd, doch deze was hem geweigerd.

Waar het mij hier om gaat is dat volgens de hoge raad het hof niet hoefde te onderzoeken wat Campo omtrent het verzekerde voorwerp heeft begrepen of heeft mogen begrijpen, aangezien hij *niet heeft aangevoerd* dat hij de door of namens Nieuw Rotterdam gedane uitspraken met betrekking tot het verzekerde voorwerp anders heeft opgevat dan zij door Nieuw Rotterdam waren bedoeld. Dat laatste is om te beginnen al minder begrijpelijk, aangezien dit voor Campo juist de inzet van het gehele geding was.²⁰⁶ In ieder geval is hier niets overgebleven van de zelfstandige rol van de feitenrechter bij uitleg, zoals in het voorgaande arrest het geval is. De stelplicht van de verzekerde wordt zwaar aangezet, terwijl zonneklaar is waar het hem hier om ging. Campo had niet in de gaten dat zijn 'all risk'-verzekering, beoogd om dekking aan schade voor de planten te geven tijdens de reis, niet in dat beoogde doel voorzag.

Overigens had de acceptant van Nieuw Rotterdam het standpunt ingenomen dat de planten verzekerd waren, maar de container, als *verpakking*, niet. Het is een feitelijk en verzekeringstechnisch gecompliceerde zaak; de betekenis die gegeven moet worden aan het optreden van de tussenpersoon van Campo is hier

bekendheid in de praktijk heeft; zo verwijst T.H. Tanja-van den Broek, naar *Prêt-à-Porter* zonder de essentie daarvan te vermelden, vgl. *WPNR* 6493 (2002), p.435 (enkel het niet mogen afwijken van eenstemmige uitleg van partijen wordt genoemd).

De rechter mag echter bij de uitleg van de overeenkomst niet de stellingen van partijen over het verloop van de onderhandelingen en het beoogde doel negeren, evenals de door getuigen afgelegde verklaringen, en uitsluitend op grond van de redelijkheid en billijkheid tot een uitleg komen, vgl. HR 12 jan. 2001, *NJ* 199, *Steinbusch – Van Alphen*. Het hof had overigens de *bewoordingen* van het contract als uitgangspunt genomen, en *Haviltex* slechts met de mond beleden.

Na verwijzing heeft het Hof Den Bosch de zaak afgehandeld, en heeft daarbij geen rentevergoeding bij wege van redelijke uitleg aanvaard. Vgl. Hof Den Bosch 1 juli 2002, *NJ* 2003, 405.

205. HR 7 jan. 1996, *NJ* 697, *Campo - Nieuw Rotterdam Schade*.

206. Vgl. met name ov. 4 en 5 van het hof.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

van belang, maar zou bij de uitlegvraag expliciet aan de orde dienen te komen. Daarbij heeft de rechter de keus tussen de lijn van *Trouwborst* enerzijds, en *Sun Alliance* anderzijds, met diametraal verschillende uitkomsten. Ik laat die kwestie verder rusten; hetzelfde geldt voor de vraag of de verzekeraar een mededelingsplicht had jegens de verzekerde.²⁰⁷

In een ander geval heeft het verzaken van de stelplicht bij de uitlegvraag de betrokkene eveneens parten gespeeld, wederom in afwijking van de *Prêt-à-Porter*-lijn, die toch niet zo *prêt-à-porter* lijkt als men op het eerste gezicht zou zeggen (evenals in de mode in het recht een gevaarlijk uitgangspunt). Ik heb het over het *Zuidwolde*-arrest van november 1996.²⁰⁸ Kruit heeft in december 1990 een stuk grond gekocht van de Gemeente Zuidwolde voor ruim f 26.000,-, exclusief bijna f 5.000,- omzetbelasting. Om dat laatste gaat het, de vraag of de BTW terecht betaald was; aan het bedrag kan men zien dat het hier om een principiële zaak gaat, want voor een belang van f 5.000,- gaat men niet tot aan de hoge raad procederen, de kosten zijn een veelvoud daarvan. Aan de andere kant, er zijn duizenden gevallen als dat van Kruit.²⁰⁹

Wat was het geval? Volgens de koopovereenkomst mocht de gemeente Kruit in rekening brengen de omzetbelasting die ‘door haar volgens de wet verschuldigd is’. De gemeente doet dat en draagt de BTW af; Kruit heeft daar vrede mee, tot hij ontdekt dat de BTW *niet* verschuldigd was. Een maand voor het koopcontractgesloten werd had de hoge raad namelijk in het *Sint Oedenrode*-arrest bepaald dat geen BTW verschuldigd is indien geen bouwrijpe grond verkocht wordt (d.w.z. met aangebrachte voorzieningen), in welk geval geen sprake is van een ‘vervaardigd goed’ in de zin van de Wet op de omzetbelasting. Kruit trekt aan de bel bij de gemeente en wil zijn f 5.000,- terug, als zijnde niet verschuldigd volgens de wet, zoals de hoogste rechter onlangs bepaald had. Nu had de gemeente de aangifte voldaan en had geen bezwaarschrift daartegen ingediend. Daarmee stond voor de gemeente vast, op formele gronden, dat de BTW ‘volgens de wet verschuldigd’ was. Kruit neemt daarmee geen genoegen, omdat naar zijn mening de omzetbelasting op materiële gronden niet verschuldigd was. Hoe moet de term ‘volgens de wet verschuldigd’ uitgelegd worden?

Rechtbank Assen en Hof Leeuwarden stellen Zuidwolde in het gelijk, op verschillende gronden. De rechtbank houdt zich aan de letter van het contract, waar de BTW onderdeel van de koopprijs uitmaakte, en wijst erop dat de gemeente conform een aanschrijving van de staatssecretaris van Financiën van 1981 gehandeld had. Het hof zoekt het in het beginsel van ‘formele rechtskracht’ van de BTW-aangifte waaraan de burgerlijke rechter gebonden zou zijn (de verhouding staat - gemeente zou aldus doorwerken in de verhouding gemeente - burger).

De hoge raad overweegt als volgt:

207. Zie in dit verband ook Hfdst. 4, § 1, nr 13, voor de algemene voorwaarden-problematiek.

208. HR 15 nov. 1996, *NJ* 1997, 160, nt MS, *Kruit c.s. - Gem. Zuidwolde*. Zie ook, vrijwel gelijklopend: HR 15 nov. 1996, nr 16 107, C95/260, *Adema - Delen*, en verder nog: HR 15 nov. 1996, nr 16 106, C95/295, *Vakstudienieuws*, 1996, p.486, *Potjer - Eelde*; HR 8 juli 1996, *NJ* 1997, 277, nt Wattel, *6e EEG-richtlijn harmonisatie omzetbelasting*.

209. Wattel wijst in zijn noot in de *NJ* op het enorme aantal claims dat tegen gemeenten ingesteld werd, tegen de Gem. Emmen alleen al 1700. Zie ook de in de vorige noot genoemde rechtspraak.

2. DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

‘Het in het kader van de uitleg van deze overeenkomst gegeven oordeel van het hof onder "volgens de wet verschuldigde omzetbelasting" ook valt omzetbelasting die verschuldigd is gebleven omdat geen gebruik is gemaakt van de tegen de heffing daarvan openstaande administratieve rechtsgang, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel, dat verweven is met feitelijke waarderings, is ook niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Daarbij is van belang dat in dit geding niet is aangevoerd dat de gemeente ten tijde van de betaling van de omzetbelasting had behoren te beseffen dat deze niet verschuldigd was dan wel dat de gemeente vóór het verstrijken van de termijn waarbinnen bezwaar kon worden gemaakt, tot het besef is gekomen of had behoren te komen dat een zodanig bezwaar een redelijke kans op succes zou hebben. Een uitleg van het beding dat de gemeente ook in deze gevallen gerechtigd zou zijn geweest tot doorberekening van het door haar betaalde, zou immers inderdaad onbegrijpelijk zijn geweest.

(...)

De voormelde klacht van het vierde onderdeel ziet met name eraan voorbij dat in de verhouding van de gemeente tot de staat de heffing in elk geval wel formele rechtskracht had, zodat aan de verschuldigheid van omzetbelasting aan de staat geen twijfel kan bestaan’.

Kruit heeft dus verzuimd te stellen dat de gemeente onzorgvuldig gehandeld had door geen bezwaarschrift tegen de BTW-heffing in te dienen. Daarmee miskent de raad wederom het zelfstandige karakter van het uitleg-oordeel van de feitenrechter, zoals in *Prêt-à-Porter* aangenomen werd. Het is een gekunsteld bezwaar dat hier gemaakt wordt: in Kruits visie ligt toch duidelijk besloten dat hij het niet aanwenden van een rechtsmiddel tegen een onverschuldigd afgedragen BTW-heffing voor rekening wil laten van degene die als enige dat rechtsmiddel kon instellen, de gemeente.

Daarmee komen wij op een tweede, inhoudelijk punt van kritiek. Moest dat nalaten van de gemeente wel onzorgvuldig zijn? Zoals annotator Scheltema opmerkt, dient Kruit niet de dupe te zijn indien de gemeente te lichtvaardig zou hebben betaald of te snel van beroep zou hebben afgezien, maar hij is van mening dat het onder de gegeven omstandigheden het niet voor de hand ligt om de gemeente onzorgvuldigheid te verwijten. Pas later bleek immers uit de nieuwe jurisprudentie dat geen omzetbelasting verschuldigd was.

In dat laatste zit echter de zwakke stee: alleen indien men voor aansprakelijkheid van de gemeente het schuldvereiste in klassieke zin (verwijtbaarheid) stelt, gaat dat argument op. Indien men echter, volgens de vaste jurisprudentie van de hoge raad van de laatste jaren inzake overheidsaansprakelijkheid voor vernietigde beschikkingen, hier van pseudo-risico-aansprakelijkheid uitgaat, waarbij ‘de schuld in beginsel vaststaat’, is er geen reden om het risico van stilzitten en geen beroep instellen af te wentelen op de burger, die daaraan kant noch deel heeft.²¹⁰ Die rechtspraak had mirabile dictu ook betrekking op de Gemeente Zuidwolde. In het arrest van 1987 inzake de Gemeente Blaricum werd de gemeente toegerekend dat zij bij het weigeren van een bouwvergunning geen rekening had gehouden met de nieuwe jurisprudentie van de Raad van State, Afdeling rechtspraak, met betrekking tot die materie (die onverwacht omgegaan was), zoals deze *nota bene* nà de bestuurshandeling in kwestie tot standgekomen was. Overwogen werd dat de

210. Zie de arresten HR 26 sept. 1986, NJ 1987, 253, nt MS, *Staat - Hoffmann La Roche*; HR 30 jan. 1987, NJ 1988, 89, *Gem. Blaricum - Roozen c.s.*; HR 30 jan. 1987, NJ 1988, 90, nt MS, *Nibourg - Gem. Zuidwolde (!)*. Vgl. Deel 2, Hfdst. 10, § 2, nr 9.

§2. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

schuld van de gemeente ook aangenomen moest worden indien zij ‘op grond van de toenmalige stand van de rechtspraak en literatuur niet tot een andere conclusie had kunnen komen dan dat haar op 22 dec. 1977 ingenomen standpunt juist was’. Het betrof ‘een kentering terzake van de uitleg van een wettelijk voorschrift op dit terrein, dat bij uitstek tot het werkterrein van de gemeentelijke overheid behoort’. Die omschrijving lijkt goed te passen op onze Zuidwoldecasuus uit 1996, waar uitgifte van bouwgrond in het geding was; bovendien was het *arrêt de règlement* inzake Sint Oedenrode een maand vòòr de handeling van de Gemeente Zuidwolde tot standgekomen. In de rechtspraak van de laatste jaren waarin de lijn van *Gem. Blaricum - Roozen*, etc. bevestigd werd is het karakter van risico-aansprakelijkheid sterker verankerd, met name in art.6:162 lid 3 BW, de onrechtmatige daad: ‘zelfs wanneer het overheidslichaam geen enkel verwijt treft moet worden aangenomen dat deze onrechtmatige daad in beginsel - in de terminologie van art.6:162 BW - voor rekening van het overheidslichaam komt’, overweegt de hoge raad.²¹¹

Samenvattend, ik zie niet in, waarom in vergelijkbare gevallen tot onvergelijkbare beslissingen gekomen is.²¹² Het is aannemelijk dat in de Zuidwolde-zaak het rechtspoliteieke kant van de zaak de doorslag gegeven heeft bij de beslissing, zoals ook Wattel concludeert; dat zou betekenen dat men aan dat arrest voor de uitleg-problematiek weinig aandacht hoeft te schenken.

Wattel heeft in zijn *NJ*-noot eveneens ernstige kritiek op het arrest: omzetbelasting die niet verschuldigd *geworden* is kan niet verschuldigd *blijven*. Hij is wel van mening dat de uitkomst aanvaardbaar is gezien de enorme maatschappelijke consequenties van het terugdraaien van een gemeentelijke praktijk op dit gebied en de omstandigheid dat de kopers van bouwterreinen uiteindelijk geen schade hebben ondervonden, aangezien zij wel BTW betaald hebben, ten onrechte, maar daar tegenover staat dat zij geen overdrachtsbelasting verschuldigd waren. Hij concludeert: ‘ik meen dat de hoge raad zijn rechtspoliteieke oordeel niet moeizaam had hoeven verstoppen achter schijnbare cassatiemarginale controle op feitelijke uitleg van een overeenkomst’. Het zou zijn voorkeur gehad hebben om van ‘wederzijdse rechtsdwaling’ uit te gaan, en in de minst onredelijke oplossing zou het risico daarvan bij de partij gelegd kunnen worden die bij terugdraaiing een ongerechtvaardigd voordeel zou genieten, namelijk de koper (een uitstekend civilist, deze fiscalist!).

In Wattels noot vindt men verder een uitvoerige toelichting op de fiscale en europees-rechtelijke achtergronden van deze zaak en de BTW-affaire in het algemeen: een ongelukkige implementatie van een BTW-richtlijn gevolgd door een nog ongelukkiger reactie van de hoge raad (belastingkamer) met het *Sint Oedenrode*-arrest, dat uit dépit tegenover het beleid van de staatssecretaris gegeven lijkt te zijn. Holland op zijn smalst.

211. HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112, nt CJHB; HR 12 juni 1992, *NJ* 1993, 113, nt CJHB, met identieke overwegingen op dit punt. In het tweede arrest wordt de ratio hiervoor gegeven,

212. Scheltema gaat in zijn noot onder het tweede Zuidwolde-arrest geheel aan dit punt voorbij, ondanks zijn noten onder de arresten van 1987 inzake Blaricum en Zuidwolde. Hij wijst wel op het onjuiste gebruik van de leer van de formele rechtskracht in deze zaak, door hof en a-g Mok, die zich in beginsel niet tot Kruit uitstrekt. In dezelfde zin Wattel, t.a.p., sub 3, die erop wijst dat dit in strijd is met de civiele en fiscale jurisprudentie. De HR houdt zich in dit opzicht op de vlakke.

Hoofdstuk 3. Grenzen van de overeenkomst

§ 1. Precontractuele fase. Onderhandelingen

A. HET TABLEAU

1. Inleiding

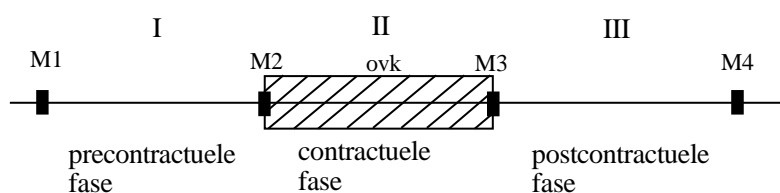
Een overeenkomst komt zelden uit de lucht vallen. Er is meestal het een en ander aan vooraf gegaan, en dat kan variëren van maandenlang moeizaam onderhandelen tot het inzenden van een simpel antwoordkaartje, ‘een postzegel plakken is niet nodig’. In het eerste geval kunnen aan die voorbereidingswerkzaamheden hoge kosten verbonden zijn, in verband met het maken van reizen, voeren van besprekingen, ontwerpen van projecten, opstellen van concept-contracten, etc. Als het goed gaat, worden die kosten opgenomen in de prijscalculatie en ‘terugverdiend’ als het contract gesloten en uitgevoerd wordt. Dat ligt natuurlijk anders, als het contract niet doorgaat en aan een ander gegund wordt. Dat is pijnlijk voor de contractspartij in spe, maar het is nog pijnlijker indien zij redelijkerwijze mocht vertrouwen dat het contract met haar gesloten zou worden. Het is in zo’n geval de vraag, of de teleurgestelde onderhandelingspartij een juridische grondslag heeft om door de andere partij schadeloos gesteld te worden. Al meer dan een eeuw houden grote juristen zich in Europa met die vraag bezig; langzaam aan begint er enige duidelijkheid op dit terrein te ontstaan en zijn enkele contouren in de jurisprudentie, ook in ons land, te ontdekken.

Alvorens op de problematiek van de afgebroken onderhandelingen in te gaan, dient de zgn. ‘precontractuele verhouding’ aan een onderzoek onderworpen te worden. In die sfeer spelen de onderhandelingen zich namelijk af, derhalve dient eerst dat terrein in kaart gebracht te worden.¹ Daarvoor is wel wat landmeter-instinct nodig, aangezien dit gebied enigszins naast de gebaande wegen ligt. Een eenvoudige kaartje, voor juristen nog te volgen, kan hierbij goede diensten bewijzen, bijvoorbeeld het volgende:

1. Tot de belangrijkste literatuur over de precontractuele fase behoort: B.M. Telders, *Praecontractuele verhoudingen*, WPNR 3536-37 (1937); H. Drion, *Praecontractuele verhoudingen naar Nederlands recht, Jaarboek Ver. v. Verg. studie recht v. België en Ned.*, 1967-68, p. 265; L. Hardenberg, *De onderhandeling*, WPNR 4969-71 (1967); H.C.F. Schoordijk, *Onderhandelen te goeder trouw, Offerhaus-reeks nr 18*, 1984 (bespr. door B. Wessels, WPNR 5728 (1985), p. 120); H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, diss. VU Amsterdam 1992; Asser-Hartkamp II, nr 156.

Voor andere rechtsstelsels: G. Schrans, *Praecontractuele verhoudingen naar Belgisch recht, Jaarboek etc. 1967-68*, p. 227; J. Ghestin, *Traité de droit civil II*, 3e dr. 1993, nr 227; J. Carbonnier, *Droit civil 4*, 14e éd., 1990, nr 17; J. Schmidt, *Négociation et conclusion de contrats*, 2e éd., 1982, 207; W. Fikentscher, *Schuldrecht*, 8e dr., 1992, § 20; K. Larenz, *Schuldrecht I* 14e dr., 1987, § 9; Esser-Schmidt, *Schuldrecht I*, 8e dr., 2000, § 29 II.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST



Men ziet hier schematisch voorgesteld, allereerst de drie fasen die te onderscheiden zijn bij ‘the rise and fall of contract’: I. precontractuele fase; II. contractuele fase; III. postcontractuele fase. Deze fasen sluiten op elkaar aan, terwijl ook het geheel een begin- en eindpunt kent. Met de cijfers werd aangegeven welke momenten in de tijd te onderkennen zijn, M1 - M4. Afhankelijk van de aard van de overeenkomst die gesloten is, en de handelsgebruiken, kunnen M1 en M2 kort op elkaar volgen of zelfs vrijwel samenvallen; hetzelfde geldt voor M3 en M4.

Nog enkele opmerkingen over de fasen in algemene zin. Fase II heeft traditioneel de meeste aandacht van de doctrine gehad, de overeenkomst. Verwarrend is enigszins, dat juristen met de term ‘overeenkomst’ zowel de rechtshandeling aanduiden, tot voor kort als tweezijdige rechtshandeling gezien, alsook de rechtsverhouding die tussen partijen bestaat, als gevolg van de totstandkoming van de overeenkomst. Met de aanvaarding van aanbod en aanvaarding als eenzijdige rechtshandelingen in de heersende leer², lijkt in dit gebruik verandering te kunnen komen. In ieder geval wordt hier uitsluitend gedacht aan de rechtsverhouding tussen partijen, in de contractuele fase. Terzijde: het kan bij een overeenkomst ook meer dan twee partijen betreffen; gemakshalve wordt steeds van twee partijen uitgegaan.

Een complicerende factor voor degenen die ervan uitgaan dat modellen in de praktijk te herkennen moeten zijn, is dat lang niet alle overeenkomsten schriftelijk gesloten worden, of slechts gedeeltelijk schriftelijk neergelegd zijn. Dat maakt het niet eenvoudiger om fasen te onderscheiden, vooral als dit achteraf moet gebeuren, hetgeen doorgaans het geval is, als er juristen bij te pas komen. De wet stelt, om beleidsredenen, meestal ter bescherming van bepaalde personen of groepen, slechts voor enkele overeenkomsten het vereiste dat zij, op straffe van nietigheid, schriftelijk overeengekomen moeten zijn (bijv. de schenking, art. 7A:1719 BW; huurkoop, art. 7A:1576i BW). Soms wordt dat vereiste ten aanzien van een bepaalde contractsbepaling gesteld, bijv. voor het concurrentiebeding, art. 7:653 BW.

Het laatstgenoemde beding, afkomstig uit fase II, is bedoeld om het gedrag van een van partijen in fase III, de postcontractuele, aan banden te leggen, d.w.z. een contractuele norm op te leggen. In deze fase is de vraag aan de orde hoe ex-contractspartijen zich tegenover elkaar hebben te gedragen.

Het begrip ‘norm’ is gevallen, nog niet aan de orde gesteld werd, welke normen de diverse fasen beheersen. Het beeld dat daarvan gegeven kan worden, is ietwat wazig. Zoveel is zeker, dat fase II, de contractuele, beheerst wordt door

2. Zie boven, Hfdst. 1, § 2.

§1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

de normen van goede trouw. Dat wordt door de artt. 6:2 en 248 BW (artt. 1374 en 1375 oud BW voorgeschreven. Onder het oude BW werd soms moeilijk gedaan (het kost moeite om niet het woord 'zeuren' neer te schrijven) over het feit dat art. 1374 toch maar spreekt over 'uitvoeren' van de overeenkomst, en niet over de overeenkomst als zodanig.³ So far, so good. Een complicatie is echter, dat in de heersende leer partijen ook een vordering uit onrechtmatige daad tegen elkaar kunnen instellen. Op het leerstuk van de zgn. samenloop van akties wordt elders ingegaan.⁴ Beziat men de overige fasen, dan biedt fase III, postcontractueel, weinig problemen, men neemt algemeen aan dat het gedrag van partijen in deze fase beheerst wordt door de norm van art. 6:162 BW (art. 1401 oud BW).⁵ Ten aanzien van fase I, zijn de geesten verdeeld. De hoge raad sprak in 1957 van een 'rechtsverhouding' die door de goede trouw beheerst wordt (*Baris - Riezenkamp*, HR 15 nov. 1957, *NJ* 1958, 678, nt LEHR). Na aanvankelijke kritiek⁶, is deze visie door vele auteurs geaccepteerd; het standpunt dat hier van een aktie uit onrechtmatige daad uitgegaan moet worden, kent evenwel ook vele aanhangers. De recente rechtspraak laat dit punt in het midden (vgl. voor deze materie nog onder, Hfdst. 5, nr 3 v.).

Bij dit schema is in het midden gelaten welke duur de overeenkomst heeft. Het ene uiterste is de zgn. duurovereenkomst, waarbij partijen voor jaren met elkaar in zee kunnen gaan, en waarbij hun rechtsverhouding vaak meer op een maatschap lijkt dan op een koop- of aannemingsovereenkomst. Het engelse recht spant de kroon met contracten met een looptijd van 99 jaar (die men vaak ook nog weigert tussentijds aan te passen). Het andere uiterste is een contract als eendagsvlieg, de koop op de markt, in de winkel, e.d. Het kan nog korter, en enkele seconden beslaan, met behulp van de moderne electronica, bijv. bij de handelskoop, effecten- en geldhandel, e.d.

Na deze meer algemene aspecten van de drie fasen, volgt nu een bespreking van de meer specifieke kenmerken van de fase, waarbij de tijdsmomenten (M1, etc.) als leidraad zullen dienen. Het beginpunt, M1, levert nog de minste problemen op. De onderhandelingen kunnen op verschillende wijzen beginnen; de verklaringen die afgelegd worden, kunnen juridisch gekwalificeerd worden als een mededeling, een uitnodiging tot het doen van een aanbod, en tenslotte een aanbod, al of niet openbaar. Men zie voor deze materie Hoofdstuk 1. Er is overigens wel verschil van mening in de literatuur, of men de onderhandelingen, zoals deze zich in de praktijk afspelen, wel in het juridische keurslijf van aanbod

3. Vgl. in die zin indertijd Van Opstall, in zijn handboek (zie boven, Hfdst. 2, § 2, nr 2) en ook Van Schilfgaarde, nt AA onder *Van der Meer - Gem. Smilde*, AA 1986, 620 v. Al vanaf het begin van deze eeuw noemen de meeste schrijvers art. 1374 in een adem met art. 1375, en de artt. 1378 v. oud BW, inzake uitleg. Zie het eerder betoogde, t.a.p.

4. Zie Deel 2, Hfdst. 10.

5. Anekdote uit de overgangstijd van oud naar nieuw recht, Leiden, begin jaren tachtig: vraag van student op college - historisch -: 'Professor, u sprak van artikel 14.1, maar dat kan ik in het wetboek niet vinden'.

6. O.m. Van der Grinten, noot in AA 1958, p. 107; H. Drion, *WPNR* 4608 (1959); *Rm Themis* 1960, p. 506. Zie nog onder, Hfdst. 5, § 1, nr 3.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

- aanvaarding kan wringen. Hierboven werd door mij het standpunt ingenomen, dat het laatste model als uitgangspunt bruikbaar is.⁷

Het punt M2 geeft het moment aan, waarop de overeenkomst tot stand komt, door aanvaarding van het aanbod. Ook dit onderwerp kwam boven uitvoerig aan de orde (Hfdst. 1, § 7, nr 2). Met de aanvaarding van de geobjektiveerde ontvangsttheorie (c.q. -vernemingstheorie) zijn de meeste problemen uit de lucht, die voor de oorlog nog de geesten verdeeld hielden. Geen communis opinio bestaat echter nog op twee punten, het risico voor falende berichtgeving (Hfdst. 1, § 7, nr 4) en de aanvaarding van een vrijblijvend aanbod, waar de ontwerpers van het Nieuw BW met de heersende opvatting gebroken hebben. Vgl. Hfdst. 1, § 5, nr 2).

Het moment waarop de overeenkomst beëindigd wordt, M3, is veel problematischer, er kan namelijk op verschillende gronden aanleiding zijn voor partijen om met elkaar van mening te verschillen over de vraag of de overeenkomst tot een einde gekomen is. Dit hangt steevast samen met de wijze waarop de overeenkomst beëindigd wordt, hetgeen een gevolg kan zijn van een handeling van een der partijen, maar ook van rechtswege gebeurd kan zijn. Een overeenkomst kan, om met het laatste te beginnen, nietig zijn vanwege strijdigheid met een dwingende wetsbepaling of in strijd met de openbare orde of de goede zeden zijn (art 3:40 BW; artt. 1371/1373 oud BW). Een overeenkomst kan verder door tijdsverloop aan zijn eind komen, doorgaans omdat partijen dit tevoren zo overeengekomen waren; een ontbindende voorwaarde kan in werking getreden zijn, hetgeen aanleiding tot verschil van mening kan geven. Dat laatste kan ook het geval zijn, indien de overeenkomst door middel van een rechtshandeling van een der partijen beëindigd wordt, zoals door opzegging, waaronder ook de ontslagverlening bij de arbeidsovereenkomst valt. Aan de laatste figuur is ongeveer 35% van de rechtspraak van de hoge raad gewijd, een gegeven dat voor zich spreekt. Bij de opzegging heerst ingevolge de vaste jurisprudentie het beginsel van de goede trouw; dit kan met zich brengen dat de opzegging nietig geacht wordt als strijdig met dat beginsel, of dat er een redelijke termijn gesteld wordt (vgl. Hfdst. 7, § 2 v.). Verder kan men nog denken aan de vordering tot ontbinding van de overeenkomst, door een verklaring van een der partijen zelf, of bij rechterlijke uitspraak (art. 6:267 BW; vgl. ook 1302 v. oud BW). Ook kan de overeenkomst nietig verklaard worden door de rechter, in geval van misleiding of misbruik van omstandigheden (klassieker gezegd, de zogenaamde 'wilsgebreken'). Voor de haken en ogen die hieraan vastzitten, zie men onder, Hfdst. 5. In geval de overeenkomst vernietigd of nietig verklaard wordt, is de rechtsverhouding weliswaar beëindigd, maar men wordt niettemin geconfronteerd met handelingen die verricht zijn in het kader van de, naar later is komen vast te staan, nietige, respectievelijk vernietigde overeenkomst. De afwikkeling daarvan wordt beheerst door de goede trouw, aldus bijv. J.C. van Oven met betrekking tot overeenkomsten in strijd met de goeden zeden.⁸ Ten aanzien van dwang, dwaling en bedrog stelde

7. Zie boven, Hfdst. 1, § 4 nr 6. Voor kritiek op het gebruik van het aanbod-aanvaarding model, zie lit. vermeld in *Contractenrecht II* (Blei Weissmann), nr 440b (1984), en *Verbintenissenrecht* (Blei Weissmann), ad art. 6:217 v.

8. *Wilsgebreken, goede trouw en oorzaak*, WPNR 3240-43 (1932), op p. 71. Zie ook Hfdst. 7, § 4.

§1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

art. 1489 oud BW dat de wederpartij van de misleide partij gehouden is tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, 'zo daartoe gronden zijn'. In de gangbare opvatting werd dit opgevat als indien 'onrechtmatig'⁹; naar geldende inzichten kwam dit overeen met 'in strijd met de goede trouw'. Voor het huidige recht zie men artt. 3:53 v. BW, die nog ter sprake komen in Hfdst. 7, § 4, nr 2.

Maar het ging hier om de tijdsbepaling, en haar kwestieuze karakter als gevolg van de mogelijk omstreden wijze van de beëindiging van de overeenkomst. Dit overzicht is geenszins uitputtend bedoeld; er zijn nog vele vormen van beëindiging van de overeenkomst, zoals door nakoming (die betwist kan zijn), novatie, kwijtschelding van verplichting tot nakoming, etc. Nog twee rechtsfiguren, waarbij het eindpunt van de overeenkomst in het onzekere is, verdienen de aandacht. Bij overmacht kan er sprake zijn van schorsing van de overeenkomst gedurende de periode dat het overmachtsfeit zich voordoet, een oorlogssituatie bijv. De overeenkomst herleeft weer, nadat aan die bijzondere, de nakoming verhinderende toestand een einde gekomen is (vgl. *Sarong-* en *weefgetouwen*-arresten uit 1926).¹⁰ In de verwante situatie van veranderde omstandigheden, kan sprake zijn van een op de goede trouw gebaseerde verplichting tot heronderhandelen (vgl. Hfdst. 6, § 3). Ook dan kan enige tijd onzeker zijn of en wanneer de overeenkomst beëindigd is.

Tenslotte de vraag wanneer aan de postcontractuele fase een eind komt, het punt M4. Allereerst de situatie dat partijen in hun contract een voorziening voor deze periode opgenomen hebben, het zgn. concurrentiebeding. Hierbij verplicht de werknemer zich om gedurende een bepaalde termijn na afloop van de arbeidsovereenkomst geen betrekking in dezelfde branche aan te nemen, veelal op straffe van een fikse boete. Ook hier geen absolute vastigheid, want de rechter kan desgevraagd de termijn beperken of zelfs het gehele beding vernietigen, op grond van belangen-afweging en billijkheid art. 7:653 BW (art. 7A:1637x, oud). Soms doet er zich een uitlegvraag voor, indien partijen geen termijn opgenomen hebben, en het de vraag is of het beding voor onbeperkte tijd geldt (vgl. *Kluft -B en W Supermarkten*, HR 18 nov. 1983, NJ 1984, 272, nt G; AA 1986, 379, nt vD; vgl. boven, Hfdst. 2, § 2, nr 13).

Indien partijen geen regeling getroffen hebben, wordt hun postcontractueel gedrag beheerst door de normen van maatschappelijke zorgvuldigheid. Een voorbeeld uit de concurrentiesfeer, het benaderen van ex-cliënten voor een nieuwe werkgever (het zgn. uitspannen van verzekeringen) is HR 9 dec. 1955, NJ 1956, 157, nt LEHR, *Boogaard - Vesta*. Hierbij overwoog de hoge raad dat het feit dat een contractuele verhouding heeft bestaan meeweegt als deel van de voor de eis van zorgvuldig handelen relevante omstandigheden (zie Deel 2, Hfdst. 10, § 2, nr 2). In een recenter arrest heeft de hoge raad de postcontractuele verhouding van partijen van belang geacht voor de uitleg van de (arbeids-)overeenkomst, vgl. HR 27 nov. 1992, NJ 1993, 273, nt PAS, *Volvo Car - Braam*.

9. Asser-Rutten II (1982), p. 372; Asser-Hartkamp II, nr 487.

10. HR 8 jan. 1926, NJ 203, nt EMM; 19 maart 1926, NJ 441, nt PS. Over deze cause célèbre, Pitlo-Bolweg, *Verbintenissenrecht*, 1979, p. 254 v., en nog Hfdst. 6, § 3.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

Daarmee zijn wij aan het eind van deze tour d'horizon van de overeenkomst in verschillende stadia van ontwikkeling gekomen. Het was geenszins de bedoeling een uitgewerkt beeld daarvan te geven; het ging er voornamelijk om, aan te tonen dat de overgangen tussen de drie fasen, precontractueel, contractueel en postcontractueel, niet altijd scherp aan te geven zijn, en vaak van allerlei factoren afhankelijk zijn, die niet altijd op eenvoudige wijze vast te stellen zijn. Geldt dit voor de ontwikkeling in de tijd bezien, het is niet anders indien wij haar inhoudelijk beschouwen, hetgeen gezien de samenhang tussen vorm en inhoud niet als een verrassing kan komen. Die materie is juridisch van nog groter belang: de vraag waar verplichtingen hun oorsprong vinden, en daarmee verbonden, de vraag of het (contractuele) verplichtingen zijn die als verbintenissen aangemerkt kunnen worden. Zoals zal blijken, heeft onze excursie waarbij de fasen in kaart gebracht werden, voor die vragen zijn nut gehad.

2. *De verhouding precontractuele - contractuele fase*

Hiermee komen wij op het eigenlijke onderwerp van deze paragraaf. Zoals hierboven opgemerkt werd, laten de door partijen gevoerde onderhandelingen zich uiteindelijk vertalen in de rechtsfiguren aanbod en aanvaarding, door elk der partijen als rechtshandeling verricht. Als het voorwerp van contracteren een complexe materie betreft, is de gevolgde procedure niet zo simpel weer te geven. Nu kent het recht de regel dat wanneer de geadresseerde een wijziging van substantiële aard aanbrengt in het aanbod van de tegenpartij, dit als een nieuw aanbod geldt, dat alsnog door de andere partij aanvaard dient te worden. Aldus ook art. 6:225 lid 1 BW. Ook dit kan een simplificatie van de werkelijkheid zijn; partijen kunnen na een wisseling van stukken tenslotte tot een definitief contract komen, dat uiteindelijk getekend wordt (vgl. boven, Hfdst. 1, § 4, nr 6). Veel van wat hierbij gezegd en vooral geschreven is, in de correspondentie en concept-clausules, kan om uiteenlopende redenen niet in het definitieve contract opgenomen zijn. Dergelijke verklaringen kunnen van belang zijn als aanvulling op de contractsinhoud of kunnen deze verduidelijken. Wat is nu de status van dergelijke verklaringen uit de precontractuele fase? Hoe te bepalen of zij inderdaad enkel in die fase thuishoren, en geen onderdeel vormen van de contractuele fase, d.w.z. deel uitmaken van de inhoud van het contract, bij redelijke uitleg? Dat zijn moeilijke vragen; alvorens naar een antwoord te zoeken, dat meer is dan een vlucht in de omstandigheden van het geval, een opmerking hoe men deze vragen en de verlegenheid die zij oproepen zoveel mogelijk kan vermijden. Allereerst kan men hetgeen partijen voor ogen stond bij het sluiten van het contract, en bij besprekingen en correspondentie aan de orde is gekomen, in een aantal volzinnen trachten te vatten en als een preambule aan het contract laten voorafgaan, de zgn. *considerans*. Dit is een beproefd middel indien het contractsonderwerp gecompliceerd is in technisch of commercieel opzicht. Later kan een *considerans* een grote steun vormen indien men tot de uitleg van het contract geroepen wordt, zeker als dit een derde is, bijv. de rechter (vgl. ter illustratie *Van Stijverden - Van Olst*, HR 30 nov. 1951, *NJ* 1953, 76, boven besproken Hfdst. 2, § 2, nr 6, waar het de overeenkomst ter exploitatie van een naafmotor betrof).

§ 1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

Nog een stap verder gaat men, indien men verklaringen uit de precontractuele sfeer zoveel mogelijk in het contract opneemt. Het effect hiervan is, dat zij, indien voldoende substantieel, als toezegging opgevat kunnen worden, die wanneer zij niet in vervulling gaat of onjuist blijkt te zijn, grond geeft voor een vordering uit wanprestatie. Bijvoorbeeld de mededeling: ‘deze door mij ontwikkelde rijwielhulpmotor heeft volgens mijn berekeningen een kostprijs van f 130,-’. Of: ‘voor deze rijdende kraan wordt een kentekenbewijs afgegeven’. Teneinde deze ingreep naar waarde te kunnen schatten, dient men te beseffen dat een verklaring met het oog op de te sluiten overeenkomst gedaan, juridisch vier betekenissen kan hebben¹¹:

1. een aanprijzing;
2. een misleidende verklaring;
3. een toezegging;
4. een garantie.

De rechtsgevolgen van de onderscheiden verklaringen zijn zeer verschillend, de wederpartij staan resp. de volgende akties ten dienste:

- ad 1. geen aktie;
- ad 2. aktie uit *dwaling of bedrog* (artt. 6:228 v.; 3:44 BW), evt. *misbruik van omstandigheden* (art. 3:44 BW);
- ad 3. aktie uit *wanprestatie* (artt. 6:74, 6:265 BW);
- ad 4. *beperkte aktie uit wanprestatie* (korte termijn; beperkte schadevergoeding).

Dit overziende, is duidelijk dat een rationele contractspartij zijn heil in categorie 3 zal zoeken. Aan categorie 1, de opvijzeling van koopwaar die in het Romeinse recht al niet meetelde, heeft hij niets; categorie 2, kent vele drempels en valkuilen, die men beter kan vermijden. Categorie 4, ten slotte, lijkt met name de leek veel te bieden, doch is slechts een vrijwel lege dop vergeleken met categorie 3, waar volledige schadevergoeding en een termijn van 20 jaar geldt (zij het beperkt door het leerstuk van de rechtsverwerking, hetgeen in een door de goede trouw voorgeschreven termijn resulteert). Het oude recht kende ook nog de aktie uit verborgen gebreken; deze gaf overigens weinig soulaas en werd in de jurisprudentie beperkt toegepast.¹² De hier genoemde akties vindt men elders nader behandeld, vgl. voor de misleiding (‘wilsgebreken’) onder, Hfdst. 5, § 1; voor de garantie onder, Hfdst. 4, § 3. Ook ten aanzien van deze vier categorieën geldt, dat het in de praktijk niet eenvoudig is om grenzen te trekken. Wanneer gaat een aanprijzing over in een misleidende mededeling of een toezegging, dan wel garantie? Bijvoorbeeld als een fabrikant zijn apparaat in de begeleidende folder als ‘absoluut betrouwbaar’ aanprijst. In de *warme drankautomaten*-zaak meent het haagse hof dat in zo’n geval geen sprake is van een garantie, maar van een gebruikelijke aanprijzing (te kennen uit NJ 1970, 252). In *Baris - Riezenkamp* werd de verklaring over de kostprijs van de rijwielhulpmotor door de feitelijke rechter evenmin als een toezegging of

11. Onder ‘verklaring’ wordt ook begrepen de handeling of gedraging, in de vorm van een doen of niet-doen. De klassieke term daarvoor is de ‘stiltzweigende wilsverklaring’. Vgl. Asser-Rutten II, 1982, p. 96, waar bepleit wordt de term te vervangen door ‘niet-handelen’.

12. Vgl. de ‘redelijke’ wetsuitleg van de artt. 1540 v. oud BW, in HR 3 apr. 1970 NJ 252, nt GJS, *warme-drinkautomaten*. In het huidige BW is de verborgen gebreken-aktie, ooit bedoeld om de koper te beschermen, maar diens valkuil geworden, geschrapt; de koper staat nu art. 7:17 j°. 20 v. BW ten dienste.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

garantie opgevat. Hetzelfde geldt voor de verklaring over het kentekenbewijs in *Booy - Wisman* (vgl. resp. *NJ* 1958, 67 en 1966, 183, en onder, Hfdst. 5, § 1, nr 3). Geen wonder dat in de literatuur, met name uit consumentenkringen, pogingen zijn gedaan om categorie 1 bij andere categorieën onder te brengen: bij no. 2, maar ook bij nrs 3 en 4, zodat de gedupeerde consument zou kunnen ageren uit resp. dwaling of bedrog, wanprestatie (de garantieverplichting levert bij schending eveneens de laatstgenoemde actie op).¹³ Er zijn schrijvers die categorie 2 vrijwel willen opheffen, ten gunste van categorie 3, dat wil zeggen misleidende verklaringen geven recht op een actie uit wanprestatie. Aldus in 1961 bijvoorbeeld Kamphuisen.¹⁴ Intussen is het verhelderend om de engelse terminologie in gedachten te houden. Men spreekt naar engels recht van:

1. 'representations';
2. 'misrepresentations';
3. 'terms of the contract';
4. 'warranties'.

Om terug te keren naar de rationeel handelende contracterende partij, hij doet er goed aan om zoveel mogelijk verklaringen, afgelegd in de precontractuele fase, die voor de inhoud van de overeenkomst van belang zijn, in categorie 3 te trekken, en aldus tot contractuele toezeggingen te maken. Het hangt van de rechtskultuur af, hoever men hierin gaat. In common law landen is het de gewoonte om bij grote overeenkomsten de correspondentie, verslagen van de onderhandelingen, etc., in te binden, al of niet goud op snee, en aan het contract, vaak ook een lijvig werk, toe te voegen. Hierbij geldt, dat angelsaksische juristen toch al een sterke behoefte hebben om zoveel mogelijk in het contract neer te leggen, uiterst gedetailleerd, met zoveel mogelijk verwerking van rechterlijke uitspraken in de clausules (bijv. de opsomming van een eindeloze rij overmachtsgronden ontleend aan de jurisprudentie of bedrijfservaring). De Amerikaanse jurist gaat daarin weer verder dan zijn engelse collega. Als vuistregel kan men aanhouden dat een Amerikaans contract tien keer zo lang is als een Europees, continentaal contract, waar men gewend is met open normen als de goede trouw te werken, die bij de opvulling van leemten hun diensten kunnen bewijzen in de uitvoeringsfase. Dit verschil in rechtskultuur is uiteraard ook van invloed op de in de precontractuele sfeer gemaakte kosten, hetgeen het afbreken van onderhandelingen nog pijnlijker kan maken. Telders noemde in zijn artikel uit 1937 het overseinen van een ontwerp-contract van 36.000 woorden door een oliemaatschappij. Van die dingen. Hierbij dient men ook te bedenken wat een advocaat kost, die bij het opstellen van het contract ingeschakeld is, laat staan een legertje advocaten, dat men in Amerika geneigd is in te zetten.¹⁵

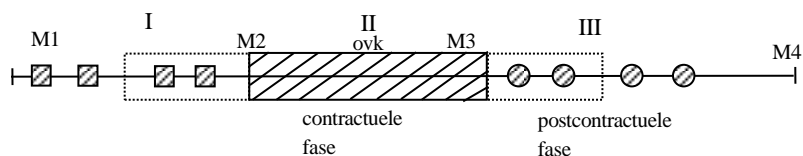
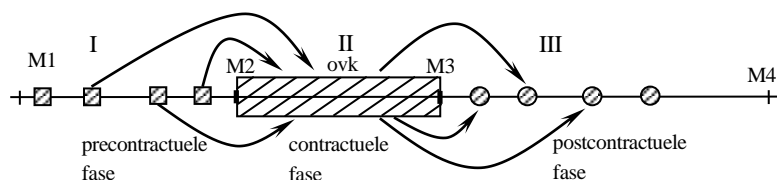
13. Vgl. HR 4 mei 1951, *NJ* 1952-129, nt PhANH, *De Vries - Gielen*. Zie voor de garantieproblematiek mijn artikel in *Bouwwrecht* 1985, p. 713, en onder, Hfdst. 4, § 3.

14. *Dwaling bij obligatoire overeenkomsten*, 1961, p. 67 v. Schr. heeft geen medestanders voor zijn visie gevonden.

15. Ter informatie van de student-lezer, een commercieel advocaat rekent zo'n € 200,- tot 400,- per uur, afhankelijk van de moeilijkheidsgraad van de zaak, de ervaring van de advocaat, en de omvang van het kantoor (overheadkosten), hetgeen in gecompliceerde zaken kan oplopen tot € 600,- per uur. Wat de Amerikaanse praktijk betreft, indertijd (1985) kwam mij ter ore dat een beginnend advocaat, vers van de collegebanken, op de grote kantoren in Manhattan (groot is max. 800 advocaten) een aanvangssalaris heeft van \$ 64.000 (hetgeen boven dat van

§1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

Voor de meer visueel ingestelde (jonge) lezer heb ik bovenstaande beschouwingen getracht in beeld te brengen, dat wil zeggen de invloed van precontractuele verklaringen op de overeenkomst, en vervolgens de wijze waarop een prudent contractant zijn maatregelen kan nemen, teneinde het precontractuele gebied zoveel mogelijk te annexeren, en tot onderdeel van de contractsinhoud te maken. De vergelijkbare mogelijkheid van inpoldering ten opzichte van de postcontractuele fase, door middel van een concurrentiebeding ziet men eveneens uitgebeeld.



- invloed van verklaringen afgelegd in fase I op fase II (uitleg ovk; aktie uit dwaling/bedrog, artt. 6:228 v.; 3:44 BW)
- invloed van fase II op gedragingen in fase III (aktie ex art. 6:162 BW).
- verklaring afgelegd in fase I tot inhoud van fase II gemaakt (aktie ex artt. 6:74; 6:265 v. BW)
- gedraging in fase III onderworpen aan concurrentiebeding (aktie ex artt. 6:74; 6:265 v. BW).

Bij deze schematische weergave is van de nederlandse rechtspraktijk uitgegaan. Bij een weergave van de angelsaksische praktijk, zal het geannexeerde

een hoogleraar ligt). Men kan zich voorstellen wat het kost, wanneer een dozijn advocaten op een zaak losgelaten wordt, hetgeen niet ongebruikelijk is. De hoogste rekening die banken en advocaten gezamenlijk enige tijd geleden indienden bij een grote 'corporate take-over', is naar men zegt meer dan 100 mln dollar.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

precontractuele gedeelte het punt M1 naderen. Evenzo geldt, dat naar het standpunt van het Hof Amsterdam en de annotator Van der Grinten in de genoemde *B en W Supermarkten-zaak* (*anders* de hoge raad), het postcontractueel gedeelte het punt M4 omvat, zelfs oneindig doorloopt.¹⁶ Hetgeen doet denken aan engelse contracten voor 99 jaar.

Nog onbesproken blijft het fenomeen, dat de grens tussen de precontractuele en de contractuele fase door de onderhandelende partijen met grenskeien gemarkeerd kan zijn, die bij nader inzien soms zwerfkeien blijken te zijn. Het is de vraag wat wij daaraan hebben ter vaststelling van het magische punt M2, immers: 'a rolling stone gathers no moss'. Bij belangrijke transakties komt het in de praktijk namelijk veel voor, dat partijen meer vastigheid aan hun onderhandelingen en hetgeen daarin reeds bereikt werd, willen geven, en een regeling treffen die onder de weidse benaming 'voorovereenkomsten' bekend staat. Dit is een vlag die een rijke lading dekt. Men spreekt overigens ook wel van *pactum de contrahendo*, een term die te onzent met het proefschrift van Goudekot in 1906 in omloop kwam.¹⁷ Men treft hier wel een dozijn verschillende regelingen aan, die onder wisselende namen bekend zijn, in een ook hier uitbundige literatuur en jurisprudentie.¹⁸ Om wat orde op zaken te stellen heb ik de diverse regelingen naar inhoud en strekking gesorteerd; voor de fijne nuances, zo men daaraan behoefte zou hebben, wordt naar genoemde literatuur en rechtspraak verwezen.¹⁹

Allereerst dient opgemerkt te worden dat de term 'voorovereenkomsten' minder gelukkig is: zij komt overeen met een species van het genus onderhandelingsafspraken. Ik zou de voorkeur willen geven aan de term 'precontractuele regelingen'; hieronder worden verstaan afspraken en overeenkomsten tussen onderhandelende partijen, gericht op het totstandbrengen of voltooien van de hoofdovereenkomst. Men kan twee typen regelingen onderscheiden: 1. bedoeld om de onderhandelende partijen aan elkaar te binden, gericht op dooronderhandelen; 2. bedoeld om vast te leggen wat reeds in de onderhandelingen bereikt is; er is overeenstemming over de hoofdzaken, de uitwerking volgt.

Onder het voorbehoud dat ook hier de grenzen vloeiend zijn, en partijen soms beide doelen nastreven met hun regeling, volgt hier een kort overzicht van deze rechtsfiguren. Het eerste type regeling wordt door mij 'procedureel'

16. Zie *NJ* 1984, 272, en mijn noot in *AA* 1986, p. 383, en boven, Hfdst. 2, § 2, nr 13.

17. J. Goudekot, *Afspraken tot het sluiten van overeenkomsten*, diss. Amsterdam 1906.

18. Vgl. voor deze materie: *Contractenrecht II* (Blei Weissmann), 1991, nr 374 v.; W. van Schendel, *Enkele opmerkingen over 'voorovereenkomsten', i.h.b. in de bouw, Bouwrecht* 1981, p. 153.

Voor andere rechtsstelsels: Schrans, t.a.p., p. 229 v.; 247 v.; Fikentscher, § 23 v.; Esser-Schmidt I, § 14 III; Ghestin II, nr 229 v.; J. Cedras, *L'obligation de négociateur*, *Rev. Trim. dr. comm.* 1985, p. 265, op p. 274 v.

19. In tegenstelling tot de beschouwingen in *Contractenrecht* en het artikel van Van Schendel, heb ik gezocht naar punten van overeenstemming tussen verschillende rechtsfiguren, en niet naar punten van verschil, die ragfijne onderscheidingen zouden rechtvaardigen. Dat laatste is overigens een algemeen euvel waaraan de losbladige bundels lijden, liever gezegd, waaronder de abonnee lijdt.

Zie voor dit onderwerp ook: E.A. Farnsworth, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, 87 *Col. Law Rev.* (1987), p. 217 v.

§1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

genoemd, het tweede ‘inhoudelijk’. Ik geef het voor beter, maar ‘Ordnung muss sein’.

I. Procedurele precontractuele regelingen

a. *Beginsel-akkoord, principe-overeenkomst of letter of intent*

De regeling die onder deze benamingen bekend staat, kan verschillend van vorm en inhoud zijn, doch de strekking is steeds dat partijen elkaar willen verplichten tot verder onderhandelen.²⁰ Er zijn ruwweg drie vormen: vrij summier, slechts een intentieverklaring (letter of intent), veelal door beide partijen ondertekend; het stuk kan de stand van zaken van de onderhandelingen op dat moment weergeven; tenslotte, het stuk kan een vrijwel uitgewerkt contract inhouden. In het laatste geval is een combinatie met type 2 mogelijk.

De rechtsgevolgen van een dergelijke regeling zijn, samengevat, dat voor beide partijen de verplichting ontstaan is om met de wederpartij de onderhandelingen te goeder trouw voort te zetten. Deze verplichting tot dooronderhandelen kan men in het algemeen ontleden in de volgende verplichtingen; geheimhouding betrachten; geen onderhandelingen met derden aangaan; serieus ingaan op nadere voorstellen van de tegenpartij, d.w.z. deze niet zonder redelijke grond afwijzen; de tegenpartij in de gelegenheid stellen om op een voorstel te reageren en een eigen tegenvoorstel uit te werken.²¹

Als men zich afvraagt wat de rechtsgevolgen bij afgebroken onderhandelingen zijn, dan kan men stellen, dat bij de beoordeling daarvan ook de gedragingen van partijen na het tot standbrengen van de regeling van gewicht zijn. Onder invloed daarvan kan sprake zijn van een verplichting om gemaakte kosten te vergoeden, en in sprekende gevallen zelfs om schadeloos te stellen voor gedeelde winst.²²

Het komt ook voor, met name bij grote projecten, dat partijen een regeling voor kosten- of schadevergoeding overeenkomen. Ook ziet men wel dat aansprakelijkheid voor dergelijke kosten of schade uitdrukkelijk uitgesloten wordt.²³

b. *De overeenkomst tot het sluiten van een overeenkomst (voorovereenkomst; pactum de contrahendo)*

Bij deze regeling kunnen de onderhandelende partijen zich verbinden in de vorm van een overeenkomst om de onderhandelingen, leidend tot de hoofdovereen-

20. Vgl. voor deze figuur: Schoordijk, t.a.p., p. 96 v.; B. Wessels, *Gentlemen's agreements*, 1984, p. 41 v.; M. Lutter, *Der letter of intent*, 1983, bespr. door K. Blaurock, *ZHR* 1983, p. 334. W.S.M. Schut, *Letters of intent*, 1986. Zie voor de gentlemen's agreements nog Deel 2, Hfdst. 9, § 2, nr 6.

21. Vgl. Van Schendel, t.a.p., p. 159.

22. Vgl. Schoordijk, p. 102, en verder: H.J. de Kluiver en M.M. MacLean, *Rm Themis* 1987, p. 5 v.; 60 v.

23. Een voorbeeld van een kostenregeling is te vinden in het arrest *ABB - Staat* (1997) dat hieronder besproken wordt (nr. 9); een voorbeeld van een exonerationclausule biedt het arrest in de *Mirror*-zaak (1995), eveneens nog te bespreken (idem).

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

komst voort te zetten. De verplichtingen tegenover elkaar, die onder *a* aan de orde kwamen, zijn ook hier in het geding; het verschil is slechts dat de grondslag daarvoor contractueel is. Dit brengt verder met zich, dat de verplichtingen uitdrukkelijk overeengekomen kunnen zijn, ofwel uit de goede trouw voortvloeien bij uitleg van de voorovereenkomst. Voor de vraag hoe men kan vaststellen of zo'n overeenkomst gesloten werd, wordt verwezen naar de algemene regels voor totstandkoming van overeenkomsten (zie Hfdst. 1, § 6). Het zal duidelijk zijn dat dit weidse perspectieven biedt, indien men zich die regels voor de geest haalt, bijv. de stilzwijgende aanvaarding, en de normatieve uitleg die in het algemeen bij de vaststelling van aanbod en aanvaarding gehanteerd wordt.²⁴

II. Inhoudelijke precontractuele regelingen

Hier gaat het om de vastlegging van de hoofdzaken waarover bij de onderhandelingen overeenstemming bereikt werd, de globale overeenkomst die partijen trachten te sluiten. Men kent van dit type:

a. Rompovereenkomst

Een dergelijke overeenkomst is in wezen de hoofdovereenkomst die op een aantal punten nog om nadere uitwerking of invulling vraagt. Soms is sprake van het gebruik van een modelovereenkomst, door een van partijen of een derde instantie opgesteld, bijv. aannemingscontracten de UAV (Uniforme Administratieve Voorwaarden); partijen kunnen dan naderhand in clausules wijzigingen aanbrengen, toegesneden op hun situatie.

b. Voorlopige- of concept-overeenkomst

Het contract staat hier in de grondverf, of soms al in dekkende verf, maar partijen hebben nog niet hun definitieve ja-woord gegeven. Als men van 'voorlopig' spreekt, ligt het accent op het nader overleg dat nog volgen moet; in geval de term 'concept' gebruikt wordt, ligt het accent op het feit dat het concept nog goedgekeurd moet worden door partijen. Naar mijn mening is het slechts een kwestie van accenten, en betreft het hier vrijwel identieke rechtsfiguren. In de internationale praktijk wordt ook gesproken van *heads of agreement*.

c. Basis- of raamovereenkomst

Ook hier twee verschijningsvormen van een in mijn ogen zelfde overeenkomst. Partijen hebben de verplichting om details nader uit te werken in onderling overleg, ofwel het overeengekomen contract nader aan te passen aan de specifieke behoeften van partijen. Doorgaans worden daartoe maatstaven,

24. Men zit dan op de lijn van Jhering in de vorige eeuw, zij het dat men toen zo nodig fictie te baat nam. In deze tijd vindt men deze oplossing nog steeds verdedigd, zij het zonder fictie; zie bijv. Van Schendel, t.a.p., 156. Zie ook het geval van *DuMée - Mevr. Vestdijk cs.*, Hof Amsterdam 7 mei 1987, *NJ* 1988, 430, waar sprake was van een optie. Vgl. nog onder, nr 7.

§1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

normen of procedureregels aangegeven in de basis- of raamovereenkomst. Bij de eerste vorm van contract ligt het accent bij het gegeven dat de overeenkomst de basis vormt voor andere contracten, terwijl in de laatste vorm een globale regeling, een raam, gemaakt wordt ter verdere uitwerking. Een goed voorbeeld is het bij de Deltawerken gebruikte (model)raamcontract.²⁵

Bij afgebroken onderhandelingen zal bij dit type inhoudelijke regelingen, in nog sterkere mate dan in geval van de sub I besproken procedurele regelingen, aanleiding zijn om een kostenvergoeding toe te wijzen, en eventueel vergoeding van gedeelde winst. Verder geldt, dat afhankelijk van de omstandigheden van het geval, bij dit type inhoudelijke regelingen, het eerder denkbaar is dat de rechter tot de constatering komt dat het punt van totstandkoming van de hoofdovereenkomst al bereikt is (M2). Bepalend is hier, hoe groot de leemten zijn die in de precontractuele overeenkomsten zitten. Ook behoort hier een verplichting tot dooronderhandelen, of zelfs tot contracteren, tot de mogelijkheden.²⁶ Op beide onderwerpen wordt echter hieronder nog ingegaan (nr 7).

B. DE PRECONTRACTUELE FASE

3. *Verplichtingen in de precontractuele fase*

De verplichtingen die voor de onderhandelende partijen bestaan, vragen om nadere aandacht. Allereerst laat de vraag naar het rechtskarakter van die verplichtingen zich stellen. De grote sprong voorwaarts in het denken over deze materie is de bekende uitspraak van de hoge raad uit 1957, dat partijen door in onderhandeling te treden 'tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, *rechtsverhouding*' (Baris - Riezenkamp, NJ 1958, 67). Dat laatste werd al direct door de meeste commentatoren als een verschrijving van de cassatierechter beschouwd, aangezien natuurlijk van nog geen 'rechtsverhouding' sprake kan zijn voordat de overeenkomst gesloten is.²⁷ Ook het vervolg van de befaamde zinsnede van de hoge raad, dat te weinig de aandacht trok, ondervond aanvankelijk zware kritiek: een 'rechtsverhouding, medebrengende dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de

25. Het voorbeeld is van Van Schendel, p. 160.

Nog niet ter sprake kwam een Duitse rechtsfiguur, 'Punktation' genaamd, § 154 BGB; partijen inventariseren punt voor punt hetgeen de onderhandelingen tot dusver opgeleverd hebben, en leggen dat vast. Vgl. daarover Drion, preadv. 1967, p. 267; Schrans, idem, p. 231; Rieg, *La ponctuation, contribution à l'étude de la formation successive du contrat*, *Etudes Jauffret*, 1974.

26. A-g Franx spreekt in zijn conclusie voor *Van Oosterom - Majoer*, NJ 1981, 426, p. 1421 l.k., over de 'verplichting tot contracteren', aangezien bij voor-, romp- of raamovereenkomsten een 'zekere wilsovereenstemming' bestaat.

27. Vgl. boven, nt 5, waar Van der Grinten en Drion genoemd werden. Eenzelfde standpunt werd ingenomen door Hijmans van den Bergh, Van Opstall, Kamphuisen, Hardenberg (vgl. de laatste, *WPNR* 4971 (1967), p. 470), en in de laatste jaren door Schut en Van der Werf (vgl. ook Asser-Hartkamp II, nr 159).

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

gerechtvaardigde belangen van de wederpartij'.²⁸ De wijze waarop vervolgens de zogenaamde *onderzoeksplicht* ten doop gehouden wordt, is opmerkelijk; de raad spreekt van 'een gehoudenheid' om binnen redelijke grenzen een onderzoek in te stellen alvorens te contracteren, hetgeen ook omschreven wordt als 'de zorg bij het aangaan van een overeenkomst', die gerelateerd wordt aan 'regels van de goede trouw'. Korte tijd later aanvaardt het college een *spreekplicht*, eveneens uit hoofde van de goede trouw (*kantharos-arrest*, NJ 1960, 59). Voordat rechtsgeleerd Nederland van zijn verbazing kon bekomen, werd de nieuwe benadering in een reeks dwalingsarresten uitgewerkt.²⁹ Naar zich laat aanzien, stuit deze moderne zienswijze van de hoogste rechter tegenwoordig op weinig weerstand meer; zolang op de precontractuele fase een contractuele volgt, wordt het voorstellingsvermogen van de traditionele jurist immers weinig beproefd. Dat ligt anders, indien er geen gevolg is, omdat de onderhandeling stuk lopen, dan moet voor de meeste schrijvers de goede trouw plaats maken voor de onrechtmatige daad. Hieronder wordt nog op die kwestie teruggekomen (nr 8).

Het is, ook naar de inzichten van 1957, niet zo buitenissig om van een 'rechtsverhouding' te spreken waarvan de onderhandelende partijen deel uitmaken, onder de aegis van de goede trouw; de hoge raad had eerder al beslist dat eigenaren in een onverdeelde boedel, en echtgenoten in huwelijksgemeenschap, in een rechtsverhouding verkeren die door de goede trouw beheerst wordt.³⁰ Hetgeen schrijvers als J. Wiarda en Schoordijk inspireerde om te stellen dat alle rechtsverhoudingen door de goede trouw beheerst worden.³¹ Het lijkt dus wilder dan het is om rechtsverhouding in de precontractuele fase aan te nemen. Maar wat wil dat nu eigenlijk zeggen? Wat is het rechtskarakter van een (zorg)verplichting uit hoofde van de goede trouw? Is het een *verbintenis*, en is zij *afdwingbaar*? Dat eerste hangt ervan af, wat men onder een verbintenis verstaat; in mijn opvatting zou van een verbintenis gesproken kunnen worden.³² De gangbare opvatting in de jurisprudentie lijkt te zijn, dat zij als kenmerk heeft dat zij niet afdwingbaar is, hetgeen in de duitse doctrine een 'Obliegenheit' genoemd wordt. Het rechtsgevolg van niet naleving van een dergelijke verplichting (verbintenis) is, dat de wederpartij bijvoorbeeld bevoegd is een beroep op dwaling of bedrog in te stellen. Ik acht overigens ten aanzien van sommige verplichtingen afdwingbaarheid niet uitgesloten, bijv. bij de

28. De kritiek kwam met name van Van der Grinten, H. Drion en G.J. Scholten,; zij werd afgezwakt n.a.v. *Booy - Wisman*, NJ 1966, 183. Men zie voor een weerlegging van die kritiek onder, Hfdst. 5, § 1, nr 3.

29. Zie onder, Hfdst. 5, § 1, nr 4.

30. In het *conversie I-arrest*, HR 21 jan. 1944, NJ 120, overwoog de HR dat 'beginselen van goede trouw en billijkheid de rechtsverhouding tussen de deelgenoten der ervengemeenschap mede bepalen'. Hierop volgde *Kessels - Kessels*, in dezelfde zin, HR 20 dec. 1946, NJ 1947, 59; HR 9 mei 1952, NJ 1953, 563, *huurgenot-arrest* (deelgenoten in ontbonden huwelijksgemeenschap) (vgl. in later tijd *Katwijkse boedelscheiding*, HR 16 jan. 1981, NJ 312, nt EAAL). Vgl. ook nog Pitlo-Bolweg, p. 268 v. en al J.H. Beekhuis, WPNR 4029 (1948).

31. En vele andere auteurs, met als voorloper Eggens, vgl. P. Abas, *De beperkende werking van de goede trouw*, diss. Amsterdam 1972, p. 50, voor vindplaatsen.

32. Zie hiervoor Deel 2, Hfdst. 8. Vgl. ook De Kluiver, diss. nr 52, die tot de conclusie komt dat hier 'in een aantal opzichten' sprake is van een rechtsverhouding, doch niet 'zonder meer van een verbintenisrechtelijke rechtsbetrekking'.

§1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

mededelingsplicht.³³ De tegenpartij kan er in de onderhandelingsfase belang bij hebben om de ander tot het verschaffen van informatie te dwingen. Dat is mede een economisch belang: de tijd besteed aan zinloze onderhandelingen kan beter besteed worden; men kan intussen een ander lucratief contract mislopen; er worden kosten gemaakt, waarbij het de vraag is of die verhaald kunnen worden, etcetera.

Nog een kanttekening bij de hegemonie van de goede trouw op dit terrein, naar een gangbare opvatting is dit beginsel van toepassing in verhoudingen waarbij van een vertrouwensrelatie sprake is. Aldus ook Van der Grinten, die eerder de hoge raad juist op dit punt, zoals wij zagen, kritiseerde.³⁴ Een van de karakteristieke kanten van de onderhandelingsfase is juist het vertrouwen dat in de andere partij gesteld wordt, doorgaans vanwege haar grotere kennis of deskundigheid. Indien het tot schadevergoeding komt bij het afbreken van onderhandelingen, is er, zoals wij hieronder zullen zien, steevast sprake van *geschonden vertrouwen* als grondslag voor de schadeloosstelling.

Als men de precontractuele fase beziet, wordt al snel duidelijk dat er veel meer verplichtingen aangetroffen kunnen worden dan die welke de hoge raad in zijn dwalingsarresten ontwikkelde, de inmiddels bekende (voer voor studenten) onderzoeksplicht, mededelingsplicht, en dergelijke. Het wemelt er eigenlijk van. Het hier volgende overzicht is verre van uitputtend.

Allereerst zijn er de verplichtingen die uit precontractuele regelingen kunnen voortvloeien, zoals wij boven zagen, zoals geheimhoudingsplicht, het afzien van onderhandelingen met derden, te goeder trouw dooronderhandelen, etcetera. Dan zijn er verplichtingen die neergelegd zijn in reglementen die de onderhandelingen in goede banen moeten leiden. Een goed voorbeeld is het Uniform Aanbestedingsreglement (UAR) van toepassing op aannemingsovereenkomsten met de overheid. Goudsmit heeft verdedigd dat hier sprake is van een aantal verbintenissen (o.m. om inlichtingen te verstrekken; aanbestedingsregels na te komen) die hetzij rechtens afdwingbaar zijn, hetzij bij niet-nakoming tot een schadevergoedingsplicht kunnen leiden.³⁵ Verder kan men denken aan regels, soms in 'codes' neergelegd, zoals die welke de sollicitatie betreffen, de overname van bedrijven (Fusiecode), oneerlijke concurrentie, oneerlijke reclame, aanduiding en omschrijven van waren, etcetera.³⁶ Soms is men naar bestendig gebruik verplicht om voor een vergunning zorg te dragen, of voor deugdelijke licenties, toestemming van auteursgerechtigden *e tutti quanti*. Ook kan men verplichtingen tegenover derden hebben, die nagekomen dienen te worden in het contract met de wederpartij, bijv. uit een zogenaamde opzetcontract (men heeft zich verplicht een gedeelte van de contractsprijs aan andere inschrijvers te doen toekomen, ter

33. Vgl. ook J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, 1989, nr 164 v. Vgl. ook nog Deel 2, Hfdst. 8, en in het algemeen Asser-Hartkamp II, nr 160 v.

34. In zijn opstel in de *Hermesdorf-bundel*, 1965, p. 159. Vgl. ook Abas, p. 48.

35. J.J. Goudsmit, *Reglementen in het precontractuele stadium*, *NJB* 1974, p. 229, op p. 231.

36. Vgl. resp. M.M. Mendel, *De rechtsbescherming van de sollicitant*, *Reeks Studiekring H. Drion*, nr 3, 1975; O. de Savornin Lohman, *De SER-fusiecode en de beursoverval*, idem, nr 1, 1970. Zie voor de overige genoemde onderwerpen: *Onrechtmatige Daad VI* (Martens), 1990/91.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

vergoeding van gemaakte kosten).³⁷ Dergelijke verplichtingen kunnen ook uit zogenaamde *gentlemen's agreements* voortvloeien.³⁸ Een heel ander chapter is het bestaan van een natuurlijke verbintenis die de aanleiding is om een overeenkomst aan te gaan, bijv. een verzorgingsovereenkomst of schenking. Eerst door de 'omzetting' of 'versterking' van de natuurlijke verbintenis in een civiele is een afdwingbare verbintenis ontstaan.³⁹

Hierboven, bij de behandeling van het aanbod, kwam aan de orde dat uit de rechtshandeling aanbod behalve een hoofdverbintenis (om de toezegging gestand te doen) een aantal nevenverbintenissen ontstaan (Hfdst. 1, § 4, nr 4). Als nevenverbintenissen in de precontractuele fase vindt men daar genoemd, de verplichting om de aangeboden zaak ter beschikking te houden, de zaak in goede staat of van een bepaalde kwaliteit te houden, bij teniet gaan een zaak van elders te betrekken, en dergelijke.

Tenslotte is er een situatie mogelijk, waarin men verplicht is een aanbod te doen en aan de totstandkoming van een overeenkomst mee te werken, hetgeen in het oosten als 'Kontrahierungszwang' bekend staat.⁴⁰ Die verplichting kan op de wet berusten, bijv. ten aanzien van dienstverlening door een bepaalde beroepsgroep (notarissen), maar kan ook haar grondslag in een andere overeenkomst vinden, bijv. een aannemingscontract waarin een bepaalde onderaannemer of fabrikant van bouw materiaal door de opdrachtgever voorgeschreven is, of een convenant met de overheid waarbij voorschriften voor opslag of zuivering van stoffen gegeven zijn.⁴¹ Een schoolvoorbeeld is het vervoersbedrijf dat van de overheid een concessie gekregen heeft om een buslijn te exploiteren, en verplicht is iedere passagier te accepteren. Hetzelfde geldt voor nutsbedrijven, waarbij sprake is van wat de Duitsers als 'Daseinsvorsorge'

37. Vgl. voor die problematiek in de bouw, HR 11 febr. 1972, *NJ* 259, nt GJS, *Smit - Ver. WAC*; W.J. Slagter, *Mededingingsrecht in de bouw, Bouwrecht* 1975, p. 230; 571; Tj.H. Boonstra *Prijsvormingsregels bij de aanbesteding*, *BR* 1981, p. 178; en verder de preadv. Ver. v. BR 1986, Van Nouhuys, Slagter, Flamme. Het nederlands recht is op dit punt ingrijpend gewijzigd door EEG-recht inzake aanbesteding van werken, o.m. richtlijnen werken 93/37/EEG, zie: *Bouwrecht in kort bestek*, Red. M.A.M.C. van den Berg c.s., 4e dr., Deventer, 2000, §§ 6.4.4; 10.2.

38. Vgl. Reuss, *Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen's Agreements*, *Archiv. civ. Prax.* 1954-55, p. 485; Wessels, *Rm Themis* 1982, p. 332 v.; *Gentlemen's agreements* 1984 (bespr. door L. Hardenberg, *NJB* 1985, p. 293). Vgl. voor de jurisprudentie nog *Contractenrecht I* (Den Tonkelaar), 1990, nr 22.

39. Pitlo-Bolweg, 1979, p. 295 v.; vgl. ook nog onder, Deel 2, Hfdst. 8, § 2.

40. Vgl. J.J. Nagelkerke, *Contractweigerig in het Franse en Nederlandse recht*, diss. Amsterdam-VU 1973, p. 119; F. Bydlinski, *Kontrahierungszwang und Anwendung allgemeinen Zivilrechts*, *JZ* 1980, p. 378; *Contractenrecht VIII* (Spier), 1990, nr 25 (wettelijke leveringsplicht nutsvoorzieningen). Zie voor dit onderwerp P. Klik, *Contractsdwang*, preadv. Ver. v. Burgerlijk Recht 1992.

41. Vgl. resp. mijn artikelen *Op de grenslijn van overeenkomst en onrechtmatige daad*, *BR* 1984, p. 310 (ook in *Dialektiek R. en R., 1b*, p. 200); *Aansprakelijkheid voor een risico's van aangetrokken adviseurs, leveranciers, onderaannemers en andere hulppersonen*, *BR* 1984, p. 649. H.J.M. Desain, *Milieubescherming d.m.v. overeenkomst*, *NJB* 1975, p. 709 v.

Een voorbeeld van een optieplichting is HR 19 nov. 1982, *NJ* 1983, 102, *Veldman - Van Dijken*, en het eerder genoemde *Du Mée - Mevr. Vestdijk* (vgl. nt 24).

§1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

omschrijven.⁴² Als men meer in grote transakties geïnteresseerd is, kan men bij internationale contracten die de staat sluit aan de zgn. compensatie-orders denken, bedoeld om de nationale industrie wat graantjes te laten meepikken, als politieke smeerolie voor de transactie. Van smeerolie naar smeergeld is een stap. Een verplichting om smeergeld te betalen, zal in het recht niet al te snel serieus genomen worden (goede zeden-norm). Toch worden ook op dit terrein afspraken gemaakt, al of niet bij contract, want in driekwart van de wereld is dit een realiteit, die behoort tot de 'costs of doing business' (dit was een rechtssociologische observatie). Het verhaal gaat dat op de begroting van een grote oliemaatschappij de gelden daarvoor opgevoerd werden onder de post 'palmolie'. Een truc om deze post te reduceren is overigens dat men de opdrachtgever uit een ontwikkelingsland verplicht om zelf de sub-contractanten te contracteren.

Zo kan men doorgaan; er blijken voordat van een overeenkomst sprake is talloze verplichtingen te bestaan (wellicht ook afdwingbare) die op de onderhandelende partijen rusten. Het is of men een druppel slootwater onder de microscoop legt: het krioelt van leven, al zou men dat met het blote oog niet zeggen.

4. *Precontractuele fase: grensgeschillen*

Alvorens de afgebroken onderhandelingen aan een beschouwing te onderwerpen, wanneer per definitie geen 2e fase gevolgd is, nog een nadere blik op de schermutselingen rond het magische punt M2, de totstandkoming van de overeenkomst. Vaak is dit een onduidelijk punt en strijden partijen over de vraag of dat punt reeds bereikt is bij de onderhandelingen.

De discussie kan zich allereerst afspelen rond het leerstuk van aanbod en aanvaarding. Kan men door herroeping van het (bindend) aanbod de totstandkoming vrijdelen, zij het dat men de andere partij schadeloos moet stellen? Geld maakt niet gelukkig, maar veel geld wel. Deze zienswijze, herroepen *mag* niet, maar *kan* wel, verdedigd door Rutten, is zoals eerder besproken, door de hoge raad verworpen in *Lindeboom - Gem. Amsterdam*, 1969 (zie boven, Hfdst. 1, § 3, nr 3 v.). Indien sprake is van een vrijblijvend aanbod, in de zin van een uitnodiging tot het doen van een aanbod (zie boven), waarop aanbod en aanvaarding gevolgd zijn, kan de vrijblijvend aanbieder niet alsnog de overeenkomst ongedaan maken door zijn oorspronkelijke aanbod te herroepen. Aldus *Hofland - Hennis*, 1981 (boven, Hfdst. 1, § 5, nr 3). Indien de aanvaardingshandeling niet deugelijk gebeurde, bijv. omdat aan het vereiste van gerichtheid niet voldaan is, komt de overeenkomst niet tot stand (boven, § 6, nr 5). Voor de technische details op dit terrein wordt verder naar Hoofdstuk 1 verwezen. Wel dient nog een rechtsfiguur genoemd te worden die als 'contractsweigering' door het leven gaat, een uit de franse doctrine overgewaaid leerstuk, 'abus de droit de ne pas contracter'. Hieraan is vooral de naam van Roubier verbonden en diens proef-

42. Voor de op dit terrein in het duitse recht, ontwikkelde figuur van 'Faktische Vertragsverhältnisse', zie mijn diss. *N.U.* p. 406 v.; Fikentscher, § 18 III, en kritisch, Esser-Schmidt I, § 10 I.2.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

schrift uit 1911.⁴³ Pleitbezorger in ons land is Nagelkerke, die zijn dissertatie hieraan wijdde in 1973. Deze constructie van misbruik van recht is in de franse doctrine echter al lang op een zijspoor geraakt.⁴⁴ Nagelkerke heeft in ons land geen navolging gevonden met zijn benadering. Indien men de door hem verzamelde rechtspraak analyseert, valt op dat vaak met behulp van bestaande regels inzake aanbod en aanvaarding een oplossing geboden wordt, zonder dat men van de figuur van misbruik van contracteervrijheid gebruik hoeft te maken. Bij de tot de verbeelding sprekende *C & A-zaken* uit de jaren twintig, bijvoorbeeld: *C & A* liet door stromannen (in casu: -vrouwen) de in etalages van concurrenten laaggeprijsde, als 'koopje' geëtalende zaken opkopen, voordat het winkelend publiek daartoe in staat zou zijn.⁴⁵ De concurrenten, Van Hasselt en V & D, krijgen dit door, en weigeren de zaken aan voor *C & A* opererende dames te verkopen (aanvankelijk had *C & A* personeel daarvoor ingezet, later betaalde huisvrouwen). Hier kan men stellen, zoals Nagelkerke trouwens ook zelf doet, dat normatieve uitleg van het openbare aanbod van Van Hasselt en V & D tot de vaststelling leidt dat het aanbod niet gericht is tot hun concurrenten of strolieden die ten behoeve van de laatste optreden. De drijfveer voor *C & A* was, zoals ten processe gesteld werd, 'uitsluitend om de reclame-aanbiedingen tegen goedkope prijzen onmogelijk te maken, opdat *C & A* toch goedkoper zal zijn' (aldus V & D). Tegen de achtergrond zal men de slagzin van *C & A* met gemengde gevoelens bezien, dat zij 'toch voordeliger is'. Toepasselijk mopje uit mijn lagere schooltijd: klein jongetje krijgt op zijn kop van vader wegens liegen, verweert zich met beroep op *C & A*, 'die is toch ook voor-de-liger!'

Een geheel andere bron van onzekerheid is die op het gebied van de natuurlijke verbintenis. Neem het geval van een bedrijf dat tegenover een ex-werknemer een pensioenverplichting op zich neemt, in geval de arbeidsovereenkomst daarin niet voorzorg (hetgeen, zeker enige tijd geleden, vrij vaak voorkwam). Het gaat slechter met het bedrijf, en de uitkeringen worden gestaakt. Het bedrijf stelt dat slechts gevolg is gegeven aan het voldoen aan een natuurlijke verbintenis ter zake; de ex-werknemer is van mening dat deze natuurlijke verbintenis omgezet is in een civiele, welke derhalve afdwingbaar is. Aldus bijvoorbeeld de casus van *Liebrand - Diepenheim* uit 1956.⁴⁶ De vraag of er van omzetting (versterking) in casu sprake is, is er een van (normatieve) uitleg, met name als men bedenkt dat in de opvatting van de hoge raad een natuurlijke verbintenis 'stilzwijgend' bekrachtigd kan worden; de wijze van betaling is voor de uitleg relevant. Het baat de werkgever niet om zijn pensioenverplichting 'tot wederopzeggen' aan te gaan, aangezien de hoge raad leert dat dit niet tot willekeur mag leiden, en men gebonden is aan de eisen van goede trouw, *Van*

43. P. Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, thèse Lyon 1911; vgl. Nagelkerke, diss., p. 8.

44. Vgl. naast Nagelkerke, p. 6 nt 2, Ghestin II, nr 228; Carbonnier 4, nr 17; J. Schmidt, nr 213.

45. Ktg. Amsterdam 19 maart 1924, *NJ* 688; idem, 1 aug. 1929 *W* 12018; HR 29 nov. 1929, *NJ* 1930, 293 nt EMM, besproken bij Nagelkerke, diss., p. 133 v.

46. HR 7 dec. 1956, *NJ* 1958, 445; vgl. voor deze materie Pitlo-Bolweg, p. 257 v. Vgl. ook nog Deel 2, Hfdst. 8, § 2.

§1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

Reesema - VVC.⁴⁷ In deze casus was overigens sprake van een gentlemen's agreement rond de pensioenuitkering. Die figuur kwam al eerder ter sprake; het voldoen aan een verplichting uit een 'herenakkoord' kan men zien als het voldoen aan een natuurlijk verbintenis: het gaat om een rechtens relevante verplichting, die echter niet afdwingbaar is, in beginsel.⁴⁸

Bij de beantwoording van de vraag of het punt van totstandkoming van de overeenkomst bereikt is, kan men gebruik maken van een methode, waarbij men nagaat hoe groot de leemten zijn in de regeling die partijen troffen. Immers, men kan al van een overeenkomst spreken, wanneer partijen niet alles contractueel vastgelegd hebben maar een aantal kwesties ongeregeld, open hebben gelaten. Daarbij kan een beroep gedaan worden op de leemtetheorie van Suijling of van Bregstein (vgl. boven, Hfdst. 2, § 2, nr 7), maar nodig is dat niet, aangezien art. 6 : 248 BW (1375 oud BW) al in een behoefte voorziet: men mag het overeengekomene aanvullen op grond van wet, gebruik en billijkheid. Deze mogelijkheid werd nadrukkelijk aan de orde gesteld in het arrest *Staalman - Horeca* uit 1962 (boven, idem) waar de vaststelling van de inhoud van een overeenkomst in het geding was, met name de uitleg van een wachtgeldregeling; de methode werd echter ook in de precontractuele fase gehanteerd, in *Polak - Zwolsman*, uit 1968.⁴⁹

Zwolsman was in onderhandeling met de futuroloog Polak over een adviseurschap. Op een aantal punten was men het eens geworden, op andere punten had men echter nog geen overeenstemming bereikt, toen Zwolsman de onderhandeling afbrak. Polak stelt zich op het standpunt dat reeds van totstandkoming van de overeenkomst gesproken kan worden, ook al vragen een aantal zaken nog om andere invulling. Overeenstemming was bereikt over het salaris en over een vergoeding indien de arbeidsverhouding na een bepaalde datum niet zou worden gecontinueerd; geen overeenstemming was er over kwesties als woning, kantoorruimte, auto, winstaandeel en pensioenbijdrage. De hoge raad overwoog als volgt:

‘dat de in het eerste onderdeel van het middel vervatte stelling dat een overeenkomst reeds tot stand is gekomen, wanneer tussen partijen overeenstemming omtrent enige verbintenis is bereikt, ten aanzien van overeenkomsten als de onderhavige, bij het tot stand komen waarvan een aantal onderling samenhangende verbintenissen moet worden geregeld, in haar algemeenheid niet kan worden aanvaard;

dat de vraag of ten aanzien van zulk een overeenkomst overeenstemming omtrent een of meer onderdelen een overeenkomst doet ontstaan zolang omtrent andere onderdelen nog geen overeenstemming bestaat, afhankelijk is van de bedoeling van partijen, zoals deze op grond van de betekenis van hetgeen wèl en nièt geregeld is, van het al dan niet bestaan van het voornemen tot verder onderhandelen en van de verdere omstandigheden van het geval moet worden aangenomen;

dat voorts om in een geval waarin de tussen partijen bereikte overeenstemming ten aanzien van de regeling van haar verhouding leemten laat bestaan, te kunnen aannemen dat een overeenkomst is tot stand gekomen, in ieder geval nodig is dat aan de hand van de bedoeling van partijen en zo nodig van de wet, in het bijzonder van de artt. 1374 en 1375 BW,

47. HR 15 jan. 1971, *NJ* 187 nt GJS, waarover Pitlo-Bolweg, p. 297; Wessels, *Rm Themis* 1982, 338 v.

48. Vgl. de boven, nt 37, genoemde lit. waaraan toe te voegen: L. Hardenberg, *WPNR* 5359 (1976). Zie nog uitvoerig: Deel 2, Hfdst. 8, § 2.

49. HR 14 juni 1968, *NJ* 331, besproken door o.m. Wessels, t.a.p., p. 345; Schoordijk, p. 92 v.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

kan worden vastgesteld, waarin ten aanzien van hetgeen zij niet geregeld hebben haar verbintenissen bestaan.⁵⁰

Kortom, er mogen gaten in de kaas zitten, maar er moet nog wel van kaas sprake zijn. Er moet uit te komen zijn, bij het vullen van de hiaten, aan de hand van de bedoeling van partijen en de normen van goede trouw, waarbij de omstandigheden van het geval de doorslag geven. Zo kan men de uitspraak van de hoge raad parafraseren.⁵¹ Van belang is, of men over de essentialia uitonderhandeld is. Juist omdat men van mening kan verschillen wat essentieel is om van een 'overeenkomen' te spreken (hoe zwaar weegt bijvoorbeeld de vaststelling van de pensioenbijdrage?) is een oordeel hierover subjectief gekleurd. Een chicane van een der partijen ligt om de hoek. De rechter verkeert derhalve in geen benijdenswaardige positie om vast te stellen of het 'point of no return', zoals Schoordijk het beeldend noemde, al bereikt was of niet. Men kan zich afvragen, of de rechter slechts een alles of niets keus kan maken, en of niet een opdracht om door te onderhandelen soms uitkomst kan bieden.⁵² De bespreking van dat alternatief is echter meer op haar plaats bij de behandeling van de afgebroken onderhandelingen.

Dit thema is de laatste jaren nog verscheidene keren aan de orde geweest in de rechtspraak. In het arrest *Linguamatics - Polyglot* uit 1994 had het hof vastgesteld dat partijen die in onderhandeling waren over een software-overeenkomst op wezenlijke punten nog niet tot overeenstemming gekomen waren (wijze van controle op betaling van vergoeding, de kosten ervan), zodat nog geen sprake was van een bindende overeenkomst. Het hof hoefde zich niet erover uit te laten, oordeelde de raad, of de bereikte overeenstemming te kwalificeren was als een 'rompovereenkomst', welke term overigens geen vaste betekenis heeft.⁵³

50. In de ov. die volgen stelt de HR dat er geen overeenstemming tussen partijen over de pensioenbijdrage was, hetgeen naar het feitelijk (en onaantastbaar) oordeel van de Rb. een niet te verwaarlozen bedrag was (het ging om f 10.000,- op een jaarsalaris van f 75.000,- in het 1e jaar; voor het 2e jaar was f 20.000,- overeengekomen) en een leemte vormde die niet met behulp van de goede trouw aan te vullen was. Vgl. voor een soortgelijke uitspraak, met tegengestelde uitkomst: HR 6 mei 1960, *NJ* 1961, 366, *Van 't Hof - Suurenbroek c.s.*

51. Vgl. in dit verband in het Zwitserse recht, art. 2 Oblig. recht:

'Haben sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt, so wird vermutet, daß der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern sollte.

Kommt über die vorbehaltenen Nebenpunkte eine Vereinbarung nicht zustande, so hat der Richter über diese nach der Natur des Geschäftes zu entscheiden.

Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über die Form der Verträge.'

52. Schoordijk, p. 41 v., 92 v., legt een aanvechtbaar verband tussen de constatering dat er teveel leemten zijn om de totstandkoming van de overeenkomst aan te nemen, en de beslissing dat er geen grond is voor het opleggen van een verplichting tot dooronderhandelen. Het eerste sluit m.i. in het geheel niet uit dat er voldoende grond is om partijen naar de onderhandelingstafel te sturen. Voor voorbeelden, zie nog onder, als dat laatste onderwerp aan bod komt.

53. HR 18 maart 1994, *NJ* 1995, 744. In de overweging die hier aangehaald wordt, is in de tekst het woord 'geen' weggevalven, hetgeen uit de context blijkt (zie in dit verband ook concl. a-g).

§1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

Het oordeel van de feitelijke rechter is in deze kwesties van zeer groot gewicht; dat blijkt ook uit een arrest van 1995, *Shell - Van Esta Tjallingii*.⁵⁴ Partijen waren in onderhandeling over de vestiging van een benzinstation; de rechtbank was van oordeel dat partijen weliswaar op belangrijke punten tot overeenstemming gekomen waren (zoals een nieuwe huurperiode voor 10 jaar), maar nog geen overeenstemming bereikt hadden op punten die niet van ondergeschikt belang waren (de ingangsdatum indexering huurprijs, handhaving van overige voorwaarden uit oude overeenkomst, en zeggenschap inzake opvolging exploitant), zodat nog geen overeenkomst totstandgekomen was. Dit oordeel wordt in cassatie bevestigd; de klacht dat de rechtbank de subjektieve beleving van het gewicht van de punten waarop partijen nog niet tot overeenstemming gekomen waren - die objectief van gering belang geweest zouden zijn - als uitgangspunt genomen heeft, wordt verworpen wegens gebrek aan feitelijke grondslag.⁵⁵

Begin 2001 heeft de hoge raad het *Zwolsman*-arrest bevestigd in een antilliaanse zaak, waarbij een letterlijk citaat uit 1968 gebruikt wordt.⁵⁶

5. *Precontractuele fase zonder vervolg: afgebroken onderhandeling. Plas - Gemeente Valburg*

Dan nu het onderwerp dat de laatste decennia in de jurisprudentie in een stroomversnelling is gekomen: de rechtsgevolgen van afgebroken onderhandelingen. In de doctrine van de Europese landen bestaat al meer dan een eeuw belangstelling voor deze materie. De benaming die Jhering in 1861 in omloop bracht, *culpa in contrahendo*, is nog steeds het internationale wachtwoord bij juridische beschouwingen. De nieuwe rechtsfiguur heeft een enorme invloed gehad op de rechtsontwikkeling in Europa. Jhering had niet alleen de situatie op het oog dat geen overeenkomst op de onderhandelingen volgde (*culpa in contrahendo stricto sensu*) maar ook die waarbij dat wel het geval was (*-lato sensu*). Met dat laatste legde hij de basis voor contractuele acties die op onzorgvuldig precontractueel handelen gebaseerd zijn, zoals dwaling en bedrog.⁵⁷ Als grondslag voor de aansprakelijkheid zag hij een stilzwijgend gesloten voorovereenkomst, het 'Zielvertrag', waarbij partijen zich verbonden om bij de onderhandelingen de nodige zorgvuldigheid in acht te nemen (*diligentia in contrahendo*). De keus voor een overeenkomst hield verband met de primitieve staat van het onrechtmatige daadsrecht in die jaren (slechts onrechtmatigheid indien de wet daarin met zoveel woorden voorzag).

54. HR 16 juni 1995, *NJ* 705, nt PAS.

55. Op het punt van afgebroken onderhandelingen is de uitspraak nog interessant: de Rb. had een verplichting tot vergoeding van gemaakte kosten tijdens de onderhandelingen jegens Shell aangenomen, maar aangezien geen schadevergoeding gevorderd was, blijft dat in de lucht hangen. De klacht dat de Rb. de regels op dit terrein geschonden zou hebben, wordt door de HR verworpen. Zie ook de noot van Stein en Wessels, *NTBR* 1996, p.154, over de relatie tussen vastgestelde leemten en aansprakelijkheid voor afbreken van onderhandelingen.

56. HR 2 febr. 2001, *NJ* 179, *Sint Maarten Veterinary Hospital c.s. - Animal Hospital of the Neth. Antilles c.s.*

57. Vgl. voor dit onderwerp: Th. Bühler-Reimann, *Zum Problem der 'culpa in contrahendo'*, *SJZ* 1979, p. 357; P. Gottwald, *Die Haftung für culpa in contrahendo*, *JuS* 1982, p. 877.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

In deze eeuw werd de theorie van Jhering in veel landen overgenomen, zij het dat doorgaans als grondslag de onrechtmatige daad gehanteerd werd. Een groot aandeel had hierin de Fransman Saleilles in 1907; bij ons trad Telders in zijn voetsporen in 1937, na de oorlog gevolgd door Pels Rijcken en H. Drion.⁵⁸ Door de franse invloed werd de rol van het beginsel van de goede trouw benadrukt, het handelen ‘conformément à l’équité et à la bonne foi’.

Om wat voor soort zaken gaat het? Een sprekend voorbeeld is van eigen bodem, een veel geciteerd vonnis van de kantonrechter te Appingedam uit 1893.⁵⁹ De casus wordt uit de overwegingen van de kantonrechter duidelijk:

‘Niemand kan ontkennen, dat, wanneer aan iemand als eischer, den eenigen hier in de omtrek als paardenslachter gevestigde, door een landbouwer per bode wordt bericht, dat hij een paard heeft met een gebroken poot, hierin implicite een uitnodiging ligt om over te komen en het dier voor de slachtbank te koopen en dat, wanneer alzoo geroepene daaraan gevolg geeft en wel zonder verwijl, er een verbintenis ontstaat;

dat die alzoo geschapen verbintenis zeer zeker is van beperkte aard, zoodat ged. van zijn zijde vrij bleef aan eischer het paard al of niet te gunnen voor den door deze te bieden prijs, doch dat gedaagde niet meer vrij was, hem eenmaal een dergelijke boodschap gezonden hebbende, welke virtualiter een oproeping om te komen koopen bevatte, aan eischer, die daarop inging, zelfs niet de kans te gunnen om een bod te doen voor bedoeld beest en ged. de door die onrechtmatige daad gepleegde schade behoort te vergoeden.’

De paardenslachter had twee uur gelopen om de boerderij te bereiken, en vernam bij aankomst dat het paard daags tevoren aan een collega uit Groningen verkocht was. Curieus is overigens dat in een voorafgaande overweging gesteld wordt, in Jheringse trant, dat:

‘alle overeenkomsten naar luid van art. 1375 BW niet alleen verbinden tot datgene wat uitdrukkelijk bij dezelfde is bepaald, maar ook tot al hetgeen naar hun aard door de billijkheid of het gebruik gevorderd wordt’.

Sommige schrijvers menen dat de rechter zich aldus moed inspreekt om art. 1401 *oud* ruim te interpreteren (het was immers nog geen 1919).

Het geval is zo aardig, omdat het in een notedop de problematiek van de afgebroken onderhandelingen bevat, en illustratiemateriaal vormt voor de criteria die enkele schrijvers voor schadeplichtigheid ontwikkeld hebben. Zo noemt Telders als criterium, dat aangetoond moet worden, dat: 1e. de wederpartij in de hoop op het tot stand komen van de overeenkomst extra moeite heeft gedaan en/of extra kosten heeft gemaakt; 2e. dat men dit wist of redelijkerwijs had moeten begrijpen; 3e. dat men niettemin niet heeft gewaarschuwd, toen de eigen wens om met die wederpartij overeen te komen niet meer bestond (of *nimmer* ernstig had bestaan). Indien sprake is van een aanbod dat al gedaan is, neemt Telders de volgende, iets afwijkende elementen aan die van belang zijn voor schadeplichtigheid ex art. 1401 *oud* 1e. de aanbieder wist of behoorde te weten dat zijn wederpartij kosten zou gaan maken of andere kansen zou laten lopen; 2e. intrekken van het aanbod berust niet op

58. Zie de lit. genoemd in nt 1. Vgl. ook De Kluiver, diss. 1992, pp. 179 v., 281 v.; M.W. Hesselink, *WPNR* 6248-49 (1996), pp. 879 v.; 906 v.

59. 3 mei 1893, *PvJ* 1898, 27; besproken door Nagelkerke, p. 143.

§1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

redelijke gronden; 3e. er is geen spoed betracht bij het op de hoogte stellen van de wederpartij dat het aanbod herroepen is.⁶⁰

In 1958 formuleert Pels Rijcken de volgende elementen voor het onrechtmatig afbreken van onderhandelingen: 1. tijdens de onderhandelingen is een zekere verwachting gewekt dat een overeenkomst tot stand zou komen; 2. de andere partij heeft in dit vertrouwen kosten gemaakt of de mogelijkheid van een contract met een derde laten voorbij gaan; 3. hetgeen de afbrekende partij bekend was of behoorde te zijn; 4. het motief van de laatste partij om zich terug te trekken had zij eerder behoren te bedenken en had haar moeten bewegen de onderhandelingen niet te beginnen of eerder af te breken, waardoor kosten en ander verlies bespaard hadden kunnen worden.⁶¹

De quintessens van beide voorstellen is, dat men de andere partij niet nodeloos aan het lijntje moet houden, tegen beter weten in, en haar aldus op kosten jaagt die geen zin hebben. Want dat men in vertrouwen op het slagen van de onderhandelingen aan de 'pourparlers' begint, en daarbij kosten moet maken, is op zich niets bijzonders, en behoeft de ander zeker niet te weerhouden om zich terug te trekken, zonder dat daardoor een schadevergoedingsplicht ontstaat. Zo is het leven, zeker het commerciële: 'de kost gaat voor de baat uit'. Waar het wel om gaat, is dat vertrouwen gewekt is dat serieus onderhandeld gaat worden, hetgeen, als de onderhandelingen vorderen, versterkt kan worden tot de norm dat slechts met gegronde redenen een voorstel van de hand gewezen kan worden (vgl. Telders bij de intrekking van het aanbod). Het lijkt derhalve zinvol om stadia in de onderhandelingen te onderscheiden. Alvorens dit thema uit te werken, zou ik nu de recente rechtspraak van de hoge raad aan de orde willen stellen. Het bovenstaande geeft de stand van de doctrine weer, waarbij de rechter bij zijn rechtsvinding steun kon vinden.

De hoge raad is aan het begin van de jaren tachtig in een aantal zaken geroepen zijn oordeel over het rechtskarakter van het afbreken van onderhandelingen te geven. Het is niet zo eenvoudig om een lijn in die rechtspraak te ontdekken, hetgeen mede te wijten is aan de feitelijke en procedurele merites van de ter cassatie voorgelegde zaken.⁶² De jurisprudentie vond een culminatie in het arrest *Plas - Gemeente Valburg* uit 1982⁶³; het is aantrekkelijk om eerst die uitspraak aan de orde te stellen, en dan het spoor terug te volgen. Niet alle problemen zijn trouwens met dat laatste arrest opgelost, zodat de oudere uitspraken hun betekenis blijven houden.

Plas Bouwonderneming BV heeft evenals enkele andere aannemers een offerte ingediend voor de bouw van een zwembad in de gemeente Valburg. Daartoe had de gemeente een krediet van f 1.392.000,- beschikbaar gesteld; er werd niet tot een vorm van aanbesteding besloten, en

60. t.a.p., p. 454; 462.

61. In de weergave van Drion, t.a.p., p. 287; vgl. ook Hofmann-Van Opstall I, *Verb. recht*, 1959, p. 315.

62. De belangrijkste jurisprudentie is: HR 16 jan. 1981, *NJ* 426, nt CJHB, *Van Oosterom - Majoer*; 13 febr. 1981, *NJ* 456, nt CJHB. *Gem. Heesch - Reijs*; 15 mei 1981, *NJ* 1982, 85, nt CJHB, *Stuyvers - Eugster*; 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723, nt CJHB, *Plas - Gem. Valburg*.

63. Het arrest werd geannoteerd in *AA* 1983, p. 758; *BR* 1983, p. 405, en besproken door o.a.: J.A.E. van der Does, *WPNR* 5637 (1983), p. 39; B.J. Engelen, *TvP* 1983, p. 1250; M. van Delft-Baas, *NJB* 1984, p. 131; Schoordijk, p. 1 v.; 35 v.; 40 v. en passim.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

evenmin werden ontwerptekeningen met een technische omschrijving gemaakt. De gemeente wachtte eenvoudig af, met welke plannen geïnteresseerde aannemers zouden komen. De offerte van Plas was op 17 sept. 1974 ingediend, een raadscommissie besluit zijn offerte naast die van drie andere aannemers te onderzoeken. Op verzoek van de gemeente wint Plas vervolgens adviezen in van een constructeur, van geluids-, verwarmings- en electriciteitsadviseurs en van een architect, alles op eigen kosten. Een door de gemeente gevormde zgn. kleine zwembadcommissie selecteert twee offertes, waaronder die van Plas, en verzoekt om de plannen aan te passen aan het programma van eisen en om een prijsopgave te doen. Op 6 december 1974 doet Plas een prijsopgave van f 1.300.000,-. De plannen van beide aannemers worden positief beoordeeld door De Verenigde Sportfondsenbaden NV, en de gemeente moet dan tot een keus komen. Op grond van het feit dat Plas de laagste inschrijver was, en haar plan voor de gemeente aanvaardbaar was, kiezen B en W voor Plas. Dit gebeurt in de vergadering van 9 jan. 1975; de burgemeester deelt dit Plas mede, met de aantekening dat de gemeenteraad er nog over diende te beslissen en dat er nog enkele aanpassingen van details nodig waren.

Het ziet er voor Plas dus goed uit, ware het niet dat enkele raadsleden in actie komen. Op de raadsvergadering van 21 jan., het zwembad stond niet op de agenda, deelt een raadslid tot verrassing van B en W een alternatief zwembadplan uit van aannemer Arns BV, dat f 150.000,- goedkoper was dan dat van Plas. Op 4 maart wordt dat laatste plan door de raad aanvaard. Plas neemt dit niet, en vordert voor de Rb. Arnhem aanvankelijk nakoming, en uiteindelijk slechts ontbinding en vergoeding van kosten en gederfde winst, ten bedrage van resp. f 60.000,- en f 70.000,-. De rechtbank verwerpt het betoog van de gemeente, dat de laagste prijs de doorslag mocht geven, gelijk ook Plas bekend was, en is van oordeel dat de gemeente na 9 jan. de verplichting op zich genomen had om eventuele latere aanbiedingen terug te sturen. Immers, niet denkbeeldig was dat het plan van Plas in handen van concurrenten zou komen die onder de prijs van Plas konden gaan zitten, aangezien zij geen kostbare wijzigingen meer hoefden aan te brengen (Plas stelt dat dit in casu gebeurd is, blijkens kranteberichten, maar de rechtbank gaat hieraan voorbij). Aangezien B en W bevoegd waren tot gunning van het werk (en niet de raad), was de gemeente niet gerechtigd de onderhandelingen met Plas af te breken, en handelde zij in strijd met de goede trouw, stelt de rechtbank verder, en concludeert dat de gemeente onzorgvuldig tegenover Plas gehandeld heeft. De gevorderde schade wordt de laatste ex aequo et bono toegewezen.

Het Hof Arnhem denkt hier anders over, en vernietigt het vonnis. Kort gezegd ziet het hof geen grondslag voor vergoeding van gederfde winst, terwijl Plas geen schade uit hoofde van gemaakte kosten heeft, aangezien het hof 9 jan. als peildatum daarvoor neemt. Een en ander wordt duidelijker uit de overwegingen van de hoge raad die nu volgen, waarin de rechtbank in het gelijk gesteld wordt:

‘(3.4) Ook onderdeel 4 is gegrond. In de vierde r.o. gaat het hof uit van de rechtsregel dat de schadevergoedingsplicht als gevolg van een gedraging in strijd met de goede trouw in een praecontractuele verhouding “niet verder gaat dan gemaakte kosten en schade, welke de wederpartij niet geleden zou hebben, ware de praecontractuele verhouding niet ontstaan”, en dat zij dus geen vergoeding van gederfde winst kan omvatten. Een dergelijke regel vindt in zijn algemeenheid geen steun in het recht. Niet uitgesloten is dat onderhandelingen over een overeenkomst in een zodanig stadium zijn gekomen dat het afbreken zelf van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat partijen over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren. In zo een situatie kan er ook plaats zijn voor een verplichting tot vergoeding van gederfde winst.

(3.5) De onderdelen 5 en 6 keren zich tegen de vijfde en de zesde r.o., waarin het hof oordeelt dat kosten en schade welke aan Plas zijn opgekomen vóór de bespreking van 9 jan. 1975 niet voor vergoeding in aanmerking kunnen komen, omdat uit de stellingen van Plas zou voortvloeien dat de praecontractuele verhouding, op grond waarvan zij vergoeding van schade

§1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

vordert, is ontstaan bij en door genoemde bespreking, en omdat Plas nooit heeft beweerd dat de gemeente vóór dat tijdstip niet vrijelijk uit de onderhandelingen met Plas kon terugtreden.

De klachten die hiertegen in de onderdelen 5 en 6 worden aangevoerd treffen doel. 's Hofs overweging dat Plas nooit heeft beweerd dat de gemeente voor 9 jan. 1975 niet vrijelijk uit de onderhandelingen kon terugtreden, moet worden gelezen in verband met het oordeel van de rb. dat de gemeente na de bespreking van die datum niet meer gerechtigd was de onderhandelingen af te breken. Het hof dat de tegen dat oordeel gerichte grief van de gemeente buiten behandeling heeft gelaten, is kennelijk van dat oordeel uitgegaan. Wanneer de gemeente na 9 jan. 1975 niet meer uit de onderhandelingen mocht terugtreden, valt echter niet in te zien waarom een handelen in strijd daarmee haar niet zou kunnen verplichten tot vergoeding van reeds voor 9 jan. 1975 in het kader van de voorafgaande onderhandelingen gemaakte kosten.

Een verplichting daartoe zou zelfs kunnen bestaan, als de onderhandelingen nog niet in een zodanig stadium zouden zijn geraakt dat de gemeente te goeder trouw die onderhandelingen niet meer had mogen afbreken, maar reeds wèl in een stadium dat zulk afbreken haar in de gegeven omstandigheden niet meer zou hebben vrijgestaan zonder de door Plas gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk voor haar rekening te nemen.⁶⁴

Een samenvatting van het standpunt van de hoge raad kan geen kwaad. Er zijn drie stadia in de onderhandelingsfase, met ieder een eigen regime wat de aansprakelijkheid voor het afbreken van de onderhandelingen betreft.

- A. *Beginstadium*: men is vrij de onderhandelingen af te breken, zonder dat een schadevergoedingsplicht voor gemaakte kosten jegens de andere partij bestaat;
- B. *Vervolgstadium*: men is nog vrij de onderhandelingen af te breken, doch er bestaat de verplichting de schade wegens gemaakte kosten van de andere partij te vergoeden;⁶⁵
- C. *Eindstadium*: men is niet meer vrij de onderhandeling af te breken, hetgeen in strijd met de goede trouw zou zijn. Bij beëindiging van de onderhandelingen geldt de verplichting gemaakte kosten van de andere partij te vergoeden, en onder omstandigheden ook de door haar gederfde winst.

Als men deze regels toepast op de onderhavige casus, krijgt men het volgende beeld:

64. Dit standpunt van het hof over het ontbreken van causaal verband tussen het afbreken van de onderhandelingen en de schade, waartegen de HR zich keert in ov. 3.5, werd ingenomen door Brunner, noot onder *Stuyvers - Eugster*; vgl. ook zijn noot onder het onderhavige arrest. Het lijkt mij dat Brunner van een uiterst beperkt causaliteitsbegrip uitgaat, nog niet beïnvloed door de leer van de HR sinds *waterwingebied*, NJ 1970, 251. Doch ook indien men van de oude adequatieleer uitgaat, levert het causaal verband geen problemen op: men blijft toch met de gemaakte kosten zitten, nu het contract niet doorgaat (waarmee men die kosten kan terugverdienen)? In het arrest *Van Oosterom - Majoer* hanteert de HR overigens een zeer modern causaliteitsbegrip: indien de schade die men toebrengt door de onderhandelingen af te breken voorzienbaar is, staat daarmee de causaliteit vast. Vgl. voor dit onderwerp, Deel 2, Hfdst. 11.

65. Deze constructie werd door de HR in een aantal arresten gevolgd, o.m. *Voorste stroom VII*, NJ 1953, 642, zie de noot van Brunner onder het onderhavige arrest. Voor kritiek op die constructie, waaraan de naam van J. Drion verbonden is, zie Van Schilfgaarde in zijn AA-noot onder dit arrest, p. 762.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

- Stadium A:* tot eind sept., begin okt. 1974; vrijheid om onderhandelingen af te breken; geen kostenvergoedingsplicht.
- Stadium B1:* ong. okt. 1974; vrijheid om onderhandelingen af te breken; mogelijk kostenvergoedingsplicht (selectie van 4 aannemers door raadscommissie.; verzoek aan hen om adviezen in te winnen).
- Stadium B2:* ong. nov. 1974; vrijheid om onderhandelingen af te breken; waarschijnlijk kostenvergoedingsplicht (kl. zwembadcommissie. vraagt 2 aannemers aanpassing aan programma van eisen en prijsopgave).
- Stadium B3:* 6 dec. 1974-9 jan. 1975; vrijheid om onderhandelingen af te breken; (zeer) waarschijnlijk kostenvergoedingsplicht (aangepaste plannen en prijsopgaven door de aannemers ingediend).
- Stadium C:* na 9 jan. 1975; geen vrijheid om onderhandelingen af te breken; (zeer) waarschijnlijk kostenvergoedingsplicht, en mogelijk verplichting om gedeelde winst te vergoeden (besluit B en W; voorbereiding raadsbesluit, en raadsbesluit).

Uit dit overzicht kan blijken dat naar mate men het eindstadium C meer nadert, de kans groter wordt dat bij onzorgvuldig afbreken van de onderhandelingen een schadevergoedingsplicht ontstaat. Men houde in het oog dat de omstandigheden van doorslaggevend belang zijn; als de gemeente op zakelijke gronden in stadium B3 de voorkeur had gegeven aan de andere aannemer (Colijn) boven Plas, is het zeer de vraag of de laatste vergoeding van kosten kan claimen. (Hierbij kan echter een rol spelen dat de gemeente in strijd met de voorschriften geen plan en voorwaarden voor de aanbesteding had opgesteld, en daardoor inschrijvers nodeloos op kosten gejaagd had, vgl. ook Rb. Arnhem, ov. 9).⁶⁶

6. *De jurisprudentie na Plas - Gemeente Valburg*

Aldus de historie van de plas die zijn zwembad misliep. Is hiermee het recht met betrekking tot het afbreken van onderhandelingen afdoende in de jurisprudentie vastgelegd? (De ontwerpers van het nieuwe BW wilden overigens deze materie aanvankelijk niet regelen, later weer wèl, en tenslotte weer niet, vgl. nog onder, nr 9). Dat lijkt niet het geval te zijn. Allereerst is de besproken casus in zoverre uitzonderlijk, dat de onderhandelingen zich in een aantoonbaar uiterst vergevorderd stadium bevonden, terwijl bovendien er een luchtje aan het optreden van de gemeente zat. Van meer belang is echter, dat de vraag naar de *verplichting om door te onderhandelen* niet aan de orde is gekomen in deze procedure, en op dat gebied liggen nog de nodige voetangels en klemmen. Ik zou die kwestie willen bespreken aan de hand van een arrest dat de hoge raad een jaar voor de zwembad-zaak gewezen heeft, dat jammer genoeg minder allure heeft, *Stuyvers - Eugster*, HR 15 mei 1981, NJ 1982, 85, nt CJHB. Het zicht op de materie wordt vertroebeld doordat het hier een kort gedingzaak betreft, waardoor de cassatierechter weinig armslag heeft, lees: neemt; de a-g denkt daar anders over.

66. Zie voor de schadevergoedingsproblematiek, uitvoerig: De Kluiver, diss., nrs 183-324. Vgl. ook Vranken, t.a.p., nrs 64-78.

§ 1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

Waar ging het om? Stuyvers' Beheer BV wil het aandelenpakket kopen dat Eugster in Stuwat Uitzendbureau BV heeft. Na een half jaar intensief onderhandelen breekt Eugster de onderhandelingen plots af en verkoopt de aandelen aan een derde. Stuyvers heeft het nakijken en dat zint haar niet. Hier volgen de belangrijkste feiten. Partijen onderhandelen van mei tot eind oktober 1979 over de overname van de aandelen. Op 7 juni 1979 zendt Stuyvers aan Eugster een 'letter of intent' waarin gesteld wordt dat de overname ernstig overwogen wordt, tegen een bedrag van 2,6 miljoen waarvan toen sprake was, en dat de financiering rond was. Op 26 juni verklaart Eugster in het bijzijn van twee fusiemakelaars dat hij zich zal onthouden van onderhandelingen met derden (zgn. exclusiviteit). Het onroerend goed van Stuwat wordt getaxeed en op 10 sept. 1979 volgt een eerste concept-akte van de hand van de notaris, gevolgd door commentaar van de raadsman van Eugster, register-accountants treden voor beide partijen in het veld, en op 25 okt. 1979 maakt de notaris een tweede concept-akte, waarin een uitvoerige gedetailleerde formule opgenomen werd voor de bepaling van de overdrachtssom, waarover partijen het eens geworden waren. Nog geen overeenstemming bestond op een drietal niet geheel onbelangrijke punten, namelijk vergoeding aan Eugster van door hem te derven kosten van directievoering en te derven tantièmes, en verder de toedeling van geldbedragen die uitzendkrachten bij Stuwat niet hadden geïnd.

Op 1 nov. 1979 sluit Eugster buiten medeweten van Stuyvers een koopcontract met Prins en Loevendie, waarbij hij zich verplicht het aandelenpakket op 3 jan. 1980 te leveren voor een bedrag van f 3.100.000,-. Op 6 nov. krijgt Stuyvers een telefoontje van Eugster, met de mededeling dat hij bij nader inzien niet wil verkopen, althans voorlopig niet, en dat daarover niet meer valt te praten.

In de kort geding-procedure behaalt Stuyvers een Pyrrusoverwinning: de president van de Rb Arnhem legt Eugster het verbod op om de overeenkomst met Prins en Loevendie uit te voeren en met derden te onderhandelen met een dwangsom van 1 miljoen. Naar zijn oordeel is het hoogst aannemelijk dat de gewone rechter zal beslissen dat het Eugster niet vrij stond en staat om met derden in onderhandeling te treden of overeenkomsten te sluiten, 'zo niet uit hoofde van exclusiviteit dan in elk geval uit hoofde van de goede trouw'. De president weigert evenwel Eugster een gebod tot dooronderhandelen op te leggen, met de lakonieke motivering: 'voor een ordemaatregel teneinde Eugster medewerking aan de voltooiing van de onderhandelingen af te dwingen, dus gericht op het ontstaan van overeenstemmende wilsverklaringen, is uiteraard in kort geding geen plaats'. In appel blijft het kort geding-karakter van de procedure Stuyvers parten spelen. Het Hof Arnhem volgt namelijk de lijn van de president; het college constateert dat het opgelegde verbod er in feite toe strekt dat partijen de onderhandelingen weer zullen opnemen. Maar, hoe wenselijk dat ook ware geweest, vervolgt het hof, het is niet waarschijnlijk dat de gewone rechter tot een dergelijke beslissing zal komen. Weliswaar is de handelwijze van Eugster strijdig met de goede trouw en jegens Stuyvers een onrechtmatige daad, desondanks zal de gewone rechter een veroordeling tot dooronderhandelen naar alle waarschijnlijkheid niet als een passende vorm van schadevergoeding aanmerken 'omdat een dergelijke veroordeling niet meer zinvol is nu Eugster toch niet tot een transactie met Stuyvers wil komen, daargelaten of hij daartoe zou kunnen worden gedwongen' (ov. 11d). De niet-nakoming van het exclusiviteitsbeding door Eugster, besluit het hof, zal zich slechts kunnen oplossen in schadevergoeding 'daar dit beding naar zijn aard slechts gold voor de duur van de onderhandelingen welke inmiddels hoe dan ook zijn beëindigd'. Stuyvers wordt met lege handen weggezonden, met als enige troost compensatie van de proceskosten.

De gang naar de hoge raad levert niet meer op, aangezien de raad in een bepaald zwak arrest het arnhemse hof volgt. Geklaagd werd o.m. dat het hof niet had gemotiveerd hoe het tot zijn oordeel was gekomen dat de onderhandelingen 'inmiddels hoe dan ook zijn beëindigd'. De raad stelt dat het hof 'dit kennelijk heeft aangenomen op grond van het niet bestaan van een contractverplichting voor Eugster in combinatie met zijn blijvende onwil om met Stuyvers tot een overeenkomst te komen, als blijktende uit het feit dat hij na vier maanden, waarin hij niet met

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

derden mocht onderhandelen of contracteren, nog even weinig bereid bleek de onderhandelingen met Stuyvers weer op te nemen’.

Dat men hierover ook anders kan denken, bewijst de conclusie van a-g Franx. Met betrekking tot het bovenstaande stelt de a-g dat de klacht op dit punt gegrond is: het hof ‘motiveert i.c. met de wil van Eugster, of beter: met het ontbreken van diens wil tot contracteren met Stuyvers. Welnu, neemt men eenmaal, met het hof, aan dat Eugster verplicht was de onderhandelingen met Stuyvers voort te zetten, dan doet zijn onwil tot contracteren niet meer ter zake. Zijn wil is niet meer vrij, anders gezegd: hij moet geacht worden op de grondslag van redelijkheid en billijkheid de onderhandelingen met Stuyvers te willen voortzetten en, zo mogelijk, met die wederpartij te willen contracteren. In die zin kan men dan spreken van een contracteerdwang’ (sub 7, met uitvoerige lit.verwijzing). Eerder had Franx opgemerkt dat de dwangsom ‘een effectieve prikkel kan zijn om tot overeenstemming te komen zelfs met een niet begeerde contractspartij’, hetgeen het hof miskend had (sub 4).

Het standpunt van de a-g verdient bijval. De president en het Hof Arnhem zaten gevangen in de wilsleer, in subjektieve zin, en het begrip wilsovereenstemming, hetgeen de cassatierechter nalaat te corrigeren, met als argument dat het hier een kort geding betreft en het hof met een summier motivering kan volstaan. (Ook Brunner benadrukt het kort gedingkarakter in zijn noot.) Al met al een gemiste kans voor de rechtsvorming. Overigens kan de term contracteerdwang of -plicht misverstand wekken: het gaat hier immers om de verplichting door te onderhandelen, teneinde totstandkoming van de overeenkomst mogelijk te maken (zo ook a-g Franx). Dat wil niet zeggen dat het laatste zeker is. Maar wat houdt die verplichting dan in? In de woorden van Telders, dat men niet zonder redelijke grond het voorstel van de andere partij afwijst. Of zoals de hoge raad het een jaar later in *Plas - Valburg* gezegd heeft, dat men niet afbreekt ‘wanneer partijen over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren’. Simpel winstbejag is geen redelijke grond voor beëindiging van de onderhandelingen in dit laatste stadium, dat blijkt uit de zwembad-zaak; dat Eugster meer voor zijn aandelenpakket van Prins en Loevendie kon krijgen lijkt daarmee ook een onvoldoende grond te zijn om uit de onderhandelingen weg te lopen, in dat stadium.

Concluderend kan men stellen dat het arrest *Stuyvers - Eugster* het afbreken van de onderhandelingen niet onzorgvuldig achtte, achterhaald is door *Plas - Valburg*. Anders gezegd, indien men het eerste arrest leest met de kennis van het laatste, is het niet gewaagd te constateren dat a-g Franx het bij het rechte eind had en zijn standpunt, dat in casu een onderhandelingsplicht bestond, het thans geldend recht weergeeft.⁶⁷ Dit brengt ons tot *de regel, dat in het eindstadium van de onderhandelingen (boven C genoemd) de goede trouw met zich kan brengen een verplichting de onderhandelingen voort te zetten, en slechts op redelijke gronden een voorstel van de andere partij af te wijzen en de onderhandelingen te beëindigen*.⁶⁸ Een andere regel die men kan onderkennen, is de *verplichting*

67. Ook Schoordijk, p. 106 v., heeft kritiek op het arrest *Stuyvers - Eugster*, en onderschrijft het standpunt van a-g Franx, p. 112.

68. Zoals boven, nt 51, betoogd, kan ik Schoordijks standpunt over het gebod om door te onderhandelen niet delen. Schr. ruimt wel i.h.a. een plaats in voor de verplichting tot dooronderhandelen, vgl. p. 106 v. De laatstgenoemde verplichting wordt ook aanvaard door Van Schilfgaarde in diens genoemde AA-noot, en verder door Abas, *WPNR* 5691 (1984), p. 198v.; Asser-Hartkamp II, nr 160. Vgl. voor de verplichting tot onderhandelen over de aanpassing van de overeenkomst bij veranderde omstandigheden mijn opstel *De verplichting tot heronderhandelen in geval van 'hardship'*, in *Iustitia et Amicitia. Geschillenbeslechting in en buiten rechte*, 1985, p. 117. Men vindt franse en Amerikaanse jurisprudentie besproken waarin partijen een derg. verplichting opgelegd wordt, vaak onder het toezien van een derde. Dat onderwerp komt nog aan de orde in Hfdst. 6, § 3.

§1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

uit hoofde van de goede trouw om de andere partij te informeren dat men geen belangstelling meer heeft in de voortzetting van de onderhandelingen. Indien men deze *mededelingsplicht* verzaakt, is men in ieder geval aansprakelijk voor de kosten door de andere partij gemaakt na het moment waarop de verplichting ontstaan is. De aard van de verplichting en haar rechtsgevolgen zijn afhankelijk van het stadium van onderhandelingen waarin men verkeert, dit in combinatie met eerder genoemde regel inzake de redelijke gronden voor afbreken van onderhandelingen. Indien men in het eindstadium verkeert, stadium C, dan dient men de andere partij in de gelegenheid te stellen om op het laatst gedane voorstel te reageren, c.q. op het voorstel dat van derden afkomstig is. Denkbaar is bijvoorbeeld, dat in de Stuwazak ook Stuyvers bereid zou zijn geweest om 3,1 miljoen op tafel te leggen, het bedrag waarvoor de aandelen naar Prins en Loevendie gingen. Er kunnen uiteraard persoonlijke en commerciële motieven spelen, om op het laatste moment toch met een ander er vandoor te gaan. Maar, zoals Saleilles in 1907 al opmerkte, het afbreken moet gerechtvaardigd zijn 'par un intérêt de caractère économique, qui ne soit pas de pure préférence personnelle'.⁶⁹

7. *De verplichting tot dooronderhandelen in de rechtspraak van de jaren '80: Koot, Vestdijk en Shell*

Terug naar de verplichting tot dooronderhandelen. Mijn taxatie van de stand van het geldende recht lijkt bevestigd te worden in het arrest dat de hoge raad, weer een jaar later, wees, HR 11 maart 1983, NJ 585 nt PAS, *Huurdersver. Koot BV - Koot BV*. De huurdersvereniging had met Koot BV onderhandeld over het te plegen onderhoud, en in verband daarmee, over de huurvoorwaarden en huurprijzen van de kamers. Partijen worden het eens over een nieuwe formule en de datum van ingang. Aan een vertaling in huurprijzen per woning is men evenwel niet meer toegekomen, aangezien Koot de onderhandelingen afbrak, naar de stelling van de tegenpartij, omdat de uitkomsten van de berekeningen overeenkomstig het afgesproken stelsel door haar te laag geacht werden voor een redelijke huur. De president in kort geding, alsook het Hof Den Bosch in appel, wijzen de vordering van de huurdersvereniging tot veroordeling van Koot om met haar in overleg te treden omtrent vaststelling van de huren op basis van de gemaakte afspraken, op straffe van een dwangsom af. Het onbepaalde karakter van een dergelijke veroordeling zou, aldus het hof, aan een toewijzing, in het bijzonder op straffe van een dwangsom, in de weg staan. De hoge raad maakt korte metten met het standpunt:

'Terecht klaagt het middel erover dat deze opvatting niet juist is. De omstandigheid waar het Hof Blijkens de negende r.o. kennelijk van uitgaat, dat partijen nog verdeeld zijn over de concrete resultaten waartoe de in de overeenkomst vervatte afspraken moeten leiden, sluit niet uit dat zij tegenover elkaar verplicht zijn, met inachtneming van de eisen van de goede trouw ertoe mede te werken dat deze afspraken in overeenstemming met wat reeds is

69. Aangehaald door Telders, t.a.p., p. 462. Saleilles vindt zelfs dat grotere solvabiliteit of betrouwbaarheid van een derde die men op het oog heeft, geen argument mag zijn de onderhandelingen af te breken. *Anders* Telders.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

overeengekomen tot volkomenheid worden gebracht, noch dat de nakoming van deze verplichting door een met bedreiging van een dwangsom versterkte veroordeling in rechte kan worden afgedwongen.'

Opmerkelijk is, dat a-g Ten Kate in andere zin geconcludeerd had, met een beroep op het karakter van een kort geding-procedure, en de terughoudendheid van de rechter om een bevel tot dooronderhandelen, nog wel met een dwangsom verzwaaard, op te leggen. Daarbij verwijst hij naar *Stuyvers - Eugster*. Wel is Ten Kate van mening, 'dat onder omstandigheden een partij tot (het voortzetten van) onderhandelingen verplicht geacht kan worden'. Daarbij verwijst hij o.m. naar de conclusie van Franx bij *Stuyvers - Eugster*.

Gezien het afwijkende standpunt van a-g Ten Kate, moet men concluderen dat de raad in het *Koot*-arrest een uitgesproken keus heeft gemaakt. Daarmee is de *verplichting tot dooronderhandelen in de precontractuele fase* door de hoge raad *aanvaard*; een gebod van die strekking kan ook in kort geding gevraagd worden. Zoals uiteengezet, kan hiervan slechts in het eindstadium van de onderhandelingen sprake zijn, en zijn de omstandigheden bepalend of de goede trouw een dergelijke verplichting met zich brengt.⁷⁰

Ook in de lagere rechtspraak vindt men de verplichting tot dooronderhandelen *aanvaard*, in kort geding-procedures.⁷¹

Of het tot een gebod om door te onderhandelen komt, hangt per definitie van de omstandigheden af: was het eindstadium C al door partijen bereikt? Behalve het onderzoeken hoeveel gaten in de kaas zitten, is ook de rijpingstijd van belang. Hoe langer en uitvoeriger de onderhandelingen, hoe groter de kans 'dat men niet meer van elkaar af kan'. Soms kunnen de besprekingen echter in een korte spanne tijds samengeperst zijn. Een voorbeeld van dat laatste, waarbij sterke economische en commerciële motieven de doorslag gaven om op het allerlaatste moment 'vreemd te gaan', is de spectaculaire zaak *Smit Internationale BV - Muller-concern en Wijsmuller Ned. BV*, Pres. Rb. Middelburg, *KG* 1984, 85. Hier vond een zeeslag op land plaats, tussen aartsrivalen. Hollands glorie dus. Het gaat er bikkelhard toe, en minder glorieus. Het geval lag als volgt. De drie betrokken partijen zijn zoals bekend zeesleepvaartbedrijven, gevestigd te Terneuzen (Muller-concern), te Rotterdam (Smit), en te IJmuiden (Wijsmuller). Muller is in *déconfiture* geraakt, het bedrijf staat met de rug tegen de muur, de bank heeft de geldkraan dichtgedraaid, en haar een korte tijd gegund om haar bedrijf door een ander te laten overnemen, waarbij Smit gesuggereerd wordt. Tussen 9 en 15 febr. 1984 vinden zeer intensieve onderhandelingen plaats tussen Muller en Smit. De laatste heeft

70. Om onduidelijke redenen heeft dit arrest in de literatuur weinig aandacht getrokken; wellicht dat hierbij een rol speelt dat Schoordijk, p. 42, het arrest onjuist weergeeft en citeert, waarop Hartkamp kennelijk is afgegaan, vgl. Asser-Hartkamp II, nr 160 (7e dr., idem 9e dr., 1993). Het ging hier namelijk niet, zoals Schoordijk en Hartkamp menen, uitsluitend om de verplichting *met derden* (de huurders) verder te onderhandelen, hetgeen primair gesteld was, maar ook om 'met de Huurdersvereniging in overleg te treden omtrent de verdere uitwerking van deze afspraken', hetgeen subsidiair gesteld was ('althans'). Zie ook ov. 3.3 1e al. van de HR, en het in de hier geciteerde 2e al. gestelde (daarbij spreekt de HR van 'de afspraken tot volkomenheid brengen').

71. Zie bijv. Pres. Rb. Roermond, 14 maart 1983, *KG* 125, *Roltrans Holding BV - Keeren BV* (gebod voor een termijn van 2 mnd.); Hof Arnhem, 14 nov. 1983, *NJ* 1984-499, *Aga Gas BV - Bouw*; Pres. Rb. Den Bosch 29 juni 1984, *KG* 258 (onderhandelen met vakbonden; in andere zin: Pres. Rb. Rotterdam, 20 juli 1984, *KG* 239). Voor de oudere rechtspraak, zie men *Contractenrecht II* (Blei Weissmann), 1991, nr 379. Zie voor recente rechtspraak: *Verbintenissenrecht 2* (Blei Weissmann), art. 217-227 I, aant. 87 v.; De Kluiver, diss., p. 63 v.

§1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

echter geen interesse in het onderdeel zeesleepdienst van Muller, maar wel in de binnendienst en de brokerage. Muller heeft geen keus, op 1 maart moet het bankkrediet afgelost worden. Op 15 febr. wordt tussen de onderhandelende delegaties overeenstemming bereikt over de hoofdzaken. Muller moet toestemming vragen van de aandeelhouders en Smit van de Raad van commissarissen. Persbericht wordt opgesteld en uitgegeven; vakbond en ondernemingsraad worden ingelicht over de overname. Op 16 febr. neemt Wijsmuller, concurrent van Smit, contact op met de advocaat van Muller, en laat merken geïnteresseerd te zijn in overname. Het is kort dag, op 20 febr. zou de transactie in het bedrijf van Muller beklonken worden, nadat de aandeelhouders over het voorstel vergaderd zouden hebben. Muller en Wijsmuller gaan aan de slag, en de laatste blijkt bereid het gehele concern over te nemen, dus inclusief de zeesleepdienst. Dit is zo aantrekkelijk voor Muller, dat partijen het eens worden. Zondagnacht 19 febr. wordt de directeur van Smit uit zijn bed gebeld dat hij de volgende dag niet naar Muller hoeft te komen, aangezien de overname niet doorgaat. Dan komen de raderen van Justitia in beweging. Smit voelt zich met name genomen, omdat zij niet in staat geweest is om op een nieuw voorstel van Muller, bijv. gelijk aan het bod van Wijsmuller, te reageren. Die mogelijkheid was afgesneden door de operatie in het weekend. De president in kort geding heeft wel oor voor de grieven van Smit, maar weigert een gebod om door te onderhandelen aan Muller op te leggen; compensatie van proceskosten is de enige troost die hij kan bieden. Ik laat de overwegingen van de president hier volgen:

‘(4.7) Nu is anderzijds wel begrijpelijk dat Smit zich bedrogen voelt. Tussen de onderhandelingsdelegaties was immers op de essentiële punten overeenstemming bereikt en die overeenstemming was er in zo vergaande mate, dat alles wat nog niet geregeld was met behulp van de goede trouw ingevuld zou kunnen worden. Zelfs was in het laatste stadium van de onderhandelingen tussen partijen overeengekomen dat Smit een bedrag zou bijdragen in de kosten welke voor Muller aan de besprekingen verbonden waren. Toen directeur Muller zich verbond om de overeenstemming aan de overige aandeelhouders voor te leggen met het advies om op basis van deze overeenstemming met Smit te contracteren, mocht Smit verwachten dat directeur Muller niet buiten Smit om met derden ging onderhandelen, laat staan tot overdracht van het bedrijf aan derden zou overgaan zonder tevoren Smit ingelicht te hebben en haar in de gelegenheid gesteld te hebben eventuele bezwaren van aandeelhouders te ondervangen. Directeur Muller heeft hier onzorgvuldig gehandeld, anders dan de goede trouw in de onderhavige precontractuele relatie gebod. Aan mijn waarneming onttrekt zich of directeur Muller voldoende aandrag op de andere aandeelhouders heeft uitgeoefend, waartoe hij in de gegeven situatie verplicht was. Tussen partijen bestaat verschil van mening of van de zijde van Muller aan Smit is meegedeeld dat aandeelhouders moeite met het aanbod hadden. In ieder geval is van de zijde van Muller niet aan Smit meegedeeld op welke punten de problemen voor aandeelhouders lagen, zodat Smit eventueel een oplossing daarvoor had kunnen voorstellen. Om dan zonder enig voorafgaand overleg met Smit het bedrijf aan Wijsmuller over te doen kan niet anders dan als onzorgvuldig jegens Smit bestempeld worden.

(4.8) Het heeft echter geen zin om Muller te bevelen weer met Smit om de tafel te gaan zitten. Aandeelhouders hebben immers voor Wijsmuller gekozen en een bevel tot verder onderhandelen met Smit kan dan ook alleen maar tijdverspilling betekenen. Smit zal moeten accepteren dat zij de strijd om het bedrijf van Muller verloren heeft en haar rest alleen nog de mogelijkheid eventueel schadevergoeding te vorderen.’

De verplichting tot dooronderhandelen heeft verder wortel geschoten in de rechtspraak. Alvorens daarop in te gaan, nog even een kanttekening. Ik geef zoveel aandacht aan de de rechtspraak over dit onderwerp, omdat deze verplichting in de praktijk vrij omstreden is. Het bedrijfsleven staat heel huiverig tegenover de verplichting tot dooronderhandelen, zo is mij uit gesprekken met bedrijfsjuristen gebleken (de buitenlandse juristen reageren meestal met ongelooft; men moet buitenlandse cliënten dan ook met nadruk op deze

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

rechtspraak wijzen, evenals op de mogelijkheid dat men bij het onrechtmatig afbreken van onderhandelingen tot vergoeding van de schade van de tegenpartij, inclusief gedeelde winst, veroordeeld kan worden). Het is de vraag of dit geen koudwatervrees is; de regel kan ook in het voordeel van het bedrijfsleven werken, indien men het slachtoffer is van afgebroken onderhandelingen. Wat hiervan zij, het is in ieder geval zaak om nauwkeurig na te gaan in welke gevallen, en waarom, in de jurisprudentie de verplichting tot dooronderhandelen aanvaard wordt of verworpen wordt.

Hier volgen nog enkele arresten over die materie.⁷²

De verplichting werd door het Hof Amsterdam aanvaard in het arrest *Du Mée - Vestdijk* uit 1987 waar het ging om onderhandelingen tussen de cineast Du Mée en de weduwe van de schrijver Vestdijk, over de verfilming van het boek *De Ziener*.⁷³ In een vergaand stadium werden de onderhandelingen afgebroken door mevr. Vestdijk, die er om bekend staat dat zij de geestelijke nalatenschap van haar beroemde man als een Cerberus bewaakt. De toedracht is nogal gecompliceerd, aangezien ook de uitgever, De Bezige Bij, bij de onderhandelingen betrokken is, en er een briefwisseling is geweest tussen Du Mée en mevr. Vestdijk, alsook tussen hem en de uitgever. Na een afwijzend vonnis van de President Rb. Amsterdam, wijst het hof de vordering tot dooronderhandelen van Du Mée toe. De zaak komt er in het kort hierop neer.

Du Mée richt zich in een brief van 12 okt. 1983 tot mevr. Vestdijk met het verzoek om het boek *De Ziener* te mogen verfilmen. Hij moet het scenario nog schrijven, en vraagt een optie voor de duur van een jaar. Mevr. Vestdijk antwoordt hem op 16 dec. 1983 dat zij de plannen wat vaag vindt en eerst een optie van half jaar wil verlenen, die verlengd zou kunnen worden tot een jaar. Dat laatste gebeurt, en iets later, op 18 maart 1985 zendt Du Mée zijn filmscript aan de weduwe Vestdijk, met de opmerking dat als zij toestemming verleent, het zakelijke gedeelte op korte termijn geregeld zou kunnen worden. Op 2 april 1985 stuurt mevr. Vestdijk hem een brief waarin zij, zoals het hof het weer geeft, 'ondanks enkele kritische opmerkingen, tegen het script als zodanig geen bezwaren had' (de brief, evenals de verdere correspondentie, wordt in de *NJ* uitvoerig geciteerd). Zij vindt het wel wat 'pover' en 'er zal nog heel veel duidelijk gemaakt moeten worden' in het filmverhaal; zij zou daarover 'graag nog eens een gesprek willen hebben'.

Dan gaat het minder goed met de gang van zaken: Du Mée kan de financiering nog niet rond krijgen (uiteeraard van belang voor het 'zakelijk gedeelte' van de toestemming tot verfilming) en hij vraagt de uitgever, De Bezige Bij, om verlenging van de optie met nog een jaar. Deze geeft hem bij brief van 24 april 1985 die verlenging, die verwijst naar een nadere gedachtenwisseling met mevr. Vestdijk, en eindigt met de opmerking: 'over een contract en detail zullen wij tegen het einde van de optieperiode gaarne nader overleg plegen'. Dat jaar verstrijkt, en op 20 maart 1986 vraagt Du Mée andermaal om verlenging van de optie met een jaar. Daarop reageert de uitgever bij brief van 29 april 1986, en deelt mee dat mevr. Vestdijk niet positief gereageerd heeft op het verzoek om verlenging; zij biedt hem tot 15 mei 1986 de gelegenheid om alsnog een gewijzigd plan of scenario voor te leggen. Du Mée doet dat, en krijgt dan een negatieve reactie van mevr. Vestdijk in een brief van 27 mei 1986, die hem

72. Deze rechtspraak werd ook besproken in mijn bijdrage aan *Precontractual Liability, Reports to the XIIIth congress International Academy of Comparative Law (IACL), Montreal 1990*, E.H. Hondius, Ed., 1991, p. 223 (ook verschenen in *Netherlands Reports to the Thirteenth International Congress of Comparative Law, Montreal 1990, Hondius and Steenhoff, Ed.'s, Asser Instituut, 1990*, p. 72, *The prelude to contract, the threshold of tort. The law on precontractual dealings in The Netherlands*).

73. HR 7 mei 1987 *NJ* 1988, 430.

§1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

meedeelt dat de optieverlening beëindigd is per 15 mei 1986. Zij heeft er geen vertrouwen in dat in zijn werkwijze verandering zal komen en dat deze tot 'aanvaardbare resultaten zal leiden'. Verder wordt het verwijt gemaakt dat Du Mée nooit is ingegaan op de gedachtenwisseling met haar over het script.

Het hof is van oordeel dat de weigering van mevr. Vestdijk om te onderhandelen over de totstandkoming van een definitief contract, impliciet uitgesproken in haar brief van 27 mei 1986 en later volgehouden, niet gerechtvaardigd wordt door de door haar genoemde redenen. Zij had immers het eerste script al geaccepteerd bij brief van 2 april 1983, terwijl het tweede script naar haar eigen woorden slechts in zoverre verschilde van het eerste dat hier en daar wat was veranderd, toegevoegd of weggelaten. Du Mée had niet hoeven te begrijpen dat hij voor het opmaken van het definitieve contract nog een gedachtenwisseling met mevr. Vestdijk moest hebben, waartoe hij overigens door een medewerkster van De Bezige Bij weerhouden was. Hij mocht er daarentegen van uitgaan dat hij na de weigering tot verlenging van de optie in de gelegenheid gesteld zou worden besprekingen te voeren over een - onmiddellijk ingaand - definitief contract, dat eventueel afhankelijk gesteld zou kunnen worden van het rondkomen van de financiering.

Gezien het aanmerkelijk belang dat Du Mée had om het definitief contract te sluiten, waren mevr. Vestdijk en De Bezige Bij 'te goeder trouw verplicht om alsnog daartoe met Du Mée in redelijk overleg te treden'. Hierop wordt door het hof een dwangsom gezet van f 200.000,- per overtreding.

In hetzelfde jaar wijst de hoge raad een arrest, in een aanzienlijk gecompliceerder geval, waarin geen verplichting tot dooronderhandelen aangenomen wordt, *VSH - Shell*.⁷⁴ Het gaat om fusie-onderhandelingen, waarbij één van de complicaties is dat de onderhandelingen gevoerd worden door een dochterbedrijf van de overnemende vennootschap, Shell. Een tweede complicatie is, dat het een technisch ingewikkelde affaire is, de formule die na lang onderhandelingen overeengekomen wordt voor de aandelenovername. Het moederbedrijf blaast de onderhandelingen tenslotte af, nadat deze al in een zeer ver stadium geraakt waren: perscommuniqué gegeven, vakbonden ingelicht, SER geïnformeerd. De hoge raad heeft deze zaak aangegrepen om een principiële uitspraak te doen over de vraag wanneer onderhandelingen nog rechtmatig afgebroken kunnen worden. Aan de kritiek daarop, onder meer van annotator Brunner, zou ik de mijne willen toevoegen. Verder is de behandeling van de feitelijke vragen door het hof minder gelukkig geweest, waardoor de ongunstige afloop voor VSH bevorderd werd. Aangezien de hoge raad de formule van het ontworpen art. 6.5.2.8a NBW overgenomen heeft, die van alle zijden aan kritiek onderworpen werd en vervolgens ingetrokken is, is het van belang om van dit arrest goed kennis te nemen. Op de wetgevingsperikelen wordt overigens hieronder nog ingegaan (nr 9).

Vaessen-Schoenmaker Holding BV (VSH) heeft een dochterbedrijf (eigenlijk: kleindochter), Vaessen Schoenmaker & Co Kunststof Emballage BV (VSK), dat dunne kunststofverpakkingen maakt voor de levensmiddelenindustrie. Een deel van de grondstoffen wordt betrokken van Shell Chemie BV, die haar een octrooilicentie verleend heeft. Partijen werken dus samen en zien wat in een verdergaande samenwerking in de toekomst. Daartoe

74. HR 23 okt. 1987, *NJ* 1988, 1017, nt CJHB, *Vaessen Schoenmaker Holding BV - Shell Ned. Chemie en Shell Petroleum NV*. Zie voor deze zaak, wat de toedracht en de vertegenwoordigingsaspecten betreft, mijn opstel *Nemo dat quod non habet. Vertegenwoordigingsaspecten van het afbreken van fusie-onderhandelingen*, in: *Tot Vermaak van Slagter*, Slagter-bundel, 1988, p. 65. Zie voor de vertegenwoordiging Deel 2 van dit werk.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

worden in 1975 onderhandelingen begonnen, die aanvankelijk betrekking hebben op het verlenen van financiële steun door Shell Chemie, maar uitmondten in deelneming in het kapitaal van VSK. Het is dan 1977 geworden; begin juli 1977 zijn partijen zover dat zij conform art. 18 SER-besluit Fusie-gedragsregels de vakorganisaties inlichten over de mogelijke overname en een perscommuniqué uitgeven.

Het was de bedoeling van de onderhandelende partijen dat VSK niet door Shell Chemie BV, maar door het moederbedrijf Shell Petroleum NV overgenomen zou worden. In het laatste stadium van de onderhandelingen, begin juli, waren ook personen van Shell Petroleum daarbij betrokken; in het perscommuniqué en het bericht aan de SER werd steeds van 'Shell Petroleum' gesproken, terwijl in de gewisselde telexen de benaming 'Shell' gebruikt wordt. In de telex waarin bevestigd wordt op welke punten van bespreking 'overeenstemming bereikt is' op 8 juli 1977, wordt aan het slot toegevoegd: 'behoudens Shell board approval'. Bij de bespreking van 8 juli, toen dat voorbehoud voor het eerst gemaakt werd, werd van de zijde van Shell Chemie daarover opgemerkt dat dit van gering belang, 'louter een formaliteit' was. Dat loopt dus anders: moeder fluit na verloop van tijd dochter terug, en gaat niet akkoord met de overname. Dat gebeurt nadat eerst nog verder onderhandeld werd over de uitwerking van de bereikte overeenkomst, op 8 aug. 1977, waarbij de onderhandelingen een andere wending namen.

Waarover waren partijen het op 8 juli 1977 eens geworden, en wat is er nadien gebeurd? Het akkoord dat bereikt werd, hield in dat 60% van de aandelen VSK door Shell overgenomen zouden worden van VSH voor f 6,6 mln, hetgeen 'naar alle waarschijnlijkheid' per 31 dec. 1977 geëffektueerd zou worden. Verder werd overeengekomen met betrekking tot de omvangrijke investeringen die nodig waren om de commerciële mogelijkheden van VSK te realiseren (en daar was het allemaal om begonnen), dat het aandelenkapitaal met 5,2 mln uitgebreid zou worden, waarin de partners naar de ratio van 60% - 40% zouden deelnemen, hetgeen ook zou gelden voor verdere aandeelhoudersleningen. Een regeling werd overeengekomen voor het geval VSH niet in staat of bereid zou zijn die financiering zelf te verzorgen, met twee mogelijkheden, waarover nog nader beraad zou volgen (overdracht a pari of conversie). Op 8 aug. 1977 vindt er een bespreking plaats tussen VSH en personen van 'Shell' bij de bank van VSH; Shell brengt daarbij naar voren dat indien de financiële kracht van VSH in de toekomst niet zeker is, een 100% overname van VSK de voorkeur zou hebben. VSH reageert daar positief op, en men ging uiteen met de gedachte dat er verder beter over een 100% overname gesproken zou kunnen worden. Later erkent VSH dat zij niet in staat geweest zou zijn de op 8 juli besproken verhoging van het aandelenkapitaal door aandeelhoudersleningen te financieren. Zij stelt ook dat Shell er voor 8 juli van uitging dat Shell die leningen voor haar rekening zou moeten nemen (een feit dat het hof van groot gewicht zal achten). Shell bevestigt in een telex van 10 aug. de bespreking; daarin wordt niet vermeld dat het uitgangspunt van de 60% - 40% ratio verlaten zou zijn.

De overname lijkt voor VSH zo goed als in kannen en kruiken, maar op 12 aug. breekt Shell Petroleum de onderhandelingen af. Zij deelt mee tot de conclusie gekomen te zijn dat een 60%-deelneming niet mogelijk was en dat, in geval VSH een transactie op 100%-basis zou willen overwegen, Shell haar graag in contact zou willen brengen met Wavin. VSH heeft geen keus dan met een ander de overname-onderhandelingen voort te zetten, en dat doet zij inderdaad met Wavin BV, een fabrikant van kunststofprodukten waarvan Shell Petroleum één van de twee aandeelhouders is. De overname van 100% aandelen VSK gaat voor f 7.6 mln. VSH voelt zich gebruikt door Shell Petroleum, die haar doorgeschoven heeft naar een andere dochter, Wavin, en op die wijze toch een belang van 60% in VSK gekregen heeft, tegen een aanzienlijk lagere prijs. VSH acht het afbreken van de onderhandelingen door Shell Petroleum onrechtmatig en eist een schadevergoeding van f 3.4 mln. Shell Petroleum ontkent het onrechtmatige karakter van het afbreken, aangezien nog 'board approval' nodig was, en stelt de schade van VSH op nihil, dat wordt dus procederen.

De vraag is nu, of partijen na twee jaar onderhandelen het al zo ver met elkaar eens geworden waren over de bedrijfsovername, dat zij niet meer vrij stonden om de overeenkomst te laten afspringen. Zoals gezegd, is een complicerende faktor hierbij, dat het Shell-

§1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

moederbedrijf de uiteindelijke toestemming moest geven; het is een vraag van vertegenwoordiging of zij, als 'achterman', nog vrijheid daartoe bezat, die haar vertegenwoordiger wellicht niet meer had. Die vraag wordt elders besproken (zie Deel 2; naar mijn mening was naar regels van geldend vertegenwoordigingsrecht moeder Shell Petroleum gebonden door het handelen van dochter Shell Chemie); wij bepalen ons hier tot de afbrekingsproblematiek.

Het Hof Den Haag leest de door partijen op 8 juli bereikte romp-overeenkomst vrij letterlijk: het gaat om een overname van 60% aandelen VSK, dat is iets anders dan de 100% waarvan later sprake is, op 8 aug. Bovendien ging ook Shell ervan uit dat zij de leningen waarvan sprake was zelf zou financieren. Daaruit blijkt volgens het hof dat de joint-venture in de verhouding 60% - 40% 'van meet af aan een geforceerde constructie was', in ogen van *beide* partijen, en dat deze op 8 aug. al door partijen verlaten werd. Daarmee valt de klacht over onrechtmatig afgebroken onderhandelingen in het water: het hof stelt dat 'van een door Shell op 12 aug. 1977 te respecteren, gerechtvaardigde verwachting van VSH in het tot standkomen van de op 8 juli 1977 beoogde joint-venture reeds daarom geen sprake is' (ov.17). Beslissend is volgens het hof de verwachting bij VSH dat partijen een joint-venture zouden hebben gesloten 'waarbij Shell voor 60% in de aandelen VSK zou hebben geparticipeerd' (ov. 17 en 13).

De visie van het hof komt mij niet overtuigend voor. Gezien de besproken feitelijke toedracht (in het middel sub 4 naar voren gebracht) lijkt mij het volgende van belang. Op 8 juli stond al vast dat VSH niet kapitaalkrachtig was; juist daarom werd een financieringsregeling overeengekomen die nog nader besproken en uitgewerkt moest worden. Bij die bespreking, op 8 aug., bleek dat een 100%-overname een veel eenvoudiger constructie was om het beoogde doel te bereiken. Volgens de stellingen van VSH waren partijen het over die weg eens, het voorstel was trouwens van Shell afkomstig. Naar mijn mening verliest het hof het doel van de overnamebesprekingen uit het oog, zoals die gedurende twee jaar gevoerd waren, namelijk de behoefte aan kapitaal bij VSH om haar dochter VSK meer armslag te geven, hetgeen ook in het commerciële belang van Shell was. Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat de overgang van een 60% naar 100% deelname in VSK een technische uitwerking was, die de strekking van de rompovereenkomst van 8 juli niet aantastte. Een tweede punt is, dat partijen bij de onderhandelingen op 8 aug. overeenstemming bereikt hadden over een verruiming van de overname-optie, namelijk tot 100%. Daarover was op zichzelf reeds een gerechtvaardigde verwachting ontstaan, die de verplichting tot dooronderhandelen voor Shell niet zwaar bracht. Men zou kunnen zeggen, dat de rompovereenkomst dd. 8 juli aangevuld was met hetgeen op 8 aug. overeengekomen was; in totaal was dat een weergave van hetgeen tot dusver door partijen bereikt was bij de onderhandelingen. Dat zou voor het hof het ijkpunt moeten zijn, bij het nagaan of gerechtvaardigde verwachtingen geschonden zijn door Shell bij het afbreken van de onderhandelingen. Shell liet daarbij het 'dooronderhandelen' over de 100%-overname over aan haar andere dochter, Wavin. Het is begrijpelijk dat dit een slechte smaak bij VSH achterlaat, na twee jaar onderhandelen.

Het grootste bezwaar dat men tegen de benadering van het Haagse hof kan hebben, is dat naar geldend recht niet vereist is dat een overeenkomst van een precies te omschrijven inhoud in het vooruitzicht van partijen lag, en daarmee in het redelijk verwachtingspatroon van de partij die aan de kant gezet werd. In het arrest *Plas - Valburg* had de hoge raad nog beslist dat afbreken onrechtmatig was indien 'partijen over en weer mochten vertrouwen dat *enigerlei contract in ieder geval* uit de onderhandelingen zou resulteren' (mijn curs.). Het hof heeft deze regel zoals wij zagen veel beperkter toegepast, en geëist dat er een joint-venture *in de verhouding 60% - 40%* als resultaat te verwachten moest zijn.

De (beperkte) visie van het hof op de gevoerde fusie-onderhandelingen blijkt in cassatie grote gevolgen te hebben, omdat de hoge raad slechts uiterst marginaal toetst of het hof het bij het rechte eind gehad heeft, en kennelijk meer interesse heeft in de introductie van een nieuwe rechtsregel, aan het NBW ontleend, dan in haar toepassing in het concrete geval. De hoge raad geeft allereerst die nieuwe regel ten beste:

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

‘Het hof heeft ... tot uitgangspunt genomen dat Shell en VSH verplicht waren hun gedrag mede te doen bepalen door elkaars gerechtvaardigde belangen en dat het Shell te allen tijde vrijstond de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van VSH in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval niet gerechtvaardigd zou zijn. Dit uitgangspunt is juist’ (ov. 3.1).

Vervolgens geeft de raad een weergave van het standpunt dat het hof inneemt, en acht dat niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd; het moet aldus gelezen worden, dat ‘van toewijzing van de vordering slechts sprake kan zijn als aannemelijk is dat de onderhandelingen bij voortzetting zouden hebben geleid tot *enige joint venture*’ (ov. 3.2, mijn curs.). En deze maatstaf acht de hoge raad juist: ‘er kan in een situatie als de onderhavige slechts sprake zijn van schade terzake van het feit dat tussen partijen een zekere overeenkomst niet is tot stand gekomen, indien aannemelijk is dat bij voortzetting van de onderhandelingen *een dergelijke overeenkomst* tot stand gekomen zou zijn (idem, mijn curs.). Het hof heeft geoordeeld dat partijen op 8 aug. de gedachte aan een joint-venture hadden verlaten, waaraan het hof de gevolgtrekking verbonden heeft dat er van een gerechtvaardigde verwachtingen ten tijde van het afbreken van de onderhandelingen geen sprake was, hetgeen de raad niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd acht (ov. 3.3). Hierbij geldt, dat de door VSH gestelde bijkomende omstandigheden ‘niet meer konden leiden tot toewijzing van de vordering’ (ov.3.4). Dat laatste is heel merkwaardig, aangezien de raad in zijn vooropgestelde regel (ov. 3.1) nadrukkelijk *naast elkaar* stelt, enerzijds het schenden van het ‘gerechtvaardigd vertrouwen in het tot standkomen van *de* overeenkomst’ (nader uitgewerkt in *enige* of *een dergelijke* overeenkomst) en anderzijds (‘of’), het ‘in verband met *de andere omstandigheden van het geval*’ niet gerechtvaardigd afbreken van onderhandelingen. Het is onbegrijpelijk en onvoldoende gemotiveerd waarom de hoge raad die laatste categorie hier buiten beschouwing laat, ondanks de indringende opsomming van die omstandigheden in het middel. VSH had trouwens ook naar voren gebracht dat het gerechtvaardigd vertrouwen na de bespreking van 8 aug. op en 100%-participatie door Shell gericht was; daarop werd evenmin door de cassatierechter ingegaan, zich verschuilend achter het feitelijk oordeel van het hof dat begrijpelijk en voldoende gemotiveerd zou zijn. De jurisprudentie-lezer blijft daarbij verbaasd achter.

Nu de hoge raad leentjebuur gespeeld heeft bij de NBW-wetgever, is er nog een pikant aspekt aan de zaak. Zoals annotator Brunner ook meldt, is de categorie ‘de andere omstandigheden van het geval’ bestemd voor juist die situatie dat het tot standkomen van de overeenkomst niet zo aannemelijk is dat een daarop gericht gerechtvaardigd vertrouwen aangenomen kan worden. Volgens de MvA wordt onder die categorie ook het geval gebracht ‘dat, hoewel de kansen dat de onderhandelingen zullen slagen niet al te hoog moeten worden aangeslagen, toch wegens het belang dat met de totstandkoming van overeenstemming gemoeid is, geen mogelijkheid tot succes mag worden veronachtzaamd’ (vgl. noot, sub 3).

Mijn conclusie is dat de hoge raad met de regel die in *VSH - Shell* neergelegd is, de lijn van *Plas - Valburg* voortzet, zij het dat deze in het concrete geval een hoogst ongelukkige toepassing vond. De nieuwe formule moet men lezen in combinatie met de overige overwegingen: het moet aannemelijk zijn (hoeft dus niet vast te staan) dat ‘een dergelijke overeenkomst’ als die waarover partijen tussentijds overeenstemming bereikt hadden bij de onderhandelingen, tot stand zou komen. Mijn kritiek op de formule van de hoge raad als wetgever-plaatsvervanger houd ik aan; deze komt overeen met de kritiek die ik eerder had op het ontworpen wetsartikel, die in nr 9 nog aan de orde komt.

De kritiek van Brunner in zijn noot is overigens niet mals; naar zijn opvatting is het niet noodzakelijk dat het gerechtvaardigde vertrouwen dat geëist wordt op het daadwerkelijk tot stand komen van een overeenkomst gericht

§1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

was.⁷⁵ Het vertrouwen in de voortzetting van de onderhandelingen acht Brunner op zich reeds een te beschermen belang. Terecht wijst hij in dit verband erop dat het missen van een reële kans op een geambieerd contract als schade aangemerkt kan worden, ook zonder dat er zekerheid bestaat op het bereiken van het eindresultaat.⁷⁶ Ik zou hier toch willen differentiëren; het gaat erom in welke fase van onderhandelingen men verkeert op het moment van het afbreken. Bij de verplichting tot dooronderhandelen zal naar mijn mening doorgaans het *eindstadium* (stadium C, vgl. boven) aan de orde zijn. De figuur waar Brunner aan denkt, zal daarentegen het *vervolgstadium* (stadium B 1-3) zijn, waarin vergoeding van gemaakte kosten tot de mogelijkheden behoort. De vergoeding van de gemiste kans op een contract behoort in die categorie een plaats te vinden, in het meest vergaande stadium, die ik B 3 noemde (vgl. wederom boven). Uiteraard kan de schadevergoedingsplicht die in die fase ontstaan is, een prikkel tot dooronderhandelen vormen.⁷⁷

De invloed van het ontwerp-artikel is overigens op nog een punt merkbaar. In *Plas - Valburg* (1982) was de hoge raad uitgegaan van de situatie dat partijen *over en weer* erop mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren; in de Shell-zaak is dat terug gebracht tot de omstandigheid dat dit vertrouwen *bij één partij* bestaat, namelijk de aan de kant gezette partij die het contract misgelopen is. Dat maakt de zaak wel helderder: de tegenpartij kan immers altijd roepen dat er geen contract meer in zit, zeker achteraf gezien. Dat zou op zich nog niet onoverkomenlijk zijn, aangezien 'vertrouwen' een normatief begrip is ('behoren te ...'), en geen feitelijk, subjectief begrip, maar op dat punt raakt menig rechter van de weg af.

Ik sta zo uitvoerig bij deze materie stil, omdat in de rechtspraak die volgt deze aspecten uit het oog verloren lijken te zijn, allereerst door het hof in kwestie als feitelijke instantie, en vervolgens door de cassatierechter bij zijn toetsing. Verwondering troef, met name in de ABB-zaak van 1996, waarin dit tot een dramatische ontknoping komt, althans voor de door een ministerie aan de kant gezette partij, na jaren intensief onderhandelen. Het is geen gemakkelijke

75. Brunner verwijst daarbij ook nog naar Nieuwenhuis, die dat vertrouwen 'betrekkelijk excentriek' noemde.

76. Noot, sub 2. Brunner verwijst hierbij naar zijn noot onder *Stuyvers - Eugster* (1981), waarin een beroep gedaan wordt op het arrest *Gem. Heesch - Reijs*, NJ 1981, 456, dat een voorbeeld is van een dergelijke schadevergoeding voor een gemiste kans, *ex aequo et bono* vastgesteld. Schr. noemt verder nog Hofmann-Van Opstall I, 9e dr., p. 173 v.

Brunner heeft hierin steun gekregen van Pels Rijcken, W.S.M. Schut en Hartkamp; zie de laatste in zijn concl. als a-g voor VSH - Shell. Hartkamp steunt daarin overigens de visie van het haagse hof op de zaak. Vranken, t.a.p., p. 96, geeft een onjuiste weergave van het arrest, en is het met de uitkomst eens.

77. Van de verdere rechtspraak op dit gebied noem ik nog: HR 15 mei 1987 NJ 1988, 164, nt WHH, waarin de Rb. Middelburg bij onderhandelingen over een pachtovereenkomst een verplichting tot dooronderhandelen had aangenomen, hetgeen afbreken onrechtmatig maakte (door Hof Arnhem bekrachtigd); HR 20 mei 1988 NJ 1988, 943, *Westenberg - Stoelman*, waarin de overeenkomst rond was op de partij na: dit kon Stoelman BV of Stoelman privé zijn. Wegens onvoldoende gestelde feiten kon niet vastgesteld worden in welke fase partijen bij de onderhandelingen gekomen waren. Zie ook nog: RvA 19 juni 1992, BR 1993, 153 (verplichting tot dooronderhandelen in de bouw).

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

materie, waarbij de nuances en details tellen; het is dus zaak om op de kleintjes te letten.

8. *Wetgevingsplannen: het ontwerp-art. 6.5.2.8a*

Last, and not least, het Nieuw BW. Op de valreep had men eind 1985 namelijk toch een artikel ontworpen voor de precontractuele verhouding en het afbreken van onderhandelingen, hetgeen men aanvankelijk niet nodig achtte. De ontwerpers hebben zich laten leiden door de arresten *Baris - Riezenkamp* en *Plas - Gemeente Valburg*, zoals ook uit de wettekst blijkt, maar zijn daarbij om uiteenlopende redenen afgeweken van de lijn die de hoge raad in het laatste arrest volgde. Uiteindelijk heeft het voorstel het, na brede kritiek, niet gehaald. Zoals hieronder uiteengezet zal worden, is het ontwerp-artikel nog steeds van belang. Hier volgt de bespreking van het ontworpen artikel uit een eerdere druk van dit werk (1986).

Voorop stond, dat men slechts een beperkte regeling wilde geven; de gevolgen van het afbreken van onderhandelingen, de omvang van de schadevergoedingsplicht met name, werden niet geregeld. Anderzijds zocht men een globale formulering, teneinde de rechtsontwikkeling niet te belemmeren.⁷⁸ In beide opzichten is geen sprake van een geslaagd produkt van wetgeving. Ik laat het artikel hier volgen:

Art. 6.5.2.8a: Onderhandelende partijen zijn verplicht hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen. Ieder van hen is vrij de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van een overeenkomst of in verband met andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn.

Het was de vraag of rechtsgeleerd Nederland op dit soort bepalingen zat te wachten. Er is haast niets geregeld, en wat bepaald werd in het artikel is onzuiver, onjuist en roept meer vragen op dan het beantwoordt.⁷⁹ Op zwakke gronden heeft men ervan afgezien om het stadium van de onderhandelingen in de regeling op te nemen; behalve de vorm van schadevergoeding werd ook de verplichting tot dooronderhandelen niet geregeld.⁸⁰ Tenslotte is de formulering

78. Zie de MvA, Tweede Kamer 1984-85, 17541, nr 8, p. 62 v. besproken door Van Delft-Baas, *Kwart. Ber. NBW* 1986, p. 50.

79. Zie de vragen geformuleerd door het Ned. Genootschap v. Bedrijfsjuristen, die overgenomen werden door de Vaste commissie van de Tweede Kamer, idem, nr 10, p. 10 v. Overigens lieten de ontwerpers bewust de grondslag van de nieuwe aktie in het midden, een vraag die dankzij de nieuwe bepaling 'overbodig' geworden is. Men meent wel dat 'naar gelang van de omstandigheden' plaats kan zijn voor zowel een onrechtmatige daads- als een goede trouwaktie.

80. Wat de schadevergoeding betreft, wordt in de MvA slechts verwezen naar bepalingen waarmee, 'enige overeenkomst' bestaat, artt. 6:60 en 63 NBW. Overigens wees Wessels, *WPNR* 5728 (1985), p. 129, op de analoge toepassing van de artt. 6:220, lid 2 en 225 lid 2 NBW. In het voorstel dat Drion in 1964 deed (*WPNR* 4829, p. 431) vindt men wel een schadevergoedingsregeling. Zijn ontwerptekst luidt als volgt:

§1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

aanvechtbaar, dat onderhandelingen niet afgebroken mogen worden, als onaantvaardbaar 'op grond van het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van een overeenkomst of in verband met andere omstandigheden van het geval'. Dit is onjuist voor het modale geval van afbreken van onderhandelingen in strijd met de goede trouw waarbij *in de* regel sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen in de goede afloop van de onderhandelingen (zie boven). Waarom deze merkwaardige constructie? Omdat de ontwerpers denken aan de figuur van onderhandelingen die niet afgebroken mogen worden waarbij de reden *niet* zozeer gelegen is in het opgewekt vertrouwen dat een contract tot stand komt; de MvA noemt onderhandelingen over een CAO of ambtenarenoverleg.⁸¹ Het zijn gevallen uit de collectieve en publiekrechtelijke sfeer; moet de uitzondering de inhoud van de regel bepalen? Behalve dat dit weer illustratief is voor de instelling van de ontwerpers, dat men krampachtig alles probeert te regelen, is dit in strijd met het uitgangspunt dat men een ruime formulering gezocht heeft, waarmee de rechtsontwikkeling de vrije loop gelaten wordt. Dan moet men zeker van het normale geval uitgaan, en daarbij staat het gewekte, gerechtvaardigde vertrouwen centraal. Maar, zoals betoogd, is dit op zich nooit voldoende, er moeten omstandigheden bijkomen, afhankelijk van het stadium waarin men verkeert, die maken dat het afbreken in strijd met de goede trouw wordt. Men heeft dan voldoende speelruimte om in uitzonderlijke situaties (bijv. de voorbeelden van de MvA) met weinig gewekt vertrouwen genoeg te nemen. Kortom, 'of' moet 'en' zijn in het ontworpen artikel, en dan blijft het nog behelpen.

Aldus de kritiek op het ontworpen artikel die ik in 1986 naar voren bracht. Intussen is het ontwerp-artikel niet slechts van rechtshistorisch belang, ook al heeft de Tweede Kamer het in 1987 bij amendement geschrapt, met het officiële argument dat dit onderwerp nog niet rijp voor codificatie was en verder aan de ontwikkeling in de rechtspraak overgelaten diende te worden.⁸² De discussie hierover is nog steeds relevant voor het geldend recht, aangezien zoals wij zagen de hoge raad de formule van het ontwerp-artikel overgenomen heeft in het arrest *VSH - Shell*, van hetzelfde jaar waarin het artikel geschrapt werd, 1987. Er is

1. In geval van onderhandelingen, die niet tot een overeenkomst leiden, is de partij die gebruik maakt of heeft gemaakt van waardevolle inlichtingen, gegevens of ontwerpen van de wederpartij, een naar billijkheid te bepalen vergoeding voor dit gebruik verschuldigd.

2. In hetzelfde geval kan de rechter aan de partij die, op grond van een redelijk vertrouwen dat de onderhandelingen tot een overeenkomst zouden leiden, voorbereidingskosten heeft gemaakt waarvan de wederpartij moest begrijpen dat zij anders niet gemaakt zouden zijn, een naar billijkheid te bepalen schadeloosstelling ten laste van de andere partij toekennen.

81. De MvA, p. 64, noemt ook nog het voorbeeld van onderhandelen met de overheid, waarbij 'het gelijkheidsbeginsel kan meebrengen dat ook met deze wederpartij onderhandelingen *begonnen* worden, die dan uiteraard niet terstond weer mogen worden afgebroken' (met verwijzing naar de grondgedachte van art. 17 Onteigeningswet). Verder stelt men dat moeilijk vol te houden is 'dat onderhandelingen *nimmer* mogen worden afgebroken'. Zou iemand dat ooit bij een wetsbepaling van deze aard verwachten? De ontwerpers leken op de valkuil van Justinianus, Napoleon en andere codificatoren af te stevenen, dat volledigheid het hoogste goed is, naast letterlijke toepassing van de ontworpen wetsbepalingen.

82. Zie hierover, met verdere vindplaatsen, de concl. a-g Hartkamp voor *VSH - Shell*, sub 10. Het arrest werd boven besproken, nr 7, in fine.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

echter een klein maar niet onbelangrijk verschil tussen beide formuleringen: de ontwerpers van art. 8a spraken van het gerechtvaardigde vertrouwen in *een* overeenkomst die tot stand zou komen, de hoge raad spreekt van *de* overeenkomst, zij het dat dit nader toegelicht wordt als 'enige' of 'een dergelijke' overeenkomst. Het was al een slechte formule, maar dat wordt er zo niet beter op.⁸³ In elk geval kan men constateren dat het met de verdere ontwikkeling van dit leerstuk in de rechtspraak niet echt opgeschoten is, als de hoogste rechter volstaat met een veel gekritiseerde tekst (slecht) over te schrijven, en vervolgens een toepassing daarvan geeft in het concrete geval, die slechts kritiek kan uitlokken. Er valt dus nog voldoende te doen aan de verdere ontwikkeling van dit leerstuk in de rechtspraak, waar het parlement zijn hoop op gevestigd had.

9. *Recente rechtspraak inzake afgebroken onderhandelingen: Vogelaar - Skil, Beliën - Staat en ABB - Staat*

In verscheidene uitspraken heeft de hoge raad de werkingssfeer van de regels inzake aansprakelijkheid bij afgebroken onderhandelingen, zoals neergelegd in *Plas - Valburg* (1982) en *VSH - Shell* (1987), uitgebreid. Zij zijn ook van toepassing wanneer niet precies sprake is van *afgebroken* onderhandeling, terwijl ook niet altijd afgebroken *onderhandelingen* aan de orde hoeven te zijn. Dit klinkt wat cryptisch, het volgende wordt ermee bedoeld. De regels zijn van toepassing op een situatie waarin partijen gezamenlijk bezig zijn om voorwerk te verrichten voor een overeenkomst die op handen is (*Vogelaar - Skil*, 1991), in het geval er een overeenkomst is die naderhand niet tot stand gekomen blijkt te zijn, een mislukte overeenkomst dus (*Beliën - Staat*, 1996) en ten slotte is er de situatie van veranderde omstandigheden die binnen de werkingssfeer van de regels gebracht wordt (*De Ruitery - MBO*, 1996).

Een tweede lijn die in de rechtspraak te ontdekken is, heeft te maken met de verdere uitwerking van de regels zoals die in *VSH - Shell* neergelegd werden. Het arrest *ABB - Staat* (1997) is de laatste, en weinig gelukkige uitwerking daarvan, waarin de bijdragen in de doctrine die boven aan de orde kwamen, miskend werden. Hierbij is de opzet van deze paragraaf geschetst. Niet alle arresten van de laatste jaren kunnen hier (uitvoerig) aan de orde komen; het grote aantal uitspraken is een teken is van het belang van dit onderwerp voor de praktijk alsook de gecompliceerdheid van de materie.⁸⁴

In het arrest *Vogelaar - Skil* ging het om het volgende geval.⁸⁵

Vogelaar werd in 1985 betrokken door Skil bij het opzetten van een door Skil te sponsoren wielerploeg, waarvan Vogelaar ploegleider/team-manager zou worden. Vogelaar verrichtte voor dit projekt activiteiten op basis van een onkostenvergoeding; Skil heeft uiteindelijk van

83. Vgl. over de toepassing van de formule van art.8a ook Van Delft-Baas, *Kwart.Ber.NBW* 1988, p.68, waarover Brunner (kritisch) in zijn noot onder *VSH - Shell*.

84. Zie voor de recente rechtspraak op dit gebied ook *Verbintenissenrecht* (Blei Weissmann), 1997 (suppl. 46), art. 217-227.I. Zie verder nog de bespreking van enkele arresten elders: boven, nr 5; Hfdst. 6, § 4, nr 3, veranderde omstandigheden; contracten met de overheid; Hfdst. 7, § 2, nr 10, in fine (opzegging duurovereenkomsten).

85. HR 31 mei 1991, *NJ* 647, nt PvS.

§1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

het project afgezien, onder meer omdat geen medesponsor gevonden kon worden (het beoogde budget was f 2,5 mln op jaarbasis; 40% bleef ongedekt). Vogelaar spreekt Skil aan tot schadevergoeding, onder meer omdat hij geen overeenkomst gesloten had die hem in het vooruitzicht gesteld was. Hij krijgt de rechtbank mee, die van oordeel is dat Skil in strijd met de goede trouw gehandeld heeft in de precontractuele relatie. Het hof wijst zijn vordering echter af en hanteerde daarbij de *Plas - Valburg*-formule: Vogelaar had verzuimd te stellen dat 'partijen over en weer erop mochten vertrouwen dat uit hun onderhandelingen in ieder geval enigerlei overeenkomst zou resulteren'. In cassatie wordt geklaagd dat geen sprake was van eigenlijke 'onderhandelingen' tussen partijen. De hoge raad overweegt daaromtrent:

'... ook als partijen anders dan door "onderhandelingen" betrokken zijn bij het voorbereiden van een tussen hen te sluiten overeenkomst, zal in het algemeen dezelfde maatstaf voor toepassing in aanmerking komen als in geval van afgebroken contractsonderhandelingen moet worden gehanteerd bij de beoordeling van de vraag of het afbreken tegenover de wederpartij onaanvaardbaar is.

In de tweede plaats voert het onderdeel aan dat het in de gegeven omstandigheden vooral aankomt op het al dan niet gerechtvaardigde vertrouwen van Vogelaar in het tot stand komen van de (aanstellings-)overeenkomst. Dit is op zichzelf juist, aangezien het bij de beoordeling van de vraag of, wanneer één van partijen de op het tot stand brengen van een overeenkomst gerichte onderhandelingen afbreekt of de voorbereidingen voor het sluiten van de overeenkomst staakt, dit tegenover de wederpartij onaanvaardbaar is, in het algemeen niet van belang is of *beide* partijen mochten vertrouwen dat de overeenkomst tot stand zou komen maar slechts of daarop mocht worden vertrouwd door de wederpartij van degene die het tot stand komen van de overeenkomst verhindert (vgl. HR 23 okt. 1987, *NJ* 1988, 1017).

Het overwogene kan evenwel niet tot cassatie leiden nu in 's hofs r.o. 4.5., die naar zal blijken tevergeefs wordt bestreden, besloten ligt het oordeel dat Vogelaar in de gegeven omstandigheden uit het verschil tussen de door Skil ter beschikking gestelde en de werkelijk benodigde kosten per jaar, de bedoeling dat Skil had moeten begrijpen, in het bijzonder dat Skil slechts tot verwezenlijking van het project zou overgaan als het tekort door andere sponsors zou worden aangevuld. Dit oordeel noopt tot de gevolgtrekking dat Vogelaar niet erop mocht vertrouwen dat de (aanstellings-)overeenkomst tot stand zou komen.

Tenslotte betoogt het onderdeel dat het "ook overigens" - waarmee kennelijk wordt bedoeld: ook als een gerechtvaardigd vertrouwen als vorenbedoeld ontbreekt - onaanvaardbaar *kan* zijn om gezamenlijke plannen voor een overeenkomst als hier werd betoogd "radicaal en zonder compensatie eenzijdig te beëindigen". De bedoelde mogelijkheid kan inderdaad niet worden uitgesloten, doch de door Vogelaar aangevoerde omstandigheden waarvan in cassatie kan worden uitgegaan, rechtvaardigen niet de conclusie dat de handelswijze van Skil als onaanvaardbaar jegens Vogelaar moet worden aangemerkt. Voormeld betoog kan Vogelaar dus niet baten'.

Met name moet men van de laatste overweging goede nota nemen; het lijkt er namelijk op dat in latere uitspraken die *tweede grondslag* voor aansprakelijkheid wegens het afbreken van onderhandelingen (zonder dat sprake is van vertrouwen op een overeenkomst) minder uit de verf komt.

Een geheel andere casus is die van *Beliën - Staat*.⁸⁶ De gang van zaken bij de onderhandelingen tussen een burger en de provincie over een onroerend goed-transactie is tragi-komisch en leerzaam om van kennis te nemen en aldus een inzicht in de 'stropigheid' van bestuursverhoudingen te krijgen.

Beliën, wonend in Soerendonk, wordt in 1978 door de Provincie Brabant benaderd in verband met de aanleg van een fietspad, waartoe men een gedeelte van zijn perceel nodig heeft; in ruil

86. HR 24 maart 1995, *NJ* 1997, 569, nt CJHB.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

voor dat stuk grond kan hij met bijbetaling een ander stuk grond krijgen. Op 13 (!) dec. 1978 sluit Beliën met de ambtenaar Benne een overeenkomst daarover, wat later de '1e overeenkomst' genoemd zal worden. Beliën had het plan om op het aangeboden stuk grond een huis te bouwen, maar ontdekt dat de grond daartoe niet geschikt is. Hij trekt bij de provincie aan de bel, en op 15 jan. 1979 vindt nieuw overleg plaats waarbij partijen het eens worden over de overdracht van een veel groter perceel aan Beliën. Dit is wat later de '2e overeenkomst' genoemd wordt. De schriftelijke vastlegging van de overeenkomst wordt door de provincie echter aangehouden omdat de 1e overeenkomst 'uit het traject naar GS moet worden onderschept' (waar het voor goedkeuring heen moest).

In maart 1979 informeert Beliën waar de schriftelijke vastlegging van de 2e overeenkomst blijft, en dan hoort hij dat deze geen doorgang kan vinden omdat er plotseling een brief gevonden is waaruit blijkt dat de Gem. Maarheeze toch belangstelling voor het betreffende perceel had, terwijl dat aanvankelijk niet zo was. Beliën zendt een brief waarin hij het vastleggen van de 2e overeenkomst eist; hierop reageert de provincie niet. In juni 1979 heeft GS de 1e overeenkomst goedgekeurd en worden voorbereidingen voor de afwikkeling getroffen. Beliën weigert echter daaraan mee te werken, onder verwijzing naar zijn brief van maart, en er gebeurt verder niets. Najaar 1979 wordt het fietspad zonder verder overleg aangelegd; Beliën heeft geen moeite daarmee, hij gaat ervan uit dat de provincie vooruitloopt op de formalisering van de 2e overeenkomst. Er gebeurt dan enige tijd niets; Beliën begint nattigheid te voelen en schrijft eind 1980 een brief aan de provincie en protesteert tegen de aanleg van het fietspad; de provincie komt in 1982 weer in actie en probeert Beliën over te halen om de 1e overeenkomst uit te voeren, zonder succes, welk gesprek door Beliën schriftelijk bevestigd wordt. Dan doet de provincie in juni 1985 weer een poging om Beliën tot uitvoering van de 1e overeenkomst te krijgen, hetgeen hij weigert. Een briefwisseling in 1986 levert ook niets op.

Begin 1987 neemt een andere ambtenaar, Van Stiphout, contact met Beliën op en zegt gemachtigd te zijn om namens de provincie mee te delen dat deze alsnog bereid is om de 2e overeenkomst uit te voeren, aangezien de belangstelling van de Gem. Maarheeze voor de grond in kwestie weggevallen was. De lijdensweg van Beliën lijkt teneinde, maar het loopt toch anders. Enkele dagen later belt de chef van Van Stiphout Beliën op, en deelt hem mee dat Van Stiphout zijn opdracht niet helemaal goed begrepen had en dat de provincie nog steeds slechts bereid is om de *1e overeenkomst* uit te voeren. Een half jaar later legt die chef het nog eens in een gesprek uit aan Beliën, en weer een half jaar later, intussen is het 1988 geworden, ontvangt hij een dagvaarding van de provincie waarin hij gesommeerd wordt de 1e overeenkomst na te komen. Wij zijn dan 10 jaar verder, er ontspint zich een procedure die voor de hoge raad eindigt, weer 7 jaar later, in 1995. Na verwijzing moet de Rb. Den Bosch de zaak verder behandelen en uitspraak doen, die is medio 1997 nog niet afgekomen, zoals mij bij navraag gebleken is; aldus lijkt het 20-jarig bestaan van deze affaire wel gehaald te gaan worden, en dat alles om een fietspad-aanleg in het zuiden des lands.

Uit de procedure belicht ik slechts het onderdeel over afgebroken onderhandelingen; het Hof Den Bosch had aangenomen dat hier geen sprake was van 'afgebroken onderhandelingen'; het daartegen gerichte cassatiemiddel treft doel, volgens de hoge raad. Het college overweegt dan:

3.5. 'Het keert zich tegen het oordeel van het hof (rov. 4.4.11) dat te dezen geen sprake is van "afbreken van onderhandelingen" in de zin welke aan dit begrip wordt gehecht in de desbetreffende rechtspraak van de hoge raad (o.m. HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723; HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017; HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 647). Dit oordeel heeft het hof uitsluitend daarop gebaseerd dat de gevoerde onderhandelingen in de ogen van partijen tot "definitieve afspraken" hebben geleid. Daarbij heeft het hof het oog op de eerste en de tweede overeenkomst. De omstandigheid dat - zoals het hof in zijn rov. 4.4.3 had geoordeeld - geen van deze overeenkomsten "partijen vermag te binden" brengt, aldus het hof, niet mee dat de onderhandelingen van partijen in de precontractuele fase zijn blijven steken. Het onderdeel betoogt terecht dat het hof aldus blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. De

§1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

maatstaven welke in voormelde rechtspraak zijn ontwikkeld ter beantwoording van de vraag wanneer het afbreken van onderhandelingen jegens de wederpartij onaanvaardbaar is, komen in een geval als het onderhavige voor overeenkomstige toepassing in aanmerking (vgl. voormeld arrest van 31 mei 1991 en HR 27 november 1992, *NJ* 1993, 287).

De arresten waarnaar verwezen wordt zijn allereerst: *Plas - Valburg, VSH - Shell* en *Vogelaar - Skil*, en vervolgens: nogmaals het laatst genoemde arrest en *Felix - Aruba* (dat laatste wordt elders behandeld, zie Deel 2, Hfdst. 9, § 7, in fine).

Aldus kwam de hoge raad tot een ruime toepassing van de in 1982 en 1987 aanvaarde regels inzake aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen, daarvan hoeft niet letterlijk sprake te zijn, het gaat om de vergelijkbare, precontractuele situatie waarin partijen verkeren. Het is opvallend dat waarnemend a-g Bloembergen tot afwijzing van het cassatieverzoek had geconcludeerd, met het argument dat beide overeenkomsten rechtsgeldig totstandgekomen waren, zij het onder de voorwaarde van goedkeuring door GS, zodat 'bezwaarlijk gesproken kan worden van het afbreken van onderhandelingen'.⁸⁷ Gelukkig is de hoge raad minder legistisch, en ziet het onderhandelingsproces als één geheel, met de overeenkomsten als een soort tussenstations, die uiteindelijk niet aangedaan blijken te zijn door de onderhandelingsstrein, naar het oordeel van rechtbank en hof.

De volgende uitspraak, *De Ruitelij - MBO/Ruijters* (1996) is van belang aangezien allereerst de lijn van de Skil-zaak vervolgd wordt door naast het gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van een overeenkomst het belang van de overige omstandigheden te plaatsen (eerder door mij de 'tweede grondslag' genoemd), maar ook een verdere uitbreiding van het toepassingsgebied gegeven wordt door de veranderde omstandigheden als criterium te aanvaarden.⁸⁸ Dat laatste was ook in de literatuur bepleit.⁸⁹

De Ruitelij is eigenaar en exploitant van het 5 sterren-hotel Hotel Maastricht en heeft plannen om op het voormalig bedrijfsterrein van de Sphinx-fabrieken in Maastricht een uitbreiding van het hotel te realiseren. Zij sluit daartoe met MBO een overeenkomst, gericht op een 'turn-key' bouwopdracht aan MBO, die in drie fasen voorzag: voorlopig ontwerp (I), gevolgd door vaststelling definitief ontwerp (II) en realisatie (III). Daaraan waren termijnen gekoppeld: op 28 febr. 1991 zou een voorlopig ontwerp vastgesteld moeten zijn en op 31 maart 1991 zou door B en W van Maastricht een definitief besluit genomen moeten zijn omtrent het bestemmingsplan en zouden partijen een nadere overeenkomst gesloten moeten hebben met betrekking tot het ontwerp van de turn-key-overeenkomst. Indien de termijnen niet gehaald zouden worden, voorzag art.4 van de fase I-overeenkomst in een verplichting om in overleg te treden; indien vervolgens op 31 mei 1991 geen aanvaardbare oplossing gevonden zou zijn, zou de overeenkomst beëindigd kunnen worden, waarbij de Ruitelij tot betaling van ten hoogste f 20.000,- aan MBO verplicht zou zijn.

87. Te kennen uit de noot in *Gemeentestem* 7019 (1995), p. 571, nt HH; daar vindt men ook interessante beschouwingen over het gebrek aan bevoegdheid van de betrokken ambtenaren om de provincie in casu jegens België te binden (ex art. 104 oude Provinciewet, 164 nieuwe Provinciewet): 'het "rammelde" juridisch al voor er onderhandeld werd', concludeert de annotator.

88. HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481, nt HJS.

89. Vgl. Asser-Hartkamp II, nr 163, met verwijzing naar Vranken, Abas en De Kluiver.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

Het loopt allemaal wat anders. Het project loopt stuk; in mei 1994 worden de onderhandelingen gestaakt, en legt MBO conservatoor derdenbeslag onder debiteuren van De Ruitery voor *f* 8,6 mln wegens schade door het onrechtmatig afbreken van de onderhandelingen (die in de bodemprocedure nader vastgesteld moet worden). De pogingen van De Ruitery voor de president van de rechtbank en het hof om het beslag ongedaan te maken falen, en ook voor de hoge raad krijgt zij nul op het rekest. Daarbij gaat het in cassatie om de vraag of het De Ruitery vrijstond om, zoals zij gedaan had, de onderhandelingen af te breken. Het betreft een kort geding-procedure, die nog eens marginaal door de cassatierechter getoetst wordt; voor een goed begrip van de uitspraak van de hoge raad is het goed om van de feiten (kort weergegeven) kennis te nemen. Het is ook vrij uitzonderlijk dat een beroep op onrechtmatig afgebroken onderhandeling gehonoreerd wordt, zij het voorlopig, hetgeen de zaak interessant maakt.

De gang van zaken was deze. De termijnen van de fase I-overeenkomst werden niet gehaald, evenmin als de later overeengekomen termijnen; partijen bleven echter in onderhandeling, met name over de aanbiedingsprijs van MBO. De laatste termijn was 31 dec. 1991, die echter ook overschreden werd, aangezien aan bepaalde voorwaarden niet voldaan was. In april 1992 deed MBO om de impasse te doorbreken een geheel nieuw voorstel; partijen worden het daarover eens op een aantal punten, maar niet ten aanzien van de prijs: er blijft een gat van *f* 1,2 mln. Op een verdere bespreking in mei 1992 maakt De Ruitery een voorhoud ten aanzien van de goedkeuring die door haar moedermaatschappij, de engelse topholding van het concern waartoe De Ruitery behoorde, Queens Moat Houses (QMH), gemaakt moest worden. Het gat in de overeenstemming omtrent prijs werd teruggebracht tot *f* 400.000,-. Daarop werd in juni een 'planverkleining' ontworpen en besproken, en kreeg MBO in juli toestemming om een bouwvergunning aan te vragen, die in de loop van 1993 verleend werd. In januari 1993 heeft De Ruitery de omwonenden ingelicht over de nieuwbouwplannen waarbij aangegeven werd dat de bouw gepland was in april 1993.

Op 25 febr. 1993 bericht de advocaat van De Ruitery aan MBO dat de overlegrelatie met MBO beëindigd wordt, aangezien het moederbedrijf QMH geen goedkeuring aan de investering voor de nieuwbouw had gegeven. Als redenen werden gegeven: het verstrijken van de termijnen van het fase I-contract, de verslechterde economische situatie in zijn algemeenheid en de slechte prognoses voor de hotel-markt in Maastricht in het bijzonder, het niet haalbaar zijn van het budget, de afgenomen bezettingsgraad van het hotel en de daarmee samenhangende maatregelen die getroffen waren.

In maart 1993 nemen pp. de draad van het overleg weer op; daarbij blijkt dat QMH een algehele investeringsstop had afgekondigd voor het concern. Dat beletsel zou echter weggenomen kunnen worden door de nieuwbouw door middel van een 'off balance'-financiering te doen plaatsvinden; er vindt medio 1993 daarover nog een briefwisseling tussen partijen plaats, daarna heeft MBO nog voorgesteld om het hotel zelf aan te kopen. Het loopt echter op niets uit; in mei 1994 worden de onderhandelingen over de financiering van het project gestaakt.

Dat is het tableau dat in cassatie aan de orde is. Ten aanzien van het kernpunt overweegt de hoge raad:

3.6. 'de in onderdeel 4 onder 4.1 aangevoerde klacht houdt in dat het hof door ... te overwegen dat het De Ruitery niet vrijstond de onderhandelingen af te breken, heeft miskend dat het De Ruitery te allen tijde vrijstond de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigde vertrouwen bij MBO in het tot stand komen van de overeenkomst - of in verband met de andere omstandigheden - onaanvaardbaar zou zijn. Het hof zou hebben miskend dat het enkele gerechtvaardigde vertrouwen als evenbedoeld niet een voldoende voorwaarde is voor het aannemen van het door het hof aanvaarde rechtsgevolg, aangezien tevens vereist is dat de beëindiging, ook gelet op de gerechtvaardigde belangen van de partij die de onderhandelingen afbreekt, onaanvaardbaar is.

§ 1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

De klacht gaat terecht ervan uit dat, ingeval bij de wederpartij van degene die de onderhandelingen over een te sluiten overeenkomst afbreekt, het gerechtvaardigde vertrouwen bestond dat die overeenkomst tot stand zou komen, dit niet onder alle omstandigheden behoeft te leiden tot de slotsom dat het afbreken onaanvaardbaar is. Rekening dient ook te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt, tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen, en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij; hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan. 's Hof's arrest geeft echter geen grond voor de veronderstelling dat het hof van een andere opvatting zou zijn uitgegaan.

Het hof heeft kennelijk alle in deze zaak vastgestelde feiten en omstandigheden in aanmerking genomen bij het vormen van zijn oordeel dat het afbreken van de onderhandelingen door De Ruiterij het niet honoreren van het gerechtvaardigde vertrouwen van MBO in het tot stand komen van de realisatie-overeenkomst onaanvaardbaar maakt.

De klacht kan derhalve niet tot cassatie leiden'

Het aspekt van de onvoorziene omstandigheden wordt niet uitgewerkt door de hoge raad. Uit de weergegeven feiten blijkt dat de omstandigheid waardoor het projekt in februari 1993 afgesprongen is, het nieuwe investeringsbeleid van de moedermaatschappij vanwege de slechter wordende economische situatie in het algemeen en de exploitatie van het hotel in Maastricht in het bijzonder, tot de risikosfeer van De Ruiter gerekend moet worden en niet op de wederpartij afgewenteld kan worden. De redelijkheid, noch de verkeersopvattingen brengen dat met zich, vgl. art. 6:258 BW, dat elders nog ter sprake komt.⁹⁰

De lijn in de rechtspraak na *VSH - Shell* lijkt daarmee duidelijk: naast het gerechtvaardigde vertrouwen op een overeenkomst als resultaat van de onderhandelingen (in 'enigerlei' vorm) zijn ook de verdere omstandigheden, gerechtvaardigde belangen van partijen, e.d., van belang ('tweede grondslag'). Wanneer dit vaste jurisprudentie lijkt te zijn geworden, komt er echter een kleine kink in de kabel, en wel het arrest *ABB - Staat* van 1997.⁹¹ In dat arrest blijkt namelijk die 'tweede grondslag' verdwenen te zijn in de benadering van hof, zonder dat de hoge raad dit gecorrigeerd heeft, met dramatische gevolgen voor de partij die na langdurige onderhandelingen aan de kant gezet wordt. De balans slaat op die wijze weer terug naar een voordeliger positie voor de partij die de onderhandelingen afbreekt. Dit arrest vraagt derhalve om een brede bespreking.

De Rijksgebouwendienst (RGD, een onderdeel van VROM) heeft een aanbesteding opgezet voor de bouw (en onderhoud) van een compleet kracht/warmte-station, bestemd voor de Koninklijke Marine in Den Helder. Uit de selectie van aanbieders is een internationale groep aannemers naar voren gekomen, waartoe ook ABB behoorde, die 'de Combinatie' wordt genoemd (en door mij korthedshalve ABB). Partijen tekenden in juli 1983 een door RGD opgestelde 'intentieverklaring' waarvan de belangrijkste bepalingen de volgende inhoud hebben. RGD deelt mee dat het in haar bedoeling ligt om aan ABB het contract te gunnen voor de uitvoering van het kracht/warmte-station in Den Helder voor een vast bedrag van f 90.300.000,-, het voor dit contract beschikbare budget; de onderhandelingen dienen 1 okt. 1987 te zijn afgerond; indien pp. niet op grond van het bedrag en binnen de gestelde termijn tot overeenstemming kunnen komen kan aan de intentieverklaring geen verplichting van de staat ontleend worden; indien pp. tot overeenstemming kunnen komen doch de staat door andere

90. Zie Hfdst. 6, § 4.

91. HR 4 okt. 1996, NJ 1997, 65, *ABB Industrie en ULC Groep - Staat (VROM, Afd. Rijksgebouwendienst)*.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

oorzaken afziet van gunning van het contract zullen kosten vergoed worden tot max. f 1 mln voor de termijn tot 1 okt. 1987.

ABB gaat aan de slag en dient op 1 okt. 1987 een offerte in; deze wordt echter door RGD afgewezen aangezien niet aan de voorwaarden van de intentieverklaring voldaan was: de vaste som was overschreden en de offerte bevatte geen onderhoudscontract. De RGD is bereid om de de onderhandelingen vrijblijvend voort te zetten tot 15 okt. 1987. ABB protesteert tegen de vrijblijvendheid, waarop RGD op 9 okt. de uitnodiging herhaalt met als enige voorwaarde dat aan het overleg geen rechten en verplichten ontleend kunnen worden; een discussie over de door ABB gevraagde vergoeding van kosten over de intentieverklaringsperiode (tot 1 okt. 1987) wordt zolang 'in de ijskast geplaatst'. Einde *1e fase*.

Dan begint een *2e fase* van de onderhandelingen, die loopt van 9 okt. 1987 tot 12 febr. 1988. ABB brengt een offerte uit op 9 dec. 1987, met een aanneemsom van ruim f 106 mln; deze wordt door RGD op 12 febr. 1988 afgewezen, maar zij biedt aan om alsnog tot een contract te komen, ABB kan offireren voor een 'substantieel afgeslankt' project. Extra ontwerpkosten kunnen vergoed worden tot een bedrag van f 150.000,- (hetgeen ook gebeurd is).

Daarmee komen wij in de *3e fase*: van 12 febr. 1988 tot 8 nov. 1989. ABB gaat op het aanbod van RGD in en brengt na onderhandelingen deel-offertes uit, waarin de kosten van de intentieverklaringsperiode (voor 1 okt. 1987) als begrotingspost opgenomen worden. Op 21 nov. 1988 breekt RGD de onderhandelingen af in verband met een onderzoek naar de mogelijkheden om het project te privatiseren; daarvan wordt weer afgezien, en voorjaar 1989 worden de onderhandelingen hervat, nog steeds op basis van exclusiviteit. Daarbij wordt de opzet van het project gewijzigd; nogmaals wordt bepaald dat de aanspraak over de kosten uit de intentieverklaringsperiode bevroren is. Van haar kant bedingt ABB dat voorzetting van de onderhandelingen onder de voorwaarde gebeurt dat haar nieuwe kosten, begroot op f 760.000,-, in elk geval vergoed moeten worden (hetgeen naderhand gebeurd is). Op 6 okt. 1989 brengt ABB opnieuw een offerte uit, met een prijs van f 110,8 mln; deze overschreed echter het 'taakstellend budget' en werd op 8 nov. 1989 door RGD van de hand gewezen. Dan begint het doek te vallen: RGD schrijft eind 1989 een nieuwe aanbesteding uit waarvoor ook ABB uitgenodigd wordt. Het contract wordt dan aan een derde gegund die een lagere prijs aangeboden heeft (f 92 mln, terwijl ABB tenslotte op f 97 mln zat, waarin echter ook de kostenclaim opgenomen was).

Aldus een beknopte weergave van de gang van zaken. ABB accepteert de handelwijze van RGD niet en begint een procedure waarin zij stelt dat RGD onrechtmatig gehandeld heeft door de onderhandelingen af te breken toen deze zover gevorderd waren dat zij mocht rekenen op het totstandkomen van een overeenkomst in enigerlei vorm, en vordert als schadevergoeding, primair het positief contractsbelang (gederfde winst), begroot op f 15,3 mln, subsidiair het negatief contractsbelang (kosten), begroot op f 3 mln, en meer subsidiair de kostenvergoeding uit de intentieverklaring, f 1 mln. Zij krijgt de haagse rechtbank mee die in de lijn van *Plas - Valburg* de primaire vordering toewijst, met de overweging:

'Door het eerst selecteren van de Combinatie als exclusieve gesprekspartner, het vervolgens na het - in de optiek van de staat - afwijzen van de offerte van 9 december 1987 toch met de Combinatie door te gaan, het de Combinatie steeds nieuwe varianten te presenteren, een aanspraak op vergoeding van kosten uit het intentieverklaringsstadium niet expliciet en zonder voorbehoud af te wijzen maar deze post "in de ijskast te plaatsen" alsmede het de Combinatie niet duidelijk en concreet mededelen dat zij met haar benadering van de eisen prijstechnisch en/of kwalitatief voor de Staat onaanvaardbaar werd, heeft de Staat bij de Combinatie de verwachting gewekt dat tussen partijen uiteindelijk een overeenkomst over een belangrijk deel van het project tot stand zou komen. In een dergelijke situatie is afbreken van de onderhandelingen tegen vergoeding van de tot dusver gemaakte offertekosten niet meer mogelijk; ook de reële vooruitzichten op winst komen voor vergoeding in aanmerking'.

§ 1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

De staat gaat in appel en heeft voor het Hof Den Haag succes. Het valt op dat het hof bij de hantering van de formule over het ontstaan van een gerechtvaardigd vertrouwen, etc., uitgaat van een feitelijk en subjectief opgevat vertrouwen aan de zijde van ABB.⁹² Het hof komt tot de volgende conclusie:

‘Weliswaar legde de exclusieve onderhandelingsvorm tussen partijen op de Staat de verplichting zijn gedrag (mede) te doen bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de Combinatie om tot een overeenkomst te komen, maar die verplichting kan, voornoemde omstandigheden in aanmerking genomen, niet anders worden gezien dan als een inspannings- en niet als een resultaatsverplichting. Dat zijdens de Combinatie de onderhandelingen erop waren gericht dat daaruit een opdracht aan haar door de Staat zou voortvloeien en dat de Staat zich daarvan bewust was is buiten twijfel, maar dat er sprake was van te honoreren gerechtvaardigde verwachtingen van de Combinatie dat tussen partijen in ieder geval enigerlei contract tot stand zou komen, is een standpunt dat, zoals uit voorgaande overwegingen blijkt, door het hof wordt verworpen.

Nu ook overigens van enig onrechtmatig handelen van de Staat door het niet gunnen van de aanbesteding van november 1989 c.q. door het definitief beëindigen van de onderhandelingen geen sprake is daar immers op dat tijdstip definitief vaststond dat de Combinatie niet aan de voorwaarden van de Staat kon voldoen, ontvalt de grondslag aan de vordering tot vergoeding van het positief contractsbelang, te weten winstderving wegens het niet totstandkomen van een overeenkomst terzake van het project’ (ov. 3.6.5).

Het is heel curieus dat het hof met het onderscheid inspannings- versus resultaatsverplichting op de proppen komt, een onderscheid dat op dit terrein geen enkele rol gespeeld heeft in doctrine en rechtspraak van de afgelopen decennia, en ook niet aan de orde is. Het is een vorm van mechanisch denken waarmee het hof zich buiten de discussie over dit onderwerp plaatst; ik verwijs hiervoor naar de bespreking van de noot van Brunner onder *VSH - Shell* (boven, nr 7, in fine).

In cassatie wordt dit oordeel door ABB bestreden op beide grondslagen van de *VSH - Shell*-regel: het gerechtvaardigde vertrouwen in het ontstaan van enige overeenkomst, en de overige omstandigheden die het afbreken van de onderhandelingen onrechtmatig maken. Het eerste zou door het hof onjuist toegepast zijn, het tweede veronachtzaamd zijn. Op beide punten wordt de klacht afgewezen door de hoge raad, in een uitspraak die niet kan overtuigen. Het hof wordt niet gecorrigeerd bij zijn merkwaardige benadering van het onderwerp, terwijl de uitspraak van het hof op eenzijdige wijze gelezen wordt. Het arrest is daarmee vooral leerzaam voor cassatie-advokaten, maar voegt niets wezenlijks toe aan dit zo gecompliceerde onderwerp. Wel is het op zich een bevestiging van de twee grondslagen voor onrechtmatig afbreken van onderhandelingen door de hoge raad, ook al is de toepassing in concreto uiterst ongelukkig.

De hoge raad gaat allereerst akkoord met het oordeel van het hof dat ABB niet redelijkerwijs erop mocht vertrouwen dat daadwerkelijke nog enige overeenkomst tussen partijen tot stand zou komen, dat niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting en zozeer verweven is met waarderingen van feitelijke aard dat het in cassatie niet toetsbaar is (ov. 3.5.2.2). Het hof heeft twee aspecten van het verloop van de onderhandelingen in de 3e fase van belang geoordeeld, die elkaar naar het hof kennelijk heeft aangenomen, versterkt hebben, overweegt de raad: 1. de onduidelijkheid en ongewisheid die gedurende die fase van de onderhandelingen bestonden en doordat de projectinhoud telkens werd gewijzigd, zijn blijven bestaan over de exacte omvang van het aan te besteden werk en het bij ABB in toenemende mate groeiende reserve ten aanzien van de realiseerbaarheid van enig project; 2. het ‘doorwoekeren’ van het aan het eind van de 1e fase ontstane geschil over de daarin gemaakte

92. Vgl. ov. 3.6.2, waar belang gehecht wordt aan de term ‘definitieve prijsaanbieding’ en de vermelding in een brief, bij de mededeling dat de gemaakte kosten doorberekend zijn, dat nader overleg nodig is ‘in geval geen opdracht wordt verleend’.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

kosten, waarbij het hof kennelijk wil zeggen dat dit geschil een ongunstige invloed uitoefende op de verhouding tussen partijen.

In deze weergave van de beoordeling van de feiten door het hof mist men een kritische stellingname van de hoge raad: het is immers van belang of de beschreven, negatieve invloed van het 'doorwoekeren' van het geschil over de kosten wel redelijk was, en ten nadele van ABB, en haar vertrouwen op een goede afloop (in eneigerlei vorm) gebracht mag worden. Een klacht van ABB was dat het hof niet ingegaan was op de vraag of de vordering van ABB tot kostenvergoeding over de 1e fase gegrond was of niet. Indien dat wel het geval was, valt niet in te zien dat het onredelijke gedrag van RGD op ABB afgewenteld mag worden; wij hebben het immers niet over een *feitelijk* vertrouwen, maar over een gerechtvaardigd, *normatief* opgevat vertrouwen (indien RGD zich als een redelijke partij gedragen zou hebben, hetgeen zij behoorde te doen). In andere zin echter de hoge raad in ov. 3.5.5.2, waarbij alles, zonder enig onderscheid aan te brengen, onder de noemer van het 'gerechtvaardigd vertrouwen' gebracht wordt.

Dat liep dus verkeerd af voor ABB in cassatie. Dat was ook het geval met een andere klacht, namelijk dat de 'tweede grondslag' door het hof veronachtzaamd zou zijn, waarbij ABB naar *Vogelaar - Skil* verwijst. De raad overweegt daaromtrent als volgt:

'Onderdeel 5 betoogt - na onder 1 's hofs hiervoor in 3.5.2.2. weergegeven gedachtengang te hebben gerelativeerd - onder 2, dat óók als juist zou zijn 's hofs daaruit getrokken conclusie, dat het afbreken van de onderhandelingen niet onaanvaardbaar was omdat op het doorslaggevend tijdstip de Combinatie niet het gerechtvaardigde vertrouwen had dat daadwerkelijk nog enige overeenkomst tussen partijen tot stand zou komen, het hof niettemin had moeten onderzoeken of, en beslissen dat de primaire vordering toewijsbaar was op grond dat de Staat - kort gezegd - niet wist wat hij nu eigenlijk wilde en daarom keer op keer de inhoud van het project had gewijzigd en de Combinatie talloze opties (mede) had laten uitdenken en doorrekenen, zonder dat zulks, ten gevolge van de besluiteloosheid van de Staat uiteindelijk ergens toe heeft geleid. Dit betoog kan de Combinatie reeds daarom niet baten omdat het hof kennelijk - en niet onbegrijpelijk - niet heeft begrepen dat zij haar primaire vordering op enige andere grondslag baseerde dan die dat het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar was in het licht van bij haar gewekt gerechtvaardigd vertrouwen als voormeld. De onder 2 geformuleerde klachten van onderdeel 5 stuiten daarop af' (ov. 3.5.5.1).

Ook hier wordt het haagse hof met een 'kennelijk'-constructie de hand boven het hoofd gehouden, overigens in overeenstemming met de conclusie van a-g Hartkamp. Dit keer is daar echter nog minder aanleiding toe, aangezien het hof de stellingen van ABB heel algemeen had opgevat, namelijk dat het handelen van RGD jegens haar onrechtmatig was: zie het tweede gedeelte van de geciteerde ov. 3.6.5 van het hof, 'nu ook overigens van enig onrechtmatig handelen van de staat door ... het definitief beëindigen van de onderhandelingen geen sprake is ...'. Het valt niet goed in te zien dat het hof de stellingen van ABB verkeerd begrepen had, zij had er verkeerd over geoordeeld, zoals ABB mijns inziens terecht aangevoerd heeft. De beide grondslagen werden in het verleden trouwens in de rechtspraak en door de NBW-wetgever in één adem genoemd; het doet wat gekunsteld aan om nu zo'n sterke scheiding aan te brengen, zoals de cassatierechter doet.

Een minder gelukkige arrest dus, *ABB - Staat*. Van alles kan men echter leren, ook van hoe iets fout gaat (en meer algemeen: het verschil tussen gelijk hebben en gelijk krijgen, een maxime voor iedere jurist). In casu is leerzaam dat men beide grondslagen voor onrechtmatig afbreken van onderhandelingen expliciet moet noemen, om althans de hoge raad tevreden te stellen: het gerechtvaardigde vertrouwen in het ontstaan van enigerlei vorm van overeenkomst, en de overige omstandigheden die het afbreken onrechtmatig maken, in verband met de belan-

§ 1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

gen van de gedupeerde partij. Dat zal echter niet helpen bij een feitelijke rechter die zich niet laat overtuigen, zoals bij het haagse hof het geval was, in tegenstelling tot de rechtbank aldaar.

Daarmee komen wij op de nababbel. In de visie van het hof, die in standgehouden lijkt te zijn door de hoge raad, kan men bij het onderhandelen de tegenpartij alle hoeken van de onderhandelingskamer laten zien zonder daarop afgerekend te kunnen worden, mits men zich maar zò onredelijk gedraagt dat er geen 'gerechtvaardigd', dat wil zeggen, daadwerkelijk, reëel vertrouwen bij die andere partij kan ontstaan dat er een contract in enigerlei vorm gesloten zou kunnen worden. Het is echter niet aannemelijk dat dit het standpunt van de hoge raad is, gezien de lijn van de jurisprudentie sinds 1982.⁹³ Wij moeten het dus, redelijkerwijs, houden op een minder gelukkige uitspraak van de hoge raad in de ABB-zaak, na een minder gelukkige lezing van het cassatiemiddel en het arrest a quo.

Het zal niet verwonderen dat mijn voorkeur naar het vonnis van de Rb. Den Haag uitgaat. Nog een kanttekening bij het fenomeen van meedoen aan een aanbesteding ('tenderen', in goed nederlands) van een ministerie, waar ABB nu over kan meepraten. Ik heb daar zelf ook enige ervaring mee aan ons Instituut voor Milieuschade, hoe er met een aanbiedende partij gesold wordt door onberekenbare ambtenaren (de jongste medewerker mag het soms zeggen), ondanks weken werk dat in het aanbod zit. Naar aanleiding van zo'n ervaring heb ik eens navraag gedaan bij delftse collega's en bekenden uit het bedrijfsleven. Toen kwamen de verhalen wel los, van willekeur en wispelturigheid van ambtenaren ten departemente. Ik kwam een beursgenoteerd bedrijf tegen, dat na een dergelijke ervaring besloot om nooit meer voor het ministerie in kwestie te 'tenderen'. Als je niet om werk verlegen zit, is dat de beste opstelling, maar niet iedereen kan zich dat nu eenmaal permitteren. De conclusie is, dat men als aanbieder in de praktijk veelal vogelvrij is en geen bescherming heeft tegen onbehoorlijk gedrag van wederpartij-opdrachtgever in spe. Dat is nu precies de situatie die de hoge raad in zijn jurisprudentie sinds 1982 trachtte te bestrijden, door de mogelijkheid van een actie op grond van de goede trouw (en daarvoor: uit onrechtmatige daad) te bieden. In de bovenstaande zaak van de kracht/warmte-centrale is daar weinig van terecht gekomen; het was in ieder geval geen kracht/warmte-arrest.

Men kan zich afvragen of een partij bij de onderhandelingen een voorbehoud kan maken dat de onderhandelingen vrijblijvend zijn, in de zin dat de partij zich te allen tijde kan terugtrekken. Die vraag deed zich voor in een recent arrest, en werd door de hoge raad positief beantwoord.⁹⁴ Het is zaak om voorzichtig met die uitspraak om te gaan: zoals ook a-g Hartkamp in zijn conclusie voor het arrest stelt, kan zo'n vrijtekening door het verloop van de gebeurtenissen en de omstandigheden achterhaald worden en kan een beroep daarop in strijd met de

93. Men kan hierbij in gedachten houden dat er ook andere omstandigheden in de precontractuele fase zijn die met zich kunnen brengen dat het gedrag van een partij onrechtmatig is; zie boven nr 6, in fine (mededelingsplicht). Vgl. ook Asser-Hartkamp II, nr 163, die verwijst naar de arresten *Oosterom - Majoor*, NJ 1981, 426 en *Gem. Heesch - Reijs*, NJ 1981, 456, hetgeen bevestigd is in *Vogelaar - Skil* (1991). Daarbij is ook van vergoeding van gederfde winst sprake. Zie verder nog *De Kluiver*, diss. p. 279 v.

94. HR 24 nov. 1995, NJ 1996, 162, *Van Engen - Mirror Group Newspapers*.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

goede trouw zijn.⁹⁵ Dat lijkt mij juist; hier is slechts van een beginselverklaring sprake die om uitleg vraagt in het gegeven geval, waarbij beoordeeld moet worden of de partij in kwestie redelijkerwijs een beroep op dat beding toekomt, niet anders dan bij iedere exoneratie-clausule het geval is. Zo'n verklaring kan natuurlijk wel een ondersteuning van het standpunt zijn dat slechts verkennende, tot niets verplichtende besprekingen aan de orde waren over een mogelijke commerciële transactie. Het probleem is ook hier weer, dat wanneer de feitelijke rechter tot het oordeel komt dat dit het geval was, de cassatierechter zich aan dat feitelijk oordeel gehouden kan achten en het bij marginale toetsing blijft. Dat was het geval in de Mirror-zaak.

In deze zaak ging het om een project genaamd: 'De Krant', dat gericht was op het op de markt brengen van een nieuw kwaliteitsochtendblad in ons land, door Van Engen, met de steun van de engelse Mirror Group. De uitvoerige besprekingen en onderhandelingen vinden in 1989-1990 plaats; een haalbaarheids-onderzoek wordt uitgevoerd waarvoor Mirror in nov. 1989 een toezegging tot bijdrage in de kosten van £ 30.000,- gedaan heeft (waartoe zij later door de Rb. veroordeeld zal worden). Bij brief van 16 nov. 1989 had Mirror zich het recht voorbehouden om van deelname aan het project af te zien, van welk recht zij op 19 dec. 1990 gebruik maakt. Van Engen stelt dat de onderhandelingen toen in zeer ver gevorderd stadium waren, zo goed als afgerond, en dat Mirror zich redelijkerwijze niet meer eenzijdig kon terugtrekken. Hij beroept zich daarbij op een brief van 27 april 1990 waarin Mirror toegezegd heeft om voor max. £ 1,5 mln (30%) deel te nemen in de initiële financiering van het project, welke toezegging zij niet nagekomen is. Het Hof Den Haag was van oordeel dat de in april 1990 uitgesproken bereidheid van Mirror om tot de kapitaalverschaffing bij te dragen nog niet betekende dat zij daarmee haar eerder bedongen recht had prijsgegeven om, na afweging van alle overige voor haar van belang zijnde zaken, te allen tijde van deelname aan het project te mogen afzien.

De hoge raad onderschrijft in korte bewoordingen het oordeel van het hof, dat niet in strijd geacht wordt met de maatstaven zoals neergelegd in de arresten *VSH - Shell* (1987) en *Vogelaar - Skil* (1991), en dat vanwege het feitelijke karakter niet op zijn juistheid getoetst kan worden. Dit was conform de conclusie van de a-g, die erop had gewezen dat van de overige omstandigheden die de handelwijze van Mirror onrechtmatig maakten ('tweede grondslag', dus) niets gesteld of gebleken was (!). Het werd de cassatierechter dus wel gemakkelijk gemaakt om zich achter de feitenrechter op te stellen. Daarmee kwam deze procedure, evenals 'De Krant', aan een minder fortuinlijk eind.

De rechtspraak die na de vorige druk van dit werk (1997) gepubliceerd werd geeft een beeld van een weinig spectaculaire voortzetting van eerder uitgezette lijnen. Op lager niveau is een aantal uitspraken te melden waarin het afbreken van onderhandelingen onrechtmatig geoordeeld wordt, waardoor een verplichting tot schadevergoeding ontstaat, maar de hoge raad werd niet in de gelegenheid gesteld om zich nader te profileren op dit gebied.

Het Hof Den Bosch kwam tot het oordeel dat het de verkoper van een huis onder de gegeven omstandigheden niet vrijstond om 'zonder enige kenbaar gemaakte motivering' de onderhandelingen af te breken (arrest van 18 jan. 1999, *NJ 762, Decker - Van der Ploeg*). Daarmee handelde de verkoper onrechtmatig; er wordt echter geen verplichting tot dooronderhandelen aangenomen.

95. Zie sub 11, met verwijzing naar Schoordijk, W.S.M. Schut, Vranken en De Kluiver.

§ 1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

Redelijkerwijze moet aangenomen worden, overweegt het hof, dat partijen elkaar dicht genaderd waren met betrekking tot de inhoud van een eventueel te sluiten koopovereenkomst, met name gezien de reactie van verkoper op het eerste bod van koper, dat door een tweede bieding gevolgd was. Het hof was van oordeel dat, nadat Van der Ploeg (verkoper) verklaard had dat zij geen bezwaar had tegen de persoon van koper, het 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid bepaald op de weg van verkoper had gelegen om inhoudelijk te reageren op de alternatieve biedingen van Decker' (koper). Van der Ploeg had een keus uit de twee biedingen kunnen maken, een afwijkend tegenvoorstel kunnen doen, de oorspronkelijke prijs kunnen vragen (met een beding ten aanzien van een stuk tuin dat zij wilde behouden), maar het stond haar niet meer vrij om de onderhandelingen af te breken. Aldus hield zij geen rekening met de gerechtvaardigde belangen van Decker en handelde zij derhalve onrechtmatig tegenover hem. Deckers vordering tot voortzetting van de onderhandelingen wijst het hof echter af, met de overweging: 'reeds omdat op voorhand niet eenduidig kan worden vastgesteld wanneer Van der Ploeg van haar zijde de onderhandelingen reëel zou hebben hervat alsmede tot welk concept(eind)resultaat deze onderhandelingen zouden moeten leiden, anders gezegd, welke concrete inhoud de door Decker beoogde koopovereenkomst zou moeten hebben, en aldus een dergelijke veroordeling in praktische zin niet kan worden ten uitvoer gelegd.' Een hele mond vol, maar het hof ziet kennelijk een tot overeenstemming komen van partijen niet geheel voor zich. Het is natuurlijk een sterk feitelijk gekleurde vraag (een complicatie was dat Van der Ploeg een deel van de tuin wilde behouden, hetgeen niet kenbaar voor Decker was bij zijn eerste bod; met zijn tweede bod is hij aan de nieuwe wens van verkoper 'vergaand tegemoet gekomen', volgens het hof), maar geconstateerd kan worden dat het arrest niet lijkt te sporen met het uitgangspunt van het Shell-arrest en het gesneuvelde wetsartikel. Het gaat immers niet om de overeenkomst (concreet) maar om een (dergelijke) overeenkomst (mag minder concreet zijn, binnen marges).

In een procedure tussen een auteur en een uitgever die geëindigd is in het arrest van de hoge raad van 6 nov. 1998, werd door het Hof Arnhem bij arrest van 3 maart 1992 uitgemaakt dat het afbreken van de onderhandelingen door de uitgever leidt tot aansprakelijkheid voor alle door de auteur geleden en nog te lijden schade.⁹⁶ Voor de hoge raad is enkel de vaststelling van de schade in het geding, een uiterst complexe materie vanwege onzekere factoren als marktontwikkelingen en het aandeel daarin (kansberekening, dus); de auteur had ruim f 2 mln gevorderd, het hof had ruim een ton toegewezen, en dat blijft in cassatie overeind. Aangezien er in de rechtspraak over afgebroken onderhandelingen van de laatste tijd betrekkelijk weinig aansprakelijkheid aanvaard werd, is het interessant om het arrest van het hof nader te bezien.

De casus is deze. Sassen heeft een computerprogramma, 'Alim', ontwikkeld voor de berekening van alimentatie bij hogere inkomens, een gouden markt dus, met het percentage echtscheidingen in ons land. In 1983 wendt hij zich tot Kluwer voor het uitgeven van zijn programma, met jaarlijkse bijstellingen. In 1985 sluiten partijen een voorlopige overeenkomst (die nog nader zou worden uitgewerkt); Kluwer geeft Alim uit, en adverteert ermee, als het beste programma, ook volgens een test van het ministerie van Justitie, waarin dat programma vergeleken is met onder meer 'Aliment', een programma van Fernhout en Wagemans. Dat is niet naar de zin van de laatste auteurs, die medio november 1985 een kort geding tot rectificatie tegen Kluwer aanspannen, dat zij winnen. Procederen maakt meestal geen vrienden, maar in dit geval loopt dat anders: Kluwer gaat na onderhandelingen eind 1985 begin 1986 tenslotte in zee met Fernhout en Wagemans en gaat hun programma Aliment uitgeven (wrang detail: op basis van het met Sassen onderhandelde contract), en staakt de

96. HR 6 nov. 1998, NJ 1999, 132, *Sassen - Kluwer c.s.*

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

uitgave van Alim, van Sassen. Eind november, begin december 1985, had Kluwer aan Sassen het voorstel gedaan om beide programma's gezamenlijk uit te geven, deze voelde echter daar niet voor, en dan deelt Kluwer medio december 1985 aan Sassen mee dat zij daartoe overgaat. Vervolgens staakt Kluwer de uitgave van Alim. Sassen accepteert dat niet en verwijt Kluwer het onrechtmatig afbreken van de onderhandelingen met hem. Sassen voelt zich sterk, want in december 1985 had het ministerie van Justitie zijn positieve oordeel over diens programma Alim gehandhaafd (hij verwijt Kluwer dan ook dat zij niet in appel is gegaan tegen het negatieve kort geding-vonnis).

Ten aanzien van de omstandigheden is nog van belang dat partijen in verschillende concept-overeenkomsten hadden bepaald dat zij over en weer geen concurrerend programma op de markt zouden brengen; die overeenkomsten ('de laatste twee concept-contracten') waren op 3 jaar gesteld, met mogelijkheid van opzegging. Over 1985 had Sassen provisie ontvangen over de verkoop van het Alim-programma door Kluwer. Het Hof Arnhem stelt Sassen in het gelijk en acht het afbreken van de onderhandelingen met Sassen onder de gegeven omstandigheden onrechtmatig.

Kluwer had zich beroepen op het gebruik in de uitgeverij om uitgaven van onderscheiden auteurs naast elkaar op de markt te brengen. Het hof verwierpt die redenering, aangezien Kluwer een wederzijds concurrentiebeding 'bespreekbaar' gevonden had en vervolgens bereid was gebleken een dergelijk beding uit een concept-overeenkomst te aanvaarden. 'Gegeven die bereidverklaring, waarvan Kluwer blijkens de vastgestelde feiten wist dat zij voor Sassen zeer belangrijk waren, en gegeven de verdere omstandigheden van het geval, kan Kluwer haar standpunt als hier bedoeld niet meer te goede trouw inroepen' (Hof Arnhem, 2 maart 1992, niet gepubl.).

Kluwer wordt tot schadevergoeding veroordeeld, nader op te maken bij staat. Die schadestaatprocedure leidt zoals wij zagen tot het arrest van de hoge raad van 1998.

Wanneer men nagaat waarom hier de aktie van de opzij gezette contractspartij in spe succes had, in tegenstelling tot de eerder besproken gevallen *ABB* en *Mirror*, die voor het Hof Den Haag schipbreuk leden, valt op dat hier langdurige onderhandelingen (een aantal jaren), intentieverklaringen in concept-contracten, met een begin van uitvoering (1985), kennelijk de doorslag gegeven hebben. Of is het dat het Hof Arnhem nu eenmaal een sterker hof is dan het Hof Den Haag, en de jurisprudentie beter kent? De speelruimte om in de precontractuele fase de andere partij aan de kant te zetten is in ieder geval met dit arnhemse arrest kleiner geworden. De laatste tijd gaan er in de literatuur weer stemmen op van 'contract is contract'; indien men deze uitspraak zou willen parafraseren, is dat het spiegelbeeld daarvan: 'geen contract, betekent nog niet geen contract'. *Last and least*, wellicht dat in deze zaak ook een rol speelde dat Kluwer (monopolist in ons land) nu niet bepaald bekend staat als een fijnzinnig uitgever in haar omgaan met auteurs en marktpartijen, er schijnt zelfs een vereniging van gekrenkte auteurs te bestaan, blijkens ingezonden brieven in vakbladen. Die vrijheid lijkt met dit arrest ingeperkt te zijn.

Een bevestiging van de oude *Plas – Valburg*-lijn is te vinden in een uitspraak van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie Antillen en Aruba van 1999.⁹⁷ Aruba had in het kader van het recreatie-project Laguna-Dorada bij Trias gerechtvaardigde verwachtingen gewekt dat een overheidsgarantie zou worden

97. Arrest van 17 aug. 1999, *NJ* 811, *Aruba - Lopez en Trias*, vervolg op: HR 19 febr. 1993, *NJ* 1995, 704, *Aruba - Trias*. Zie voor soortgelijke antilliaanse zaken: H 6, § 3, in fine.

§1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

gegeven, evenals een zakelijk recht op een perceel zeebodem, welke verwachtingen niet gehonoreerd waren, en nu is de schadevaststelling aan de orde. Partijen gaan beide ervan uit dat in het onderhavige geval plaats is voor vergoeding van gederfde winst ten aanzien van het projekt (het positieve belang), een opvatting waarbij het hof zich aansluit, 'gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval'. Daarvan draagt Trias de bewijslast; deskundigen worden benoemd om de gederfde winst te bepalen. Ook andere schade komt voor vergoeding in aanmerking, oordeelt het hof, zoals de schade als gevolg van een gedwongen verkoop van Lopez' huis in Laren, vanwege liquiditeitsproblemen toen duidelijk werd dat Aruba de gewekte verwachtingen niet zou honoreren en kredietgevers zich terugtrokken.

Het Gerecht in eerste aanleg van de EU heeft zich in een uitspraak van 1998 op veel beperktere wijze uitgesproken, in vergelijking tot het arrest *Plas – Valburg*, en kent enkel een kostenvergoeding toe na afgebroken onderhandelingen, in een sprekend geval van gewekt en beschaamd vertrouwen, nog wel door het Europees Parlement.⁹⁸

Het ging om de gunning van een overeenkomst inzake vervoer van Europese parlementariërs door het Europees Parlement. Embassy Limousines dingt mee naar de opdracht en krijgt op 4 december van een functionaris van het Europees Parlement te horen dat de betrokken commissie positief geadviseerd heeft over het voorstel om de opdracht aan haar te gunnen. Wel moeten enkele negatieve persberichten over Embassy Limousines opgehelderd worden, hetgeen op 13 december naar tevredenheid gebeurt. Aangezien de opdracht per 1 januari zou ingaan en er geen onderbreking van de dienst moest optreden, is Embassy, als nieuwe vennootschap, direct ertoe overgegaan om de nodige investeringen te doen. Enkele dagen later besluit het parlement echter om de opdracht per 1 jan. aan een derde te gunnen.

Het gerecht overweegt dat het Parlement 'door voedsel te geven aan Embassy's verwachtingen omtrent het verkrijgen van de opdracht en haar aan te moedigen alles in het werk te stellen om reeds begin januari 1996 operationeel te zijn, haar schade heeft berokkend'. Deze schending van het vertrouwensbeginsel in de aanbestedingsprocedure leidt volgens vaste jurisprudentie inzake bescherming van gewettigd vertrouwen tot aansprakelijkheid van de Gemeenschap. Het gerecht is van oordeel dat Embassy onder deze omstandigheden op een redelijke en realistische wijze gehandeld heeft door na het positieve bericht over het verloop van de gunning van de opdracht investeringen te doen; de schade die daarmee verband houdt dient door het Parlement vergoed te worden. Daarvoor komt in aanmerking: kosten van uitgaven, gemaakt wegens haar overtuiging dat zij de opdracht zou krijgen, kosten voor verwerving van personeel, medisch onderzoek, training van chauffeurs, e.d.; kosten van voorbereiding en onderhandelingen over contracten met betrekking tot wagenpark, telefoon en parkeren; tenslotte ook 'morele schade'. Het gerecht wijst een bedrag van 120.000 Euro toe als schadevergoeding.

Conclusies

Indien wij de oogst van jurisprudentie van de hoge raad van het afgelopen decennium overzien, moet geconstateerd worden dat de wijze van toetsen of het afbreken van de onderhandelingen in kwestie onrechtmatig was jegens de andere partij weinig verder tot ontwikkeling gekomen is. Ik denk daarbij met name aan wat ik de 'tweede grondslag' genoemd heb, de overige omstandigheden die het

98. Vonnis van 17 dec. 1998, zaak T-203/96, *Embassy Limousines & Services - Europees parlement*; besproken in *NTBR* 1999, p.144.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

afbreken onrechtmatig kunnen maken, afgezien van het geschonden gerechtvaardigde vertrouwen in het ontstaan van enige overeenkomst tussen partijen. Het is moeilijk te beoordelen of nu de advocatuur op dit punt tekortgeschoten is, met name in lagere instanties, of de feitelijke rechter. Wanneer het aan de hoge raad voorgelegd wordt, is het kwaad meestal al geschied, indien al de cassatieadvokaat het manco geconstateerd heeft en dat alsnog tracht te verhelpen (quod non, in het laatste arrest, zoals wij zagen). Als de hoge raad dan niet op zijn quivive is, is het snel gedaan met de zaak. Dat is jammer, want hier zou men de verdere ontwikkelingen en verfijningen verwachten. De Kluiver heeft in zijn proefschrift al een voorzet gegeven door het vereiste te stellen van 'een goede reden' voor het afbreken van onderhandelingen; daarmee wil hij het accent verleggen van de teleurgestelde onderhandelingspartner, met zijn (gerechtvaardigd?) vertrouwen in de totstandkoming van een overeenkomst in enigerlei vorm, naar de positie van de afbrekende partij die behoort te weten dat het afbreken niet (meer) gerechtvaardigd is.⁹⁹ Een benadering die het doordenken van de aansprakelijkheidsvragen op dit terrein stimuleert, maar ik mis wel de verankering in de rechtspraak van de hoge raad en het wetsvoorstel (de 'tweede grondslag').¹⁰⁰ Het wachten is dus op nieuwe ontwikkelingen in de rechtspraak, dat wil zeggen, op advocaten en rechters die hun literatuur (en rechtspraak) bijgehouden hebben.

Intussen lopen wij met onze jurisprudentie inzake afgebroken onderhandeling voor op de rest van Europa, zo niet de wereld, waar meestal slechts de vergoeding van het negatieve contractsbelang aan de orde is, als men al aanleiding ziet tot aansprakelijkheid van de afbrekende partij.¹⁰¹ In de omgang met buitenlandse partijen dient dit een punt van aandacht te zijn; nu blijkt het in de praktijk bij ons wel mee te vallen met het risico van de vergoeding van het positief contractsbelang bij onrechtmatig afbreken van de onderhandelingen, zoals wij zagen. Althans wat de hoge raad betreft.¹⁰²

10. Grondslag van aansprakelijkheid. Rechtsgevolgen

Ter afronding van dit onderwerp, nog enkele opmerkingen over de grondslag van de aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen, en over de omvang van de schadevergoeding. In de literatuur zijn de meningen verdeeld over de vraag of een vordering tot schadevergoeding gebaseerd is op de goede

99. Diss, p. 300 v. (p. 269 v.). Zie ook op p. 291 v. de uitwerking van de criteria voor aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen, die gebaseerd zijn op het vereiste van rekening houden met gerechtvaardigde belangen van de andere partij (o.m. bestaanszekerheid en continuïteit).

100. Opvallend is De Kluiwers kritiek op het door de hoge raad ontwikkelde criterium van het gerechtvaardigd vertrouwen, etc., op p. 300, waarbij hij miskent dat in *Vogelaar - Skil* dat vereiste juist *niet* gesteld wordt (door hem op p. 242 besproken).

101. Zie E.H. Hondius, Ed., *Precontractual Liability*, IACL Congres Montreal 1990, Londen 1991; H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht I*, Tübingen 1996, p. 50 v. Vgl. ook De Kluiver, diss., t.a.p.; Hesselinck, t.a.p. De laatste is voorstander van vergoeding van uitsluitend het negatieve contractsbelang, in navolging van het recht in omliggende landen.

102. De lagere rechtspraak werd niet door mij in dit overzicht betrokken; men zie daarvoor de genoemde bundels *Contractenrecht en Verbintenissenrecht* (Blei Weissmann), t.a.p.

§1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

trouw, dan wel op onrechtmatige daad.¹⁰³ Aanvankelijk zag men als het belang van de vraag, dat slechts in het eerste geval een volledig schadevergoeding mogelijk zou zijn. Ook meenden sommige schrijvers dat in geval van een onrechtmatige daadsakke geen vordering tot dooronderhandelen ingesteld zou kunnen worden.¹⁰⁴ Met het arrest *Pos - Van den Bosch*, HR 17 nov. 1967, *NJ* 1968, 42, nt GJS, waarbij een schadevergoeding in de vorm van een doen werd aanvaard, is dat laatste standpunt achterhaald. Men kan bij deze rechtsvraag het gevoel voor dogmatiek de vrije loop laten; zo menen enkele schrijvers dat een akte uit hoofde van de goede trouw uit den boze is, omdat nu eenmaal geen overeenkomst tot stand gekomen is. De hoge raad ging in zijn arresten aan het begin van de jaren tachtig uit van onrechtmatige daad als grondslag, maar sprak zich, zoals wij zagen medio 1982 in *Plas - Valburg* uit voor de goede trouw.

Het lijkt mij een academische vraag, of voor goede trouw of voor maatschappelijke zorgvuldigheid gekozen moet worden, en wel omdat er geen verschil in rechtsgevolgen is tussen akties op de respectieve grondslagen, zoals de jurisprudentie van de hoge raad leert.¹⁰⁵ Voor de praktijk is het dus lood om oud ijzer. Voor de theorie in wezen ook, indien men ziet hoe contractuele en buitencontractuele zorgvuldigheidsnormen in het moderne recht steeds meer congruent worden.¹⁰⁶ De praktijk lijkt een voorkeur voor 1401 *oud* te hebben, enerzijds omdat die akte dichter bij het bed staat van de ‘bread-and-butter’ jurist, anderzijds omdat de consensus-gedachte zich in het juridisch onderbewustzijn toch nog roert. In het franse en belgische recht voert de delictsakke zonder meer de boventoon.¹⁰⁷ Intrigerend is de wijze waarop dit gebeurt: het Franse Cour de cassation zegt bijvoorbeeld dat de gedraging in strijd is met ‘les règles de la bonne foi dans les relations commerciales’, hetgeen een ‘responsabilité délictuelle’ oplevert (art. 1382 CC).¹⁰⁸ In het duitse recht wordt de keus tussen contractuele of buitencontractuele akte ontlopen, aangezien de wetgever met het Bürgerliches Gesetzbuch (uit 1900) de culpa in contrahendo-figuur ten dele overnam: in § 122, schadevergoedingsplicht tegenover degenen die vertrouwd op de geldigheid van een nietige of vernietigde

103. De wat oudere literatuur spreekt zich in overgrote meerderheid uit voor de onrechtmatige daad, conform de jurisprudentie van de HR tot 1982. Met *Plas - Gem. Valburg* uit dat jaar nemen de voorstanders toe van een akte op grond van de goede trouw, zoals al geruime tijd door Schoordijk verdedigd. Zie Asser-Hartkamp II, nr 164.

104. Aldus o.m. Hardenberg, *WPNR* 4971 (1967). Vgl. voor deze vorm van schadevergoeding Asser-Hartkamp I, nr 411.

105. Vgl. Brunner, noot *Van Oosterom - Majoor*, *NJ* 1981, 426; Schoordijk, p. 61 v.; Van Delft-Baas, t.a.p.; Asser-Hartkamp II, nr 164 v.

106. Vgl. voor die materie mijn beschouwingen in *De overeenkomst: de neushoorn in het privaatrecht?* *NJB* 1980, p. 668 (ook in *Dial. R. en R., Ib*, p. 54). Zie voor die visie ook a-g Franx in zijn conclusie en Brunner in zijn noot onder *Van Oosterom - Majoor*, *NJ* 1981, 426.

107. Zie de literatuur genoemd in nt 1; hieraan is toe te voegen, voor het belgisch recht, R. Kruihof, *Overzicht Verb. recht, TvP*, 1983, p. 513; J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, *Rev. trim. dr. civil*, 1974, 46.

108. Vgl. *Ets. Viber - Lourmat - Ets. Gerteis*, Cass. com. 20 mars 1972, *JCP* 1973 II, 17543, nt J. Schmidt. Waarover Ghestin II, nr 228; Schmidt, nr 208 v. De laatste noemt als voorloper op dit arrest: Pau 14 jan. 1969 *D* 716, waar gesproken wordt van ‘obligations de rectitude et de loyauté’. In Schoordijks boek komt het Franse recht (vrijwel) niet aan bod, en evenmin in de andere genoemde literatuur, met uitzondering van het proefschrift van De Kluiver, t.a.p., p. 214 v.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

wilsverklaring (dit als correctie op de zuivere wilsleer die in de dwalingsregeling van § 119 BGB neergelegd is). In de rechtspraak worden derhalve zaken van afgebroken onderhandelingen afgedaan op grond van de § 122, jo 276 BGB; dat laatste artikel regelt de aansprakelijkheid wegens 'Fahrlässigkeit', het schenden van 'die im Verkehr erforderliche Sorgfalt'. Men ziet hoe nauw dit wanprestatie-artikel (voor verbintenissen in het algemeen) aansluit bij de onrechtmatige daadsfiguur (§ 823 BGB, 'fahr-lässige, widerrechtliche Verletzung'). Het totale scala van 'Loyalitäts- und Schutz-pflichten' baseert men in het Duitse recht overigens op het beginsel van de goede trouw ('Treu und Glauben', § 242 BGB).¹⁰⁹

In het Zwitserse recht zwalken doctrine en jurisprudentie wat heen en weer tussen contractuele en onrechtmatige daadsgrondslag.¹¹⁰ De recente ontwikkeling spreekt mij zeer aan, namelijk om de grondslag in het midden te laten, en de aandacht te richten op de in de concrete situatie gewenste vorm van schadevergoeding. Het Zwitserse Bundesgericht overwoog:¹¹¹

'Zu beantworten ist gar nicht die Frage nach der Rechtsnatur, sondern einzig die (mit der Feststellung einer bestimmten "Natur" nicht gelöste) Frage, welchen Modalitäten mit Bezug auf Voraussetzung und Inhalt ein Schadenersatz aus einem Verhandlungsverhältnis untersteht. Diese Frage ist für jede Modalität gesondert zu beantworten, und zwar so, daß sich im Einzelfall eine angemessene Lösung ergibt.'

Intussen lijkt in de Nederlandse doctrine de weegschaal door te slaan in de richting van een actie uit hoofde van de goede trouw, vooral nu ook Hartkamp in zijn Asser-bewerking voor die kant gekozen heeft, in de voetsporen van Schoordijk, die daarvoor sinds de zestiger jaren een pleidooi gevoerd heeft.¹¹² Daarmee wordt ook de zienswijze van laatstgenoemde auteur over het open systeem van verbintenissen en zijn verzet tegen art. 6 : 1 BW dat hieraan in de weg staat, overgenomen. Hoe verheugend dit op zich ook is, voor de rechtsontwikkeling en voor Schoordijk, het betoog van Hartkamp lijkt veel op een exercitie om de kritiek op dit onderdeel van het Nieuwe BW de wind uit de zeilen te nemen. Het is ook rijkelijk *overdone*, als Hartkamp de onrechtmatige daadsconstructie 'enigszins gekunsteld' noemt.¹¹³

Ik zal er niet wakker van liggen of men voor een contractuele of een delictuele actie kiest; de normen die in deze precontractuele fase in het geding zijn, zijn identiek, als zorgvuldigheidsverplichtingen tegenover de onderhandelingspartner, en hetzelfde geldt voor de rechtsgevolgen. Zoals wij

109. Zie voor deze materie Larenz I, *All. Teil* § 9 I; Esser-Schmidt I, § 29 II; de beschouwingen hierover bij Asser-Rutten-Hartkamp II, nr 167, zijn minder juist. Vgl. ook 10e dr., nr 167.

110. Vgl. Bühler-Reimann, t.a.p., 361 v.

111. *BGE* 101 II 269; de ov. is letterlijk ontleend aan een beschouwing van P. Jäggi, vgl. Bühler-Reimann, p. 363.

112. t.a.p., nr 164 (1985), idem 10e dr. (1997). Zie ook nr 165a, waar Hartkamp het standpunt van Brunner (nt *NJ* 1995, 94) weerlegt dat de goede trouw als grondslag het bezwaar zou hebben dat een ingebrekestelling vereist zou zijn (die verzuim teweegbrengt).

113. De Kluiver, diss., p. 253 v. is voorstander van onrechtmatigheid als grondslag, en geeft daaraan een uitwerking. Op p. 279 v. vindt men een overtuigende bestrijding van het standpunt van Nieskens-Isphording, die zich voor het 'fait accompli' als grondslag uitgesproken had (diss. Tilburg 1991).

§1. PRECONTRACTUELE FASE. ONDERHANDELINGEN

zagen, bestaat op die punten een communis opinio. Het gaat er niet om ‘ob das Ei früher da war als die Henne’ maar ook hier komt het erop aan, ‘ob die Henne viele und gute Eier legt’.

Dan de omvang van de schadevergoeding. Het meest verrassende onderdeel van *Plas - Valburg* was de vergoeding van gedeerde winst, een novum voor ons recht, en trouwens ook voor omringende landen. Naar een oud onderscheid uit de Duitse doctrine spreekt men hier van het zgn. *positieve contractsbelang*, men brengt de partij in de toestand dat de overeenkomst tot uitvoering gebracht is. De tegenhanger is het zogenaamde *negatief contractsbelang*, de toestand dat de overeenkomst niet afgesloten zou zijn. In dat laatste geval spreekt men van ‘Vertrauensschaden’ of ‘-interesse’ (‘reliance interest’ in het Amerikaanse recht), in het eerste geval van ‘Erfüllungs-schaden’ of ‘-interesse’. Dit door Jhering in 1861 ingevoerde onderscheid is algemeen ingeburgerd¹¹⁴; het houdt, zoals zovele dogmatische onderscheidingen, echter gevaren in, het is namelijk minder deugdelijk dan het lijkt. Indien men bijvoorbeeld gedeerde winst (*lucrum cessans*) uitsluitend associeert met het positief contractsbelang (het *damnum emergens* hoort bij het negatieve belang thuis), is het verwarrend te merken dat men al lang geleden een vorm van gedeerde winst tot het negatieve belang rekende, namelijk de winst op de contracten met derden, die men heeft laten lopen, in naar later bleek, teleurgesteld vertrouwen dat het contract met de wederpartij bij de onderhandelingen doorgang zou vinden.¹¹⁵ Als men daartoe bereid is, valt moeilijk in te zien waarom gedeerde winst uit het contract dat schipbreuk leed, niet tot de mogelijkheden zou behoren.¹¹⁶ Terecht heeft de hoge raad dan ook die stap gezet. Kortom, het onderscheid negatief - positief contractsbelang was van nut voor het 19e eeuwse privaatrecht, maar heeft in onze tijd geen functie meer. Kan dus naar zolder gebracht worden.

Tenslotte kan er nog op gewezen worden dat in het kader van afgebroken onderhandelingen grond kan zijn voor een actie uit ongegronde verrijking (of onverschuldigde betaling). Er kunnen immers voorbereidende werkzaamheden

114. Voor een overzicht van de receptie van Jherings geesteskind in Europa, zie: F. Kessler and E. Fine, *Culpa in contrahendo, bargaining in good faith, and freedom of contract: a comparative study*, 77 *Harv. Law Rev.*, p. 401 (1964).

115. Vgl. Schrans, t.a.p., p. 254. Er is m.i. vrij grote verwarring over de term ‘positief contractsbelang’. Men neemt bijv. algemeen aan, dat de HR in *Van Oosterom - Majoor* vergoeding van dat belang aangenomen heeft (Brunner, Abas, e.a.). Maar de HR spreekt hier van ‘schade door het niet tot standkomen van het contract’, hetgeen veel ruimer is dan het stellen in de toestand alsof het contract doorgang gevonden zou hebben, d.w.z. toewijzen van gedeerde winst, in het algemeen. Het Duitse recht is niet minder onduidelijk; de meeste schrijvers volstaan met toekennen van het ‘Vertrauensinteresse’ (neg. contractsbelang), bijv. D. Medicus, *All. Teil BGB*, 4e dr., 1990, nr 635, met verwijzing naar Flumes handboek. Een aantal schrijvers neemt echter ook onder omstandigheden vergoeding van de ‘Erfüllungsinteresse’ (pos. contractsbelang) aan: Larenz I, § 9 I sub 3, met verwijzing naar het arrest *BGHZ* 49, 77; Fikentscher, § 20 sub 5, onder verwijzing naar rechtspraak van het Reichsgericht. Ook naar Zwitsers recht behoort de *lucrum cessans* tot het neg. contractsbelang; het laatste kan zelfs hoger uitvallen dan het pos. contractsbelang, vgl. Bühler-Reimann, p. 365. Zie ook nog De Kluijver, diss., p. 275 v., en verder nog Deel 2, Hfdst. 8, § 4, nr 4, in fine (*British Steel case*).

116. Vgl. ook Asser-Hartkamp II, nr 163, met verwijzing naar *VSH - Shell*.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

verricht zijn waardoor de andere partij gebaat is, ook indien hij naderhand het contract aan een derde gunt. Men kan hierbij denken aan tekeningen, ontwerpen, berekeningen, e.d., maar ook aan daadwerkelijke uitvoeringshandelingen, die soms met medeweten, zo niet toestemming, van de andere partij verricht zijn.¹¹⁷ Zo komt het in de bouw voor, bij overheidsopdrachten, waar de gang van de besluitvorming lang en traag kan zijn, dat van de aannemer verwacht wordt dat hij vast met het werk begint. Het komt zelfs voor dat het werk voltooid is voordat de overeenkomst formeel rond is (goedkeuring GS, bijv.). Als er een kink in de kabel komt bij de formatie van het contract, is Leiden in last. Dat het dan goed fout kan gaan, indien men aan dogmatische begrippen vasthoudt, bewijst het arrest *gem. Katwijk - De Vroom*, HR 18 april 1969, *NJ* 336, nt GJS. Vanuit een starre visie op het leerstuk van onverschuldigde betaling, kwam de hoge raad tot het oordeel dat de aannemer geen recht op vergoeding van de werkzaamheden had waarbij de gemeente gebaat was, aangezien hij deze had verricht 'zonder enige verplichting en slechts in de hoop en de verwachting dat een gedane offerte zal worden geaccepteerd'.¹¹⁸

117. Zie *Onrechtmatige daad VI* (Martens), 1991, nr 35, met voorbeelden van jurisprudentie.

118. De HR achtte geen betaling in de zin van art. 1395 oud BW aanwezig, en evenmin de toepassing van de artt. 1487 en 1488 BW geboden. Vgl. voor die problematiek het opstel van Schoordijk in de *Pitlo-bundel*, *Plus est en vous*, 1970, p. 57 v. en boven, p. 257. Vgl. verder nog voor de verrijgingsproblematiek, Hartkamp en Snijders in de *Henriquez-bundel*, 1983, p. 152 v., en nog onder, Deel 2, Hfdst. 13.

§ 2. De grens met afspraken in het sociale verkeer. Het causa-vereiste

1. Inleiding. Verwerping van het causa-vereiste; het alternatief in de toerekeningsleer

Hierboven werd opgemerkt, dat de rechtsvinding, aan de hand waarvan vastgesteld wordt of een bepaalde handeling als rechtshandeling, dan wel als een feitelijke handeling heeft te gelden, beheerst wordt door de omstandigheden van het geval. Zoals overal, valt echter ook hier de amorfe brei van case law te structureren, doorzichtig te maken aan de hand van op te stellen regels opgevat als blanketnormen. Deze regels - om hun algemeen karakter doorgaans als 'beginselen' aangeduid in de literatuur, zij vormen inderdaad een *begin*, een uitgangspunt bij de rechtsvinding, zonder dat het einde daarvan aangegeven wordt - geven, indien men een algemene beschouwing daaraan wijdt, maar al te gauw aanleiding tot een abstrakt betoog. De verleiding blijkt daarbij groot, om de vaste grond van het rechtsgebeuren te verlaten en het luchtruim te kiezen, dat wil zeggen de ijle wereld van de theoreticus waar rechtsbegrippen een eigen leven leiden, 'meta ta physica'. Een wereld die de onvolmaakte werkelijkheid van het rechtsleven als voorbeeld voorgehouden wordt, en waaraan zij zich maar te spiegelen heeft. In die zienswijze - die zoals eerder gebleken zal zijn, niet de mijne is - houdt men op theoretische gronden de rechtspraktijk op het onderhavige terrein begrippen voor als het causa-vereiste - waarbij ook nog van een geoorloofde oorzaak sprake moet zijn -, en het wilsvereiste - een wil die niet gebrekkig gevormd moet zijn. Begrippen waarbij men op een lange traditie kan terugzien en die hun beslissende vormgeving in de dogmatiek van de achttiende en de vroege negentiende eeuw kregen. Het ligt in de verwachting, dat vanuit de hier verdedigde rechtsopvatting, die diametraal tegenover de zoëven beschrevene staat, een beschouwing gewijd wordt aan de confrontatie van beide rechtsvisies op dit stuk. Ook hier moet ik echter kort zijn.

Het oorzaakvereiste - ook al bekend in het rooms-hollands recht - wordt in de code-landen aan overeenkomsten gesteld. Voor de stelling dat het oorzaakvereiste geen betekenis heeft, kon men voor het recht onder het oud BW terugrijpen op de beschouwingen van twee bekende auteurs. Op historische gronden kende Meijers slechts een zeer beperkte betekenis toe aan het vereiste, namelijk slechts in geval van zogenaamde hulpovereenkomsten¹, terwijl J.C. van Oven op gronden ontleend aan het toen geldend recht, verwerping van het causa-vereiste bepleitte.² Ik meen hier met een verwijzing naar de beschouwingen van deze 'anti-causalisten' te kunnen volstaan, die in het ontwerp voor het NBW gevolgd werden.³ Als gevolg daarvan, kent het huidige wetboek het

1. Vgl. o.a. *Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation*, *Tijdschr. v. Rechtsgesch.* XIV, p. 365 v., en *Nieuwe bijdragen omtrent de leer der consideration en der causa*, *Verz. Opst.* III, p. 304 v., alwaar een overzicht van de stand van doctrine en rechtspraak anno 1938. Vgl. verder *Toel. NBW*, p. 750 v.

2. *De oorzaak der overeenkomst*, *WPNR* 3385-89 (1934).

3. *Toel.*, p. 749 v. Bij de onverschuldigde betaling, art. 6:203, wordt het causa-begrip echter weer binnen gehaald, met de term 'zonder rechtsgrond', vgl. *Toel.*, p. 717. Zie voor een beschrijving van de ontwikkelingen op dit gebied recentelijk: A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid*, diss. Tilburg, Zwolle 1994, p. 123 v.; J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, diss. Leiden, Arnhem, 1995, p. 225 v.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

oorzaakvereiste niet meer. Het verwijt aan de 'causalisten', dat zij het begrip 'oorzaak' gebruiken om rechtsregels te rechtvaardigen, die veel eenvoudiger zonder dat begrip geformuleerd kunnen worden⁴, werd door mij voor het oude recht overgenomen. Ook de leer van G.J. Scholten⁵, die het causa-begrip een face-lifting deed ondergaan ('maatschappelijke invalshoek') diende om dezelfde reden verworpen te worden.⁶ Overigens dreigen de causa-theorieën in een nieuwe gedaante weer hun intrede te doen, vgl. de theorie van de 'subjektive und objektive Geschäftsgrundlage' van Larenz, die door de ontwerpers van Boek 6 NBW overgenomen werd,⁷ naar mijn mening ten onrechte. Op de herleving van de causa-gedachte op een ander terrein, de onverschuldigde betaling - 'zonder rechtsgrond' betalen - werd zoëven al gewezen. De winst die de afschaffing van het starre causa-begrip met zich bracht, wordt aldus grotendeels teniet gedaan.

Het alternatief dat men de causalisten te bieden heeft, bestaat hierin, dat telkens de overeenkomst zelf getoetst wordt. Een toetsing op twee punten: is in casu sprake van een overeenkomst, dat wil zeggen een *rechtsverhouding*, dan wel van een feitelijke verhouding (afsprake, gentlemen's agreement)? En als tweede test: is deze rechtsverhouding in strijd met de wet of de goede zeden (art. 3:40 BW; artt. 1371 en 1373 oud BW)? Het behoeft geen betoog, dat in de hier door mij voorgestane visie, het in eerste instantie gaat om de toetsing van de beide, de 'overeenkomst' constituerende rechtshandelingen (aanbod en aanvaarding) afzonderlijk. In die optiek dient men zich af te vragen of de toezegging die gedaan werd in de rechtssfeer of in de sociale sfeer ligt, en daarnaast, of zij met de wet of de goede zeden in strijd is. Doch een dergelijke tweeledige toets ligt aan iedere uitleg van menselijke handelingen ten grondslag, met behulp waarvan men bepaalt of van een rechtshandeling sprake is. De in het verkeer geldende rechtsnormen en de omstandigheden van het geval zijn hier, gelijk bij iedere uitleg (in normatieve zin), maatgevend. Op grond van die factoren zal bij de uitleg vastgesteld moeten worden of de verklaring 'Rij jij met me mee naar Amsterdam?' een aanbod is, dat na aanvaarding de aanbieder het recht geeft van de acceptant een bijdrage in de kosten te vorderen - ook al vormde dat laatste geen onderwerp van gesprek bij de onderhandelingen. Niet anders ligt de situatie bij de beoordeling van de verklaring: 'Deze flobertbuks

4. Vgl. Meijers, *Verz. Opst.* III, p. 305. Men kan evengoed stellen - zo vindt men daar nader toegelicht dat de *overeenkomst* zelf niet i.s.m. de goede zeden moet zijn, i.p.v. *de oorzaak der overeenkomst*. Vgl. ook art. 3:40 BW.

5. *De oorzaak van de verbintenis uit overeenkomst*, diss. Amsterdam 1934; vgl. ook J. van der Kolk, *De oorzaak in het Fransch en Nederlandsch verbintenissenrecht*, diss. Utrecht 1933.

6. Vgl. ook Van Oven, in zijn bespreking van de zoëven genoemde proefschriften, t.a.p., en Smits, diss., p. 234.

7. Vgl. voor de 'subjektive GG' art. 6.5.2.12, *Toel.*, p. 757; voor de 'objektive GG' art. 6.5.3.11, *Toel.*, p. 772 v. Ten onrechte stelt de *Toelichting* dat de leer van de Geschäftsgrundlage zich in de duitse *rechtspraak* 'ontwikkeld en gevormd' heeft, p. 757, en dat het ontwerp een strenger criterium aanlegt dan de duitse rechtspraak met haar Zumutbarkeitsbegrip, id.nt 4. Vgl. voor die rechtspraak Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 1963, p. 110 v. De ontwikkeling in de rechtspraak, gericht op de billijkheid in het concrete geval, met verwerping van begrippen als Geschäftsgrundlage, wordt door Larenz uitvoerig bestreden. Ten onrechte. Vgl. Hfdst. 6, § 3. De MvA op het G.O. Nieuwe BW (1976) lijkt Larenz nog steeds te volgen, p. 228 v.

§2. GRENS MET AFSPRAKEN IN HET SOCIALE VERKEER

kun je voor *f* 300 kopen', bijvoorbeeld gericht tegen een overspannen persoon die hooglopende ruzie met zijn werkgever heeft.

Gaat men in de hier aangegeven wijze na, òf er wel in casu van een *rechtsverhouding* sprake is, te herleiden tot de vraag òf er wel *rechtshandelingen* verricht zijn die de *rechtsverhouding* teweegbrachten, niet ondenkbaar is intussen, dat deze toets positief uitvalt, zonder dat daarmee in dit opzicht het laatste woord door de uitlegger gezegd is. Aanbod en aanvaarding kunnen immers legaal bevonden worden, terwijl daarentegen de nakomingshandeling strijdig met de wet of de goede zeden kan zijn. In zo'n geval heeft men met een feitelijke handeling te doen - die wellicht een strafbaar feit oplevert -, en niet met de *rechtshandelingen* nakoming. Of dit niet-nakomen wanpresteren betekent, hetgeen in mijn opvatting een *rechtshandeling* is, is eveneens een kwestie van uitleg.

2. De oplossing van het huidige wetboek: art. 3:6 BW. Kritiek

Wellicht dat mijn aldus geschetste zienswijze enig reliëf krijgt, indien wij haar tegenover die van het huidige BW stellen. Voor het trekken van de grens tussen de rechtssfeer en de sociale sfeer heeft men, in art. 3:6 BW, de volgende oplossing aan de hand gedaan.⁸ Het ging in de gedachte van Meijers om de bepaling, of van een '*vermogensrecht*' sprake is of niet. Dit is het geval, ten aanzien van een recht dat òf overdraagbaar is òf ertoe strekt de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen; tenslotte noemt het artikel het geval dat het recht verkregen is in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel. Met die laatste constructie worden 'de uit overeenkomst voortvloeiende rechten', die aan geen van beide eerste eisen voldoen bij de vermogensrechten ondergebracht (bijv. 'het door een blinde bedongen recht zich te laten voorlezen'). Dit is het geval, 'wanneer deze rechten door toezegging van een stoffelijk voordeel aan de schuldenaar zijn verkregen ... Zonder een zodanige toezegging van een contraprestatie moet men beloften als om niet te roken, buiten de rechtssfeer houden' (*Toel.*, p. 167).

Voor dit stelsel heb ik weinig bewondering. Door zijn materialistisch uitgangspunt biedt de wettelijke regeling geen enkel criterium voor de beantwoording van de vraag, of een recht uit een overeenkomst *om niet* rechtens relevant is. Men zal toch niet die hele categorie hebben willen ecarteren. Of is het zo, dat men het 'stoffelijk voordeel' ruim dient te interpreteren? Kan men die term dan niet beter vervangen door 'belang'? Maar ook dan blijft de vraag bestaan: *wèlk* belang is hier in het geding? Want men tracht immers een grens aan te geven.

Mijns inziens raakt men op deze wijze op een dood spoor.⁹ Het lijkt mij zinvoller om, in de zoëven aangegeven methode, te beginnen bij het begin, en de

8. Vgl. *Toel.* NBW, pp. 166 v., 458, 752. Het oorspronkelijke art. 3.1.1.5 onderging in het gewijzigd ontwerp (1971) slechts een redactionele verandering, waarbij beide leden werden samengevoegd.

9. Met kan zich trouwens afvragen, of met het 'stoffelijk voordeel'-criterium niet het *causa*-begrip uit zijn as herrijst. Met alle bezwaren van dien. Vgl. m.b.t. het hier betoogde ook B. Wessels, *Gentlemen's agreement*, *RmTh.* 1982, p. 369 v. Zie voor dit onderwerp ook nog Deel 2, Hfdst. 8, § 1.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

vraag te stellen of de *toezeggingen* in kwestie - waardoor de overeenkomst tot stand kwam - in de rechtssfeer vallen. Is bijv. de toezegging om een blinde voor te lezen rechtens relevant? De beantwoording van deze vraag is, omdat zij een vraag van uitleg is, enerzijds van de concrete omstandigheden afhankelijk, en anderzijds van de verkeersopvattingen, de voedingsbodem van te ontwikkelen rechtsnormen. Men dient dus te vragen - ik herformuleer -: Is de onderhavige toezegging van X, om de blinde Y voor te lezen, gezien de omstandigheden, en de in dit opzicht geldende rechtsopvatting, rechtens relevant? Zoekt men lós van een zich voordoend geval een antwoord op die vraag, dan zal dit naar mijn mening *in beginsel* ontkennend zijn - van achter het bureau gezien. Juist omdat het hier een beginsel betreft en niet zoals Eggens dat eens noemde, een 'eindsel', is het evenwel niet ondenkbaar, dat in bijzondere omstandigheden, het antwoord bevestigend zou kunnen luiden.

Mijns inziens biedt de boven, bij de omschrijving van de rechtshandeling gegeven blanket-formule 'rechtens relevant' voldoende houvast om hier bij de rechtsvinding als richtingwijzer te fungeren. Men vergelijkte in dit verband de door de hoge raad - in *Baris - Riezenkamp* (1957) - gehanteerde term 'de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij', welke men in acht heeft te nemen in het precontractuele stadium. Ook daar kan men slechts in concreto, aan de hand van het geval, uitmaken of een bepaald belang van een partij 'gerechtvaardigd' is, *in casu*.¹⁰ In de hier gevolgde, Scholteniaanse methode van rechtsvinding is immers alle rechtsvinding *caselaw*.

Indien men nagaat hoe in andere rechtssystemen deze problematiek benaderd wordt, blijkt dat men ook daar bepaalde begrippen hanteert - in de codelanden de *causa*, in de angelsaksische rechtssystemen het pendant daarvan, 'consideration' - om de grens tussen afspraken in de sociale sfeer en die in de rechtssfeer aan te geven. Ook waar archaische begrippen als *consideration* door nieuwe vervangen worden - vgl. in het engels recht de 'intention of the parties to create legal relations'- constructie - is het om dezelfde taak te doen.¹¹ Doch ook daar geldt, dat bij het afbaken van die grens de omstandigheden van het geval de doorslag geven, omstandigheden die zich nu eenmaal niet in het keurslijf van een begrip - welk dan ook - laten wringen.

Onlangs is bepleit om het *causa*-begrip, in de ban gedaan door de wetgever met het nieuwe BW, weer in ere te herstellen, zij het met een andere inhoud. Aldus J.M. Smits in zijn leidse proefschrift van 1995, dat al genoemd werd. Hij zoekt daarbij aansluiting bij de figuur van 'consideration' in het common law recht,

10. Aan de ontworpen regeling voor de toetsing van een rechtshandeling aan 'de goede zeden' of de 'openbare orde', art. 3:40, ga ik hier voorbij. Ik wil nog wel wijzen op het onderscheid dat daarin gemaakt wordt tussen *inhoud* en de *strekking* van de rechtshandeling. Het eerste wordt gevormd 'door wat partijen hebben verklaard'; het tweede wordt bepaald door 'de ook voor anderen te voorzien gevolgen en kenbare motieven der rechtshandeling'. Voor dit onderscheid is alleen in de historisch-psychologische uitlegmethode (Meijers) plaats. Zie verder: Hfdst. 7, § 4.

11. Vgl. *N.U.*, diss. p. 358 v. Vgl. ook Hellema, *Dorhout Mees-bundel* 1974, p. 373 v. Voor het franse recht, waar 'la cause' aanleiding gaf tot 'des controverses inépuisables', zie: J. Carbonnier, *Droit civil* 4, 1990, nr 58 v. Zie ook nog Kötz, *Europäisches Vertragsrecht* I, 1996, p. 81 v.

§2. GRENS MET AFSPRAKEN IN HET SOCIALE VERKEER

door hem teruggebracht tot de essentie van *wederkerigheid* van de prestaties ('synallagma'). Het lijkt mij geen vruchtbare benadering van de materie te zijn.

Smits zoekt bij het weer in het zadel helpen van de causa als grondslag voor de contractuele gebondenheid steun bij de wilsleer (p. 232; zie ook boven H1, §1, nr 4). Dit doet hij in navolging van Atiyah die van mening is dat de functie van 'consideration' even goed door het begrip 'intention to create legal obligations' vervuld kan worden. Wat Smits miskent, is dat het leerstuk van consideration in het engels recht een zeer kwijnend bestaan lijdt en voor de oorlog al door een gezaghebbende Law Revision Committee voor afschaffing aanbevolen werd, hetgeen als gevolg van de 'splendid isolation' van het engelse rechtssysteem niet gebeurde is. Het begrip is echter volkomen uitgehold en nog slechts een rudiment van wat het geweest is, en werd overvleugeld door het leerstuk van 'intention to create legal relations'; overigens ging het Amerikaanse recht voor in het terzijde stellen van consideration in het contractenrecht. Zie voor die materie reeds mijn diss., *N.U.*, (1971), p.371-385 (en voor 'intention': p.358 v.), en verder: Cheshire, Fifoot and Furmston, *Law of Contract*, 14e dr. 2001, pp. 79 v.; 121 v. ('intention').

Er schijnt iets met leidse proefschriften en consideration te zijn: ook Nieuwenhuis breekt in zijn dissertatie (1979, *Drie beginselen van contractenrecht*) een lans voor het causabeginsel, dat hij evenals Smits naar het consideration-begrip gemodelleerd heeft. Dat alles ondanks de (bekende) uitroep van Meijers (toch goed leids, dacht ik): 'Gelukkig het land, dat de leer der consideration niet kent!' Ik verwijs in dit verband naar mijn recensie van Nieuwenhuis' dissertatie, *WPNR* 5524-25 (1980) sub 10; ook opgenomen in: *Dialektiek van rechtsvinding en rechtsvorming, Serie Rechtsvinding*, dl 1b, 1984, p. 50.

Aanvaarding van causa (wederkerigheid, samenhang) als grondslag van gebondenheid maakt volgens Smits 'de omweg via het vertrouwensbeginsel niet langer nodig'; wij zagen boven dat hij geen boodschap aan dat beginsel heeft dat zijns inziens aan vervanging toe is (zie Hfdst. 1, § 1, nr 4, in fine). Bij onzekere situaties, eenzijdige rechtshandelingen, e.d., valt Smits terug op het wilsbegrip, hetgeen kritiek aan Hartkamp ontlokt, in zijn recensie in *WPNR* 6227 (1996), p.443, omdat Smits daarmee zijn uitgangspunt ontrouw zou zijn (hetgeen ik niet zo begrepen heb). Indien de wil geen soulaas biedt is voor Smits de *gebruikelijke* tegenprestatie bepalend, *normaliteit*, hetgeen tot merkwaardige consequenties leidt indien partijen geen gebruikelijke manier van doen hebben. Zie de terechte kritiek van Hartkamp op dat punt (en op andere punten), p. 444. De confrontatie van Smits' leer met de jurisprudentie kan evenmin overtuigen.

De kritiek die Meijers en J.C. van Oven hadden op het gebruik van het causa-begrip - men kan beter de rechtsgeldigheid van de overeenkomst rechtstreeks aan de geldende normen toetsen - is ook op deze causa-leer nieuwe stijl van Smits van toepassing. Ik verwijs daarvoor naar het eerdere betoog, onder nr 1.

3. *Het causa-vereiste en de 'eenzijdige rechtshandeling'. Het afstands-arrest (1938) en de 'abstrakte rechtshandeling' bestreden*

Het feit dat het causa-vereiste in het oude BW slechts voor overeenkomsten werd gesteld, en niet voor 'eenzijdige' rechtshandelingen, heeft in het verleden tot grote problemen aanleiding gegeven. Dit vond vooral hierin zijn oorzaak, dat de wetgever van 1838 geen helder beeld had van de figuur van de eenzijdige rechtshandeling, een situatie die bij de tegenwoordige hercodificatie overigens

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

weinig anders is.¹² Zo kon het gebeuren dat de hoge raad in 1938, gesteld voor de vraag of een eenzijdige rechtshandeling als afstand van recht getoetst kan worden aan de goede zeden, tot een negatief antwoord kwam, en wel:

‘omdat de wet wel in art. 1356 de aanwezigheid van een geoorloofde oorzaak eischt als voorwaarde voor de bestaanbaarheid van een *overeenkomst*, doch *niet voor een rechtshandeling als het doen van afstand der gemeenschap*, welks geldigheid dus niet afhankelijk is van de redenen, welke de vrouw tot het verrichten van die handeling hebben bewogen.’

Deze even opmerkelijke als onbillijke uitspraak, vormde de aanleiding tot de introductie van een nieuw begrip: de zogenaamde *abstrakte rechtshandeling*.¹³ Zoals het gebruikte adjektief al aangeeft is voor de beoordeling van de geldigheid van zo'n rechtshandeling niet van belang, dat de rechtshandeling waarmee zij verband houdt niet rechtsgeldig is. Deze zienswijze kan in de hier verdedigde rechtsopvatting niet aanvaard worden. Geen rechtshandeling kan ooit *abstrakt* zijn, dat wil zeggen geabstraheerd van omstandigheden en normen, juist omdat de rechtsvinding waarbij men tot het bestaan van een rechtshandeling besluit, berust op de omstandigheden waarin die handeling ingebed is, en op de in het betreffende deel van de samenleving geldende normen.¹⁴ Ook indien men deze Scholteniaanse methode van rechtsvinding niet huldigt, is er voor de abstrakte rechtshandeling geen grond. Voor het oude recht gold, dat het feit dat de wet enkel voor overeenkomsten ‘in de zin van art. 1349 BW’ - wat zijn dat voor overeenkomsten? de wet zweeg erover - het oorzaak-vereiste stelde, slechts met zich bracht, dat ten aanzien van eenzijdige rechtshandelingen, toch al stiefmoederlijk door de wetgever behandeld, in dit opzicht een *leemte* valt te bespeuren. Een leemte die, zoals steeds bij elke wetstoepassing, *aangevuld* moet worden, op grond van het stelsel van de wet en van de beginselen die het gehele systeem weer beheersen. Het *Quint - Te Poel*-arrest (1959) vormt hierbij een baken, waarop men zich kan richten. Het gaat derhalve niet aan, om na het constateren van de leemte, *het daarbij te laten*. Het neigt tot rechtsweigeren indien men geen enkele poging doet die leemte - hoe dan ook - op te vullen.¹⁵

12. Vgl. hetgeen in *N.U.*, diss., de Hfst. I en II omtrent de daar besproken rechtshandelingen, en de visie van het ontwerp opgemerkt werd.

13. HR 24 juni 1938, *NJ* 1939, 337, nt PS, *afstands*-arrest, mijn curs. Zoals bekend had hier de vrouw de echtscheiding ‘gekocht’ door in het echtscheidingsconvenant afstand van de rijke gemeenschap toe te zeggen. Die afstand werd gedaan door een gemachtigde, wiens bevoegdheid berustte op een blanco volmacht, door haar aan haar man gegeven. Ook t.a.v. die *verlening van volmacht* komt de HR - daarlatend of dit een eenzijdige dan wel tweezijdige rechtshandeling is (in het laatste geval zou het niet een overeenkomst in de zin van art. 1349 oud BW betreffen, stelt de HR zonder motivering) - tot hetzelfde resultaat. Ook op deze figuren zijn volgens het college de artt. 1356, 1371 en 1373 oud BW niet van toepassing.

14. Vgl. voor dit begrip o.a. Meijers, *Alg. Begrippen*, p. 290 v.; en verder W.C. Treurniet, *WPNR* 5096 (1970), p. 417 v. In de overweging voorafgaand aan de hier in de tekst geciteerde werd nl. door de HR gesteld dat nietigheid van een overeenkomst niet de nietigheid van een ter uitvoering daarvan verrichte handeling meebrengt. M.a.w., de laatste, zgn. ‘voortbouwende’ handeling, is ‘abstrakt’. Vgl. voor dit onderwerp ook W. Sniijders, *Causale rechtshandelingen in het Nieuw BW*, in: *De Die-bundel*, 1991, p. 59.

15. Vgl. Deel 2, Hfdst. 9, § 1, nr 1 v. Vgl. voor het duitse recht. J. Gernhuber, *Bürg. Recht*, 1983, p. 24 v.

§2. GRENS MET AFSPRAKEN IN HET SOCIALE VERKEER

Het *afstands*-arrest is een voorbeeld van een wijze van rechtsvinding, waarbij slechts de letter van de wet telt, een letter die slechts grammatikale uitleg behoeft (vgl. de hantering van art. 1349). Deze methode staat in schrille tegenstelling tot de na de oorlog ontwikkelde methode in de rechtspraak van de hoge raad, met hoogtepunten als het *rederij Koppe*-arrest, en *Baris - Riezenkamp*. Het *afstands*-arrest¹⁶ en de daarop berustende abstracte rechtshandeling vinden derhalve vanwege de methodiek waarop zij berusten niet langer steun in de heersende jurisprudentie.

Degeen die daarover twijfel koestert, kan gewezen worden op het *Kruseman - Gem. Amsterdam*-arrest van 1962.¹⁷ Op het juridische niemandsland van de overeenkomst van een partikulier met de overheid, deed de vraag zich voor, of bij een dergelijke rechtsfiguur dezelfde vereisten zich laten stellen die voor de privaatrechtelijke overeenkomst door de wet voorgeschreven zijn. Het probleem ligt dus analoog aan dat wat zoëven aan de orde kwam met betrekking tot een ander (intern-privaatrechtelijk) niemandsland, de eenzijdige rechtshandeling. Het is hier de hoogste rechter verre, om na een nauwelijks gemotiveerde overweging dat een dergelijke overeenkomst niet onder art. 1349 *oud* valt, verder niet thuis te geven, zoals in 1938 het geval was. Ik citeer hier de overwegingen uit het arrest van 1962, die voor ons van belang zijn:

‘dat wie ter bereiking van een door hem gewenst en geoorloofd resultaat de medewerking nodig heeft van een ander en ter verkrijging van die medewerking aan dien ander enig door dezen voor zijn medewerking bedongen goed geeft, niet zonder rechtsgrond presteert en na het gewenste resultaat te hebben verkregen, het gepresteerde niet als onverschuldigd betaald terug kan vorderen, *tenzij aan hetgeen aldus geschiedt een geoorloofde oorzaak ontbreekt, bijvoorbeeld* wanneer de partij die voor haar medewerking dat goed bedong *misbruik maakte van de omstandigheden* waarin haar wederpartij verkeerde;

dat in beginsel hetzelfde geldt voor wie ter verkrijging van de medewerking van de overheid tot enige handeling waartoe deze wettelijk niet verplicht is, een door de overheid daarvoor verlangde prestatie verricht, tenzij tegen het bedingen of het in ontvangst nemen van die prestatie enig wettelijk beletsel bestaat, dan wel de overheid aldus handelende misbruik maakte van de bevoegdheden of de feitelijke machtspositie welke die medewerking voor haar wederpartij noodzakelijk deden zijn en haar tot die medewerking in staat stelden;

16. Het *afstands*-arrest dankt zijn gezag mede aan de instemmende noot van Paul Scholten, die op even teleurstellende wijze als de HR dat deed, volstaat met de constatering dat het ‘niet geoorloofd is’ het oorzaakvereiste tot iedere rechtshandeling uit te breiden. Niettemin acht Scholten het arrest onbevredigend, vergeleken met dat van 10 maart 1933, *NJ* 804 (*nietig echtscheidingsconvenant*-arrest), en bepleit toepassing van een aktie uit *ongegronde verrijking*, om met in stand houden van de afstand, de vermogensverschuiving ongedaan te maken. Hierin wordt Scholten bijgevallen door Bregstein, vgl. Asser-Scholten-Bregstein, p. 16 (echter voor zover het geen onherroepelijke volmacht betreft). Opmerkelijk is intussen dat Meijers enkele jaren tevoren een standpunt verdedigde, dat lijnrecht tegen dat van de hoge raad en Scholten ingaat, vgl. *WPNR* 3372, (1934), *Verz. Opst.* III, p. 221. Daar stelt hij, dat onredelijk gebruik van economisch of zedelijk overwicht analoog aan de overeenkomst ‘ook *iedere andere* rechtshandeling’ in strijd met de goede zeden maakt. ‘En een rechtshandeling, die zelf of wier oorzaak in strijd met de goede zeden geoordeeld wordt, kan niet in rechte gehandhaafd worden’. Als voorbeeld geeft schr. de boedelscheiding. Vgl. ook het al genoemde art. 3:40 BW.

17. HR 13 april 1962, *NJ* 1964, 366, nt HB; AA XII (1962/63), p. 96 v., nt H.D. van Wijk. Vgl. voor dit arrest ook Schoordijk, *Pieters-bundel*, p. 251 v. alwaar verdere literatuur.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

dat het *daarbij onverschillig is of de wilsovereenstemming*, welke door de voldoening aan hetgeen de overheid voor haar medewerking verlangt aan de dag treedt, *al dan niet kan worden gekwalificeerd als een privaatrechtelijke overeenkomst*' (mijn curs.).

In deze overwegingen zal men de casus uit 1938, van de vrouw die 'haar vrijheid koopt' kunnen terugvinden. Ook daar is er sprake van, dat de man misbruik van omstandigheden maakte.¹⁸ Wat hier vooral van belang is, is dat de hoge raad deze figuur uit het contractenrecht - gebaseerd op het oorzaakbegrip - eveneens van toepassing acht op de 'overeenkomst' tussen partikulier en overheid, daarbij nog wel stellend dat het 'onverschillig' is of die laatste figuur als een privaatrechtelijke overeenkomst (dus in de zin van art. 1349 *oud*) moet worden opgevat. Dit openbreken van het in 1938 nog gesloten geachte privaatrechtssysteem, ten gunste van rechtshandelingen met de overheid - in het grensterrein tussen wat klassiek 'privaatrecht' en 'publiekrecht' heet - heeft een werking die boven het concrete geval uitstijgt. Het arrest heeft evenzeer betekenis voor het rechtsgebied aan deze kant van de grens, voor het privaatrecht zelf. De hoge raad geeft in zijn dictum aan, dat ook bij de rechtsvinding inzake privaatrechtelijke rechtshandelingen, 'onverschillig' of zij als een (privaatrechtelijke) overeenkomst opgevat moeten worden - wat dat is, laat het college overigens (wederom) in het midden -, bij het stelsel van het contractenrecht aansluiting gezocht moet worden. Een stelsel dat in de eerste geciteerde overweging los van de letter samengevat werd. Daarmee kan het *afstands-arrest* bijgezet worden in de rij van 'misleading cases',¹⁹ en de 'abstrakte rechtshandeling' in het kabinet van de Begriffsjurisprudenz.²⁰

4. *Conversie van 'nietige rechtshandelingen' en de toerekeningsleer*

Als laatste opmerking over de causa-problematiek nog het volgende. Men is gewend - in de heersende leer - op het ontbreken of ongeoorloofd zijn van een oorzaak van een overeenkomst, als sanktie de *nietigheid* van die rechtsfiguur te zetten.²¹ Naar ik meen worden in de gebruikelijke opvatting inzake de nietigheid - wat het engels recht tekenend 'null and void' noemt - meer problemen opgeroepen dan opgelost. Zie bijvoorbeeld de problematiek rond de *nemo*

18. Zie ook het arrest HR 29 april 1971, NJ 1972, 336, waarbij de onzedelijkheid van een echtscheidingsconvenant in de misbruik van omstandigheden-sleutel geplaatst wordt. Vgl. ook F.J. de Jong, *NJB* 1971, p. 572 v.

19. Deze uitdrukking ontleen ik aan A.P. Herbert, *Misleading cases in the common law*, 5th ed., 1930.

20. Vgl. voor de onderhavige problematiek ook Aaftink, diss. p. 112 v. Volgens Aaftink wordt in het hierboven gestelde miskend, dat de vraag of de afstand 'abstrakt' is niet gelijk gesteld kan worden met die of het causavereiste gesteld moet worden. Ik erken dat die vragen gescheiden kunnen worden, maar zou niettemin hun samenhang willen onderstrepen: aan de eerste vraag komt men slechts toe als men de laatste negatief beantwoordt, gelijk de HR deed, zie p. 128. Aaftink ziet overigens de voortbouwende rechtshandeling als een 'causale' rechtshandeling, i.p.v. een 'abstrakte'.

Men zie voor de literatuur over dit onderwerp verder Sniijders, t.a.p.

21. Aldus ook art. 3:40 BW. Vgl. echter ook lid 2, in fine. Zie voor dit onderwerp uitvoerig Hfdst. 7, § 4, nr 3.

§2. GRENS MET AFSPRAKEN IN HET SOCIALE VERKEER

auditor-regel.²² Men laat partijen in de kou staan, en al hebben zij bijv. onzedelijk gehandeld, daar wordt de kou niet minder door. Zoals bij 'nietigheid' op grond van de wet de figuur van *conversie* zijn intrede deed, die door onder anderen Eggens en De Grooth terecht als door de goede trouw beheerst gezien wordt²³, kan men meer in het algemeen stellen, dat op elk uitspreken van nietigheid van een (rechts)handeling, die reeds geheel of gedeeltelijk uitgevoerd werd, een conversie van die handeling in een *rechtshandeling* (d.w.z. een rechtsgeldige handeling) dient te volgen. Men kan bij de rechtsvinding niet doen of zijn neus bloedt. Juist omdat ook de bepaling van de rechtsgeldigheid van een handeling tot de rechtsvinding behoort, die steeds nodig is voor men weet of men met een rechtshandeling te doen heeft, moet het hier voorgestelde als één natuurlijk geheel gezien worden. Bij de normen die de ingrediënten voor de rechtsvinding vormen worden uiteraard ook dwingende wetsnormen gerekend (bijv. prijsvoorschriften uit de economische wetgeving) naast de ongeschreven normen waar de wetgever via zijn goede zeden-artikel naar verwijst.²⁴

In de hier verdedigde methode van rechtsvinding is 'conversie' derhalve geen afzonderlijke rechtsfiguur, of een op zich staand begrip, maar slechts één aspekt van het rechtsvindingsproces, juist omdat rechtsvinding betekent in het concrete, zich voordoende geval recht vinden.²⁵ Ook in zijn bindend voorschrift dat een bepaalde handeling geen rechtseffekt heeft (bijv. verkoop van een goed voor een prijs hoger dan € x), kan de wetgever slechts een blanketnorm geven. Hij kan nu eenmaal niet alle omstandigheden overzien, waarop de wetsbepaling van toepassing is. Indien bijvoorbeeld beide partijen te goeder trouw niet op de hoogte van het meest recente prijsvoorschrift waren - zonder dat het risico daarvan op één der partijen gelegd kan worden - doet die situatie sterk denken aan de figuur van veranderde omstandigheden, en de vraag welke invloed dat heeft op de reeds tot stand gekomen rechtsverhouding. In die situatie zou ik de

22. Zie voor de literatuur daaromtrent, *Toel.* Nw BW ad art. 6.4.2.9, p. 725 v. (thans: art. 6:211 BW).

23. Vgl. boven, Hfdst. 2, § 2, nr 8. Typerend voor schrijvers die de wilsleer volgen, is dat zij de goede trouw als grondslag voor conversie verwerpen, en bovendien stellen dat de geldende wet geen grondslag voor deze - door de HR geïntroduceerde - figuur biedt. Aldus Asser-Rutten II, p. 380 v.; Houwing, nt *NJ* 1949-86; Hijmans van den Bergh, *Hand. NJV* 1954 II, p. 36. Hierbij geeft een *grammatikale* interpretatie van de artt. 1374, 1375 de doorslag, vgl. Rutten, t.a.p., daarin bijgevallendoor G.J. Scholten, *Hand. NJV* 1954, p. 157. J.H. Beekhuis, id. p. 234 v. verwerpt de goede trouw ex art. 1374, lid 3, als grondslag voor de conversie, en geeft de voorkeur aan de uit 'een algemeen rechtsbeginsel' voortvloeiende figuur van *misbruik van recht*. Meer recente conversie-arresten inzake ongeldige ontslagaanzegging zijn: HR 16 febr. 1973, *NJ* 163, nt PZ, *Schrijver - Jansen* en HR 23 jan. 1981, *NJ* 284, nt PAS, *Neon-Brabant - Mulders*. In dat laatste arrest wordt het huidige art. 3:42 BW gevolgd.

24. Deze opvatting is in wezen een uitwerking van de zienswijze van J.C. van Oven, dat nietige overeenkomsten verbinden tot hetgeen in de gegeven omstandigheden door de goede trouw gevorderd wordt; vgl. *WPNR* 3328-32 (1933), *De condictio ob turpem causam in het Nederlandsch recht*, en diens *preadv.* *NJV* 1937 waarover Beekhuis, t.a.p., p. 232 v. Zie ook Hfdst. 7, § 4, nr 3.

25. Door aanhangers van de normatieve methode van uitleg wordt conversie opgevat als onderdeel van het uitlegproces, en om die reden als beheerst door de regels van de goede trouw gezien. Dit i.t.t. de voorstanders van de feitelijke uitlegmethode, die als sequeel van het door hen aanvaarde onderscheid uitleg - aanvulling (vaststelling van rechtsgevolgen) ook de conversie buiten de uitleg houden. Vgl. daaromtrent boven, Hfdst. 2, § 2, nr 8.

3. GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST

methode van rechtsvinding van het Duitse Bundesgerichtshof willen aanvaarden die sterke overeenkomst vertoont met de hier verdedigde. Ook wat de nietigheid op grond van vormvoorschriften betreft biedt de Duitse rechtspraak interessant materiaal. Ook daar lijkt de kwalificatie 'ius in causa positum' op zijn plaats. Hierbij hebben wij het evenwel niet over de 'causa' die in ons land zo lang een gangbaar begrip was.

Resumerend kan gesteld worden dat de uitdrukking '*nietigheid van rechtshandelingen*', indien het rechtsnormen betreft die ten tijde van de handeling reeds van kracht waren, een *contradictio in terminis* bevat, in de hier verdedigde opvatting inzake de rechtsvinding-uitleg. Indien bij de rechtsvinding blijkt dat de handeling krachtens een bepaalde rechtsnorm geen rechtsgevolg dient te hebben, terwijl in het stadium waarop het geval voorgelegd wordt, er niets 'recht te trekken' valt, moet de conclusie van alle uitleg luiden, dat in casu slechts van een *feitelijke handeling* sprake is, dit is een handeling zonder rechtsgevolg.

Zij heeft de ballotage van Themis niet gepasseerd. Of vrouwe Themis daarnaast nog als scherprechter wil optreden, door een strafrechtelijke maatregel tegen de handelende te treffen - het zwaard snijdt nu eenmaal aan twee kanten - laat ik in het midden.

Hoofdstuk 4.

Belangrijke clausules in overeenkomsten

§ 1. Standaardvoorwaarden in het algemeen

A. KENMERKEN VAN STANDAARDVOORWAARDEN. DE GRONDSLAGENSTRIJD

1. *Inleiding. De 'kleine lettertjes': caveat emptor!*

'Het euvel der ongeweten en onbegrepen bedingen', zo omschreef een vooroorlogs auteur de problematiek van de standaardvoorwaarden kernachtig. Ongeweten, want ongelezen; het betreft hier wat in de volksmond als 'de kleine lettertjes' bekend staat. Men kan die problematiek even goed weergeven met 'het euvel van de niet te lezen en niet te begrijpen bedingen'. Soms moet men dit letterlijk nemen; ik herinner mij een keer dat ik gewapend met een vergrootglas de in lichte inkt in minuscule letters gedrukte voorwaarden op de achterzijde van een faktuur slechts met grote moeite kon ontcijferen.¹ Het begrijpen is er soms voor juristen niet bij, en zeker niet voor leken. Vaak zijn er barrières ingebouwd om het lezen niet te vergemakkelijken: men moet bijvoorbeeld naar een in het briefpapier genoemde rechtbank reizen om daar de gedeponeerde voorwaarden tot zich te kunnen nemen.

Een ieder weet waarover het hier gaat; als wij de overeenkomsten met betrekking tot dagelijkse levensbehoeften (alles wat via toonbank en kassa of handjeklap gaat) terzijde laten, kan men zonder overdrijving stellen dat in de overige transakties indien er van contracten gebruik gemaakt wordt, dit voor het overgrote deel via overeenkomsten met standaardvoorwaarden gaat. Soms zie je het er niet aan af, het staat op het reçuutje (achterzijde) of op de betaalbon of faktuur vermeld, die je zonder lezen in de zak gestopt hebt, of er hing een bord met een belangwekkende mededeling ('de direktie stelt zich niet aansprakelijk voor ...') die je over het hoofd gezien hebt, hetgeen soms letterlijk het geval kan zijn, gezien de hoogte van de bevestiging. Dat laatste is geen kwaal van deze tijd: denk aan koning Draco in de oudheid, die de wetten zo hoog liet ophangen dat zijn onderdanen de tekst niet konden lezen. Sindsdien staan draconische wetten om hun gebrek aan problemen bij de uitvoering bekend, althans problemen die gezagsdragers daarbij kunnen hebben. Als men bedenkt

afb. 3

1. Als curiositeit het geval van voorwaarden die slechts met behulp van een microscoop ontcijferd kunnen worden, op een bootkaartje van de Cunard Line, vgl. *Sigelmann v. Cunard White Star*, 221 F.2d 189 (1955). In deze zaak werd door de Amerikaanse rechter voor het eerst de term 'adhesion contract' gebruikt.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

tekst van een reisverzekeringsovereenkomst (gedeelte)

dat het gebruik van standaardvoorwaarden ook wel aangeduid wordt als ‘particuliere wetgeving’, zit er meer in dit voorbeeld dan men in eerste instantie denkt. Staan onereuze overeenkomsten niet als ‘halssnijderscontracten’ bekend? Toch wil ik niet de inmiddels platgetreden weg bewandelen, waarbij standaardcontracten uitsluitend in het licht gesteld worden van de geslepen en soms gewetenloze ondernemer, die het op de blanke lammetjes van consumenten gemunt heeft. Er zijn meer kanten aan de zaak, ook al heeft het geweten zeker met deze problematiek te maken. In het Amerikaanse en Engelse recht spreekt men niet zonder reden in dit verband van ‘unconscionable bargains’, gewetenloze transacties. Trouwens, de Romeinen riepen de koper al op om bij de koop op zijn hoede te zijn: *caveat emptor!* De handelsethiek, zo blijkt maar weer, is geen probleem van vandaag of gisteren.²

2. Standaardcontracten bestonden overigens al in de Romeinse en zelfs in de pre-Romeinse tijd. Zie de afbeeldingen voorin dit boek, ontleend aan E.H. Hondius, oud-Sumerische koopakte op een kleitablet, uit Mesopotamië, *Standaardvoorwaarden*, diss. Leiden 1978, p. 98 v.; en aan H. van den Brink (een koopakte in hieroglyfen uit het Egyptische Oude Rijk), *De oorsprong van*

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

Al aan het begin van deze eeuw werd voor de figuur van het standaardcontract de aandacht gevraagd; dit heeft er echter niet toe geleid dat thans, bijna een eeuw en vele stromen drukinkt later, er helderheid over de materie geschapen is. Men zit elkaar nog steeds in de haren over de grondslag van deze rechtsfiguur, over de vraag of de rechter of de wetgever de leiding moet nemen bij het bestrijden van uitwassen op dit gebied, en op welke wijze dat zou moeten gebeuren. Wij zullen ons in deze paragraaf tot de hoofdlijnen van het onderwerp beperken; dat kost genoeg moeite, als men bedenkt dat een belangrijke dissertatie op dit terrein als die van Hondius uit 1978 956 pagina's telt, terwijl het door dezelfde auteur verzorgde hoofdstuk van de losbladige bundel *Contractenrecht*, met veel (lagere) jurisprudentie, eveneens honderden bladzijden beslaat. En dan hebben wij het nog niet over het buitenland, waar de echte ontwikkelingen op dit gebied plaatsvinden, zeker op het gebied van de wetgeving. Maar zoals zo vaak het geval is, de vragen zijn nog dezelfde als een kleine eeuw geleden. Het is overigens opmerkelijk dat wij, ondanks het grote maatschappelijke belang van deze problematiek, betrekkelijk weinig informatie tot onze beschikking hebben over de hantering van standaardvoorwaarden in de praktijk. De zeldzame rechtssociologische en rechtseconomische studies zullen hieronder bij de beschouwingen betrokken worden. Aan het slot van deze paragraaf zal aandacht geschonken worden aan wat het huidige BW op dit terrein te bieden heeft. Parlement en pressiegroepen zijn al ruim tien jaar in een worsteling over de algemene voorwaarden verwickeld geweest, met de artt. 6:231 v. als resultaat.

2. *Kenmerken van het adhesie- of standaardcontract*

De benaming van het type overeenkomst waarin de onderhavige voorwaarden voorkomen, geeft in een notedop de problematiek weer: *adhesiecontract* of *standaard-contract*. De eerste benaming is de oudste en werd in 1901 door de grote franse jurist Saleilles in omloop gebracht, en raakte snel ingeburgerd ('*contrat d'adhésion*', '*adhesion contract*').³ In latere jaren kwam de tweede term in omloop, die thans gangbaarder is, standaardcontract. In beide termen komen de belangrijkste, aan elkaar tegengestelde aspecten van deze rechtsfiguren tot uitdrukking. Allereerst het adhesiekenmerk: slikken of stikken, 'take it or leave it'.

De wederpartij van degenen die het contract opgesteld heeft - meestal de 'adherent' genoemd, tegenover de 'opsteller' of 'gebruiker' - heeft geen keus, kan geen kant op. Op twee manieren is dit doorgaans het geval: de opsteller heeft een monopoliepositie, ofwel de andere bedrijven gebruiken dezelfde of vergelijkbare voorwaarden. Buigen of barsten dus. In deze noodzaak om adhesie te betuigen aan de juridische *démarches* van de wederpartij zit ook de bron van het kwaad dat de kop opsteekt; de wederpartij verkeert in een machtspositie, en

het romeinse contractenrecht, in: *Lof der historie, Opstellen over geschiedenis en maatschappij*, Red. J. van Herwaarden 1973 (t.g.v. opening EUR).

3. Robert Saleilles, *De la déclaration de volonté. Contribution de l'acte juridique dans le Code Civil allemand*, Parijs 1901. In het Amerikaanse recht hebben Llewellyn en Kessler veel aandacht aan deze rechtsfiguur besteed.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

aangezien macht corrupteert - zoals in de woelige jaren zestig studenten ons leerden - heeft de opsteller vrij spel bij de redactie van zijn contract. Hoe spitsvondig men kan zijn, als men dat al niet wist, ziet men aan de vele pregnante voorbeelden van bijvoorbeeld Hondius. Een van de meer macabere is die van het Duitse academisch ziekenhuis dat in de patiëntenvoorwaarden de verplichting opnam om bij overlijden het lichaam af te staan voor wetenschappelijk onderzoek, tenzij binnen 12 uur schriftelijk namens de familie bericht wordt dat geen toestemming verleend wordt, een en ander ingevolge de 'Leichenverordnung 9.7.1937'. Hierbij werd niet vermeld dat het hier een interne regeling van het ziekenhuis betrof. Kortom, gebruik kan leiden tot misbruik, en in die context wordt door juristen en politici meestal over standaardvoorwaarden gedacht.

De andere kant van de medaille komt naar voren in de term *standaardcontract*. Kenmerkend voor deze materie is evenzeer het uniforme karakter van de contractuele voorwaarden: edelman, bedelman, dokter, pastoor, en de rest, worden over één kam geschoren. Het is goed juridisch gebruik om de nadelen daarvan breed uit te meten, en natuurlijk zijn die er. Het is nog maar de vraag, of de voordelen niet daartegen opwegen, ook voor de adherent. De voordelen voor de opsteller zijn evident; wat zou het niet kosten, als bij elke cliënt over de voorwaarden van de transactie onderhandeld zou moeten worden. Het kost weinig doordenken om in te zien dat die kostenbesparing ook in het voordeel van de adherent is, en in de hoogte van de prijs voor de geleverde dienst of waar terug te vinden moet zijn, bij een normaal functionerend marktmechanisme. De vele andere voordelen laat ik aan de fantasie van de lezer over⁴; wel lijkt het mij nuttig erop te wijzen dat economisch gezien, er nog een aantal andere aspecten aan standaardisatie zijn, die met de bedrijfsmatige organisatie samenhangen. Daarop wordt echter hieronder teruggekomen (sub 2). Op deze plaats kan volstaan worden met de opmerking dat beide partijen hun rechtspositie tevoren kunnen bepalen, en passende maatregelen voor mogelijke schade kunnen treffen, bijvoorbeeld door middel van het sluiten van een verzekering (bijvoorbeeld een annuleringsverzekering bij een reisovereenkomst). De versleten beedspraak bij dit aspect van het onderwerp is dat het hier niet om maatkleiding maar confectiekleding gaat. Een onderhand wat elitair voorbeeld, nu zelfs de edelman zich dat eerste niet meer kan permitteren (stel ik mij zo voor), maar de quintessens is dat hier van consumentenvoordeel sprake is, tel uit je winst! Moet laatstgenoemde groepering dan ook maar de schaduwzijde van deze winst van contracteren voor lief nemen, en verder niet zeuren, zoals de teneur van de beschouwingen vanuit de hoek van het bedrijfsleven is? Dat staat nog te bezien.

Een ander juridisch cliché is de observatie op grond van de beroemde uitspraak van Sir Henry Maine, dat het recht zich sinds de tijd van de Romeinen heeft ontwikkeld *from Status to Contract*, dat het recht in het industriële tijdperk zich in tegengestelde richting bewogen heeft, namelijk *from Contract to Status*.⁵ In bepaalde opzichten zijn wij weer terug bij af: net zoals in de oudheid de

4. Men zie uitvoerig: Hondius, t.a.p., p. 267 v.

5. Vgl. R. Feenstra en Margreet Ahsmann, *Contract. Aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief*, *Rechtshistorische Cahiers* no. 2, 1980, p. 60 v., waar verdere lit.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

juridische positie van een mens bepaald werd door zijn sociale status (slaaf of lijfeigene, vrije burger; familiebanden), is dat nu het geval (consument, fabrikant, transporteur, arbeider; vakorganisaties, multinationals). Zo is tegenwoordig de contractsvrijheid, een duur gewonnen goed, weer tot een minimum teruggebracht en afhankelijk gemaakt van de sociale status die men bekleedt. Zoals vroeger de familie of de kerk het voor het zeggen had, zijn dat nu de vakorganisaties; zelfs bedrijven zijn dochters die bij hun moeder onder de plak zitten, en soms zonder ouderlijke toestemming geen stap kunnen verzetten. De juridische banden die door de samenleving lopen zijn, als altijd, op sociale banden gebaseerd; het hoeft dus geen verbazing te wekken dat dit bij de meest voorkomende rechtshandeling, de overeenkomst, niet anders is. Toch blijven juristen zich over deze problematiek verbazen, hetgeen een goede zaak is, want verwondering is doorgaans de bron van creativiteit. In de jaren vijftig en zestig hield vrijwel ieder zichzelf respektierend hoogleraar burgerlijk recht zijn oratie over de tanende glorie van de contractsvrijheid.⁶ Afscheid nemen van een heilige koe valt nooit mee, of was het een gouden kalf? Als men zich realiseert op welke wijze in de loop der tijden grof misbruik is gemaakt van de contractsvrijheid (kinderarbeid, gedwongen winkelnering, koop op afbetaling, huurkoop, woekerrente bij leningen, colportage, om een greep uit het verre en nabije verleden te doen), voordat de ergste misstanden door rechtspraak en wetgeving beteugeld werden, hoeft men niet zoveel tranen om het lot van de contractsvrijheid te laten. Het was geen heilige, eerder een hoer. Zij leende zich, en leent zich nog, voor alles en iedereen, als er maar geld mee te verdienen valt. Contractje maken?

Intussen is het afwegen van voordelen en nadelen van standaardovereenkomsten niet meer dan een beschouwing achteraf, waarin academici toch al zo sterk zijn, aangezien er geen weg terug is. Wij moeten leren leven met het fenomeen. Het beste ervan zien te maken leidt vanzelf tot de vraag door wie en op welke wijze de controle op deze wijze van contracteren uitgeoefend kan worden. Een vraag die weer leidt tot de vraag of het geldende contractenrecht voldoende middelen kent om corrigerend op te treden en wantoestanden te keren. Past het adhesiecontract wel in het bestaande contractenrecht? Deze vraag, door Saleilles in 1901 opgeworpen⁷, is nog steeds goed voor tijdschriftartikelen van meer dan 100 pagina's en lijvige proefschriften.⁸ Toch is het allemaal niet zo ingewikkeld, zeker als men zich realiseert dat de antwoorden al enkele keren eerder gegeven zijn, vaak door grote juristen. Hiermee zijn wij op het verschijnsel gestuit, dat juristen met hun verwondering over dit maatschappelijke fenomeen het contractenrecht in een identiteitscrisis gebracht hebben, hetgeen zich de afgelopen eeuw met een zekere regelmaat, als een cyclisch gebeuren, herhaald heeft.

6. Zie behalve het laatstgenoemde werk: Asser-Rutten II, (1982), p. 30 v.; Asser-Hartkamp II, nr 38 v.; P.A.M. Meijknecht, *Planverbintenissen*, diss. Amsterdam VU 1979, p. 3 v.; J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking*, diss. Tilburg, 1990, p. 10 v.

7. Voor die problematiek zie men: *N.U.*, diss. 1971, p. 418 v.; Hondius, t.a.p., p. 164 v.

8. Een voorbeeld van dat eerste: Todd D. Rakoff, *Contracts of Adhesion. An Essay in Reconstruction*, 96 *Harv. L.R.*, pp. 1173-1284 (1983).

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

3. *Op zoek naar de grondslag van het adhesiecontract: een historische cyclus. De evolutie van wilsleer, vertrouwensleer en toerekeningsleer*

Waar wringt de schoen als men het adhesiecontract in het dogmatisch kader van het contractenrecht wil plaatsen? Dat was aan het begin van de eeuw niet anders dan het nu is, als men bijvoorbeeld Asser-Rutten en andere klassieke geschriften raadpleegt. Men komt in botsing met enkele grondbeginselen van het contractenrecht: de contractsvrijheid of partij-autonomie, en vooral de wilsovereenstemming als fundament van de overeenkomst. Daarbij wordt uitgegaan van een vrije wil van betrokken partijen, en per definitie schort het in casu daaraan bij één van beide partijen. Als men bovendien de kleine lettertjes niet leest of na lezing niet begrijpt, blijft het ook tobben met de wilsovereenstemming. In het franse recht liep de opstand, nog wel door staatsrechtsgeleerden geleid⁹, met een sisser af; men versoepelde het systeem, waarbij het vertrouwensbeginsel goede diensten bewees, en de rust was in de doctrine weergekeerd. De rechtspraak liet zich niet onbetuigd en heeft zich van zijn creatieve zijde laten zien bij het toepassen van bestaande rechtsfiguren om uitwassen te bestrijden.¹⁰ In ons land was de situatie weinig anders, aangezien ook bij ons de vertrouwensleer in de jaren twintig en dertig vaste voet gekregen had. Eigenlijk had bij ons al eerder een vergelijkbare discussie plaatsgevonden, die aangezet was door de NJV-vergaderingen van 1877; het debat is nog steeds aktueel materiaal.¹¹ Rond die tijd ontstond overigens in de meeste westeuropese landen de vertrouwensleer, waarmee de vernieuwing van het contractenrecht, voor wie daar oog voor had, werd ingezet.

Een eeuw later, aan het eind van de jaren zeventig, begin van de jaren tachtig, herleeft de discussie over de grondslag van de standaardovereenkomst weer, naar aanleiding van de dissertatie van Hondius in 1978 en de preadviezen NJV van dezelfde auteur en Dalhuisen in 1979, terwijl ook het Wetsontwerp Algemene Voorwaarden heel wat losmaakt. Het betreft hier echter een schijnprobleem, althans indien men de ontwikkelingen van het moderne contractenrecht bijgehouden heeft. De consensusgedachte is in de loop van het vorige decennium verlaten; in de heersende leer - het Nieuw BW ging in 1976 om - komt de overeenkomst tot stand door twee eenzijdige rechtshandelingen: in de heersende opvatting gebeurt dat aan de hand van normatieve uitleg.¹² De wil van partijen is niet langer alpha en omega van de rechtshandeling, zij is ondergeschikt aan de normen van het maatschappelijk verkeer die de dienst uitmaken. Dat zat natuurlijk al veel langer in de lucht, en werd voor de oorlog al door vele toonaangevende schrijvers verdedigd, ook op het gebied van de

9. Te weten Duguit en Hauriou, zie de in nt 7 aangehaalde literatuur. Bij de beschrijving van Hondius ontbreekt het belangrijke werk van Dollat, die zich van de wilsleer distantieerde.

10. Vgl. Hondius, p. 516 v., die dit niet erg kan waarderen; in positieve zin: Michel Armand-Prévost en Daniel Richard, *Le contrat destabilisé (De L'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel)*, J.C.P. (*La Semaine Juridique*) 1979, 12967, p. 165 v. Jacques Ghestin, *Traité de droit civil II, le contrat*, 1988, nr 81 v.

11. Zie mijn bijdrage debat NJV 1979, *Hand. NJV Dl. 2*, p. 104 v. (ook in *Dialektiek van rechtsvinding en rechtsvorming Ib*, 1984, p. 35 v.). Zie voor de rol van de NJV bij de rechtsontwikkeling: Lokin en Jansen, *Tussen droom en daad*, NJV 1870-1995, Zwolle, 1995, p. 89 v.

12. Zie hiervoor boven, Hfdst. 1.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

adhesiecontracten. Helaas hebben enkele van hen, zoals Telders en Marx, de oorlog niet overleefd. Ik zal aanstonds enkele voorbeelden van die visie geven. Eerst ter illustratie de opvatting van twee schrijvers die zich anno 1979 op de wilsleer en consensusgedachte baseren, Dalhuisen en Rutten.

Dalhuisen stelt:

‘Er bestaat dus geen twijfel over dat waar de wil van partijen, al of niet in consensus gedacht, te kort schiet en er toch een overeenkomst wordt aangenomen, de aard van de verplichtingen van partijen problematisch is.

De consumententransakties ... zijn dus naar hun aard niet strikt consensueel of zelfs maar gebaseerd op het opgewekte vertrouwen en staan daardoor *op gespannen voet* met ons overeenkomstenrecht’.¹³

Bij Asser-Rutten wordt de standaardovereenkomst onder de paraplu van de wilsleer gebracht:

‘Hoewel de ondertekenaar niet alle bepalingen van de akte kende, heeft hij zich willens en wetens aan die bepalingen onderworpen en gewild, dat hij volgens de inhoud van die bepalingen rechtens zou worden gebonden. Men spreekt hier wel van een algemene wilsonderwerping. Volgens deze opvatting is er dus geen afwijking tussen wil en verklaring: men heeft gewild hetgeen men heeft verklaard’.¹⁴

Deze uitspraak werd in de druk van 1982 enigszins gewijzigd en door Hartkamp in 1985 gehandhaafd. In 1983 geven schrijvers als Rijken en Gras ervan blijk dat zij de stand van de doctrine met de opvatting van schrijvers als de zoëven geciteerde vereenzelvigen. De laatste schrijver, een rechtssocioloog, vindt daarin aanleiding om zware kritiek op het contractmodel te uiten, dat geen ruimte zou bieden voor de ‘werkelijkheid’ van het standaardcontract.¹⁵ Dat is niet zo’n wonder, als men bemerkt dat Gras geen kennis genomen heeft van hetgeen de vernieuwers van het verbintenissenrecht in deze eeuw over deze rechtsfiguren naar voren gebracht hebben, merendeels voor de tweede wereldoorlog, zoals Suijling, J.C. van Oven, Eggens, Paul Scholten, Telders, Marx en De Beneditty. Dat is het andere contracten-recht, dat thans grotendeels geldend recht geworden is, al is dat tot sommige boeken, zoals Asser-Rutten en -Hartkamp nog niet

13. *Preadv. NJV*, pp. 29, 62.

14. Asser-Rutten II (1979), p. 77. In een volgende druk, 1982, p. 83, wordt de term ‘algemene wilsonderwerping’ genoemd als een die beter vermeden kan worden, ‘omdat zij, door haar te ruime strekking, niet juist weergeeft wat er in werkelijkheid gebeurt’. Men kan raden wat Eggens hiervan gedacht zou hebben. Bij Asser-Rutten-Hartkamp II (1985) p. 306 v. is de passage gehandhaafd. Dat geldt niet voor een passage waar Rutten betoogt dat in zijn opvatting geen sprake is van fictie van wil, maar dat de wil ‘in werkelijkheid aanwezig is’ (vgl. resp. p. 84 en p. 307). Dit zou vermoedelijk zelfs Meijers te ver gaan. Rutten is ook van mening dat wil en verklaring geen afwijking vertonen, en men de leer van opgewekt vertrouwen niet nodig heeft (p. 83), zoals o.a. Van der Werf doet, tegen wie Rutten zich afzet. Vgl. ook Asser-Hartkamp II (1997), nr 99 v.

15. F.A.J. Gras, *Het standaardcontract en de verhouding recht / maatschappij*, *RmThemis* 1983, p. 6, 19 v.; G.J. Rijken, *Exoneratieclausules*, diss. Utrecht 1983, Serie recht en praktijk no. 38, p. 76 v., waar men een overzicht van de literatuur vindt. De opvatting van Dalhuisen, de niet-consensuele overeenkomst (‘quasi-contract’), acht Rijken ‘een zeer gedurfd opvatting’. Voor up-dating zie men Hfdst. 1.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

doorgedrongen. Hondius was Gras hierin voorgegaan; ook hij, toch al wars van grondslagenkwesties, heeft geen oog voor deze stroming gehad, die hij doorgaans zelfs onbesproken laat. En dat terwijl hij voor het overige een schat aan materiaal verzameld en geordend heeft.

Twee illustraties, beide al eerder gegeven, zonder dat dit Rijken of Gras tot nadenken gestemd heeft.¹⁶ In 1934 schrijft De Beneditty een artikel over de 'evolutie van "autonome" naar "heteronome" overeenkomst'. Analyse van de rechtspraak brengt hem tot de conclusie dat 'de consensus zijn allerbeste tijd heeft gehad' en dat de handboeken op dat punt nodig aangepast moeten worden. De wilsovereenstemming wordt steeds meer vervangen door 'hetgeen de meer en meer sociaal voelende rechtsorde betamelijk acht'. Enkele jaren tevoren had Paul Scholten overigens in zijn *Algemeen Deel* de wil van partijen als grondslag van de overeenkomst vervangen door de *belofte*. Het tweede voorbeeld raakt de adhesieproblematiek rechtstreeks: de visie van Van Oven en Telders, en met een variant ook Marx, op de gebondenheid uit standaardcontracten. Het is opmerkelijk dat die visie, onlangs ook door de hoge raad aanvaard, door de schrijvers op dit terrein, Hondius voorop, veronachtzaamd wordt, terwijl de overeenkomstige visie uit de duitse doctrine en jurisprudentie met veel fanfare begroet wordt. Van Oven had in 1932 betoogd dat de goede trouw als de grondslag van contractuele verplichtingen aanvaard dient te worden (let wel: niet het 'opgewekt vertrouwen', maar het *beginsel* van de goede trouw, oftewel de redelijkheid en billijkheid). Hieruit volgt voor hem dat 'de uiterlijk tot stand gekomen overeenkomst bindt, partijen "tot wet strekt", omdat en dus slechts in zoverre als de goede trouw dit medebrengt'¹⁷. Voor adhesiecontracten betekent dit volgens Van Oven dat de adherent aan de uiterlijk tot stand gekomen overeenkomst gebonden is; maar de goede trouw eist niet dat men aan alles dat in het formulier opgenomen is gebonden is. Door zijn handtekening heeft de contractant 'steeds het vertrouwen opgewekt gebonden te zijn aan redelijke, niet aan onredelijke bedingen'. Deze opvatting van Van Oven en Telders, die in wezen ook al ten grondslag lag aan de toepassing van normatieve uitleg van de verzekeringspolis in *Rederij Koppe* in 1949¹⁸, werd in *Holleman - De Klerk* in 1981 met zoveel woorden overgenomen:

'Dat toepasselijkheid van algemene voorwaarden aldus overeengekomen is, sluit niet uit dat er zich onder die voorwaarden bepalingen bevinden van een zodanige inhoud dat de toestemming van de wederpartij niet kan worden geacht op toepasselijkheidsverklaring ook daàrvan gericht te zijn geweest'.¹⁹

Hondius had een soortgelijke formulering in een uitspraak van het duitse Bundesgerichtshof uit 1960 gesignaleerd en in zijn opvatting, zoals verdedigd in

16. Zie hiervoor, alwaar vindplaatsen, mijn artikel *De overeenkomst: de neushoorn in het privaatrecht?*, *NJB* 1980, p. 668, sub 3 v. en boven, Hfdst. 1, § 1, nr 4. Ook Meijknecht, boven nt 6, bespreekt De Beneditty.

17. Voor vindplaats, zie vorige nt Telders (idem) had eenzelfde opvatting in 1934 verdedigd; vgl. ook Bregstein (idem) in 1936. In de *Toelichting Boek 6 NBW* (1961), p. 737, wordt merkwaardigerwijze niet naar deze schrijvers verwezen, ook al wordt in art. 6.5.1.3 lid 2 (inmiddels vervallen) van dezelfde gedachte uitgegaan.

18. *NJ* 1950, 72, nt PhANH, zie voor die materie boven, Hfdst. 2, § 2, nr 5.

19. *NJ* 1982, 517, nt CJHB, waarover nog uitvoerig onder, nr 8.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

zijn dissertatie, verwerkt, terwijl korte tijd later ook Dalhuisen en Van der Werf een soortgelijke opvatting verdedigen.²⁰ Opmerkelijk is daarbij dat deze schrijvers schroomvallig de wilsleer met het vertrouwensbeginsel aanlengen, hetgeen de aanhangers van de vertrouwensleer een eeuw geleden al niet meer deden. Hondius spreekt bijvoorbeeld ervan dat ‘de adherent bij de ondertekening (!) op toerekenbare wijze bij de wederpartij het vertrouwen heeft opgewekt dat hij gebonden wilde zijn’. Hoe gedateerd de benadering van sommige schrijvers is, blijkt als men passages uit de literatuur van onze tijd naast de zojuist aangehaalde dertigers legt. Vergelijk bijvoorbeeld de uitspraak van Van Oven, die ook al eerder ter sprake kwam, dat de overeenkomst slechts bindt tot hetgeen de goede trouw meebrengt, met een centrale stelling in de dissertatie van Nieuwenhuis:

‘Partijen zijn niet aan hun overeenkomst gebonden, omdat en voor zover dit redelijk is, maar hun gebondenheid is redelijk, omdat en voor zover het *hun* overeenkomst is’. ‘contractuele relaties zijn billijk indien en voor zover zij vrij zijn gekozen, ongeacht hun inhoud; zij zijn onbillijk wanneer zij aan partijen worden opgedrongen, wederom ongeacht hun inhoud’.²¹

Het tweede gedeelte van de laatste zin is even aanvechtbaar als het eerste: er bestaan immers redelijke standaardvoorwaarden, die niettemin een bepaalde partij opgedrongen kunnen worden (bijvoorbeeld de UAV, de Uniforme Administratieve Voorwaarden, bij aanneming van werk, die ook bij de bouw voor particuliere opdrachtgevers standaard zijn). De hegemonie van de vrije partijwil, zo die ooit bestaan heeft, is in de huidige maatschappij volstrekt uit de tijd.²² Men kan dat betreuren, maar het is na de industriële revolutie van de vorige eeuw voor juristen een *fait accompli*, althans zou dat behoren te zijn. De woorden van Pitlo over de inperkingen van de contractsvrijheid, onder meer door het publiekrecht, geven de politieke ondertonen van deze kwestie aan: ... ‘de vrijheid van de burger zijn eigen civielrechtelijke toestand te bepalen slinkt met het jaar. De een begroet dit verschijnsel met vreugde als het eerste kiemen van een betere samenleving, de ander beschouwt dit als een onmiskenbaar symptoom van een ten ondergang neigende beschavingsperiode’.²³ Of, zoals een duitse auteur het kernachtig samenvatte in de titel van een boekje: ‘Die “Krise” des liberalen Vertragsdenkens’.²⁴

Zoals aan de ene zijde de wetgever de contractsvrijheid in toenemende mate beperkt, gebeurt dat aan de andere zijde door de ‘particuliere wetgever’, de

20. Van der Werf werkt hierbij met een ‘relatieve wilsonderwerping, zie verder Rijken, p. 77.

21. J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden 1979, pp. 63, 111. Zie boven, nt 16, en mijn recensie in *WPNR* 5524/5 (1980), p. 457, sub. 9. De opvatting van Nieuwenhuis, geïnspireerd door Rawls en Hart en hun neo-positivisme, doet denken aan de franse filosoof Fouillée: ‘Toute justice est contractuelle; qui dit contractuel, dit juste’. Als Nieuwenhuis overigens ook Van der Grinten, noot *NJ* 1986, 714, *Van der Meer - Gem. Smilde*.

22. De franse rechtsfilosoof Michel Villey heeft eens opgemerkt: ‘onze theorie van het contract is een geschenk dat wij, juristen, gekregen hebben van een bepaalde groep europese filosofen uit de Nieuwe Tijd’ (16e-18e eeuw); het is daarbij ongelukkig dat wij ‘onze juridische wetenschap danken aan denkers die volledig onkundig van het recht waren’ (ontleend aan Feenstra en Ashmann, p. 6).

23. Pitlo-Bolweg, *Verbindenissenrecht*, p. 246.

24. E.A. Kramer, 1974.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

opsteller van standaardvoorwaarden. Trouwens, ook de rechter draagt bij aan de inperking van de contractsvrijheid door de toepassing van normen van contractuele zorgvuldigheid.

Nog een kanttekening bij het ‘eenzijdig’ karakter van adhesiecontracten. Doorgaans bedoelt men daarmee dat de voorwaarden van één zijde afkomstig zijn, de economisch sterke partij. In die benaming ligt tevens besloten, dat de bepalingen eenzijdig zijn opgesteld, dat wil zeggen één zijde bevoordelen, dat alles slechts van één zijde bekeken is. Dat is menselijk, men heeft doorgaans meer oog voor de eigen belangen dan voor die van anderen - het hemd is nader dan de rok - hetgeen kan overgaan van het handig gebruik maken van de situatie tot misbruik maken. Het blijft ploeteren, sinds de zondeval. Niettemin is het etiket ‘eenzijdig’ op standaardvoorwaarden in onze tijd niet zuiver meer; een toenemend aantal voorwaarden is met inspraak van adherenten of hun organisaties totstandgekomen. Een oud voorbeeld vormen de al genoemde UAV.²⁵ Het valt aan te nemen, dat op die wijze een redelijke belangenafweging plaatsgevonden heeft. Niet uitgesloten is echter, dat adherenten die niet aan tafel genood werden bij het opstellen van de voorwaarden, onvoldoende aan hun trekken gekomen zijn, en de bepalingen nog steeds ‘eenzijdig’ zullen beschouwen. Trouwens, niet ondenkbaar is dat alle vertegenwoordiging van de zijde van adherenten ten spijt, de wederpartij zijn machtspositie uitbuit, hetgeen zijn neerslag in de voorwaarden zal vinden. De moeizame discussie rond het Wetsontwerp Algemene Voorwaarden in de jaren tachtig tussen belangengroepen, is een goede illustratie van de haken en ogen bij deze materie. Op die kwestie wordt hieronder nog ingegaan, evenals op de rechterlijke controle op misbruik van standaardvoorwaarden, die terloops al ter sprake kwam in dit onderdeel.

Nog een kanttekening bij de belangentegenstelling op dit terrein. Het stellen van ‘de consument’ tegenover ‘de ondernemer’ of ‘het bedrijfsleven’ is een vorm van simplisme die steeds meer problemen gaat opleveren, vooral bij de wetgeving. Is iemand die *f* 4 mln in de financiering van een huis steekt nog wel een consument?, vraagt Hondius zich ergens af. En anderzijds, zodra men inziet dat een kleine ondernemer of klein bedrijf vaak in een even lastig parket zit als zijn consument-tegenspeler - hij heeft de troep ook niet gemaakt die hij doorverkoopt, en wordt door de groothandel, importeur of producent ook aan contracten met kleine lettertjes gehouden - begint het probleem waar de grens te trekken met de ‘grote bedrijven’. Het parlement heeft na veel geredekavel een maatstaf bedacht die aan de stoelen van de porno-bioskoop doet denken: 49 werknemers is het magische getal (art. 6:235 BW).

25. De UAV zijn in 1968 in de eerste versie vastgesteld na een intensief overleg tussen drie departementen en de aannemerswereld. Voorlopers hiervan waren de eenzijdig vastgestelde Algemene Voorwaarden van de verschillende ministeries, daterend uit 1815 en 1839 (resp. Defensie en Waterstaat). Al vanaf 1895 af trachten de aannemers inspraak te krijgen. In 1989 kwam de 2e editie van de UAV tot stand. Vgl. hiervoor, Hondius, p. 121 v. Andere voorbeelden van in gemeenschappelijk overleg vastgestelde voorwaarden zijn de Sleepcondities 1929 en 1952 en de Algemene Vervoerscondities 1950.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

B. RECHTSSOCIOLOGISCHE EN RECHTSEKONOMISCHE ASPEKTEN VAN HET GEBRUIK VAN STANDAARDCONTRACTEN

4. *Rechtssociologisch onderzoek: Macaulays klassieke studie over 'non-contractual relations in business' (1963) en soortgelijk recent onderzoek*

De behandeling van dit onderdeel van de problematiek van de standaardvoorwaarden vervult de auteur met eenzelfde soort schroom als die bij de beschrijving van het verschijnsel standaardvoorwaarden of algemene voorwaarden als zodanig, zij het dat nu niet de overvloed aan literatuur, maar het gebrek aan literatuur parten speelt. Wij weten bitter weinig van de toepassing van de voorwaarden in de praktijk, met name niet van het waarom, wanneer en hoe. De hulpwetenschappen rechtssociologie en rechtseconomie, het meest geëigend om op dit terrein onderzoek te doen, hebben nog maar weinig licht op deze materie geworpen. Een complicerende faktor is, dat de vraagstelling samenvalt met de vraag naar het gebruik van het contractenrecht in de praktijk, of het (privaat)recht in het algemeen. Dat de 'rechtswerkelijkheid' er anders uitziet dan in de boeken en banken geleerd wordt, is een vermoeden van de aankomende jurist dat na enkele dagen praktijkervaring bewaarheid wordt. Het is des te opvallender dat de schrijvers van die boeken en de docenten voor die collegebanken zo weinig geïnteresseerd zijn in de vraag, hoe die werkelijkheid van het contractenrecht eruit ziet, laat staan dat zij die inzichten in hun wetenschappelijke arbeid verwerken. Zelfs bij auteurs met praktijkervaring, die hun toga's gewisseld hebben, is een fixatie op de dogmatiek en op de rol van contracten in gerechtelijke procedures waar te nemen, terwijl zij bij uitstek zouden moeten beseffen dat processen over contracten een uitzondering op de regel vormen bij het afhandelen van geschillen. Veel advocaten die een contractenpraktijk hebben, zien zelden of nooit de rechtbank van binnen. Een tekenend voorbeeld wordt gegeven door de Amerikaanse auteur Stewart Macaulay, in zijn onderhand klassieke artikel over 'non-contractual relations in business' uit 1963; een advocatenkantoor te Wisconsin dat door hem in zijn onderzoek betrokken was, met een grote commerciële praktijk, 40 advocaten, had per jaar slechts 6 processen inzake contractuele problemen.²⁶ Deze observatie geldt niet alleen de Amerikaanse juridische wereld, in andere landen is de situatie weinig anders.²⁷

26. Stewart Macaulay, *Non-contractual Relations in Business: A Preliminary study*, 28 *American Sociological Review*, 1963, p. 55, op p. 61 v. In het onderzoek werden interviews gehouden met 68 zakenlieden en advocaten, van 43 bedrijven en 6 advocatenkantoren. Verder werd literatuur en jurisprudentie onderzocht, een enquête gehouden, standaardvoorwaarden bestudeerd.

27. Hugh Beale and Tony Dugdale, *Contracts between businessmen: planning and the use of contractual remedies*, 2 *British J. of Law and Society*, 1975, p. 45. Het onderzoek was gebaseerd op interviews met 33 personen, waaronder 5 bedrijfsjuristen, van 19 constructiebedrijven uit Bristol. De resultaten kwamen overeen met die van Macaulay. Een vergelijkbaar canadees onderzoek, uitgevoerd in Winnipeg, is dat van Leslie Kelleher, *Exclusion Clauses in Contract*, 14 *Manitoba Law Review*, nr 1 (1984). Vgl. ook W. Howarth, *Contract, reliance and business transactions*, *J. Business Law*, 1987, p. 122, waar verdere lit. Zie ook Kötz, t.a.p., p. 19 v.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

Wij weten dus weinig van wat er in de contractspraktijk omgaat. Zoals enkele engelse onderzoekers schrijven, die in 1975 in Engeland een soortgelijk onderzoek deden als dat van Macaulay in Wisconsin: ‘we are conscious of having to grope in the dark. As Macaulay said of his research; “much time has been spent fishing for relevant questions or answers, or both”²⁸. In de decennia die sindsdien verstreken, is het onderzoek op dit gebied schaars gebleven; in ons land heeft Gras interessant materiaal verzameld en onderzocht, maar is daarbij in andere vragen geïnteresseerd, zoals de herkomst, inhoud, raadpleging van in omloop zijnde voorwaarden en dergelijke.²⁹ Uit de spaarzame studies over de toepassing van (standaard) contracten zijn wel enkele algemene gevolgtrekkingen te maken, die in de verschillende onderzoeken bevestigd zijn. Hopelijk stemmen zij de academicus tot nadenken, en wellicht zelfs tot het entameren van het broodnodige verdere empirische onderzoek. Het buitenlandse onderzoek waarop de hier volgende beschouwingen gebaseerd zijn, betrof overigens steeds het gebruik van standaardcontracten tussen bedrijven onderling, en niet de consumentenkoop.

Bij het gebruik van contracten (in geschreven, juridische vorm) bij transacties is het verschil in benadering tussen de zakenman en de jurist doorgaans te herleiden tot een verschil in basishouding: de zakenman denkt en handelt in *commerciële*, niet in juridische termen, terwijl dit bij de klassieke jurist juist andersom is. Het commerciële denken komt aardig tot uitdrukking in een aantal gezegden en spreekwoorden, die soms vele generaties in zwang zijn - wij zijn niet voor niets een handelsvolk. Bijvoorbeeld: ‘de kost gaat voor de baat uit’; ‘je moet de hand die je voedt niet bijten’; ‘niet het onderste uit de kan willen hebben’; ‘gelijk hebben is nog niet gelijk krijgen’; ‘je moet kunnen geven en nemen’; ‘beter één vogel in de hand dan tien in de lucht’; ‘tijd kost geld’; ‘geen goed geld bij kwaad geld doen’; ‘wie pleit om een koe, legt er één op toe’. Als er een conflict over de uitvoering van een contract tussen zakenlieden ontstaat, wordt in vele branches verrassend weinig beroep op het contract gedaan, of met juridische argumenten geschermd, een juridische oplossing gezocht. Als men vastloopt, wordt meestal de oplossing van het geschil buiten rechte gezocht, door een commerciële oplossing te zoeken. Men kent elkaar - vaak ook in sociaal verband -, men hoopt nog langer zaken met elkaar te doen; de goede naam van het bedrijf in stand houden is belangrijker dan een succesje in een enkel geval boeken. Deze factoren gelden natuurlijk sterker in een kleine zakenwereld, maar met het wegvallen van grenzen in het handelsverkeer, de vele internationale contacten en vervlechtingen, ook qua ondernemingsvorm, die er zijn, is ook de grote wereld kleiner geworden. Men vindt deze achtergronden van het contracteren in de ondernemerswereld schitterend beschreven door Macaulay. Ik laat twee illustraties van die denkwereld, die overigens door vele praktijkjuristen gedeeld wordt, hier volgen.

Een advocaat zegt:

‘Often businessmen do not feel they have “a contract” - rather they have “an order.” They speak of “cancelling the order” rather than “breaching our contract”. When I began practice I referred to order cancellations as breaches of contract, but my clients objected since they do not think of cancellation as wrong. Most clients, in heavy industry at least, believe that there is

28. Beale and Dugdale, t.a.p., p. 60.

29. F.A.J. Gras, *Standaardcontracten; een rechtssociologische analyse*, 1979.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

a right to cancel as part of the buyer-seller relationship. There is a widespread attitude that one can back out of any deal within some very vague limits. Lawyers are often surprised by this attitude.’

‘One purchasing agent expressed a common business attitude when he said, if something comes up, you get the other man on the telephone and deal with the problem. You don’t read legalistic contract clauses at each other if you ever want to do business again. One doesn’t run to lawyers if he wants to stay in business because one must behave decently.’

‘Or as one businessman put it, “You can settle any dispute if you keep the lawyers and accountants out of it. They just do not understand the give-and-take needed in business.”³⁰

Het geringe animo in de zakenwereld om een conflict juridisch, en uiteindelijk voor de rechter uit te vechten zou men kunnen parafraseren als: ‘een goed proces is een niet gevoerd proces’. Als men niets meer te verliezen heeft, is het een geschikt middel om zijn gram of kosten te halen. Het is opvallend hoe vaak processen over contractuele strijdvragen door bewindvoerders of curatoren in faillissement gevoerd worden; men krijgt de indruk dat pas als een bedrijf in déconfiture raakt men de contracten nauwkeurig gaat lezen, en dan graag volgens de letter toegepast wil zien, als het zo uitkomt.³¹ Men hoeft dan niemand meer te vriend te houden, of de goede naam te beschermen.

In dit type gevallen is de ondernemer er van het begin af aan op gericht om de transactie op een commerciële manier ‘te regelen’ als de nood aan de man komt; men hanteert daarbij een eigen ‘erecode’, door Macaulay omschreven als: ‘to rely on “a man’s word” in a brief letter, a handshake, or “common honesty and decency” - even when the transaction involves exposure to serious risks’. Met andere woorden: ‘1. Commitments are to be honoured in almost all situations; one does not waltz on a deal; 2. One ought to produce a good product and stand behind it’.³² Als men het contract te baat neemt om de transactie vast te leggen, dan moet dat vooral niet te vast gebeuren, men heeft behoefte aan ‘flexibility’: ‘businessmen may welcome a measure of vagueness in the obligations they assume so that they may negotiate matters in the light of the actual circumstances’ (p. 64). Deze observatie vindt ook steun in het empirisch onderzoek dat door mij naar aanpassingsclausules in duurovereenkomsten gedaan is (vgl. Deel 2, Hfdst. 6, § 3). In het engelse onderzoek komt men tot dezelfde conclusies: ‘mutually accepted norms and duties and various extra-contractual devices may operate to reduce the use of contract law’. Melding wordt gemaakt van een poging om de ongeschreven regels in het contract neer te leggen, welk advies van de jurist terzijde geschoven werd door de commerciële afdeling van het bedrijf in kwestie. De onderzoekers concluderen hieruit:

30. T.a.p., p. 61. Soms zijn ook de bedrijfsjuristen verdeeld in zichzelf. Zo hoorde ik van een groot bedrijf dat uiterst moeizaam en hardnekkig bij de onderhandelingen over een groot contract is, maar als het eenmaal gesloten is het in de kast legt en er niet meer naar omkijkt, en zich uiterst soepel opstelt als er problemen zijn bij de uitvoering.

31. Vgl. bijvoorbeeld HR 18 okt. 1985 *NJ* 1987, 189, nt JCS, *Mr Galama q.q. - Filo Tecnica Spa*. Het gevaar is natuurlijk, dat de lezer van de *RvdW* of *NJ* in de veronderstelling komt dat de gevoerde procedures representatief voor de rechtspraktijk zijn.

32. T.a.p., pp. 58, 63. Kelleher signaleert deze mentaliteit bij engineering firms, die dan ook geen vrijtekeningsbedingen maken omdat hun reputatie op het spel staat - dit in tegenstelling tot ‘security companies’. Deze mentaliteit komt opmerkelijk overeen met die van het pre-industriële tijdperk, gekenmerkt door sociale gelijkheid, vgl. Feenstra en Ashmann, pp. 6 v., 68 v.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

'It seems probable that these customs were felt to operate more satisfactorily and flexibly in a purely commercial context than they would in the formal context of legal rights and duties. It would for instance be difficult to define formally the circumstances in which a seller would be considered to be at "fault" and the extra "concessions" he should make in such circumstances'.³³

Men bedenke bij dit alles, dat engelse en vooral amerikaanse juristen de gewoonte hebben veel uitvoeriger contracten te maken dan hun collega's op het oude continent, die per traditie veel over laten aan algemene beginselen als 'de goede trouw', en dergelijke, vaak tot afgrijzen en ongeloof van angelsaksische juristen. Een vuistregel is, dat een amerikaans contract tien keer zo lang is als een europees contract.³⁴ Ondanks die verschillen in rechtskultuur, lijkt de reactie van het amerikaanse en engelse (en canadese) bedrijfsleven op het 'juridiseren' van hun transactie overeen te komen met die van het bedrijfsleven op het continent.

Macaulay geeft in zijn onderzoek ook aan, dat er gebieden zijn waarbij partijen uitvoerig over de contractsinhoud onderhandelen; het betreft hier situaties waarbij de voordelen hiervan de nadelen overtreffen, bijvoorbeeld doordat grote risico's in het spel zijn, en men eerder schadeclaims gehad heeft. Ook is de 'bargaining power' van de opsteller van een tot in details uitgewerkt standaardcontract van belang; is deze namelijk groot, dan kan men een dergelijk contract aan een wederpartij-adherent eenvoudigweg opleggen. Zowel uit het amerikaanse als het engelse onderzoek bleek dat de risikofactor een bepalend element was bij de afweging om op de juridische toer te gaan met het contracteren. Hierbij dient aangetekend te worden dat de risico's soms inderdaad laag waren, maar vaak ook niet onderkend werden door partijen. Zoals uit de interviews bleek, speelde daarbij niet alleen een rol het gebrek aan juridische scholing of het ontbreken van 'ongelukken' op dit gebied, maar ook het niet onder ogen willen zien van risico ('We can trust old Max'). Dat zou in strijd met de handelscode zijn, de goede relaties met de wederpartij zouden wel eens verstoord kunnen worden.

5. *Nabeschuiving. De rol van het contractenrecht in de handelspraktijk; 'how to succeed in law without really trying'*

Welke gevolgtrekkingen kunnen uit dit rechtssociologisch onderzoek gemaakt worden? Allereerst moet gesignaleerd worden dat niet duidelijk is waarom in de ene tak van handel een traditie heerst van een geringe inschakeling van het

33. T.a.p., p. 59. In een noot wordt een uitspraak van Schelling aangehaald: 'tacit negotiation of unenforceable agreements can sometimes be more efficacious than explicit verbal negotiation of agreements that purport to carry some sanction'.

34. Een illustratie hiervan is het verhaal van een nederlandse advocaat die in Londen een kantoor opzet, en voor de etage die hij huurt een lease contract van 66 pp. krijgt. In Nederland zou hij aan 6 pp. ruim voldoende gehad hebben voor zo'n contract.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

contractenrecht, terwijl in een andere de situatie tegengesteld is.³⁵ Nog onvermeld bleef trouwens, dat uit genoemde onderzoeken ook blijkt, dat er op sommige terreinen in het geheel geen contracten opgesteld worden, en alles op basis van afspraken en onderling vertrouwen gaat. Macaulay geeft het voorbeeld van een fabrikant van verpakkingsmateriaal die orders afwerkte waarbij in 60-75% van de gevallen geen overeenstemming over de inhoud en de voorwaarden van het contract bereikt was. Een voorbeeld uit de rotterdamse haven is de overslag van containers, waaraan doorgaans geen contracten te pas komen, terwijl de belangen toch groot zijn.³⁶

Men kan dus stellen, dat men in het zakenleven vaak niet alleen weinig belang hecht aan de inhoud van een (standaard-) contract, maar vaak ook in het geheel geen behoefte aan een contractuele regeling heeft. Ik ben wat lang bij deze problematiek stil blijven staan, niet alleen omdat zij ten onrechte in de juridische vakliteratuur onderbelicht gebleven is, maar ook omdat zij een licht kan werpen op een aantal centrale vragen ten aanzien van ons onderwerp. Bijvoorbeeld de kwestie of de gebondenheid aan een standaardcontract wel door simpele ondertekening kan plaatsvinden, zonder dat men kan kennis nemen of heeft genomen van de inhoud van de overeenkomst zoals in de vele voorwaarden neergelegd. Een kwestie die de bloeddruk van consumentvriendelijke juristen doorgaans gevaarlijk doet stijgen.³⁷ Of het probleem van de bekendmaking van standaardvoorwaarden achteraf, afgedrukt op de orderbevestiging of op de faktuur. Ook een flagrante schending van het mooie beginsel van wilsovereenstemming. Als men beseft dat hier niet uitsluitend de arme, domme, zwakke consument - dit alles per definitie - in het geding is, maar dat zelf de rijke, slimme, sterke ondernemer geen interesse in de inhoud van voorwaarden in contracten met andere ondernemers toont en daar niet om treurt, is het mogelijk om deze problematiek in een breder perspectief te zien. Daarmee bedoel ik niet dat men de 'fjngemalen middenstander' gaat gelijkstellen met de consument - dat is zonder meer een stap vooruit - maar dat men tot het inzicht komt dat ondernemers elkaar niet anders behandelen dan zij consumenten doen. Ook zelf wordt de ondernemer door andere ondernemers gehouden aan contracten die hij niet kent of begrijpt (soms: niet wil kennen of begrijpen), hetgeen voor hem geen onoverkomelijk bezwaar schijnt te zijn om goed te kunnen functioneren. Met andere woorden, de misstanden die er zijn op het gebied van de consumentenkoop, hoeft men niet te keren met middelen die geen bestaansgrond hebben, in die zin dat deze middelen kennelijk zelfs voor partijen die daartoe tijd en geld hebben, niet aantrekkelijk geacht worden. Dit leidt dan tot de regel: niet te moeilijk doen ('juridisch') over de vraag of men aan een standaardcontract gebonden is, wel moeilijk doen als men op een abnormale,

35. Furmston maakt in dit verband de opmerking: 'It is not inconceivable that those businesses which habitually insist on strict legal rights employ more lawyers', Cheshire, Fifoot and Furmston's *Law of Contract*, 14e dr., 2001, p. 25.

36. Dit is overigens een goed voorbeeld van economische dwang als faktor bij dit gedrag: er is zo'n moordende concurrentie tussen de west-europese havensteden dat stuwadoors geen eisen durven stellen uit vrees dat de reders naar andere havens zullen uitwijken, waar sneller en soepeler zaken gedaan kunnen worden.

37. Vgl. bijvoorbeeld Hondius, *Preadv. NJV 1979*, p. 202: 'Het is tijd voor de rechtsorde om terug te keren naar de beginselen van het kontraktenrecht', etc.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

oneerlijke manier gebonden wordt, door middel van onereuze bepalingen.³⁸ En daarmee zijn wij bij de visie van Van Oven en Telders, zoals deze ook door schrijvers in onze tijd en de hoge raad is overgenomen.

Nu zal men wellicht roepen dat met name grote ondernemingen toch een juridische afdeling ter beschikking hebben, die haar bij het contracteren terzijde staat, en dat de kleine ondernemer de weg wel weet naar zijn advocaat, terwijl de doorsnee consument zichzelf maar moet behelpen. Dat lijkt op het eerste gezicht heel indrukwekkend, maar de praktijk is toch vaak anders (zei de niet-practicus). Bedrijfsjuristen fungeren vaak als mosterd na de maaltijd, en delven meestal het onderspit tegen de commerciële afdeling.³⁹ Wat de kleine ondernemer betreft, daar ligt de zaak doorgaans niet anders, men komt te laat bij de adviseur, als er problemen zijn bij de uitvoering van het contract. Als men bij de onderhandelingen zegt dat men het voorstel eerst door zijn advocaat wil laten bekijken, is dat vaak een truc om tijdsuitstel te krijgen zonder de onderhandelingen af te breken, zodat men de commerciële aspecten verder kan onderzoeken.⁴⁰

De instelling van het zakenleven ten aanzien van het inschakelen van het contractenrecht en het procesrecht brengt mij tot een rechtsantropologische kanttekening. Alle vooruitgang in het geïndustrialiseerde westen ten spijt, is er een opmerkelijke overeenkomst te constateren tussen deze gedragscode en die in ontwikkelingslanden in Afrika en Azië. Ook daar, waar de leefgemeenschappen veelal kleiner zijn dan hier, staat de zorg voorop om bij conflictbeslechting de harmonie tussen partijen te herstellen, en niet een winnaar en een verliezer aan te wijzen. Partijen moeten immers weer met elkaar verder, en degeen die verloren heeft - niet alleen de zaak, maar ook zijn gezicht - zal vroeg of laat zijn gram halen. Erecode, gedragsnormen en economische inzichten beheersen de oplossing van het conflict.⁴¹

Trouwens, ook in het Romeinse recht was het begrip *fides* een sociologisch begrip; overeenkomsten *bonae fidei* zijn gebaseerd op een sociale relatie, beheerst door vertrouwen, door een maatschappelijk verwachtingspatroon - in tegenstelling tot de contracten *stricti iuris*, waar die grondslag ontbreekt. Het werkwoord *fidere* betekent in oorsprong 'verenigen', 'verbinden'.⁴² Het handelen in strijd met de *fides* was naar Romeins recht een zwaar vergrijp; in het oude recht van de Twaalf Tafelen stond er de banvloek op.

38. Vanuit deze optiek wordt ook door Verburgh een pragmatische benadering voorgestaan: 'hoe minder juridisch-theoretische rechtvaardiging, hoe meer inhoudscontrole', *NJB* 1979, p. 530 (bespr. preadv.). Verburgh ziet het 'terug naar de oude beginselen' van de preadviseurs (in casu de vrije wil en vertrouwen op schijn van wil) als een doodlopende weg, een praktische onmogelijkheid.

39. Vgl. boven, Hfdst. 1, § 4, nr 6. Overigens is het niet altijd zo dat juridische afdelingen qua omvang gelijke tred houden met die van het bedrijf; die van de Ned. Unilever Bedrijven BV telt bijvoorbeeld slechts 7 personen.

40. Macaulay, p. 62.

41. Vgl. onder meer W. van Gerven, *Het beleid van de rechter*, 1973, p. 97 v., waar David en Dekkers aangehaald worden. Vgl. ook het werk van Gluckman over Barotse law (Afrika), het gebruik van de 'reasonable man' bij dispuutbeslechting, gebaseerd op rolverwachtingen. Zie voor vindplaatsen mijn *Dialekt. R. en R.*, *Deel 1a*, p. 192.

42. Van den Brink, t.a.p. (nr 2), p. 97.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

Tenslotte nog een opmerking over krachten die de standaardisatie (een lelijk woord) van contracten in de hand werken, die voortkomen uit het bedrijf dat de standaardvoorwaarden opstelt, als *organisatievorm*. Een organisatie gaat namelijk een eigen leven leiden, kent haar eigen wetmatigheden en regels.⁴³ De klassieke overeenkomst, tussen heren van stand, is in wezen een ruilverhouding, die door sociologen als een *marktstructuur* gekenmerkt wordt. Bij standaardovereenkomsten zijn sociale verhoudingen in het geding die samen een structuur vormen, die getypeerd kan worden als een *organisatiestructuur*.⁴⁴ Niet de uitwisseling, maar de bundeling van bijdragen is hier essentieel. Geldt dit de makrosfeer, in de mikrosfeer zien wij iets soortgelijks gebeuren. Binnen de organisatie van het bedrijf dat de voorwaarden opstelt worden eisen door het management gesteld die leiden tot de standaardisering (ook een lelijk woord) van de contracten die door medewerkers gesloten worden. De motieven daarbij zijn velerlei: spaarzaam gebruik van hooggekwalificeerde medewerkers (lager personeel kan de overeenkomsten routinematig sluiten); het is eenvoudig om te traceren wat medewerkers doen, en in welke staat transacties verkeren (in verband met de boekhouding, personeelsbeleid, reserveringen, archivering, etc.); men kan risico's beperken (medewerkers zijn gebonden aan de grenzen die de standaardvoorwaarden stellen, hetgeen van belang is voor de prijscalculatie, verzekering, etc.).⁴⁵ Kortom, het is een economisch spaarzaam gebruik van middelen, dat kostenbesparend werkt, de efficiency verhoogt, en nuttige informatie geeft voor de planning van het bedrijf. Dat ook andere commerciële doeleinden door het gebruik van standaardvoorwaarden gediend worden, leert het volgende. Een aantal jaren geleden moest de koper van een duurzaam consumptiegoed een zgn. garantiEBewijs invullen en na de koop opsturen naar de importeur of fabrikant, opdat de garantietermijn in werking zou treden (naar ik meen gebeurt dit thans door de detailhandelaar). Indien de koper-adherent dit braaf doet - in de onjuiste veronderstelling dat hij iets extra krijgt waarop hij naar gewoon contractenrecht geen aanspraak zou kunnen maken - speelt hij de fabrikant/importeur in de kaart. De hele regeling is namelijk opgezet om aan de laatste informatie te verschaffen over de verkoopplaatsen en daarmee over de spreiding van het produkt op de markt.

C. TOETSING VAN HET GEBRUIK VAN STANDAARDVOORWAARDEN: EEN TAAK VOOR DE RECHTER OF VOOR DE WETGEVER? OF VOOR BEIDEN?

6. *De poging rechtersrecht door wettenrecht te vervangen. Consumentenwetgeving in het buitenland; het nederlandse Wetsontwerp Algemene Voorwaarden*

De meeste juridische strijdvragen die van groot maatschappelijk belang zijn, leiden tot een discussie die culmineert in de vraag of de wetgever moet ingrijpen

43. Vgl. Kelleher, t.a.p. (nt 27); Rakoff, t.a.p. (nt 8), pp. 1220 v.; 1266; M.J. Trebilcock and D.N. Dewees, *Judicial control of standard form contracts*, in: *The Economic Approach to Law*, Paul Burrows and Cento G. Veljanowski, Ed.'s, 1981, p. 93 v.

44. F.A.J. Gras, *De sociale werkelijkheid van het standaardkontraKT*, diss. Amsterdam 1984, p. 77 v.

45. Vgl. Rakoff, t.a.p.; Beale and Dugdale, t.a.p.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

en orde op zaken zou moeten stellen om de rechtsontwikkeling in opwaartse zin te beïnvloeden. Zo ook bij de standaardvoorwaarden. De debatten op de Nederlandse Juristen Vereniging eindigen statutair in bovengenoemde vraag, sinds de oprichting van de vereniging in 1870 (overigens naar aanleiding van de vraag of er een hercodificatie van het BW moest komen - met een antwoord in negatieve zin). Ten aanzien van het onderhavige onderwerp beantwoordde de NJV-vergadering die vraag ontkennend in 1877 (*avant la lettre*), in 1948 en in 1957 (exoneratie-clausules), doch bevestigend in 1979, hetgeen olie op de wetgevingsmachine was, zonder dat dit overigens snel een resultaat heeft opgeleverd dat het Staatsblad gehaald heeft, dat was namelijk pas in 1992 het geval. Dit in tegenstelling tot de ons omringende landen, zoals wij zo dadelijk zullen zien. De meeste auteurs over dit onderwerp breken een lans voor de rechtspositie van de consumenten, en zijn doorgaans voorstander van ingrijpen door de wetgever, aangezien de rechterlijke controle op de voorwaarden te kort schoot en in ieder geval te weinig zoden aan de dijk zette. Als de rechter er al wat van begreep, dan bleef het toch cureren aan een symptoom, zoals dat in het jargon van de jaren zeventig heette. De problematiek moest structureel aangepast worden, en wie kon dat beter dan de wetgever? Een beetje progressieve jurist zoekt het trouwens toch bij de rechtsvorming door de wetgever, langs de lijnen der democratie, en niet bij de rechterlijke macht, op onduidelijke wijze geselecteerd en teveel uit milieu's afkomstig die zich weinig gelegen laten liggen aan de sores van de zwakkeren in de maatschappij. Ik chargeer een klein beetje, maar dit was het beeld van een zeer gangbare stroming in de literatuur in de jaren '80, ook waar het de problematiek van codificatie in het algemeen betrof, de hercodificatie in het bijzonder. Deze visie ging gepaard met een juichend optimisme over inzicht, kunnen en tempo van de wetgever. Toen ik in 1980 schreef, dat men niet al het heil moest verwachten van de 'voortrein' Standaardcontracten uit het leidse Nieuw BW-spoorwegboekje, en dat ook de geplande invoering van het NBW in 1984 met de gebruikelijke marge van zo niet 10, dan toch ten minste 5 jaar aangevuld moest worden, waren schampere reacties niet van de lucht.⁴⁶ Het NBW was toch op schema, en de Wet inzake Algemene Voorwaarden, als voorschot op het nieuwe wetboek zou immers zeer snel aangenomen en ingevoerd worden. Als wij nu terugzien, al of niet in verwondering, constateren wij dat het wetsontwerp Algemene Voorwaarden, dat in 1981 weer bij de hoofdtrein van het Nieuw BW gevoegd werd (als lokomotief?), grote oppositie teweeggebracht heeft, met weer reacties daarop, waarbij de bokken van de consumentenorganisaties en van het bedrijfsleven met de hoorns in elkaar zaten. Het ontwerp is pas voorjaar 1987 door de Eerste Kamer aanvaard; er lag namelijk veel discussiestof op tafel. Als men de verhoudingen een beetje kent, de kwestie van de produktaansprakelijkheid is een goed voorbeeld, waar het lobbyende bedrijfsleven de risico-aansprakelijkheid jaren buiten de deur heeft weten te houden, dan waren deze ontwikkelingen te voorspellen (zeker als men verder nog bedenkt dat het bedrijfsleven het in die tijd moeilijk had en ontzien wilde

46. *NJB* 1980, p. 674 (*Dialekt. R. en R. 1b*, p. 59). Vgl. ook de reactie van Hondius, *RmThemis* 1981, p. 203, die een spoedige invoering van het NBW, inclusief algemene voorwaarden-regeling, realistisch noemt.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

worden; ook ten departemente waren de geesten over dit onderwerp verdeeld, hetgeen tot de wandelgangen doordrong).

Ik sta bij deze affaire stil, niet alleen ter lering en de vermaak, of om na te kaarten. De lange wetgevingsprocedure stelt ons in de gelegenheid om te leren van de situatie in onze buurlanden, waar men wel met grote voortvarendheid in de jaren zeventig soortgelijke wetgeving ingevoerd heeft. De kinderziekten van die wetten zijn inmiddels aan het licht getreden. Het grote, lichtende voorbeeld was de zweedse wet van 1971, die in West-Duitsland nagevolgd werd in 1976, hetgeen weer model stond voor het nederlandse wetsontwerp, met name het systeem met de zogenaamde zwarte en grijze lijsten.⁴⁷ Om het beeld te voltooien, Engeland kreeg zijn wet in 1977, en Frankrijk een jaar later, 1978.⁴⁸ De voortvarendheid van de duitse en trouwens ook van de franse en zweedse wetgever op dit gebied, die een aantal weeffouten veroorzaakt heeft - ook bij wetgeving is haastige spoed zelden goed - heeft een pikante achtergrond. Er stonden verkiezingen voor de deur, en alle politieke partijen, te linker en te rechter zijde, dongen naar de gunsten van de consument-kiezer.⁴⁹ Het kon dus niet mooi genoeg; in het zweedse geval waren sommige wetteksten bij aanvaarding zelfs nog niet eens fatsoenlijk uitgetijpt, gecorrigeerd en vermenigvuldigd. Dat alle praktische consequenties van het nieuwe systeem niet de aandacht kregen die zij verdienden, was hiervan het gevolg. Een aantal problemen van de nieuwe wetgeving werd in de literatuur al gesignaleerd.⁵⁰

Wat even zorgelijk stemt, is de omstandigheid dat het rechtsvergelijkend onderzoek waarop het nederlandse wetsontwerp gebaseerd is zo gebrekkig is, althans in de openbaar gemaakte vorm.⁵¹ Er is allerminst zekerheid dat er een diepgaand onderzoek gedaan is naar de stand van de rechterlijke controle in Zweden en Duitsland, waarop de nieuwe wetten voortbouwen, in vergelijking tot de situatie in ons land. Als ik bij Hondius lees, dat de zweedse rechter vòòr 1971 slechts aarzelend gebruik maakte van het bestaande goede trouw-artikel in de wet, evenals van de goede zeden-toetsing, dan kunnen wij constateren dat wij in ons land bepaald beter af zijn.⁵² Indien men tenminste oog heeft voor de merites van ons rechtersrecht op dit gebied, hetgeen bij Hondius nu niet bepaald

47. Voor het duitse recht zie men: R.H.C. Jongeneel, *De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz*, diss. VU Amsterdam, 1991 (*Serie Consument en Recht*, nr 9). Vgl. nog onder, nr 13.

48. Waaraan toe te voegen: Denemarken, 1974, Finland 1978, Oostenrijk 1979. Vgl. onder meer Hondius, diss. p. 178 v.

49. Zie voor die materie: Van Dunné, *The use of comparative law by the legislator in The Netherlands*, in: *Netherlands reports tot the XIth International congress of comparative law, Caracas 1982*, Hans Ulrich Jessurun d'Oliveira, Ed., 1982, p. 37, op p. 41 v.; Jacques Ghestin, *Traité de droit civil II, Le Contrat*, 1988, nr 592.

50. Hieronder, nr 13, wordt nog op deze problematiek ingegaan.

51. Er is veel voorwerk ten departemente verricht; een medewerker is bijvoorbeeld naar Zweden gegaan om het recht daar te bestuderen. Hiervan is weinig openbaar gemaakt. De 'Travaux préparatoires' vallen niet onder de Wet Openbaarheid Bestuur, i.t.t. de situatie in Zweden. Vgl. mijn artikel genoemd in nt 47, p. 61. Kritiek op de rechtsvergelijking die aan het wetsontwerp ten grondslag ligt, wordt onder meer geuit door J. Spier, *Kwart.Ber. NBW* 1985, p. 7 v.

52. Hondius, diss. p. 768.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

het geval is. De standaardarresten op dit gebied, zoals *Rederij Koppe* uit 1949, worden door hem vrijwel onbesproken gelaten en spelen geen enkele rol in zijn visie op de onderhavige problematiek (vgl. nog onder). Ik sta hierbij stil, omdat de onderwaardering van de rechterlijke controle kenmerkend is voor voorstanders van wetgeving inzake standaardvoorwaarden, zij werd ook elders aan de kaak gesteld, bijvoorbeeld in Frankrijk.⁵³ De problematiek, dat blijkt maar weer, is ook op dit punt enigszins ideologisch gekleurd. Intussen is men in het Duitse recht weer terug bij het toetsen aan open normen door de rechter (zie nog onder).

Het zal duidelijk zijn, dat voor het maken van een keus tussen controle op standaardvoorwaarden door de rechter op grond van de algemene beginselen van contractenrecht of de controle zoals neergelegd in het huidige BW, kennis nodig is van de praktijk en de jurisprudentie op dit punt enerzijds, en van het ontworpen stelsel anderzijds. Op die materie zal nu ingegaan worden. Wat is zwaarder, een pond arresten of een pond wetsbepalingen?

7. *Rechterlijke controle op het gebruik van standaardvoorwaarden naar geldend recht. Inleiding. Prudent zijn met jurisprudentie. Ondertekening?*

De controle op het gebruik van standaardvoorwaarden door de rechter valt onder te verdelen in die op de inschakeling van die voorwaarden door partijen, de wijze van van toepassing verklaren, en anderzijds op de toetsing van de inhoud van de voorwaarden, van bezwarende bedingen. Zoals zo vaak in het recht, is dit een onderscheid dat in theorie wellicht nuttig is, maar de praktijk geweld aandoet. In de praktijk van de rechtspraak lopen deze vormen van controle vrolijk dooreen: indien sprake is van een onereus beding (*onus* is Latijn voor last) zal de rechter allereerst speuren of dat belastende beding eigenlijk wel van toepassing is op het contract, en of er niet iets schort aan de toepasselijkverklaring van de voorwaarden waarvan dat beding een onderdeel vormt. De advocaat zal de rechter hier meestal wel de weg wijzen. Hierbij moet men in het oog houden, dat hoe zieliger de adherent is, hoe spitsvondiger zijn advocaat of de rechter die hem te hulp komt. Men haalt soms het niveau van de Venetiaanse rechter in de *Shylock*-zaak (Koopman van Venetië, zie boven, Hfdst. 2, § 1): het gaat hier toch om *ondertekening*, en als de verwijzing naar standaardvoorwaarden op het contractformulier onderaan staan, worden zij niet geacht *ondertekend* te zijn, aangezien dat slechts slaat op hetgeen *boven* de handtekening staat, anders is er immers geen sprake meer van ‘ondertekening’? Dat het in casu volstrekt gebruikelijk kan zijn dat dergelijke verwijzingen onderaan het papier staan (bijv. ook op briefpapier, orderbevestigingen, e.d.) is hierbij kennelijk irrelevant. Soms ziet men de rechter zijn toevlucht zoeken in een rechtsfiguur uit de oude doos: er is geen *wilsovereenstemming* tussen

53. Vgl., Armand-Prévost en Richard, t.a.p. (nt 10); Ghestin, t.a.p., nr 81 v. geeft een veel positiever beeld van de bestaande rechterlijke toetsing in Frankrijk dan Hondius. In het Duitse recht was de toetsing op grond van de goede trouw (§ 242 BGB) al sterk ontwikkeld in de rechtspraak van voor 1976, zij is ten dele overgenomen in het AGB-Gesetz, hetgeen allerlei overgangsproblemen teweeggebracht heeft, vgl. Hermann-Josef Bunte, *Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz - Eine Zwischenbilanz nach 4 Jahren* -, *Archiv civ. Praxis* 1981, p. 31, op p. 43 v. Vgl. ook Jongeneel, t.a.p.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

partijen, en dus zijn de voorwaarden niet van toepassing, hetgeen de engelse en de amerikaanse rechter 'meeting of the minds' noemen. Het zijn uiterst gezochte constructies (de laatste natuurlijk wat minder omdat er nog steeds traditionele geschriften bestaan waarin zo'n begrip in ere gehouden wordt) waarbij het doel de middelen heiligt, hetgeen meestal zonneklaar is als men de casus leest. Het is zeer onkritisch en aanvechtbaar als men uit dit soort sociale rechtshulp van de rechter conclusies trekt van juridisch wetenschappelijk niveau, zoals bijvoorbeeld in Hondius' bijdrage aan de losbladige bundel *Contractenrecht* gebeurt.⁵⁴ Daar komt nog bij, dat de publikatie van de met name lagere jurisprudentie in *NJ* en *Praktijkids* naar men weet een uiterst klein percentage van de rechtspraak weergeeft, het bekende topje van de ijsberg.⁵⁵ Het is derhalve zeer riskant om uit de gepubliceerde rechtspraak gevolgtrekkingen te maken over de stand van de jurisprudentie op een bepaald punt. Vaak wordt ook een uitspraak geplaatst omdat deze bijzonder is, namelijk afwijkt van het gebruikelijke patroon; het beleid op dat punt is overigens archaisch, veel is aan toeval overgelaten (de kantonrechter te Terborg die verrukt is van zijn vonnis kan dit opsturen en het wordt wellicht geplaatst). Verder maakt het, onder ons gezegd, natuurlijk best verschil of het gaat om Kantongerecht Zuidbroek of de Rechtbank Rotterdam, en of de uitspraak uit 1913 is, of uit 1983. De auteurs van losbladige werken bekreunen zich doorgaans niet daarom, en turven slechts, zonder aanzien des rechters. Maar het gaat hier om 'wegen' niet om 'tellen', om een kreet uit het internationaal privaatrecht aan te halen (ten aanzien van de aanknopingspunten bij vaststelling van op de overeenkomst toepasselijk recht).

De kwestie van de 'ondertekening' vormt een goede illustratie van dit punt. 'Standaardvoorwaarden, die onder de handtekening staan vermeld, worden niet toepasselijk geacht', leest men bij *Contractenrecht* VII (Hondius) nr 17. Daarbij wordt naar 1 vonnis verwezen, van Ktg. Arnhem uit 1944 (over een charterpartij). Verder leest men: 'Evenmin worden standaardvoorwaarden, waarnaar onder de handtekening wordt *verwezen*, toepasselijk geacht'. Hierbij wordt als bron genoemd Ktg. Eindhoven, 1973. In andere zin worden vermeld Rb. Rotterdam 1975 en een arbitraal vonnis van NOFOTA, 1984, terwijl een arrest Hof Amsterdam 1940 opgevoerd wordt, waaruit blijkt dat aan hetgeen onder de handtekening staat wel een vermoeden ontleend kan worden. Mocht men menen dat Hondius de genoemde regels toch met een flinke lading zout neemt, gezien dit merkwaardige tableau van rechtspraak, komt men bedrogen uit als men zijn beschouwingen hierover leest, waarbij de eerste twee regels een eigen leven zijn gaan leiden.⁵⁶ Als men hier naar een regel zoekt, dan ligt die van Rb. Rotterdam voor de hand (*S & S* 1976, 50; in casu werden de Fenex-condities toepasselijk verklaard waarnaar verwezen werd, ook al werd de handtekening geplaatst onder de zinsnede 'obiges zur Kenntniss genommen', hetgeen volgens de Rb. niet impliceert dat van de rest van het stuk geen kennis genomen werd). Gezond verstand boppe. Voor de goede orde, een regel houdt in dat ook uitzonderingen mogelijk zijn, maar die zullen van de omstandigheden afhangen, zoals onervarenheid van partijen in kwestie, de gewoonte in de tak van handel, de duidelijkheid van de tekst en de opmaak van het formulier, e.d. Bij consumentenkoop kan daarvan sprake zijn; het vonnis Ktg. Eindhoven (*Prg.* 1973, 865) ligt in die sfeer, de kantonrechter achtte tekst en opmaak van de orderbevestiging misleidend. Het beroep dat

54. Vgl. nog onder voor voorbeelden.

55. Voor 1976 waren de cijfers, wat het percentage gepubliceerde uitspraken betreft: HR: 43,5%; hoven: 5,3%; Rb.: 0,5%; Ktg: 0,1%. Ontleend aan R.J.P. Kottenhagen en M.C. Kaptein, *Toegankelijkheid van Rechtspraak, Serie Rechtsvinding*, Deel 6, 1989, p. 9.

56. Vgl. Hondius, diss. p. 397; *Kwart.ber.NBW* 1987, p. 31.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

Hondius op het arnhemse vonnis uit 1944 (*NJ* 1946, 279) doet is curieus, aangezien het argument van de kantonrechter over hetgeen onder de handtekening stond, en wel op de achterzijde van de charterpartij, gehanteerd werd bij de uitleg van het hele akte, met name voor de vraag welke clausules in welk verband gelezen moesten worden. Tussen partijen was *in confesso* dat het de op de achterzijde vermelde clausules tussen hen bindend waren. Als standaardvonnis derhalve minder geslaagd. Bovendien waren dit professionele contractanten die een reisbevrachtingsovereenkomst gesloten hadden.

Wat is nu de lering die men hieruit kan trekken, behalve waakzaamheid bij het hanteren van de losbladige bundels? (De behandeling van de doctrine is vaak ook niet om over naar huis te schrijven, bovendien is kenmerkend dat de auteurs geen hoofdzaak van bijzaak kunnen onderscheiden). Mijns inziens deze, dat *de omstandigheden van het geval doorslaggevend zijn*, dat wil zeggen het *type* omstandigheden: welke categorie contracten is in het geding, hoe stond het met deskundigheid, ervaring, algemene bekendheid van voorwaarden, e.d.? Zoals wij aanstonds zullen zien, is dit ook de kern van de jurisprudentie van de hoge raad op dit gebied, en van kritische beschouwingen in de literatuur.

8. *Toepasselijkheid van standaardvoorwaarden.* Towell - Janson (1977) en Holleman - De Klerk (1981); Bouma - Cavo (1993)

Daarmee zijn wij nu gekomen aan de bespreking van de stand van de jurisprudentie ten aanzien van de toepasselijkheid van standaardvoorwaarden in het algemeen. Hierbij vraagt met name de wijze waarop de hoge raad richting geeft aan de rechtsontwikkeling op dit gebied, om aandacht; deze rechtspraak is overigens nog steeds van belang voor het recht onder het nieuwe BW (1992). Uitgangspunt van rechtspraak en doctrine is, dat degeen die een contractsdocument tekent, gebonden is aan de daarin opgenomen standaardvoorwaarden. Daarbij maakt het in beginsel geen verschil of de voorwaarden opgenomen werden of ernaar verwezen werd, of partijen zakenlieden of particulieren zijn, of de bedingen gelezen (en begrepen) waren of niet.⁵⁷ Is dit de hoofdregel, de vraag rijst hoe strikt zij geldt, en wie moet bewijzen dat zij in een bepaald geval geen gelding heeft? Welk gewicht leggen de omstandigheden van het geval, die wij boven al tegenkwamen, in de schaal? En is dat laatste weer van invloed op de strekking van de regel?

Deze vragen werden aan de cassatierechter voorgelegd in de zaak *Towell - Janson* uit 1977. Op dit arrest is vooral de aandacht gevestigd door Nieuwenhuis, die erin een terugkeer naar de beginselen van verbintenissenrecht leest, hetgeen goed in zijn kraam te pas komt.⁵⁸ De casuspositie is in verschillende opzichten instructief en overigens van belang voor de vaststelling van de meerwaarde van deze uitspraak.

Een bedrijf uit Kuwait, Towell, vertegenwoordigd door managing director Ahmed Sultan, bijgestaan door Karmali, onderhandelt met het nederlandse bedrijf Janson Shipyard, vertegenwoordigd door haar directeur Janson, over de bouw en koop van twee zeewaardige

57. Vgl. Asser-Rutten II (1982), pl 82; *Contractenrecht VII* (Hondius) no. 15; Hondius, diss., p. 397. In deze zin ook art. 6:232 BW, vgl. Asser-Hartkamp II, nr 349 v.

58. HR 9 dec. 1977, *NJ* 1978, 187, nt GJS; Nieuwenhuis, diss., 1979, p. 140 v.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

lichters. Bij de onderhandelingen op 25 en 26 oktober 1972 waren ook aanwezig Pina en Kornaat, verbonden aan de groep Exportbevordering van Cebosine. De verdere feiten geeft de Rb. Rotterdam als volgt weer:

‘Op 26 okt. 1972 te omstreeks 16.00 uur bereikten partijen - zo blijkt verder uit de getuigenverklaringen van Pina en Kornaat - overeenstemming over de prijs van de schepen, waarna Pina de overeenkomst heeft trachten vast te leggen met gebruikmaking van een formulier van een standaardtekst, dat vele bladzijden lang was. Partijen waren echter van oordeel, dat gebruik van het formulier niet nodig was en dat met een korter contract kon worden volstaan. Daarop heeft Pina op een blanco bloknotvel met de pen het contract in de Engelse taal geschreven, waarna hij het geschrevene heeft voorgelezen aan de aanwezigen en deze zich ermee akkoord verklaarden.

Uit deze feiten blijkt, dat partijen in hun overeenkomst geen gedetailleerde condities hebben willen opnemen, doch dat zij hetgeen van hun overeenkomst zou moeten worden vastgelegd beperkt willen houden tot hetgeen door Pina was opgesteld.

In deze conclusie wordt geen verandering gebracht door de omstandigheid, dat de tekst die door Pina was opgesteld, is overgetypt op briefpapier van Janson, waarop de hierboven aangehaalde verwijzing naar de Smecoma-voorwaarden voorkwam. Van Vugt heeft als getuige verklaard, dat, toen hij van Pina twee door Pina met de hand beschreven vellen papier heeft gekregen om over te typen, niemand tegen hem gezegd heeft, dat hij papier moest gebruiken, waarop werd verwezen naar de Smecoma-voorwaarden.’

Verder staat vast, dat voor de ondertekening partijen de overgetypte tekst hebben gelezen en dat de verwijzing naar de Smecoma-voorschriften niet ter sprake was gekomen. Aangezien kopers de nederlandse taal niet machtig waren, concludeert de Rb. daaruit dat zij geen kennis hebben gekregen van de verwijzing naar de voorwaarden, en dat uit de ondertekening derhalve ‘niet kan worden afgeleid, dat zij instemden met de toepasselijkheid van de Smecoma-Voorwaarden’. De grondslag van de beslissing van de Rb. is de omstandigheid dat partijen in hun overeenkomst geen gedetailleerde condities hebben willen opnemen en dat uit de getuigenverklaringen bleek dat niet over algemene voorwaarden gesproken is. De Rb. heeft dus geen behoefte aan een truc dat de verwijzing onder de handtekening staat, of iets dergelijks.

Waar ging het eigenlijk om? Partijen hadden in hun in het engels gestelde overeenkomst wel geregeld de prijs, de betalingscondities, de wijze van betaling en de leveringstermijn.

Onenigheid bestond over het Smecoma-beding waarop Janson zich beriep, namelijk dat de behandeling van een geschil niet aan de gewone rechter, maar ook de rechtspraakcommissie van de Metaalunie opgedragen was (niet eens de Raad van Arbitrage voor Metaalnijverheid, waarmee de kopers eventueel genoeg hadden willen nemen indien de Rb. niet bevoegd mocht blijken). De buitenlandse kopers hadden kennelijk weinig vertrouwen in de procesgang die verkopers wilden afdwingen, hetgeen op zich niet onbegrijpelijk is, als men bedenkt dat in arabische landen de overheidsrechter al als partijdig ten aanzien van partijen van eigen nationaliteit bekend staat. Het Hof Den Haag vernietigt het vonnis, met de redenering dat de voorwaarden waarnaar op voet van het briefpapier verwezen werd van toepassing zijn, tenzij van uitsluiting van die toepasselijkheid mocht blijken, quod non.

De HR overweegt daaromtrent:

‘dat daaraan kennelijk ten grondslag ligt de rechtsopvatting, dat op overeenkomsten, gesteld op papier waarop voorkomt een verwijzing naar standaardvoorwaarden gelijk hier gebezigd, die voorwaarden van toepassing zijn tenzij zou blijken dat de toepasselijkheid ervan door partijen is uitgesloten;

dat die opvatting haar algemeenheid geen steun vindt in het recht;

dat Towell, met een beroep op de wijze waarop de overeenkomst is tot stand gekomen, heeft gesteld dat de Smecoma-voorwaarden op der partijen overeenkomst niet van toepassing zijn;

dat, naar het middel terecht stelt, het Hof aan die stelling niet had mogen voorbijgaan;

dat die - door Janson bestreden - stelling alsnog moet worden onderzocht’.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

Towell had in haar cassatiemiddel gesteld dat in de omstandigheden van het geval de betrokken akte niet aldus uitgelegd dient te worden dat de bedoelde verwijzing onderdeel van de overeenkomst vormt. A-g Franx had hierop geconcludeerd dat uitleg van de overeenkomst een feitelijke vraag is, die derhalve niet in cassatie getoetst kan worden en verwerping van het beroep aanbevolen. De HR verwerpt dit standpunt dat in strijd is met de methode van normatieve uitleg, en casseert het arrest van het Hof Den Haag (in 1981, in *Haviltex* tracht Franx de raad andermaal voor zijn visie te winnen, tevergeefs; daarop ging de a-g in 1983 om, zie boven, Hfdst. 2, § 2, nr 11).

Uit het arrest *Towell - Janson* kan men opmaken dat voor de hoge raad de *omstandigheden* en de *wijze van totstandkoming van de overeenkomst* bepalend zijn voor de vraag of de standaardvoorwaarden van toepassing zijn. Dus geen 'hard and fast rule' die deze rechtsvraag regeert. De benadering van de Rb. Rotterdam in dezelfde zin werd door de cassatierechter gevolgd. De impliciete verwijzing naar de algemene regels van contractenrecht door de raad, kan natuurlijk op verschillende wijzen geduid worden, al naar gelang de visie die men op die materie heeft. Kortom: het is wilsleer, vertrouwensleer of toerekeningsleer wat de klok slaat (vgl. het boven, sub 1 betoogde).⁵⁹

Enige tijd later is de hoge raad in de gelegenheid om zich duidelijker uit te spreken op dit punt, in *Holleman - De Klerk (dragline)*.⁶⁰ De algemene regels van contractenrecht worden dit keer expliciet van toepassing verklaard op de vraag op welke wijze door partijen standaardvoorwaarden ingeschakeld kunnen worden. Verder wordt ook de inhoudelijke toetsing van de voorwaarden aan de orde gesteld, waarbij de opvatting van Van Oven en Telders, die na de oorlog door velen overgenomen werd, aanvaard is. Dit rechtensrecht wijkt daarmee af van het stelsel van het Nieuw BW, hetgeen speculaties oproepen heeft of de raad een voorziening naar het toen geldende (oude) recht wilde treffen, nu het wetsontwerp, in dat jaar gekoppeld aan het gehele Nieuw BW, nog wel enige tijd op zich zou laten wachten. Hetgeen van een vooruitziende blik zou getuigen. In de tijd die volgde gaf dit arrest echter voedsel aan de vraag of wij het stelsel van het Nieuwe BW wel nodig hebben om tot bevredigend recht te komen, maar dat zal de hoge raad wel niet voorzien hebben (c.q. willen hebben, met Snijders en Drion in de gelederen). Het arrest verdient ampele aandacht.

Het transportbedrijf Holleman had op zich genomen een dragline van De Klerk met haar trekker met oplegger-dieplader op 10 oktober 1974 van uit België naar Schijndel te vervoeren, hetgeen 's nachts moest gebeuren. In de buurt van de bestemming wordt bij een T-kruising stilgehouden, teneinde de dragline te lossen; het is donker en het mist wat. De

59. De invloed van de regels van contractenrecht en van de omstandigheden blijkt uit een recent arrest: HR 2 febr. 2001, *NJ* 200, *Petermann - Frans Maas*. Een duitse partij had in de in het Duits gevoerde correspondentie geen acht geslagen op de aan het voet van het briefpapier van de Nederlandse partij, in het Nederlands gestelde, verwijzing naar Fenex-voorwaarden. Onderzoekplicht voor de Duitse partij aanvaard om navraag te doen wanneer hij behoefte aan opheldering over de betekenis van die tekst had; als internationaal opererende handelsonderneming was hij ervan op de hoogte dat dit soort teksten verwijzingen naar algemene voorwaarden kunnen bevatten. Aldus heeft hij het vertrouwen gewekt dat hij met de toepasselijkheid van de Fenex-voorwaarden instemde toen hij de opdracht gaf. De Nederlandse expediteur had geen onderzoekplicht om na te gaan of de wederpartij de verwijzing begrepen had.

60. HR 20 nov. 1981, *NJ* 1982, 517, nt CJHB; *AA* 1982, p. 247 nt G.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

draglinechauffeur van De Klerk neemt plaats in de cabine van de dragline; om kantelen te voorkomen bij het afrijden van de dieplader brengt hij de giek omhoog. Een tuidraad daarvan komt echter tegen een draad van een hoogspanningskabel die onopgemerkt was gebleven in het donker; beide chauffeurs vinden de dood. De procedure betrof - het leven gaat door - de schade aan de trekkercombinatie van Holleman, à *f* 13.000,- die zij wil verhalen op haar wederpartij, ingevolge art. 3 van de standaardvoorwaarden. De vraag was, of deze voorwaarden van toepassing waren op de overeenkomst (de subsidiaire vordering uit art. 1401 BW laten wij rusten; men zie de curieuze overweging van de HR over de causaliteit). Rb. Dordrecht en Hof Den Haag hadden Holleman in het ongelijk gesteld, onder meer met de overweging dat de voorwaarden op de faktuur stonden, nog wel op de achterzijde, en dat van De Klerk niet verwacht kon worden dat zij naar een Rb. zou gaan om de voorwaarden in te zien (de combinatie van deze argumenten lijkt minder sterk). Het vervolg van de rechtsgang wordt uit de overweging van de HR duidelijk:

‘1. Middel 1 betreft de primaire grondslag van Hollemans vordering, volgens welke De Klerk krachtens art. 3 van de op de onderwerpelijke overeenkomst tot vervoer van de dragline toepasselijke algemene voorwaarden van Holleman voor de door deze geleden schade aansprakelijk is.

Tegenover de ontkenning door De Klerk van de toepasselijkheid van bedoelde algemene voorwaarden heeft Holleman zich er in eerste aanleg op beroepen dat zij sedert 1973 vijf andere opdrachten voor De Klerk had uitgevoerd en gefactureerd op facturen op de voorzijde waarvan staat vermeld: “Opdracht aan ons houdt in aanvaarding dat uitsluitend toepasselijk zijn onze algemene voorwaarde, aan ommezijde vermeld en gedeponeed ter griffie der Rb. te Breda, behalve indien wij schriftelijk een afwijking daarvan hebben bevestigd”, terwijl bedoelde voorwaarden op de achterzijde zijn afgedrukt. Bovendien heeft Holleman aangeboden o.m. haar voormalige transportleider Giesselbach als getuige te doen horen, zulks onder overlegging van een schriftelijke verklaring van deze Giesselbach waarin wordt gesteld - in de weergave van het hof (r.o. 1) - ‘dat hij, als bedrijfs- en transportleider bij Holleman, bij het krijgen van opdrachten van nieuwe relaties een kennismakend praatje placht te houden, waarin hij - o.m. - ter sprake bracht, dat uitsluitend Hollemans algemene voorwaarden van toepassing waren, en de vragen placht te stellen, of men daarvan een exemplaar wenste, en of men een transportverzekering wilde afsluiten; dat hij ervan overtuigd is, dat hij zulks ook bij de (telefonische) kennismaking met De Klerk heeft gedaan; dat blijkens Hollemans administratie De Klerk geen exemplaar en geen verzekering wenste.’

2. De Rb. heeft het aanbod om Giesselbach als getuige voor te brengen gepasseerd. Daarover klaagde de eerste appelgrief van Holleman, ter toelichting waarvan deze onder meer heeft gesteld dat het in voormelde verklaring van Giesselbach bedoelde telefoongesprek ‘juist het oogmerk had, om iedere *nieuwe* opdrachtgever, mogelijk *potentiële* relatie, onder meer in kennis te stellen van het feit dat appellante ten aanzien van *iedere* vervoersopdracht (dus niet alleen ten aanzien van de eerste opdracht) haar vervoersvoorwaarden wenst toe te passen, behoudens andersluidende afspraak’. Het Hof, dat deze grief heeft verworpen zonder zich over de geciteerde passage uit te laten, is er in r.o. 1 kennelijk veronderstellenderwijs van uitgegaan dat Giesselbach bij zijn inleidende telefoongesprek tot uitdrukking placht te brengen - en indertijd ook tegenover De Klerk tot uitdrukking heeft gebracht - dat Holleman uitsluitend wenste te contracteren onder toepasselijkheid van haar meerbedoelde algemene voorwaarden en dat zulks toen voor De Klerk duidelijk geweest moet zijn. Niettemin heeft het hof geoordeeld dat een dergelijk telefoongesprek ‘dat betrekking had op een kort daarna uitgevoerde en afgewikkelde vervoersopdracht, niet de toepasselijkheid kan bewerkstelligen van Holleman’s algemene voorwaarden met betrekking tot een vervoersopdracht, die anderhalf jaar later is uitgevoerd en geheel losstaat van het op 30 juli 1973 uitgevoerde transport’. Voor een dergelijke toepasselijkheid is, naar ‘s hofs oordeel, méér nodig, en wel ‘veeleer’ dat ‘bij iedere opdracht Holleman onmiskenbaar door middel van een orderbevestiging of ander geschrift zou laten blijken, dat zij slechts op haar algemene voorwaarden wenste te vervoeren’.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

Dit oordeel kan in zijn algemeenheid niet als juist worden aanvaard. *Aan het in het handelsverkeer tussen ondernemingen bedingen van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden behoren geen andere eisen te worden gesteld dan in het algemeen gelden voor het tot stand komen van een overeenkomst*, zodat niet kan worden aangenomen dat wanneer tussen twee ondernemingen voor het eerst een vervoerscontract tot stand komt, niet mondeling overeengekomen kan worden dat op dit en mogelijke volgende contracten de algemene voorwaarden van de vervoerder toepasselijk zijn.

Voor zover de onderdelen a en b van het middel erover klagen dat het hof door te oordelen als voormeld blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en dat het dientengevolge het aangeboden getuigenbewijs ten onrechte heeft gepasseerd, treffen zij derhalve doel.

3. Ook voormeld beroep van Holleman op haar facturen heeft het Hof in r.o. 2 onvoldoende geoordeeld om tot toepasselijkheid van Holleman's voorwaarden te concluderen. Voor zover dit oordeel daarop steunt dat 'de faktuur (...) het sluitstuk van de transactie (is) en niet de geëigende plaats om de contractspartij op het bestaan van algemene voorwaarden te attenderen, te minder, nu de verwerking der facturen zich veelal in een administratieve afdeling van een onderneming afspeelt, die op voorwaarden bij het sluiten van overeenkomsten niet zozeer is toegesneden', is het van feitelijke aard en niet onbegrijpelijk, zodat het in cassatie tevergeefs wordt bestreden. Voor zover het Hof echter heeft onderzocht of niettemin de omstandigheid dat Holleman in ruim één jaar vijf andere opdrachten voor De Klerk had uitgevoerd en daarvoor in voege als voorgemeld had gefactureerd, tot en andere conclusie kon voeren, is het hof van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan: het heeft daarbij immers tot uitgangspunt genomen dat 'in het algemeen (...) aan de totstandkoming van bedingen, waarin een contractspartij bevrijd wenst te worden van zekere onereuze rechtsgevolgen, hoge eisen (moeten) worden gesteld', en is daarbij derhalve afgeweken van de hiervoor onder 2 bedoelde regel *dat aan het in het handelsverkeer tussen ondernemingen bedingen van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden geen andere eisen behoren te worden gesteld dan in het algemeen gelden voor het tot stand komen van een overeenkomst, welke regel in beginsel óók geldt voor algemene voorwaarden welke exoneratiebedingen bevatten. Dat toepasselijkheid van algemene voorwaarden aldus overeengekomen is, sluit niet uit dat er zich onder die voorwaarden bepalingen bevinden van een zodanige inhoud dat de toestemming van de wederpartij niet kan worden geacht op toepasselijkverklaring ook dáárvan gericht te zijn geweest. Of dit het geval is, is een kwestie van uitleg van de overeenkomst.*

Onderdeel c is derhalve gedeeltelijk terecht voorgesteld.

4. Het vorenstaande brengt mede dat 's hofs uitspraak voor zover betrekking hebbende op de primaire grondslag van Holleman's vordering niet in stand kan blijven, zodat middel 1 voor het overige geen bespreking meer behoeft. Holleman's appelgrievens die deze grondslag aan de orde stellen en zijn in verband met die grondslag gedaan bewijsaanbod zullen opnieuw moeten worden onderzocht. Daarbij zal dan nog aan de orde kunnen komen de vraag wat, als Holleman in het door haar aangeboden bewijs zou slagen, in dat licht de betekenis van de voormelde facturen is' (mijn curs.).⁶¹

Zoëven werd al aangegeven dat de hoge raad met dit arrest om te beginnen duidelijker stelling neemt dan in *Towell - Janson* het geval was, en verder een

61. Het Hof Den Haag heeft na verwijzing De Klerk in het gelijk gesteld (arrest 8 febr. 1985, S&S 1986, 105). Het hof acht Holleman niet in zijn bewijsopdracht geslaagd, en overweegt ten overvloede dat indien de algemene voorwaarden van toepassing zouden geweest zijn, art. 3 AV als zodanig bezwarend aangemerkt moeten worden dat De Klerk niet geacht mag worden daarmee te hebben ingestemd. Daarbij betreft het hof het CRM-verdrag, artt. 10, 22 en 41, dat de vrijtekeningsmogelijkheden beperkt, en dat in casu van toepassing was (de dragline kwam uit België).

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

andere richting inslaat dan die van het nieuwe BW, door de opvatting van Van Oven en Telders over te nemen. Die laatste visie werd ook in het eerste ontwerp van Boek 6 NBW (van het Driemanschap, 1961) opgenomen, als art. 6.5.1.3 lid 2.⁶² Bij het nieuwe ontwerp Algemene Voorwaarden van 1981 is deze bepaling echter gesneuveld. Gekozen werd voor het duitse stelsel van de zwarte en grijze lijsten, en de tweefasentoetsing. Opmerkelijk is nu, dat de hoge raad met dit arrest het oude art. 6.5.1.3 lid 2, dat het toen geldende recht weergaf, overgenomen heeft, hetgeen tot eerder gemelde speculaties aanleiding gegeven heeft. Het Driemanschap volgde overigens een interessante redenering om deze regel te rechtvaardigen. Naar geldend recht zijn partijen ook gebonden aan hetgeen een van hen in de toekomst nader zal vastleggen (waaruit blijkt dat men niet per se alle voorwaarden van een overeenkomst hoeft te kennen bij het aang/aan daarvan). Welnu, die vaststelling wordt beheerst en beperkt door het beginsel van de goede trouw; dat is niet anders in het geval van voorwaarden die in het verleden reeds waren vastgesteld. Een even simpele als doeltreffende redenering, die aanhangers van de wilsleer in de discussie over standaardvoorwaarden teveel uit het oog verloren lijken te hebben.⁶³

Slechts een enkele opmerking nog over het *dragline*-arrest. Opvallend is hoe weinig rechtbank en hof gelegen laten liggen aan de omstandigheid dat partijen al een zestal contracten met elkaar gesloten hadden, waarbij telkens door Holleman bedongen werd dat haar voorwaarden van toepassing zouden zijn. Hetgeen in het angelsaksische recht een 'course of dealing' genoemd wordt, die rechtens van belang is, voor de uitleg en voor bijvoorbeeld vertegenwoordigingsvragen. De hoge raad had al eerder beslist dat deze faktor van belang is voor het toepasselijk zijn van standaardvoorwaarden, zie *Cayzer Irvine & Co - Smit & Co* uit 1925, waarbij gewerkt werd met de constructie van stilzwijgende toestemming, een bekend hulpmiddel om de goede trouw te laten doorwerken in de relatie tussen partijen.⁶⁴ Als men het aspect van de 'gebruikelijke gang van zaken' laat meewegen, is het van ondergeschikt belang wat de medewerker van Holleman bij het allereerste contract in 1973 precies tot de wederpartij gezegd had ten aanzien van toekomstige contracten; De Klerk had diezelfde informatie elke keer op de faktuur kunnen zien staan, voor zover het van toepassingverklaren van standaardvoorwaarden bij dit type overeenkomsten niet reeds bestendig gebruik is en de professionele adherent uit dien hoofde al genoegzaam bekend. Het Hof Den Haag had hier een ondernemer gelijkgesteld met een (onnozele) consument als adherent; vandaar dat de hoge raad spreekt van het 'handelsverkeer tussen ondernemingen'.

In dit verband is van belang dat de hoge raad in zijn laatst geciteerde overweging het hof opdraagt om te onderzoeken wat de betekenis van de eerder

62. *Toelichting* (1961), p. 737; vgl. het eerder betoogde, nr 3.

63. *Toelichting*, t.a.p. In dezelfde zin overigens § 315 BGB, niet door de ontwerpers aangehaald. Dit artikel wordt in de duitse doctrine ook gehanteerd als grondslag voor de aanpassing van de overeenkomst bij veranderde omstandigheden, vgl. Van Dunné, *De verplichting tot heronderhandelen in geval van 'hardship'*, in: *Iustitia et Amicitia. Geschillenbeslechting in en buiten rechte*, Red. J.M. van Dunné, W.G. van Hassel en E.J. Numann, 1985, p. 117, op p. 128. Zie ook nog Hfdst. 6, § 3.

64. HR 26 juni 1925, *NJ* 977, nt T, vgl. boven, Hfdst. 1, § 6, nr 2.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

toegezonden facturen is, waarop aan de achterzijde de voorwaarden vermeld stonden.

Mijn visie op dit arrest vindt steun in een uitspraak van de hoge raad inzake *Tolbeck c.s. – Swindak BV*.⁶⁵ Hier stond de verwijzing naar de algemene voorwaarden in de *orderbevestiging*. De overwegingen van de raad spreken voor zich:

‘Het hof heeft bij zijn door het middel bestreden oordeel de volgende omstandigheden in aanmerking genomen:

(i) in de wereld van aannemers, waartoe partijen behoren, plegen algemene voorwaarden veelvuldig te worden gehanteerd:

(ii) Van Leeuwenstijn had daarom erop bedacht dienen te zijn dat de orderbevestiging van Swindak voorwaarden zou kunnen inhouden:

(iii) Van Leeuwenstijn heeft de op de achterzijde van de orderbevestiging afgedrukte voorwaarden kunnen en moeten opmerken: (r.o. 6 en 7).

Het oordeel van het hof komt er op neer, dat onder deze omstandigheden het feit dat Van Leeuwenstijn na ontvangst van de orderbevestiging niet tegen de voorwaarden heeft geprotesteerd tot gevolg had dat deze voorwaarden deel uitmaakten van de tussen partijen gesloten overeenkomst. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en behoefde geen nadere motivering. De onderdelen 4.2 en 4.3 van het middel falen derhalve’.

De bovenstaande beschouwingen dateren uit 1987. In de rechtspraak van de hoge raad die sindsdien verschenen is, vindt men een bevestiging van de hier gegeven interpretatie van de arresten *Towell - Janson* (1977) en *Holleman - De Klerk* (1981). Anders gezegd, de hoge raad is voortgegaan op de weg die hier beschreven werd. Dat is geen vanzelfsprekende zaak, niet alleen omdat men van mening kan verschillen over de uitleg van een arrest van de hoogste rechter, maar ook omdat sinds de eerste druk van dit werk het nieuwe BW ingevoerd werd, en sommige auteurs van mening waren dat deze oudere jurisprudentie niet meer van gelding was, omdat ze niet paste in het stelsel van het nieuwe wetboek. Men zou niet voor niets art. 6.5.1.3 lid 2 geschrapt hebben (zie boven).

Dat blijkt anders te zijn. In enkele recente arresten heeft de hoge raad de lijn voortgezet, en daarbij zelfs expliciet verwezen naar *Holleman - De Klerk*. Daarbij zijn twee vragen in het geding: of standaardvoorwaarden van toepassing kunnen zijn op een overeenkomst indien dit eerst op de faktuur gedaan is, terwijl partijen wel vaker zaken met elkaar gedaan hebben, en of men gebonden is aan stilzwijgend aanvaarde, onredelijke bedingen. Ten aanzien van die eerste vraag had de hoge raad enige verwarring gezaaid met een arrest uit 1991, *Ossfloor Tapijfabrieken*, waarin overwogen werd dat

65. HR 21 nov. 1986, *NJ* 1987, 946, nt CJHB; *Kwart. Ber. NBW* 1987, p. 30, nt Hondius. De lagere rechtspraak is in dezelfde zin, zie *Contractenrecht VII* (Hondius), nr 35 v. vgl. ook het onder besproken arrest *Katan - Klaas* (1986), nr 9, in fine. Het Hof Den Haag was in de *dragline*-zaak na verwijzing niet toegekomen aan de fakturenkwestie, aangezien Holleman niet in zijn bewijs opdracht geslaagd was (conform HR ov. 4). Een weinig bevredigende gang van zaken, naar mijn mening.

De toepassing van de regel uit *Tolbeck - Swindak* door het hof werd goedgekeurd door de hoge raad in een arrest uit 1994, HR 30 sept. 1994, *NJ* 1995, 45, *Van der Hoff (Diepop) - Nouwens*.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

‘in haar algemeenheid niet als juist kan worden aanvaard de ... stelling dat tussen professionele contractanten die bedacht moeten zijn op de toepasselijkheid van algemene voorwaarden, de toepasselijkheid van algemene voorwaarden reeds moet worden aangenomen op de enkele grond dat de facturen betreffende eerdere transakties tussen dezelfde partijen, althans de faktuur betreffende de vorige transactie tussen dezelfde partijen, de mededeling bevat(ten) dat bepaalde voorwaarden van toepassing zijn’ (ov. 3.2, slot).⁶⁶

Een jaar later komt deze materie weer aan de orde en is de raad in de gelegenheid enkele nuanceringen aan te brengen, in het *AEG*-arrest.⁶⁷ Ik laat de kernoverwegingen hier volgen:

‘Ten slotte beklagt het onderdeel zich erover dat het hof het hiervoor in 3.1 weergegeven oordeel van de rechtbank heeft onderschreven. De klacht komt erop neer dat wanneer - zoals te dezen uitgangspunt moet zijn - in het handelsverkeer tussen twee ondernemingen wel regelmatig naar Algemene Voorwaarden wordt verwezen, doch zulks niet geschiedt op orderbevestigingen maar uitsluitend op facturen, daaruit niet, zoals de rechtbank heeft gedaan en het hof heeft onderschreven, mag worden afgeleid dat na verloop van tijd, bij gebreke van door de ontvanger van de facturen gemaakt bezwaar, de Algemene Voorwaarden op de verder tussen de betrokken ondernemingen gesloten overeenkomsten van toepassing zijn. De faktuur, zo wordt betoogd, is immers het sluitstuk van de transactie en niet de juiste plaats om de contractspartij op het bestaan van Algemene Voorwaarden te attenderen.

Deze klacht kan niet als juist worden aanvaard. Er bestaat weliswaar geen rechtsregel die inhoudt of meebrengt dat verwijzing naar Algemene Voorwaarden op facturen van een of meer eerdere transakties zonder meer ertoe noopt de toepasselijkheid van die voorwaarden op latere overeenkomsten te aanvaarden (HR 15 maart 1991, *NJ* 1991, 416), maar dat betekent geenszins dat een dergelijke verwijzing die slotsom nimmer zou wettigen. In r.o. 3 van ‘s hogen raads arrest van 20 nov. 1981, *NJ* 1982, 517 is reeds tot uiting gebracht dat onder omstandigheden een dergelijke verwijzing die slotsom wèl degelijk kan dragen en dat bij het beantwoorden van de vraag of dat het geval is, geen andere maatstaven mogen worden aangelegd dan die welke reeds destijds golden voor het totstandkomen van overeenkomsten en die voor het huidige recht zijn neergelegd in de artt. 3:33 en 3:35 BW. Het oordeel van rechtbank en hof dat die slotsom te dezen mocht worden getrokken, geeft dan ook niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Verweven als het is met een waardering van de omstandigheden van het gegeven geval kan het in cassatie niet verder op zijn juistheid worden getoetst. Het is niet onbegrijpelijk en behoefde, tegen de achtergrond van het debat tussen partijen, geen nadere motivering’ (ov. 3.5).

Een jaar later wordt er wederom een beroep op het *Ossfloop*-arrest gedaan, dat evenmin slaagt, daarbij wordt een herhaling gegeven van de overweging uit het *AEG*-arrest, onder verwijzing daarnaar.⁶⁸ In *Bouma - Cavo* had de feitelijke rechter een vaste handelsrelatie (‘course of dealing’) tussen partijen aangenomen met de bijbehorende algemene voorwaarden, waarbij het ging om vijf facturen die in een tijdvak van zeven maanden voorafgaand aan het litigieuze contract verstuurd waren (met verwijzing naar de kleine lettertjes). Dat oordeel vond de cassatierechter niet onbegrijpelijk. Van meer belang is de klacht over het

66. HR 15 maart 1991 *NJ* 416, *Van Lente & Visscher BV - Ossfloop Tapijfabrieken BV*.

67. HR 5 juni 1992 *NJ* 565, *NV Verz.mij Noord- en Zuidhollandsche Lloyd - AEG-Telefunken Ned. NV*.

68. HR 1 juli 1993 *NJ* 688, *Bouma c.s. - coöp.ver. Cavo-Latuco B.A.* Zie over dit arrest, dat nogal als een schok kwam, gezien het nieuwe BW: Van Erp en Van Boom, *WPNR* 6117 (1993), p. 943; Overeem, *Advoc.blad* 1993, p. 592.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

toepasselijk verklaren van een vergaand exoneratiebeding in die voorwaarden, art.4. Daarbij komt de kwestie aan de orde of men ook gebonden is aan onereuze bedingen in algemene voorwaarden die stilzwijgend aanvaard zijn. Het gaat hier weer over contracten gesloten tussen ondernemers, zodat de beschermingsregels voor consumenten niet van toepassing zijn (hoogstens als reflexwerking).

Na een korte uiteenzetting van de casus, volgen hier de overwegingen van de hoge raad, waarin *Holleman - De Klerk* bevestigd wordt.

Bouma is varkensmester die zijn varkens voedert met zogenaamde kliek. Hij heeft van dec. 1984 tot juni 1985 van Cavo, een veevoederbedrijf, een voermengsel gekocht ter vermenging met de kliek. Naar later blijkt heeft hij dit in een te grote dosering gedaan, waardoor hij schade lijdt, begroot op bijna f 1 mln. Hij stelt dat de overdosering het gevolg is geweest van een fout van Cavo bij het aangeven van de dosering bij het voermengsel. Cavo beroept zich op art.4 van zijn Algemene Voorwaarden, die kort samengevat inhouden, dat zij nimmer aansprakelijk is voor schade, voortspruitend uit enig defekt, gebrek of fout uit hoofde van een leverantie.

Bouma baseert zijn standpunt dat deze zeer vergaande exoneratiebepaling niet van toepassing is, aangezien door hem niet te verwachten is, op de stelling dat de voorwaar/de in de veevoederwereld zeer uitzonderlijk is. Hij slaagt er voor het hof echter niet in dat aan te tonen, hij kan slechts één bedrijf noemen dat de voorwaarde niet hanteert, terwijl Cavo dertien algemene voorwaarden van veevoederbedrijven kan overleggen waarin eenzelfde voorwaarde opgenomen is. Het hof verwerpt daarop Bouma's standpunt; zijn beroep op grove onzorgvuldigheid van Cavo die haar zou beletten zich op art.4 te beroepen, faalt op proces technische en technische gronden (resp. volstaan met herhaling na betwisting door de wederpartij, en onvoldoende stellen van feiten).

Met betrekking tot de klacht van het cassatiemiddel op dit punt overweegt de hoge raad als volgt:

'Subonderdeel 2.2 keert zich tegen 's hofs oordeel dat het een feit van algemene bekendheid is dat exoneratieclausules die even ver gaan als art. 4 van Cavo's Algemene Voorwaarden, in het handelsverkeer regelmatig voorkomen en wel zo regelmatig dat ondernemingen in het algemeen ermee rekening moeten houden dat door hen stilzwijgend aanvaarde maar niet gekende algemene voorwaarden van hun wederpartij een zodanige exoneratieclausule bevatten.

Het subonderdeel faalt, voor zover het betoogt dat de rechter een feit van algemene bekendheid slechts dan aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen, indien dit feit "duidelijk, ondubbelzinnig en in het oog springend kenbaar is" uit een voor een ieder toegankelijke bron, en dat onbegrijpelijk is dat aan deze eis zou zijn voldaan ten aanzien van exoneratieclausules van de door het hof bedoelde soort. De eis dat een feit van algemene bekendheid op de in het subonderdeel nader aangeduide wijze kenbaar moet zijn uit een voor een ieder toegankelijke bron, alsmede de in het subonderdeel aan de desbetreffende beslissing van de rechter gestelde motiveringseisen gaan in hun algemeenheid te ver.

Het subonderdeel is evenwel gegrond, voor zover het betoogt dat 's hofs opvatting impliceert dat in het handelsverkeer tussen ondernemingen de toestemming van een contractspartij in het algemeen mede moet worden geacht gericht te zijn geweest op zeer vergaande exoneratieclausules in stilzwijgend aanvaarde maar niet gekende algemene voorwaarden, en dat zulks blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Indien een contractspartij de toepasselijkheid van door haar niet gekende algemene voorwaarden stilzwijgend heeft aanvaard, sluit dit immers niet uit dat er zich onder die voorwaarden bepalingen bevinden van een zodanige inhoud, dat haar toestemming niet kan worden geacht op de toepasselijkverklaring ook daárvan gericht te zijn geweest, ook al is het een feit van algemene bekendheid dat in algemene voorwaarden bepalingen van een dergelijke inhoud zo regelmatig voorkomen, dat men daarmee rekening dient te houden.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

Of de toestemming ook geacht moet worden op een bepaling van een dergelijke inhoud gericht te zijn geweest, is een vraag van uitleg van de overeenkomst (HR 20 nov. 1981, *NJ* 1982, 517) (ov. 3.4.2).

In de jaren '90 is de aversie tegen het arrest *Holleman - De Klerk* (1981) in de literatuur afgenomen bij *aficionados* van de wettelijke algemene voorwaarden-regeling. Slechts enkele auteurs, zoals Hijma en Rijken, wijzen de constructie van de hoge raad af voor het nieuwe recht; anderen zijn voorstander van die benaderings-wijze (Wessels) of erkennen haar als alternatieve mogelijkheid (Hondius, Wessels en Jongeneel), of nemen geen standpunt in (o.m. Van Erp, De Kluiver).⁶⁹

De weerstand tegen de benadering van de hoge raad, die zoals vermeld teruggaat op de zienswijze van Van Oven Sr, Telders en het eerste ontwerp-NBW van het Driemanschap uit 1961 (hetgeen naar mijn indruk niet algemeen bekend is) is verwonderlijk, omdat deze in de pas loopt met de regeling van het Duitse AGB-Gesetz, dat in par. 3 *Überraschende Klauseln*, verrassende bedingen, nietig verklaart (ze maken geen deel uit van de overeenkomst), evenals in het gewone contractenrecht het geval is. Een beding is verrassend indien het ongebruikelijk is (een objectief element) en een verrassingselement inhoudt (een subjectief element).⁷⁰ In kringen van consumentenrechtbeoefenaren spreekt men hier van een 'gebondenheidstoets', tegenover de in art.6:233 v. BW gehanteerde 'inhoudstoetsing'⁷¹; men ziet dan in het eerste een 'verkapte inhoudstoetsing', en heeft daar vrede mee, of schiet uit de dogmatische slof en wijst dat af, als niet zuiver in de wettelijke leer. Men zou zeggen, als het voor de Duitsers, die grote dogmatici, geen kwaad kan, waarom zouden de zoveel soepelere Hollanders daar dan moeilijk over doen?

Ook internationaal loopt de hoge raad in de pas met de rechtsontwikkelingen; in de Unidroit 'Principles of International Commercial Contracts' (Rome, 1994), vindt men een soortgelijke benadering, vgl. art.2.20, dat luidt:

1. 'No term contained in standard terms which is of such a character that the other party could not reasonably have expected it, is effective unless it has been expressly accepted by that party.'

2. In determining whether a term is of such a character regard is to be had to its contents, language and presentation'.

Zoals bekend leiden alle wegen naar Rome, zo ook hier. Er is dus geen beletsel om de leer van de oude Van Oven (nota bene: hoogleraar *romeïns* recht, naast civilist van klasse) ook naar geldend recht te gebruiken. De dogmatische zwartkijkers en fijnslippers worden steeds minder in aantal. In dit verband, men kent het verhaal van de jonge predikant in een orthodoxe gemeente op de zeeuwse eilanden (of was het de Veluwe?), die door de kerkeraad aangesproken werd omdat hij de zondagsrust ontheiligd had met zijn stads gedrag. Toen deze enigszins verbouwereerd erop wees dat toch Jezus zelf op de sabbath han-

69. Zie het overzicht bij Wessels en Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, 3e dr., 1997, nr 153 v.

70. Vgl. Jongeneel, diss., 1991, p. 217.

71. Daarbij plaatst men de artt.3:33 en 35 BW tegenover art.6:233a BW, zie bijv. Jongeneel, diss. p. 216.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

delingen gedaan had die in strijd met de religieuze regels waren, zoals mensen gezezen, zei het kerkeraadslid: 'ja, maar die is ons ook niet zuiver genoeg'.

Ik kom nog even terug op de kwestie van het verwijzen naar algemene voorwaarden op een faktuur; er zijn nog enkele varianten op het thema die de aandacht verdienen. Het is een onderwerp dat voor de praktijk van groot belang is, aangezien men doorgaans uiterst slordig omgaat met de regels van aanbod en aanvaarding en het daarbij tijdig verwijzen naar algemene voorwaarden. De eerste variant is dat er een *branchegebruik* kan zijn dat verwijzing naar voorwaarden op facturen aanvaardbaar maakt (arrest inzake *wijnopslag*, 1991); de tweede variant heeft betrekking op een aanzienlijk tijdsverloop (in casu 4 jaar) tussen de litigieuze overeenkomst en eerdere transakties, waardoor de 'course of dealing'-regel doorbroken zou kunnen zijn (arrest inzake *stroopwafels*, 1994).

In de eerste zaak betrof het een bewaaringsovereenkomst met betrekking tot wijn; een deel van de wijn was teniet gegaan en de bewaarnemer beroept zich op een exoneratie-clausule waarin slechts aansprakelijkheid voor opzet of grove schuld aanvaard wordt, HR 7 juni 1991, *NJ 525, Noord Eur. Wijnopslag Bedrijf - Codex Regres*. Het wijnopslagbedrijf had zich beroepen op eerdere contracten waarbij in brieven en facturen naar algemene voorwaarden verwezen was, maar kon dat niet bewijzen (vgl. de afloop van *Holleman - De Klerk!*). Nu had het bedrijf zich ook nog erop beroepen dat in de faktuur van het bewuste contract naar de voorwaarden verwezen was, en op het belang ervan aangedrongen door aan te voeren dat, zo overweegt de hoge raad:

'zoals in deze branche gebruikelijk is, bewaaringsovereenkomsten (tussen partijen) tot stand kwamen door mondelinge opdracht of zelfs door enkele aanlevering en inontvangstname en het vervolgens bevestigen door middel van de eerste ter zake gezonden faktuur, die aldus, overeenkomstig het *branchegebruik*, tevens diende als bevestiging van het - onder de voorwaarden waarnaar op deze faktuur werd verwezen - aanvaarden van de opdracht'.

De raad is van oordeel dat uit deze stellingen 'gebondenheid aan die voorwaarden kan voortvloeien' en gaat tot cassatie over (ov. 3.3). Goed nieuws dus voor gebruikers van algemene voorwaarden met bewijsproblemen over de 'course of dealing', mits zij op een *branchegebruik* kunnen terugvallen. Dat zal denk ik verbazend vaak het geval zijn, waar nogal praktisch tewerk gegaan wordt, en men niet van een papierwinkel houdt (of daarop bezuinigt).

In de tweede zaak ging het om een fabrikant van stroopwafels die zijn waar liet testen door TNO, om ze vervolgens als 'calorie-arm' op de markt te brengen, HR 10 juni 1994, *NJ 611, Van der Breggen - TNO*. De wafels worden door de Keuringsdienst van Waren van de markt gehaald, en dan blijkt dat TNO slecht werk geleverd heeft (verklaring van TNO: 'storing in methode-Ewers', die op zich zelf al 'een minder gelukkige keuze' was, met lage analysesresultaten als gevolg' - de taal is geduldig). De stroopwafelbakker heeft met zijn mislukte 'afslankingsprodukt' een schade van bijna f 1 mln die hij op TNO wil verhalen, doch deze verschuilt zich achter zijn exoneratiebeding. Nu had Van der Breggen al eerder, 4 jaar tevoren, enkele opdrachten aan TNO gegeven waarop de algemene voorwaarden van TNO van toepassing waren; de medewerker van Van der Breggen die de opdrachtbevestiging van het onderhavige contract getekend had, was bij die eerdere contracten betrokken geweest. Van de onderhavige opdracht was na afloop een faktuur verzonden waarop naar de voorwaarden verwezen was, zonder dat daartegen geprotesteerd was. Daarna werd door Van der Breggen wederom een opdracht verstrekt, andermaal gevolgd door een faktuur met vermelding van de algemene voorwaarden.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

De hoge raad is van oordeel dat rechtbank en hof terecht mochten aannemen dat de TNO-voorwaarden van toepassing waren op het onderhavige contract; de opvatting dat door het tijdsverloop van 4 jaar de eerdere contracten, waarin naar de TNO-voorwaarden verwezen werd, niet in aanmerking genomen mochten worden, verwerpt de raad. Daarin wordt miskend dat het op alle omstandigheden van het gegeven geval aankomt; 'ook deze omstandigheid kan bijdragen tot de slotsom dat voormelde vraag bevestigend moet worden beantwoord' (naar toepasselijkheid van de TNO-voorwaarden), met verwijzing naar het *Bouma - Cavo*-arrest (1993). Dat is ter beoordeling van de feitelijke rechter.

De laatste jaren is deze ontwikkeling in de rechtspraak bevestigd, ook al is naar mij uit de arbitragepraktijk blijkt nog menig advocaat er niet mee bekend: indien de verwijzing naar, en daardoor van toepassing worden van AV omstreden is, is er redding voor de gebruiker indien hij het bestaan van eerdere facturen aan deze wederpartij met verwijzing naar zijn AV kan aantonen. In 1997 kwam in het arrest *Helpman - Imbema* (respectievelijk een NV die in apparaten deed en een BV in kunststofchemie; koop van isolatietape, waarbij van 'onthechting' sprake was) het onderwerp aan de orde toen Imbema zich op haar AV wilde beroepen ter afwering van een aktie uit wanprestatie.⁷² Het bijzondere is hier dat geen sprake is van facturen inzake eerder gesloten overeenkomsten, maar van facturen die op een en dezelfde overeenkomst betrekking hebben, die inzet van het geschil was. Ook in zo'n situatie kan verwijzing op facturen naar AV, hetgeen zonder protest aanvaard werd door de wederpartij, leiden tot toepasselijkheid van die voorwaarden, hetgeen eens temeer het geval is wanneer een faktuur tevens als orderbevestiging opgevat moet worden. Aldus Hof Amsterdam, bevestigd in cassatie. Het oude recht is van toepassing; het betrof hier een professionele contractant als Apparatenfabriek Helpman N.V. die naar huidig recht als grote rechtspersoon buiten de consumentenbescherming van de wettelijke regeling van art. 6:231 en volgende zou vallen. Het is een heel interessante uitspraak die ook voor het ^{geldend} recht van belang is, zoals hieronder nog zal blijken bij de bespreking van de wettelijke regeling en de jurisprudentie daarover.⁷³

De offerte van Imbema bestond uit twee handgeschreven faxbrieven van aug. 1987 ter bevestiging van telefoongesprekken, met informatie over prijs, levertijd, betaling, e.d. Het hof stelt vast dat Helpman, handelend in het kader van een professionele bedrijfsuitoefening en gewend om ook zelf AV te gebruiken, er niet van mocht uitgaan dat de faxbrieven een volledige opsomming van een overeenkomst gaven. Partijen hebben aldus in augustus 1987 in het midden gelaten of de AV van Imbema op het contract van toepassing waren. Met de herhaaldelijke verwijzingen op de facturen die volgden naar haar AV heeft Imbema te kennen gegeven, overweegt het hof, dat zij in al haar transakties AV hanteert en dat zij toepasselijkheid van haar voorwaarden wenste op de overeenkomst met Helpman. Door daartegen niet te protesteren wordt Helpman geacht stilzwijgend met die toepasselijkheid ingestemd te hebben, althans Imbema heeft daaruit mogen afleiden dat Helpman geen bezwaar had tegen toepasselijkheid. Het hof acht voor die conclusie temeer reden nu Helpman bij haar bestelling van september 1987 om een bevestiging vroeg en de daarop volgende faktuur van 19 okt. 1987, met verwijzing naar Imbema's AV, als zo'n bevestiging beschouwd kan worden, waartegen niet door Helpman is geprotesteerd.

72. HR 19 dec. 1997, *NJ* 1998, 271.

73. Zie onder, nr 13, in fine, o.m. Hof Arhem 1996, *Ostrich Trade - Respo*.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

De hoge raad geeft een samenvatting van deze voor het oordeel van het hof bepalende omstandigheden, en onderschrijft dat oordeel.

Een vergelijkbare zaak, eveneens beoordeeld naar oud-BW, is het arrest Hof Arnhem 12 mei 1998, *NJ* 1999, 29, *DAD - Cunera*, waar sprake is van gebrekkige verwijzing naar haar AV door Cunera, de NTKC-voorwaarden (Ned. Textiel- en Kleding Conventies) in drie opeenvolgende overeenkomsten tussen partijen inzake koop van tapijt. Overeenkomst 1 kende geen opdrachtbevestiging, levering onder rembours, verwijzing naar AV op faktuur; overeenkomst 2 werd bevestigd bij brief, met verwijzing naar AV, evenals op faktuur; overeenkomst 3, welke in geschil was, was telefonisch gesloten en niet schriftelijk bevestigd, op faktuur naar AV verwezen. Door DAD was nimmer tegen toepasselijkverklaring van de AV van Cunera geprotesteerd; zij verleent medewerking aan geschillenbeslechting volgens de NTKC-voorwaarden (bindend advies), en zoekt na slechte afloop haar heil bij de burgerlijke rechter. Dat heeft succes: het bindend advies dient naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid buiten beschouwing gelaten te worden oordeelt het hof uiteindelijk, maar dan zijn al de AV van Cunera (NTKC-voorwaarden) door het hof van toepassing verklaard. Eind goed, al goed.

9. *Problemen bij de toepasselijkheid van standaardvoorwaarden. Het achterhouden van informatie en de 'battle of the forms'. Art. 225 lid 3 als vuistregel*

Als partijen nog niet eerder met elkaar zaken gedaan hebben, doet de vraag of standaardvoorwaarden van toepassing verklaard zijn zich in meest zuivere vorm voor. Hierboven werd het geval besproken dat een overeenkomst schriftelijk was aangegaan, en de clausules door ondertekening van een stuk in werking zijn getreden. Kwesties als waar de voorwaarden afgedrukt moeten zijn (achterzijde toegestaan?), het effect van verwijzing, kennisname, e.d., kwamen daarbij aan de orde. Dezelfde problemen doen zich in iets gewijzigde vorm voor, indien een mondeling contract gesloten wordt; de regels zijn hier globaal dezelfde. Als standaardvoorwaarden op een bord zijn aangebracht, bijvoorbeeld in een fietsenstalling, dient dat bord op een duidelijk zichtbare plaats bevestigd te zijn, in het oog lopend, met duidelijk leesbare letter, in een begrijpelijke taal.⁷⁴ Veelal wordt in de rechtspraak aangenomen dat het bord vòòr het sluiten van de overeenkomst zichtbaar moet zijn geweest. Dat loopt niet in de pas met de jurisprudentie inzake schriftelijk gesloten overeenkomsten, aangezien met de bevestigingsbrief of orderbevestiging nog de standaardvoorwaarden van toepassing kunnen worden verklaard, zoals wij zoëven zagen. Indien de voorwaarden staan op een bon of reçu die bij of na de koop terhand gesteld worden, doet hetzelfde probleem zich voor. De schaarse rechtspraak neemt doorgaans aan dat die voorwaarden van toepassing zijn, ofwel omdat de overgave van het papier geacht wordt gelijktijdig met de contractssluiting te zijn geschied, ofwel omdat het geen probleem geacht wordt indien dit naderhand gebeurd is.⁷⁵ In de categorie 'faits divers' een bijdrage van de kantonrechter Haarlem: de koper van een leesbril kan niet geacht worden bekend geweest te zijn en akkoord gegaan te zijn met verkopers algemene voorwaarden die op de bestelbon waren afgedrukt, aangezien zij, nog niet voorzien van de leesbril die

74. Vgl. *Contractenrecht VII*, nr 71 v.

75. *Idem*, nrs 33, 38.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

zij volgens de verkoper nodig had, de kleine lettertjes waarschijnlijk niet heeft kunnen lezen.⁷⁶

Soms is er meer aan de hand dan de vraag of naderhand bekendgemaakte of toegezonden algemene voorwaarden wel van toepassing geworden zijn. Een stapje verder gaat men, indien men de adherent de informatie daarover onthoudt; kan de opsteller zich dan nog wel op die voorwaarden beroepen? Het boerenverstand zegt neen. Die vraag deed zich voor in het in verschillende opzichten interessante arrest *De Onderl. Verz. Mij. 'Almelo' - Vermeulen* uit 1927.⁷⁷ Hier wordt niet om één koe maar om drie koeien gepleit, die boer Vermeulen bij de Almelo had verzekerd en door ongeval en ziekte waren omgekomen. De directeur van de Almelo had uitkering geweigerd, waarop een dagvaarding door Vermeulen uitgebracht wordt. Gedaagde verweert zich met een beroep op de artt. 37 v. van de algemene verzekeringsvoorwaarden, die inhielden dat eiser op straffe van verval van recht binnen 4 maanden bij het dagelijks bestuur in beroep had moeten gaan van de beslissing van de directeur, bij welk bestuur alle geschillen met uitsluiting van de gewone rechter voorgelegd dienden te worden. Vermeulen stelt dat die voorwaarden hem nimmer toegezonden zijn, ook niet toen zijn raadsman daarom vroeg. De hoge raad is van oordeel dat de houding van de Almelo van dien aard is, dat zij zich niet meer op het bepaalde bij de artt. 37 v. der overeenkomst kon beroepen zonder in strijd te handelen met de voorschriften der goede trouw, die bij de tenuitvoerlegging van overeenkomsten moet worden in acht genomen'. Waarmee het boerenverstand (weer) heeft gezegevierd. Het arrest heeft indertijd nogal de aandacht getrokken aangezien het, een jaar na de beruchte *Sarong-* en *weefgetouwen-*arresten, uit een heel ander vat lijkt te tappen; vele auteurs hebben zich onledig gehouden dat verschil in denken te trachten te verklaren.⁷⁸ Intussen is het arrest een voorloper op de figuur van rechtsverwerking, die na de laatste oorlog steeds nadrukkelijker op de goede trouw gebaseerd wordt.⁷⁹ Daarnaast is het ook een voorloper op de *Saladin - HBU* serie uit onze tijd.

Een echo van dit arrest is te vinden in art. 6:233 lid *b* BW: 'een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar, indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen'. Men ziet met name de uitwerking in lid 2 van het volgende artikel, over het onverwijld toezenden van de voorwaarden.

Tenslotte nog de situatie waarin beide partijen met algemene voorwaarden opereren, en de vraag hoe men moet bepalen of, en zo ja welke, voorwaarden op het contract van toepassing zijn, een problematiek die bekend staat als de *battle of the forms*.⁸⁰ Soms gaat het om een schijngevecht, als de voorwaarden elkaar

76. Ktg. Haarlem 22 aug. 1975, *Praktijkids* nr 1067, nt Meijer.

77. HR 10 nov. 1927, *NJ* 1928, 251, nt EMM.

78. Vgl. noot Meijers onder het vorige arrest; J.C. van Oven, *NJB* 1931, p. 568; M.H. Bregstein, *Preadv. NJV* 1936, en vele anderen.

79. Vgl. *N.U.*, diss. p. 89 v.

80. Vgl. voor die figuur: *Contractenrecht VII*, nr 64; *Verbintenissenrecht* (losbl.), Red. E.H. Hondius, Suppl. feb. 2000 (Blei Weissman); Hondius, diss. p. 422 v.; F.B. Bakels, *WPNR* 569 (1984), p. 259; J.H.M. van Erp, *WPNR* 5794 (1985), p. 515; B. Wessels en R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden, Serie Praktijkhandleidingen*, nr 48, 3e dr., Deventer 1997, nr 57 v.;

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

in de post kruisen, of na elkaar verzonden worden, c.q. naar verwezen wordt in de bijbehorende stukken. De echte veldslag vindt plaats als beide partijen, niet op hun achterhoofd gevallen, ieder de eigen voorwaarden van toepassing verklaren bij respectievelijk aanbod en aanvaarding, met uitsluiting van voorwaarden van de wederpartij. Wat is rechtens? Als men de rol van standaardvoorwaarden in de praktijk in gedachten houdt, zoals boven besproken, ziet men snel in dat deze breinbreker een academische vraag betreft, waarover de ondernemers in het veld zich niet of nauwelijks bekreunen.⁸¹ Juridische problemen moeten immers op commerciële wijze opgelost worden? En juridisch is het best ingewikkeld, men kan elkaar alle hoeken van de studeerkamer laten zien. Het verslag van de stand van doctrine, rechtspraak en wetgeving zal ik dus kort houden. Overigens, ook hier fietst de wetgever met zijn nieuwe BW tussen de discussie door met een onpraktische, unieke regeling die door steeds meer schrijvers verworpen wordt.

De schaarse rechtspraak in ons land en elders biedt een verward beeld, waarbij het elk wat wils is. In geval aanbod en aanvaarding elk naar verschillende algemene voorwaarden verwijzen, deden zich tot voor kort vier mogelijkheden voor, die alle wel eens in onze rechtspraak aanvaard zijn:

1. Geen van beide voorwaarden is toepasselijk. Doorgaans wordt aangenomen dat de overeenkomst wel tot stand gekomen is, en dat het gemene recht, met name regels van aanvullend recht, van toepassing is.
2. De voorwaarden waarnaar in het aanbod verwezen is, zijn van toepassing (*first shot*). Dit is het stelsel van art. 6:225 lid 3 BW; dit is slechts anders indien bij de verwijzing in de aanvaarding de voorwaarden van de aanbieder 'uitdrukkelijk van de hand gewezen worden'. De regel wordt in geen ander westers land gevolgd; zij is verworpen door onder meer Hondius en Van Erp, terwijl Schoordijk en Bakels kritische kanttekeningen gemaakt hebben.⁸²
3. De voorwaarden waarnaar in de aanvaarding verwezen is, zijn van toepassing (*last shot*). Dit is, met enkele verfijningen, de meeste gangbare oplossing in ons land en elders; zij werd ook neergelegd in art. 7 Eenvormige wet totstandkoming van internationale koopovereenkomsten.⁸³

F.J. Sandee, *Algemene voorwaarden en Fabrikatenkoop*, diss. Rotterdam, Deventer 1995, p. 207 v., waar verdere lit.

81. Aldus ook Van Erp, t.a.p., p. 516.

82. Men zie de lit. genoemd in nt 80. Het kamp van tegenstanders van art. 225 neemt de laatste jaren gestaag toe, zie o.m.: J. Spier, *NJB* 1993, p.59; R.I.V.F. Bertrams en F.J.A. van der Velden, *Overeenkomsten in internationaal privaatrecht en het Weense koopverdrag, Serie Praktijkhandleidingen*, 2e dr. 1999, p.191; F. de Ly en J.L. Burggraaf, 'Battle of forms en internationale contracten', in: *Contracten in de internationale praktijk*, Red. B. Wessels en T.H.M. van Wechem, *Serie recht en praktijk*, 1994, nr 74, p.64 v.; Bloembergen c.s., *Rechtshandeling en overeenkomst*, 2e dr. 1998, nr 76 (Valk); C.B.P. Mahé, in: *Europees privaatrecht*, Red.F.W. Grosheide en K. Boele-Woelki, *Molengrafica* 1997 (zie ook: *Electronic J. of Comp. Law* 1997, sub 3.2.1.2).

83. (LUF). De eenvormige wet is uit 1964 en werd in ons land overgenomen in een wetsontwerp van 1968 dat in 1971 van kracht werd. Zie voor die materie H.C.J.G. Janssen, *Totstandkoming van internationale handelskoop*, diss. Nijmegen 1970.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

4. Beide voorwaarden zijn naast elkaar van toepassing. Zij vullen elkaar aan; bij tegenstrijdigheid wordt meestal aangenomen dat die clausules geen van beide gelden, en het aanvullend recht daarvoor in de plaats treedt (zie regel 1). Deze regel wordt internationaal steeds meer aanvaard (*knock-out*).^{84,85}

Welk standpunt moet men, als rechtgeaard academicus, hier innemen? Men kan, onder de aantekening dat voor elke oplossing wat te zeggen is, gewoon een keus doen en roepen dat de rechtszekerheid zo gediend wordt. Aldus het huidig BW. Op zich legitiem, er zijn vragen waarbij het zwaard van Themis dient om simpelweg knopen door te hakken, vragen als ‘houden wij links of rechts in het verkeer?’ Zo’n gordiaanse knoop is hier inderdaad aanwezig; men kan zich inderdaad met Van Erp afvragen of de wetgever die knoop maar niet links moet laten liggen, en de hele kwestie aan de praktijk moet overlaten, de zogenaamde grote bedrijven zijn toch buiten de nieuwe regeling gehouden.⁸⁶ Maar de academicus wil ook wat, al is het louter voer voor curatoren in faillissement en scriptiestudenten.

Naar mijn mening dient men bij dit vraagstuk de hoofdregels van het leerstuk van tot standkoming van overeenkomsten te volgen, zoals bijvoorbeeld ook in de Amerikaanse Uniform Commercial Code gedaan is, en in de al genoemde Eenvormige Koopwet (LUF).⁸⁷ Zij werden trouwens ook in de voorgaande leden van art. 6:225 BW neergelegd. Als aanvaarding op ondergeschikte punten afwijkt van het aanbod, is er toch een overeenkomst tot stand gekomen conform de aanvaarding, tenzij de aanbieder dit afwijst. Doorgaans wordt dit geformuleerd als ‘bezwaarmaken’, ‘objection’; in mijn opvatting is in geval van wijziging sprake van een nieuw aanbod door de geadresseerde, dat opnieuw aanvaard moet worden door de oorspronkelijke

84. Dit is de meest gangbare oplossing in het Franse en Belgische recht, terwijl zij ook in het Duitse recht gebruikelijk is, en in het Amerikaanse recht in opkomst is (‘knock-out rule’). Vgl. Hondius, diss. 1978, nr 230 v.; Wessels en Jongeneel, t.a.p., nr 61; A. von Mehren, *The ‘Battle of the Forms’: a Comparative View*, *Am.J.Comp.Law* 1990, p. 265 v., op p. 286. Kötz, t.a.p., p. 47.

Vgl. ook art. 2.22 Unidroit ‘Principles of international commercial contracts’ (Rome 1994), dat luidt:

‘Where both parties use standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the agreed terms and of any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance, or later and without undue delay informs the other party, that it does not intend to be bound by such a contract.’

85. Vergelijk de ‘anti-kiesregel’ in het IPR, wanneer partijen ieder een ander recht op het contract van toepassing verklaard hebben, dat op het punt in kwestie echter hetzelfde inhoudt. Waarover H.U. Jessurun d’Oliveira, *De antikiesregel*, diss. Amsterdam 1971.

86. Van Erp, t.a.p., p. 516. In andere zin Wessels en Jongeneel, t.a.p., zonder argumentatie.

87. De Uniform Commercial Code (UCC), Section 2-207, dat over dit onderwerp gaat, wordt besproken door J. Sperling, *‘Battle of the forms’: een vergelijking tussen Amerikaans en Nederlands recht*, *NTBR* 1995, p. 10. Ook die regeling is niet ideaal en ondervindt groeiende kritiek, zie o.m. Von Mehren, t.a.p. In het Weens Koopverdrag (CISG) dat sinds 1992 in ons land in werking is, werd geen regeling voor de ‘battle of the forms’ opgenomen, en moet dat met behulp van art.19 opgelost worden (afwijkende aanvaarding; evt. ook via artt.18 en 7), zie P. Klik, *NbBW* 1992, p. 95, en uitvoerig: Sandee, diss. 1995, p. 218 v., met verdere lit. Vgl. ook A.U. Janssen, “De ‘battle of forms’ in het Weens Koopverdrag”, *WPNR* 6488 (2002), p.355.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

aanbieder. Dit is namelijk het systeem bij substantiële wijziging van het oorspronkelijke aanbod door geadresseerde; in art. 6:225 werd dit zelfs als algemene regel opgenomen in lid 1. Aanvaarding kan, zoals bekend, stilzwijgend geschieden, hetgeen bij ondergeschikte wijzigingen ook voor de hand ligt. Zoals men ziet, is het resultaat in het laatste geval hetzelfde.

In geval van een substantiële wijziging, kan men eisen dat de geadresseerde de aandacht van de wederpartij daarop vestigt; zo niet, dan geldt de algemene regel (de *dragline*-regel) dat de aanvaarding van de wederpartij niet geacht mag worden ook op onredelijke bedingen gericht te zijn. Hierin lijkt mij een voldoende bescherming te liggen voor de oorspronkelijke aanbieder, mocht dat voor hem als ondernemer nodig zijn.⁸⁸

In de bovenstaande tekst, die van de 2e druk is (oorspronkelijk zelfs uit 1987), met enkele aanvullingen, was ik ervan uitgegaan dat art. 225 lid 3 inhoudt dat in geval van uitdrukkelijke verklaring van de afwijzing van de voorwaarden van de aanbieder (A) door de aanvaardende partij (B), een overeenkomst tot stand komt die *gebaseerd is op de voorwaarden van de aanvaardende partij (B)*. Die zienswijze was gebaseerd op de tekst van het artikel, de toelichting in het Gewijzigd Ontwerp (1976) en vele publikaties waarin dat aangenomen wordt of stilzwijgend voorondersteld. Dat standpunt werd in 1993 door Spier verdedigd.⁸⁹

In de jaren die volgden verschenen echter steeds meer publikaties die van een geheel andere visie uitgaan en waarbij men zich baseert op de MvA inzake de Invoeringswet (1985); daarin wordt aangenomen dat men bij uitdrukkelijke afwijzing door de aanvaardende partij, terugvalt op de leden 1 of 2 van art. 225, voor het geval respectievelijk sprake is van aanzienlijk afwijking van de andere (afgewezen) voorwaarden (1), of slechts op onderschikte punten (2). In het eerste geval komt *geen* overeenkomst tot stand, in het tweede geval een overeenkomst *gebaseerd op de voorwaarden van de aanvaardende partij*, tenzij de andere partij onverwijld bezwaar maakt.⁹⁰

De bezwaren tegen dit stelsel voor de praktijk vindt men bij Spier behandeld; zijn vroegere instemming met het artikel op grond van de rechtszekerheid is overigens volledig verdwenen. Niet ten onrechte stelt hij dat

88. Over het vereiste van art. 225, het 'uitdrukkelijk van de hand wijzen' van de voorwaarden van de tegenpartij bij de aanvaarding (met verwijzing naar de eigen voorwaarden) is in de literatuur een levendige discussie losgebrand, zie voor een overzicht: Wessels en Jongeneel, nr 57 v. Er lijkt consensus gekomen te zijn dat dit niet weer gewoon door opname van een standaard-clausule ('afweerclausule') gedaan kan worden, terwijl aarzeling is over een 'voorgedrukte' term op het briefpapier. Dat zal in elk geval op een opvallende manier moeten gebeuren, die de aandacht trekt van de wederpartij.

Het belang van stilzwijgende aanvaarding bij toepassing van art. 225 lid 3 vindt men ook onderkend door Hijma, *Algemene voorwaarden*, *Mon. Nieuw BW B-55*, 1997, nr 22: bij niet reageren van de eerste partij (oorspronkelijk aanbieder) zal de tweede partij mogen aannemen dat deze zich neergelegd heeft bij de gelding van de AV van die laatste partij (uiteraard bij haar uitdrukkelijke afwijzing van de AV van de eerste partij).

89. *NJB* 1993, p. 60, 'op grond van de vrij duidelijke wetstekst', met de kanttekening: 'Daaraan doet niet af dat de weinig heldere MvA II anders zou kunnen worden verstaan'. In deze zin ook bijvoorbeeld P.A. Bouwbedrijven 16 febr. 1993, *BR* p. 642, nt Theunissen.

90. Vgl. Jongeneel, diss. 1991, p. 125 v. (besproken door Spier, t.a.p.); F.J. Sandee, diss. 1995, p. 211 v.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

‘de nieuwe regeling volstrekt onhanteerbaar is en aanzienlijk meer vragen oproept dan zij beantwoordt’.

De conclusie moet zijn dat de tekst misleidend is, namelijk de lezer op het verkeerde been zet. Intussen wordt in de MvA uit 1985 het artikel eigenlijk weggeredeneerd, en in overeenstemming met *regel 4* gebracht, die internationaal heel gangbaar is (vgl. ook nog onder). Dit is overigens wel een ondersteuning van mijn standpunt om het artikel links te laten liggen en de hoofdregels van de totstandkoming van overeenkomsten te volgen.

Er is een opmerkelijke tegenstelling tussen de toelichting bij de introductie van art. 225 lid 3 bij GO 1976 en de MvA van 1985, die in de literatuur nog niet opgemerkt werd (alleen de laatste wordt tegenwoordig aangehaald, ook in *Tekst & Commentaar*, van Nieuwenhuis c.s.). In de eerste tekst (*TK 1975-76, 7729, nrs 6-7, p. 204*) wordt invoering van een ‘algemene regel’ bepleit, omdat indien geen uitdrukkelijke wetsbepaling opgenomen zou worden, in de eerste plaats toepassing van art. 225 lid 1 in aanmerking zou komen, hetgeen betekent: een nieuw aanbod. Deze oplossing wordt uitvoerig verworpen vanwege de rechtsonzekerheid die dan ontstaat, met argumenten die aan Spiers bezwaren uit 1993 doen denken. Datzelfde geldt voor toepassing van art. 225 lid 2, vervolgt de toelichting en komt tot de conclusie: ‘De ondergetekende meent daarom dat *langs deze weg geen aantrekkelijke oplossing valt te bereiken*’ (p. 205, mijn curs.). Na bespreking van een alternatief van het Genootschap van bedrijfsjuristen, dat verworpen wordt, eindigt de passage met het uitspreken van de voorkeur voor de ontworpen regel, met de zinsnede: dat B, geconfronteerd met aanbod van A, met verwijzing naar algemene voorwaarden van A, ‘niet kan volstaan met daar een andere, soortgelijke verwijzing tegenover te stellen, maar uitdrukkelijk de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van de ander van de hand zal moeten wijzen’.

In de MvA II (1985) waait een heel andere wind; intussen heeft Bakels bezwaar tegen toepassing van art. 225 lid 2 gemaakt in de battle of the forms-situatie. Deze kritiek wordt de minister voorgelegd door de vaste Kamer-commissie, die in de MvA in plaats van te verwijzen naar de MvT uit 1976, met een nieuw betoog komt waarbij alles op zijn kop gezet wordt.⁹¹ Ik laat die passage hier volgen, met aangepaste artikel-nummering:

‘Houdt de aanvaarding eveneens een verwijzing naar algemene voorwaarden in en is het derde lid van artikel 225 niet van toepassing, omdat tevens de verwijzing in het aanbod uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen, dan zal uit het tweede lid kunnen voortvloeien dat de overeenkomst ook dan tot stand komt, omdat aanbod en aanvaarding, mede in het licht van de inhoud van de beide stellen algemene voorwaarden, slechts op ondergeschikte punten van elkaar afwijken; een geval dat overigens, uitgaande van de huidige praktijk, niet vaak te verwachten is. Is sprake van belangrijkere afwijkingen, dan zal in beginsel geen overeenkomst tot stand komen. In het licht van het nieuwe artikel 6.5.2.8a brengt dit echter niet mee dat partijen dan onder alle omstandigheden vrij zijn de onderhandelingen af te breken. Ook moet rekening worden gehouden met de slotzinsnede van artikel 217, lid 2. Niet uitgesloten is derhalve dat ook bij belangrijkere afwijkingen uitgegaan moet worden van de totstandkoming van een overeenkomst die dan op de punten waar de algemene voorwaarden conflicteren, door de

91. Een curieus punt is hier dat lid 2 voor dit onderwerp van minder belang lijkt, zoals in veel commentaren naar voren gebracht wordt, aangezien er doorgaans sprake is van strijdende algemene voorwaarden die ‘wezenlijk’ van elkaar verschillen, met name inkoop- en verkoopvoorwaarden (vgl. Jongeneel, diss. p. 126; Sandee, diss. p. 212, met verdere lit.). Ook de geschillenregeling kan aanmerkelijk verschillen, hetgeen, terecht of ten onrechte, hoog opgenomen wordt in de praktijk (vgl. bijv. in de bouw: aannemers tegenover onderaannemers of leveranciers).

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

rechter moet worden aangevuld met toepassing van artikel 248, lid 1. Men zie Asser-Hartkamp II, nr 354.⁹²

In dat laatste zien wij de, internationaal gangbare, *regel 4* aanvaard, die boven genoemd werd; daarmee wordt echter lid 3 van art. 225 weer in de coulissen gezet. De verwijzing naar art. 217 lid 2 heeft betrekking op de invloed van aanbod, rechtshandeling of gewoonte in andere zin (zie nog onder).

Art. 225 lid 3 als vuistregel

In een arrest uit 1986 kreeg de hoge raad over deze kwestie te oordelen, *Katan BV - Klaas GmbH c.s.*⁹³, een geval dat beheerst werd door art. 7 Eenv. Koopwet (= *regel 3*). Klaas had bij haar aanvaarding van de opdracht tot het maken van bedden-matrizen naar de eigen betalingscondities verwezen, en de vraag was of hierin een afwijzing van de algemene voorwaarden van Katan besloten lag, die in de opdracht de zinsnede had opgenomen: 'Tenzij uitdrukkelijk anders overeengekomen gelden uitsluitend bovenstaande voorwaarden'. Bij de beoordeling van de vraag of de afwijking de oorspronkelijke voorwaarden 'wezenlijk aantasten' laten hof en hoge raad de gang van zaken bij vorige transacties een rol spelen ('course of dealing', derhalve) en de houding die Katan bij de uitvoering van het contract heeft ingenomen, dat wil zeggen bij de betaling van de eerste termijnen. Daaruit bleek dat zij geen bezwaar had tegen de afwijkende voorwaarden van de wederpartij. De raad benadrukt dat de omstandigheden van het geval hier doorslaggevend zijn. Naar mijn mening zou naar geldend nederlands recht niet anders geoordeeld dienen te worden.

Dit arrest en vergelijkbare uitspraken hebben verscheidene schrijvers ertoe gebracht om de regel van art. 225 lid 3 als *vuistregel* te zien; rekening moet gehouden worden met de omstandigheden van het geval, met name de 'course of dealing', in welk geval de regel terzijde gesteld kan worden.⁹⁴ Een mechanische toepassing is uit den boze; daarmee zou de kloof tussen ons systeem en dat van andere landen gedicht worden. In veel landen klinken soortgelijke geluiden, in geen enkel land is een ideale regel gevonden, terwijl de verdragen en uniforme regelingen het eveneens laten afweten op dit punt. Ook de Unidroit 'Principles'

92. *TK* 1984-85, 17 451, nr 8, p. 66; *Parl.Gesch.Boek 6 (Inv. 3, en 6)*, p. 1438 (Stud. ed., 1990, p. 1385); de verwijzing naar Asser-Hartkamp II heeft betrekking op de (net verschenen) 7e dr. (1985), die op dit punt identiek is aan 8e t/m 10e dr. (1997). Daar wordt echter (nog steeds) niet op deze complicaties ingegaan. De MvA is kritisch ontvangen door het Genootschap van Bedrijfsjuristen, dat weinig zag in het beroep op de rechter en de goede trouw, vgl. Spier, *KwNBW* 1986, p. 44. Het stelsel van de MvA, 'geen overeenkomst tussen partijen', werd gevolgd in NAI 21 nov. 1995, *TvA* 1996 nr 2.

93. HR 7 nov. 1986, *NJ* 1987, 934, nt CJHB. In zijn noot bespreekt Brunner behalve art. 7 LUF ook de overeenkomstige bepalingen van LUVI en CISG (Weens Koopverdrag).

94. Aldus Asser-Hartkamp II, nr 354; Wessels en Jongeneel, nr 60; M.A.L. Verhoeven, *Algemene voorwaarden getoetst, Serie recht en praktijk*, nr 52, Deventer 1989, p. 14, en andere daar vermelde auteurs, o.m. Schoordijk, *WPNR* 5489 (1979). De laatste schr. neemt art. 225 lid 3 in verdediging tegen de scherpe kritiek erop van Hondius (diss. 1978, p. 430), maar is wel van mening dat 'mechanische' toepassing niet op zijn plaats is. Hij stelt overigens ten onrechte dat de regel van art. 225 lid 3 in het engelse recht aanvaard is.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

geven geen heldere oplossing, vergelijk het in vage termen gestelde art. 2.22, dat eerder aangehaald werd.

De meeste auteurs wijzen daarbij erop dat de regel van art. 225 lid 3 (of een andere regel) ook toegepast kan worden op tussen partijen uitgewisselde verklaringen die zich niet altijd gemakkelijk in het keurslijf van aanbod en aanvaarding laten wringen ('purchase orders', orderbevestigingen, in allerlei varianten, zie de rechtspraak op dit terrein). Dat geeft ook vrijheid bij de toepassing van de (een) regel op dit gebied.

De laatste jaren krijgt het terzijde laten van de vuistregel van art. 225 lid 3 in toenemende mate steun, ook in de rechtspraak, waarmee het (terecht) een papieren regel lijkt te gaan worden.⁹⁵ De wijze waarop dit gebeurt vraagt nog om aandacht; Hartkamp gaat bijvoorbeeld heel kort door de bocht, door in zijn Asser-bewerking lakoniek te stellen dat de vuistregel 'gemakkelijk opzij gezet kan worden door de omstandigheden van het geval, waarbij met name van belang kan zijn of partijen reeds eerder zaken met elkaar gedaan hebben'.⁹⁶ Zo eenvoudig werkt dat in de rechtspraak echter niet. Het heeft daarom zin om nader in te gaan op de wijze waarop men de regel van art. 225 lid 3 kan omzeilen. Men blijft keurig binnen het wettelijk stelsel wanneer men zich op art. 217 lid 2 beroept, waar vermeld staat dat de artt. 219-225 van toepassing zijn, 'tenzij iets anders voortvloeit uit het aanbod, uit een andere rechtshandeling of uit een gewoonte'. Om bij dat laatste te beginnen, in 1984 had Bakels al erop gewezen, dat onder 'gewoonte' ook een 'tussen partijen gegroeide gewoonte' verstaan kan worden, de gebruikelijke gang van zaken tussen partijen (hierboven als de 'course of dealing' omschreven). Dat is een heel praktische oplossing van het probleem, wanneer van een dergelijke omstandigheid sprake is, waarbij men reeds de zegen van Hartkamp heeft.

Een tweede, minstens zo interessante mogelijkheid is om gebruik te maken van de overige categorieën van art. 217 lid 2: 'aanbod' en 'andere rechtshandeling'. Er kan sprake zijn van een aanbod waarin men kategorisch stelt dat alleen zaken gedaan kunnen worden op basis van de eigen AV, en toepassing van de AV van de wederpartij niet in Frage komt. De verwijzing naar eigen AV door die wederpartij bij haar aanvaarding komt daarmee geen rechtsgevolg toe, ook al gebeurt dit met uitdrukkelijke afwijzing van de aanbieder's AV. De aanbieder heeft namelijk condities gesteld op het aangaan van onderhandelingen, wat de toepasselijke AV betreft; wanneer de tegenpartij in onderhandeling gaat, accepteert zij die condities door op het aanbod met een aanvaarding te reageren. Die onderhandelingscondities zijn onderdeel van het aanbod; men zou het ook kunnen zien als een zogenaamde 'voor-overeenkomst'.⁹⁷ Die figuur is nog duidelijker aanwezig in de volgende variant.

95. Zie de auteurs genoemd in nt 80, de rechtspraak komt hieronder aan bod.

96. Nr 354, waarover kritisch Blei Weissmann, t.a.p., Aant. nr 22. Opvallend is dat Hartkamp niet laat blijken van enige kritiek op art. 225 lid 3 in de literatuur en slechts schrijvers aanhaalt die hun voorkeur voor de wettelijke regeling uitspreken.

97. De praktijk is grilliger dan elke theorie: het kan natuurlijk zijn dat de geadresseerde van het aanbod in onderhandeling gaat over de onderhandelingscondities, en deze afwijst, en daarmee een voor-overeenkomst blokkeert. Indien hij vast een aanvaarding op eigen voorwaarden bijsluit, is echter de kans op verwarring groot, en hangt veel af van de reactie van de aanbieder. Die aanvaarding moet immers opgevat worden als een nieuw aanbod (nl. op nieuwe condities,

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

Een derde mogelijkheid is dat, hetgeen in de praktijk vaak gebeurt, een partij een ‘offerte-aanvraag’ doet (een uitnodiging tot het doen van een aanbod dus) en daarbij uitdrukkelijk meedeelt dat slechts op basis van haar eigen AV zaken gedaan wordt. Deze figuur, al in de rechtspraak aanvaard - door het Hof Den Haag in 1998 - valt te brengen onder de categorie ‘andere rechtshandeling’: hier is immers sprake van een voor-overeenkomst van partijen, gericht op het vaststellen van de condities waaronder onderhandeld gaat worden. Zo kan men ook afspraken maken over geheimhouding, achterwege laten van onderhandelingen met derden, kostenvergoeding, schadevergoeding bij afbreken van de onderhandelingen, e.d.⁹⁸ Zo’n voorovereenkomst kan uitdrukkelijk, maar ook stilzwijgend aanvaard worden door de wederpartij, met name door het uitbrengen van een aanbod zonder uitdrukkelijk tegen de tevoren gestelde condities van de offerte-aanvrager te protesteren. Het traditiegetrouw verwijzen naar de eigen AV door de offererende partij zet dan geen zoden aan de dijk, evenmin naar mijn mening het (wellicht ook traditiegetrouw) afwijzen van de AV van de andere partij.

De normale regel in het kader van art. 225 lid 3, namelijk dat wanneer in tweede ronde de AV uit de eerste ronde afgewezen worden, de instemming van de eerste partij stilzwijgend kan gebeuren, is in de hier beschreven situatie naar de achtergrond gedrongen. Deze regel, hierboven door mij als hoofdregel voorgedragen voor het battle of the forms-probleem, is hier immers niet aan de orde ten gevolge van de door de eerste partij in werking gezette onderhandelingscondities (als onderdeel van het aanbod of als voor-overeenkomst).⁹⁹

Hier volgen ter illustratie van het bovenstaande twee gevallen uit de rechtspraak.

A. Gewoonterecht van partijen

In de zaak van Hof Den Haag 23 febr. 1998, JOR nr 128, nt Boekraad, ging het om de volgende casus, beoordeeld naar oud recht, maar partijen doen een beroep op anticiperende toepassing van art. 225 lid 3. Dura doet aan Kwint het verzoek om een offerte uit te brengen voor het leveren van staalkabels, nadat zij eerder een algemeen prijsoverzicht ontvangen had. Daarop volgt een offerte, waarna Dura een inkoopopdracht geeft, met verwijzing naar haar AV. Kwint bestrijdt toepasselijkheid daarvan, aangezien zij op het briefpapier van de offerte naar haar eigen AV verwezen had. In voorgaande jaren was telkens op een offerte een jaarcontract gevolgd, waarin de Dura-voorwaarden nadrukkelijk van toepassing verklaard waren; hieruit leidt het hof af, gezien dit gebruik van partijen, dat die voorwaarden ook op de onderhavige overeenkomst van toepassing geacht moeten worden, nu niet van bijzondere omstandigheden in andere zin gebleken is. Met name doen voorgedrukte standaardclausules op afleveringsbonnen en facturen daaraan niet af. Ook al zou men de prijsopgave van Kwint als een openbaar aanbod zien, dan zou dit geen verschil maken, aangezien Kwint na ontvangst van de inkoopopdracht niet duidelijk afwijzend op de Dura-voorwaarden gereageerd had, hetgeen gezien eerdere gang van zaken tussen partijen noodzakelijk geweest was.

Vervolgens overweegt het hof ten aanzien van de bepleite anticiperende toepassing van art. 225 lid 3, dat van toepassing geen sprake kan zijn aangezien de prijsopgave van Kwint niet als aanbod opgevat werd. Dan volgt een obiter dictum:

vgl. art. 225 lid 1), dat nog aanvaard moet worden. De wijze waarop dat gebeurt (uitdrukkelijk verwerpen van AV van tegenpartij, of niet), is dan weer van belang voor de afloop.

98. Zie voor die rechtsfiguur boven, H 3, par. 1, nr 2; voorbeelden uit de jurisprudentie: nr 9.

99. In deze zin ook: Hijma, 1997, nr 22; Blei Weissmann, Aant. nr 72.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

‘Ook al zou art. 225 lid 3 BW worden toegepast, dan nog kan in dit geval de reeds bestaande handelsrelatie tussen partijen waarbij de Dura-voorwaarden golden niet buiten beschouwing worden gelaten, en moet in een situatie waarin onduidelijkheid ontstaat over welke voorwaarden dan in het specifieke geval gelden, aansluiting worden gezocht bij hetgeen tussen partijen in de voorafgaande periode gold’. Hieraan doet niet af, besluit het hof, dat Kwint in het erop volgende jaar het jaarcontract heeft aangepast en de Dura-voorwaarden heeft doorgehaald en in een begeleidende brief aan Dura duidelijk gemaakt heeft dat zij slechts bereid was om op de Kwint-voorwaarden te leveren.

B. Voor-overeenkomst van partijen

Het geval dat in arbitrage beslist werd, RvA Bouwbedrijven 23 febr. 1999, TvA nr 18, betrof een (hoofd)aannemer die bij de bouw van een fly-over een onderaannemer betrokken had voor de levering van stalen bekistingen (engineering en fabricage). Het gaat fout bij de storting van beton in de bekisting, met aanzienlijke schade als gevolg; daarvoor aansprakelijk gesteld betwist de onderaannemer toepasselijkheid van aannemers AV, en daarmee de arbitrageclausule waarop de bevoegdheid van de RvA berust, en dan gaat de battle of the forms-vraag spelen. Nu had de aannemer een offerte-aanvraag aan de onderaannemer gedaan, met vermelding dat levering ‘uitsluitend volgens aan achterzijde vermelde Algemene Inkoop- en Onderaannemingsvoorwaarden’ kon plaatsvinden. In de offerte verwijst onderaannemer naar zijn eigen, Metaalunievoorwaarden; dan volgt de opdrachtbevestiging van de aannemer, met vermelding dat de opdracht gegeven wordt ‘volgens achterstaande Algemene Inkoop- en Onderaannemingsvoorwaarden’ en uitdrukkelijke afwijzing van de Metaalunievoorwaarden. Verzocht werd om de opdracht voor akkoord te ondertekenen, hetgeen de onderaannemer echter nagelaten heeft. Onderaannemer maakt nog bezwaar tegen de inhoud van de opdracht, maar dat heeft geen betrekking op toepasselijkheid van aannemers AV.

Arbiters overwegen: ‘Blijkens de offerte-aanvraag ... heeft hoofdaannemster echter bij voorbaat een verwijzing naar algemene voorwaarden van onderaannemster in het aanbod van de hand gewezen, door een aanbod te vragen onder de uitsluitende toepasselijkheid van haar voorwaarden, hetgeen zij na het eerste aanbod van onderaannemster heeft herhaald door de aanvraag van een aanvullende offerte onder wederom - uitdrukkelijk - uitsluitende toepasselijkheid van de voorwaarden van hoofdaannemster. Voor zoveel dus de verwijzing naar algemene voorwaarden in de offertes van onderaannemster wordt aangemerkt als een eerste verwijzing, moet deze als uitdrukkelijk verworpen worden aangemerkt. Enige uitdrukkelijke vermelding in de offertes van onderaannemster, dat de voorwaarden van hoofdaannemster van de hand worden gewezen, ontbreekt.’

Ter afronding van dit betoog kan een nieuwe poging gedaan worden om een regel op te stellen, *regel 5*. In de vorige druk stelde ik dat deze regel vrijwel overeenkomt met *regel 4*, maar dat vraagt bij nader inzien om enige nuancering. Ik geef eerst die 5e regel uit de vorige druk weer, met aansluitend de toevoeging gebaseerd op het bovenstaande betoog uit deze druk, hetgeen tegelijk als samenvatting kan dienen:

Regel 5

Bij toepassing van regel 2, zoals neergelegd in art. 6:225 lid 3 BW, geldt deze slechts als een vuistregel; het is van de omstandigheden afhankelijk welke betekenis aan deze regel gehecht kan worden. Daarbij zijn van belang: de gang van zaken bij de contractssluiting, de mate van kenbaarheid van de verwijzing naar eigen voorwaarden, het gedrag van partijen, en met name ook de omstandigheid dat partijen reeds eerder met elkaar zaken hebben gedaan (‘course of dealing’).

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

Van deze vuistregel kan met name afgeweken worden indien sprake is van een aanbod, een voor-overeenkomst of een contractsgewoonte van partijen in andere zin, waardoor toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van een van de partijen bij voorbaat reeds vaststaat (vgl. art. 217 lid 2).

Indien daarvan geen sprake is en de regel van art. 225 lid 3 toegepast moet worden, mag de partij die de voorwaarden van de oorspronkelijk aanbiedende partij uitdrukkelijk afgewezen heeft, ervan uitgaan dat deze afwijzing rechtsgevolg heeft wanneer de andere partij dat stilzwijgend aanvaardt en die afwijzing niet direkt uitdrukkelijk van de hand gewezen heeft (vgl. art. 225 leden 1 en 2).

Enige rechtsvergelijking

Hierboven werd al enkele keren verwezen naar de benadering van dit onderwerp in omringende rechtsstelsels (en het Unidroit-ontwerp). Nog enkele kanttekeningen.

Er is een veel geciteerde uitspraak van de befaamde engelse rechter Lord Denning, die uitstekend weergeeft wat de stand van zaken op het gebied van de battle of the forms is, internationaal gezien. Hij is ontleend aan een engels standaard-arrest, dat algemeen als minder gelukkig beschouwd wordt gezien de feitenconstellatie, de *Butler Machine Tool* case uit 1979.¹⁰⁰

De casus was deze: Butler doet een aanbod tot verkoop van een machine voor ruim £ 75.000,-, levertijd in 10 mnd., dat door de koper aanvaard wordt. Beide partijen verwijzen in hun brief naar de eigen standaardvoorwaarden, die op één punt belangrijk afwijken: Butler heeft 'price variation clause' opgenomen, terwijl koper van een vaste prijs uitgaat. Het specifieke van het geval was dat koper bij zijn aanvaardingsbrief aan zijn condities een afscheurstrookje had met de tekst: 'we accept your order on the terms and conditions thereon', dat door Butler ondertekend en geretourneerd was. Dat gebeurde echter met een begeleidende brief waarin zij verklaarde dat de opdracht aanvaard was in overeenstemming met hun (Butlers) oorspronkelijk aanbod. Het Court of Appeal ziet in dat laatste een aanvaarding van het tegenaanbod van de koper, terwijl de begeleidende brief gezien werd als een verklaring waarbij eenvoudigweg de prijs en omschrijving van de machine bevestigd werden. Het hof was verder van oordeel dat in het geval een dergelijk strookje niet ingevuld en teruggezonden was er doorgaans geen overeenkomst totstandgekomen zou zijn, met name niet indien nog niet geleverd was.¹⁰¹

100. Court of Appeal: *Butler Machine Tool Co v. Ex-Cell-O Corpn.*, (1979) 1 WLR 401; (1979) 1 All ER 965; vgl. Cheshire, Fifoot and Furmston, *Law of Contract*, 14 dr., 2001, p. 178.

101. De (algemene) kritiek op deze uitspraak heeft met de feiten te maken, aangezien onwaarschijnlijk geacht wordt dat Butler bereid was om in te gaan op de voorwaarden van de koper en de eigen voorwaarden op te geven. 'If the decision is correct, it is presumably on the basis of a rather stringent application of the objective test of agreement', merkt Furmston lakoniek op, t.a.p., p.167, nt 11. In een vrijwel identieke zaak heeft de Duitse BGH de voorwaarden van partij A ('Butler') van toepassing verklaard, BGH 14 juni 1962, BB 902; alsook: BGH 14 maart 1963 NJW 1248 (zonder ondertekening door A). Vgl. Hondius, diss. 1978, p. 425.

Een voorbeeld van het laatste geval dat het hof noemde (geen overeenkomst) - dat doorgaans met afgrijzen genoemd wordt door juristen met een bedrijfsrechtelijke signatuur - is het arrest *British Steel Corpn. v. Cleveland Bridge and Engineering Co.* uit 1984, dat elders in

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

In die context kwam Lord Denning MR (Master of the Rolls) in de tot de volgende uitspraak, die school gemaakt heeft:

‘... The better way is to look at all the documents passing between the parties and glean from them, or from the conduct of the parties, whether they have reached agreement on all material points, even though there may be differences between the forms and conditions printed on the back of them ... It will be found that in most cases when there is a "battle of the forms" there is a contract as soon as the last of the forms is sent and received without objection being taken to it ... The difficulty is to decide which form, or which part of which form, is a term or condition of the contract. In some cases the battle is won by the man who fires the last shot. He is the man who put forward the latest terms and conditions: and, if they are not objected to by the other party, he may be taken to have agreed to them... In some cases, however, the battle is won by the man who gets the blow in first. If he offers to sell at a named price on the terms and conditions stated on the back and the buyer orders the goods purporting to accept the offer on an order form with his own different terms and conditions on the back, then, if the difference is so material that it would affect the price, the buyer ought not to be allowed to take advantage of the difference unless he draws it specifically to the attention of the seller. There are yet other cases where the battle depends on the shots fired on both sides. There is a concluded contract but the forms vary. The terms and conditions of both parties are to be construed together. If they can be reconciled so as to give a harmonious result, all well and good. If differences are irreconcilable, so that they are mutually contradictory, then the conflicting terms may have to be scrapped and replaced by a reasonable implication.’¹⁰²

Wij komen tot een afronding van de ‘never ending story’ van deze veldslag, die grensoverschrijdend is, zoals in een goede oorlog betaamt, de ‘battle of the forms’. Hierbij bleek het moeilijk om ‘battle rules’ op te stellen (evenals bij echte oorlogen het geval is). Toch werd een poging gewaagd (evenals, ..etc.), al was het maar om het voorgaande samen te vatten, op enigszins pakkende wijze. Dat leverde de 5e mogelijke regel op, op grond van de algemeen aanvaarde opvatting in ons land, in literatuur en rechtspraak, die eerder ter sprake kwam.

Bij dit alles geldt, zoals Yates opmerkte nadat hij Lord Denning geciteerd had:

‘No solution is ideal. The analysis of offer and acceptance, while conceptually correct, is often difficult to reconcile with business practice and the view the parties took of what they were

dit boek besproken wordt ((1984) 1 *All ER* 504, Goff, J.; zie: Deel 2, Hfdst. 8, § 4, nr 4). In dat geval was overigens al geleverd, want de uitvoering ging door, terwijl partijen bleven bakkeleien over de toepasselijke voorwaarden (hetgeen vaak voorkomt, naast het ongelezen laten van elkaars voorwaarden); een oplossing werd gevonden in de sfeer van ongegronde verrijking.

102. (N.B.: ‘to construe’= uitleggen). Ontleend aan David Yates, *Exclusion clause in contracts*, 2e dr., Londen 1982, p. 67, waar dit met grote instemming geciteerd wordt (evenals in vele andere werken het geval is, vgl. bijv. P.S. Atiyah, *The sale of goods*, Londen 1990, p. 206; Powell-Smith, *Some Building Contract Problems*, Oxford/Londen, 1989, p. 11). Schoordijk (t.a.p. 1979) citeert Denning half en trekt dan verkeerde conclusies, à la art. 225 lid 3 (dat hij in een dodelijke omhelzing houdt).

Een opvatting geïnspireerd door Lord Denning wordt ingenomen door F.J.A. van der Velden, *Uniform sales law and the battle of forms*, in: Sauveplanne-Bundel, Deventer 1984, p. 233 (aanvulling overeenkomst met behulp van beginselen van de CISG, met name dat van de goede trouw).

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

doing. Lord Denning's view has at least the merit of allowing a fair measure of flexibility' (p. 68).

Hear, hear. In dit verband is het goed om ook een opmerking van de praktijkjurist Verhoeven aan te halen, ter ondersteuning van mijn betoog om de hele regeling van art. 225 lid 3 met de nodige korrels zout te nemen:

'In de praktijk zal het probleem van de "battle of forms" vaak door onderhandelingen tussen de ondernemingen worden opgelost, waarbij de onderlinge marktpositie een aanzienlijke invloed heeft. Opmerkelijk in dit verband is het grote belang dat ondernemingen er in de precontractuele fase aan hechten om de eigen algemene voorwaarden toepasselijk verklaard te krijgen, tegenover het gemak waarmee in de uitvoeringsfase naar een praktische en redelijke oplossing voor problemen wordt gezocht (de juridische versus de commerciële benadering)' (t.a.p., p. 14).

Tot zover *the battle*. Wat oorlogvoeren betreft kan men, zoals men ziet, kiezen tussen twee benaderingen: 'Im Westen nichts Neues' - het zich op de stellingen terugtrekken, dus - of, zoals dat in de wilde jaren '70 in de vredesbeweging zo mooi heette: 'Suppose they gave a war, and nobody came?'

10. *Rechterlijke controle op de inhoud van standaardvoorwaarden. Rechtsvorming door de hoge raad: Van der Meer - Gem. Smilde en Hooijen - Tilburgsche Hypotheekbank*

De hierboven besproken jurisprudentie betrof de vraag naar de toepasselijkheid van standaardvoorwaarden, naar de wijze waarop die voorwaarden door een partij ingeschakeld kunnen worden. Daarnaast heeft de rechter een taak bij de controle op de inhoud van die voorwaarden; de vraag is op welke wijze dat gebeurt, en of dit naar tevredenheid van de justitiabelen geschiedt. Een kwestie die bij het beramen van wetgeving van belang is. Ook op dit terrein heeft de hoogste rechter zich niet onbetuigd gelaten. In enkele arresten werd getracht tot regels van rechtersrecht te komen.

Het eerste standaardarrest betreft geen ondernemer-adherent, maar een particulier (consument is wat minder toepasselijk: een koper van bouwgrond die een woonhuis laat bouwen), *Van der Meer - Gem. Smilde*.¹⁰³ Of dit arrest een nieuwe standaard zet op dit terrein is zeer de vraag, niet alleen gezien de weinig instemmende reacties van de annotatoren, maar vooral gezien de inhoud van een recentere uitspraak, *Hooijen - Tilburgsche Hypotheekbank* van begin 1987.¹⁰⁴ Maar laten wij daarop niet vooruitlopen, en eerst de *Gem. Smilde*-zaak bekijken. De hoge raad lijkt hier weer een stap verder te zetten ten opzichte van de vorige zaak, en voert een omkering van de bewijslast in ten aanzien van het onredelijk bezwarend beding. Het betreft hier dus de toetsing van de inhoud van algemene voorwaarden; dit gebeurt met behulp van de figuur van het in strijd met de goede trouw verklaren van een beroep op het onereuze beding. Het Hof Leeuwarden had ook nog onderzocht of het beding nietig was wegens het ontbreken van een geoorloofde oorzaak, of wegens strijd met de goede zeden. De door de hoge raad

103. HR 25 april 1986, *NJ* 714, nt G; *AA*, p. 618, nt v. Sch.; *Kwart. Ber. NBW*, p. 92, nt Hondius; *BR*, p. 967.

104. HR 16 jan. 1987, *NJ* 553; *Kwart. Ber. NBW* p. 63, nt Hondius; vgl. nog onder.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

gehanteerde figuur komt hieronder ook nog ter sprake bij de behandeling van de exoneratieclausules (§ 2).

Het is een merkwaardig arrest; men krijgt bij lezing het gevoel dat er allerlei zaken over de hoofden van partijen heen uitgevochten worden. De procedure zelf is een soort proefprocedure om het onderhavige beding aan de kaak te stellen, en loopt parallel met een zelfde procedure die door de Consumentenbond gevoerd wordt, die echter het zand moest bijten, aangezien de hoge raad van mening was, dat voor een collectieve aktie geen plaats is, vgl. HR 25 april 1986, *NJ* 714, *Consumentenbond - Gem. Smilde*, waarover Hondius, *Kw Ber.NBW*. 1986, p. 93. De HR voelde er weinig voor om op art. 6:240 NBW te anticiperen. Ten aanzien van collectieve akties in het algemeen ging de hoge raad om in *De Nieuwe Meer*, HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 743, nt WHH; AA 638, nt Nieuwenhuis. Gezien het standpunt van de hoge raad was het verstandig dat ook een particulier een proces tegen de Gem.Smilde aangespannen had. (Bij het *Franse Kalimijnen*-proces zagen wij hetzelfde gebeuren, vgl. AA 1984, p. 153, nt d'Oliveira).

Een tweede aspekt is de botsing tussen het algemeen belang, behartigd door de gemeente, en private belangen, waarvoor Van der Meer opkomt, namens de grijze massa. Daaraan kan men nog toevoegen, dat de gemeente het algemeen belang door middel van privaatrechtelijke middelen probeert te bevorderen. Een bekend thema in de sektor onroerend goed; hier betrof het de bestrijding van antennewouden op de huizen, door aansluiting op een televisiekabel verplicht te stellen. Dat had zowel juridisch-technische als economische consequenties; de kabeltelevisie-maatschappij was een private onderneming, Recai, er moest derhalve een derdenbeding in de contracten opgenomen worden, waardoor adherenten verplicht werden om met Recai te contracteren. De verplichting moest duurzaam zijn, en dus onopzegbaar, om de gehele regeling exploitabel te maken. Hiertegenover staat de heilige koe van de contractsvrijheid, met al haar emotionele en politieke tinten (vgl. de problematiek van de erfpachtsvoorwaarden, gebruikt om planologische, economische en milieuproblemen het hoofd te bieden). Zoals bekend, kan men heel verschillend over deze zaken denken, afhankelijk van de politieke kleur of maatschappelijke opstelling. Geen wonder, dat juristen in hun mening over deze materie verdeeld zijn (vgl. bijv. de noot van Van der Grinten in de *NJ*).¹⁰⁵

Men kan zich niet aan de indruk onttrekken, dat de hoge raad over het arrest van het hof heenwalst, in zijn haast ex cathedra richtlijnen voor dit rechtsgebied te geven, in de schaduw van hetgeen in het Nieuw BW ontworpen was. Kennelijk trachtte de raad leemten tussen het geldende en het komende recht op te vullen. Tegen die achtergrond is het goed om eerst even stil te staan bij het arrest van het Hof Leeuwarden.

Het hof stelt allereerst dat de gemeente mocht aannemen dat Van der Meer de bewuste clause aanvaard had bij de contractsluiting; bij de onderhandelingen had hij namelijk bezwaren gemaakt, die hij naderhand had laten varen. Het voorkomen van antennewouden door de gemeente acht het hof een te respecteren (algemeen) belang, en vormt een geoorloofde oorzaak voor de overeenkomst, het beding is niet in strijd met de goede zeden aangezien de verplichting vrijwillig opgenomen werd. Van der Meer was namelijk niet economisch aan Smilde gebonden, hij verkeerde niet in een dwangpositie omdat er alternatieven, ook in Smilde, bestonden. Hij had geen feiten gesteld waaruit opgemaakt zou kunnen worden dat de gemeente in strijd met de goede trouw zou handelen door hem aan het beding met de aansluitverplichting te houden. Een centrale antenne-inrichting is slechts rendabel bij een voldoende aantal abonnees, en Van der Meer had geen valabele redenen opgegeven voor beëindiging van zijn aansluitverplichting. Bij pleidooi had hij medegedeeld dat hij slechts Nederland I en II wenste te ontvangen, en dat hij dit al met een koperdraadje zou kunnen bereiken. Het hof heeft moeite dit serieus te nemen, en stelt scherpzinnig dat hij met die wetenschap indertijd het beding toch op zich genomen had. De benadeling van de adherent is

105. Hoe verschillend men over deze casus kan denken blijkt bijv. uit de opmerkingen van Dommering en Pels Rijcken hierover, in: mijn boek *Ex tunc, ex nunc*, 1990, pp. 41 v.; 23.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

niet nader geadstrueerd tegenover een redelijk belang van de opsteller van de voorwaarden; een dwangpositie ontbrak en het beding was weloverwogen aanvaard, zo kan men de overweging van het hof samenvatten. Als men dit in het oog houdt, is het onbegrijpelijk dat de hoge raad kan stellen dat het hof bij de beoordeling of een beroep op het beding in strijd is met de goede trouw slechts omstandigheden in aanmerking heeft genomen die op de *uitvoering* van de overeenkomst betrekking hebben, en niet op de aard en inhoud ervan of het algemene voorwaarden-aspekt. Maar laten wij de hoge raad nu zelf aan het woord laten:

‘(3.1) In de jaren 1977 en 1978 heeft Van der Meer, die ter zake niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelde, van de gemeente gekocht en van haar in eigendom aanvaard een in de gem. Smilde gelegen perceel bouwgrond.

In de overeenkomst was o.m. het volgende beding opgenomen:

‘(C) 6. Koper is verplicht, indien en zodra daartoe naar het oordeel van het college de mogelijkheid aanwezig is, de te bouwen of gebouwde woning te doen aansluiten op een centrale antenne-inrichting en de deswege verschuldigde aansluitkosten en periodiek verschuldigde bedragen te voldoen.

7. B en W kunnen de koper en ingeval van overtreding of niet-nakoming van de bepalingen sub C. 5 en 6 ook diegene(n) die (...) diens verplichtingen heeft overgenomen of daarin is/zijn getreden, te rekenen van de dag van ontvangst van de aangetekende brief een dadelijk opeisbare boete opleggen van ten hoogste: (...)

b. vijftientig gulden (*f* 25) voor iedere dag verzuim ingeval van overtreding van het bepaalde sub C. 6’.

Het gaat hier naar ‘s hofs vaststelling om een beding dat Van der Meer verplicht zijn woning aan te sluiten en aangesloten te houden op een centrale antenne-inrichting, welk beding - naar in ‘s hofs r.o. 6 en 16 besloten ligt - de gemeente gebruikte in een aantal overeenkomsten met kopers van bouwgrond en derhalve om een beding in algemene voorwaarden.

De vordering van Van der Meer strekt er in hoofdzaak toe voor recht te verklaren dat dit beding in de overeenkomst tussen hem en de gemeente en/of Recai - de rechtspersoon die de centrale antenne-inrichting exploiteerde waarop Van der Meer zijn woning moest doen aansluiten - nietig is, althans dat de gemeente en Recai dit beding niet te goeder trouw jegens hem mogen invoeren.

De Rb. heeft aan Van der Meer zijn vorderingen ontzegd. Het hof heeft het vonnis van de Rb. bekrachtigd.

(3.2) Het *hof* heeft ten aanzien van de grieven II en III, die betrekking hadden op de nietigheid van het beding en op de strijd met de goede trouw geoordeeld: vooreerst (r.o. 11-13) dat er een geoorloofde oorzaak is, nu het de gemeente vrijstond een geoorloofd doel, het voorkomen van antennewouden, na te streven door een aansluitverplichting te bedingen; vervolgens (r.o. 14-16) dat er geen sprake is van strijd met de goede zeden in dier voege dat de gemeente misbruik zou hebben gemaakt van de omstandigheden waarin Van der Meer verkeerde, nu Van der Meer zijnerzijds de vrijheid had het beding al dan niet te aanvaarden; en tenslotte (r.o. 18-22) dat Van der Meer geen feiten heeft gesteld op grond waarvan kan worden geoordeeld dat de gemeente in strijd met de goede trouw handelt door Van der Meer ‘nú aan het beding te houden, zolang hij geen valabele redenen voor de beëindiging van zijn aansluitverplichting opgeeft’.

Gelet op deze opbouw van ‘s hofs arrest en de formulering van r.o. 20 en in het bijzonder van de hiervoor geciteerde passage begrijpt de hoge raad de gedachtengang van het hof aldus, dat naar ‘s hofs oordeel bij de beantwoording van de vraag of het beroep op het beding strijdig is met de goede trouw, nu er eenmaal een geldige overeenkomst was tot stand gekomen, slechts omstandigheden die betrekking hebben op de uitvoering van de overeenkomst - en dus niet de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheid dat het om een beding in algemene voorwaarden gaat - in aanmerking moeten worden genomen.

(3.3) Tegen dit oordeel komt onderdeel 5 van het tweede middel, welk onderdeel de HR het eerst zal behandelen, terecht op.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

Het antwoord op de vraag of het beroep op een beding in een overeenkomst in strijd is met de goede trouw hangt af van de waardering van tal van omstandigheden, zoals de omstandigheid dat het gaat om een beding in algemene voorwaarden, de aard en de overige inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de wederzijds kenbare belangen van partijen en hun maatschappelijke positie en onderlinge verhouding.

Het vorenstaande brengt mede dat het hof bij de beoordeling van het beroep op strijd met de goede trouw een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd en dat 's hofs arrest derhalve niet in stand kan blijven.

(3.4) De HR kan in dit geval, met het oog op de afdoening van de zaak, de vraag of het beroep op het beding in strijd is met de goede trouw zelf beantwoorden.

Het gaat hier om een door een boeteclausule versterkt beding in algemene voorwaarden dat de wederpartij, een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, de in beginsel onopzegbare verplichting oplegt met een derde - in dit geval Recai - een overeenkomst te sluiten, waarbij de derde zich tegen periodieke betaling verbindt tot het geregeld doen van verrichtingen, te weten het aansluiten en aangesloten houden van een woning op een centrale antenne-inrichting en het leveren van signalen.

De gebruiker van algemene voorwaarden - en zeker een gemeente die ook bij het gebruik van algemene voorwaarden in overeenkomsten naar het privaatrecht in het bijzonder rekening heeft te houden met de belangen van burgers - handelt in strijd met de goede trouw wanneer hij zich op een dergelijk beding beroept, tenzij hij omstandigheden stelt en, zo nodig, bewijst waaruit volgt dat het beding niet onredelijk bezwarend is en het beroep daarop derhalve niet in strijd is met de goede trouw.

Dergelijke omstandigheden zijn hier echter niet gesteld. Met name kan een beding als het onderhavige niet zijn rechtvaardiging vinden in de omstandigheden:

- a. dat de gemeente met het beding 'een te respecteren (algemeen) belang' (r.o. 12) - het voorkomen van antennewouden - nastreeft;
- b. dat de wederpartij - hier Van der Meer - de vrijheid heeft het beding al dan niet te aanvaarden (r.o. 16); en
- c. dat Van der Meer 'geen valabele redenen voor de beëindiging van zijn aansluitverplichting opgeeft' (r.o. 20).

...

(3.6) De HR kan de zaak zelf afdoen en de vorderingen toewijzen in voege als hierna is vermeld.

...

(4.) Beslissing

De HR:

vernietigt het arrest van het Hof te Leeuwarden, alsmede het vonnis van de Rb. te Assen; verklaart voor recht dat de gemeente en Recai in strijd met de goede trouw handelen wanneer zij zich jegens Van der Meer op het hiervoor onder 3.1 genoemde beding beroepen; verklaart voor recht dat de aansluiting van Van der Meer op de centrale antenne-inrichting van Recai slechts op de gebruikelijke voorwaarden kon geschieden; verbiedt de gemeente en Recai op grond van het hiervoor in 3.1 genoemde beding boetes te innen; wijst af het meer of anders gevorderde' (mijn curs.).

De formulering in ov.3.3 inzake het beroep op een beding in strijd met de goede trouw komt overeen met de *Saladin* - HBU formule minus de exoneratie-aspekten (mate van schuld, omvang van schade, e.d.) in wat gestroomlijnde vorm (vgl. voor die problematiek nog onder § 2). Zoals eerder betoogd heeft het hof mijns inziens deze omstandigheden wel degelijk laten meewegen, zij het dat zijn waardering van die omstandigheden een andere is dan die van de HR. Dit blijkt expliciet als de HR in ov. 3.4, in fine, stelt de daar genoemde omstandigheden niet van gewicht te vinden. Daarmee doet de raad een rechtspolitieke keuze.

De crux van het arrest, een regel van algemene strekking, is de *omkering van stelplicht en bewijslast ten aanzien van het onredelijk bezwarend zijn van het beding in kwestie* (ov. 3.4,

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

midden). Hetgeen doet denken aan het wettelijk vermoeden van art. 6:237 BW, (vgl. voor het onderhavige beding de onderdelen *j* en *k*, de zgn. grijze lijst). Ook zonder anticipatie kon de HR echter daartoe besluiten, naar geldend recht. Het is immers al eerder vertoond dat stelplicht en bewijslast omgekeerd werden, vgl. voor de wanprestatie *Van Kessel - Werklust*, NJ 1974, 109 nt BW (onder, § 3 nr. 7), en voor de onrechtmatige daad (produktenaansprakelijkheid) *Jumbo*-arrest, NJ 1973, 315, nt HB.

Een nadere analyse van dit arrest kan blijven rusten, nu de hoge raad korte tijd later zich andermaal over deze materie uitgesproken heeft. Hetgeen Hondius de uitspraak ontlokte, naar aanleiding van de commentaren op het vorige arrest: 'Zelden zullen alle geleerde beschouwingen van een arrest zo spoedig naar de prullemand zijn verwezen als nu het geval is'; waarbij schr. kennelijk veronderstelt dat die beschouwingen zich nog niet op die plaats bevonden. Het ronde archief blijkt ook in de rechtswetenschap onmisbaar. Wat is het geval in *Hooijen - Tilburgsche Hypotheekbank*?

Hooijen heeft zaken gedaan met de Tilburgsche Hypotheekbank voor deze in déconfiture raakte en geruime tijd voorpaginanieuws in de landelijke pers werd. Hierbij is niet duidelijk geworden of hij als particulier of bedrijfsmatig optrad, hetgeen voor de onderhavige problematiek door de HR van belang geacht wordt, zoals wij zullen zien. Op 27 juni 1979 sloot Hooijen met de bank een overeenkomst van hypothecaire geldlening à *f* 445.000,-; de toepasselijke algemene voorwaarden hielden in art. 4 een verbod van compensatie van vorderingen in. Op 2 juli 1982 verklaarde Rb. Breda de Tilburgsche te verkeren in een toestand welke in het belang van de schuldeisers bijzondere voorziening behoeft als bedoeld in art. 32 Wet Toezicht Kredietwezen, en korte tijd later wordt het faillissement uitgesproken. Nu had Hooijen pandbrieven in bezit gekregen, naar gesteld wordt vòòr 2 juli 1982, uit hoofde waarvan hij een vordering op de bank heeft van *f* 443.000,-. Een faillissement is zoals bekend geen vetpot - in eerste instantie werd *f* 450 miljoen uitgekeerd aan crediteuren ten bedrage van *f* 750 miljoen - en om die dans te ontspringen beroept Hooijen zich op compensatie, waardoor zijn pandbrievenvordering vrijwel weg zou vallen tegen zijn hypotheekschuld. De bank en degenen die zich over haar ontfermen, vinden dit niet zo'n goed idee, sterker nog, verwerpen de mogelijkheid van compensatie met een beroep op art. 4 van de voorwaarden. Men moet hierbij bedenken dat de term 'pandbrief' misleidend is, aangezien van geen zakelijk recht sprake is; het is een obligatie aan toonder die de eigenaar slechts een persoonlijk recht verschaft en tot gewoon concurrent schuldeiser in faillissement maakt.

In de procedure die volgt beroept Hooijen zich zowel op de bepalingen inzake compensatie van de Faillissementswet, artt. 53 en 235 Fw, als op de figuur van een met de goede trouw strijdig beroep op art. 4 van het reglement. Gezien deze samenhang, is het goed om eerst de hoofdlijnen van de wettelijke regeling te schetsen. Art. 53 Fw stelt uitdrukkelijk dat bij faillissement het recht op compensatie of schuldvergelijking in stand blijft. De crediteur wordt zelfs te hulp gekomen in geval de vordering nog niet opeisbaar was, of het bedrag nog niet vaststond, artt. 130, 131 Fw. Wel worden enkele eisen gesteld om misbruik van dit recht te voorkomen: de vorderingen moeten ontstaan zijn voor de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen voor dat tijdstip met de gefailleerde verricht. Verder bepaalt art. 54 dat indien men een vordering of schuld van een ander heeft overgenomen, geen beroep op compensatie toegelaten is indien men daarbij niet te goeder trouw heeft gehandeld, dat wil zeggen dat men handelde met de bedoeling zich met het oog op het komende faillissement te bevoordelen. Die overneming moet in ieder geval voor de faillietverklaring plaatsgevonden hebben, art. 54 lid 2. Bovendien bepaalt art. 55 in geval van schuldvorderingen aan order of toonder, dat degenen die zich op compensatie wil beroepen moet bewijzen dat hij op het moment van de faillietverklaring te goeder trouw eigenaar van die vordering was. Deze omkering van de bewijslast zou dus ook voor de eigenaar van een pandbrief gelden. Laten wij nu zien welke rol deze wettelijke regeling in de procedure speelt. De HR overweegt:

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

‘Voor zover thans nog van belang heeft Hooijen zijn voormelde vordering gebaseerd op twee grondslagen die als volgt kunnen worden samengevat:

a. De art. 53 en 234 Fw staan in de weg aan een beroep op een contractuele uitsluiting van compensatie na faillissement onderscheidenlijk surséance van betaling, althans is dit zo als niet uitdrukkelijk anders is overeengekomen.

b. Een beroep op de uitsluiting van compensatie is in de gegeven omstandigheden in strijd met de goede trouw.

Het hof heeft de beide grondslagen onderzocht en onvoldoende bevonden. Het eerste middel komt op tegen ‘s hofs beslissing ter zake van de eerste grondslag, het tweede middel tegen ‘s hofs beslissing ter zake van de tweede grondslag.

(3.2) Het eerste middel faalt. De artt. 53 en 234 Fw, die de mogelijkheid van compensatie in geval van faillissement, onderscheidenlijk surséance van betaling ten opzichte van de regels van het gemene recht verruimen, hebben niet mede tot strekking af te doen aan een contractuele uitsluiting van compensatie, ook niet in die zin dat een dergelijk beding na het faillissement, onderscheidenlijk de surséance slechts kan worden ingeroepen als dit uitdrukkelijk is overeengekomen.

(3.3) Bij de behandeling van het tweede middel moet het volgende worden vooropgesteld. *Het antwoord op de vraag of een beroep op een beding in een overeenkomst in strijd is met de goede trouw hangt af van de waardering van tal van omstandigheden, zoals de omstandigheden dat het gaat om een beding in algemene voorwaarden, de aard en overige inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de wederzijdse kenbare belangen van partijen en hun maatschappelijke positie en onderlinge verhouding en de wijze waarop het beding deel van de overeenkomst is geworden.*

Deze omstandigheden dienen in beginsel te worden gesteld en, zo nodig, bewezen door degene die aan een beroep op een beding tegenwerpt dat dit beroep in strijd komt met de goede trouw (I). Een dergelijk verweer kan echter meebrengen dat in de concrete omstandigheden van het geval aangenomen moet worden dat het beroep in strijd komt met de goede trouw tenzij degene die zich op het beding beroept, omstandigheden stelt en, zo nodig, bewijst, die dit anders maken (II). Tevens kan het zich, in het bijzonder bij een beding in algemene voorwaarden, voordoen dat het gaat om omstandigheden die zozeer de inhoud van het beding zelf raken dat dit beding geheel of ten dele als onredelijk bezwarend beschouwd moet worden en een beroep op dat beding om die reden in strijd met de goede trouw komt (III). Een en ander komt tot uiting in HR 25 april 1986 NJ 1986, 714.

Aan het middel, zoals dit bij pleidooi is toegelicht, ligt de gedachte ten grondslag dat de omstandigheden waarvan in het bijzonder in het vierde onderdeel wordt betoogd dat zij in de feitelijke instanties zijn aangevoerd, voldoende zijn om bij een juiste rechtsopvatting omtrent de werking van de goede trouw, zoals deze boven is weergegeven, tot een andere uitkomst dan die van het hof te kunnen leiden. Deze omstandigheden komen, kort samengevat, hierop neer:

a. dat het hier gaat om een beding in algemene voorwaarden, dat van toepassing is verklaard door een verwijzing in de voormelde akte van 27 juni 1979 en dat Hooijen toen niet kende;

b. dat voor Hooijen niet voorzienbaar was dat de Tilburgsche in moeilijkheden zou komen;

c. dat de Tilburgsche zich door eigen wanbeleid in de positie heeft gebracht dat zij haar verplichtingen niet kan voldoen;

d. dat de Tilburgsche ten gevolge van dit wanbeleid het vertrouwen dat een pandbrieffnemer in het algemeen in een Nederlandsche bank stelt, niet waardig was;

e. dat de Tilburgsche reeds bij de uitgifte van de pandbrieven wist of had kunnen weten dat deze niet ‘gedekt’ waren op de wijze die haar statuten voorschreven en dat de emissie van nieuwe pandbrieven als de onderhavige naderhand volstrekt onverantwoord geoordeeld is;

f. dat de Tilburgsche ten onrechte haar fiasco’s niet verwerkte in de jaarcijfers en aldus haar laakbaar handelen verdoezelde.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

Uit deze omstandigheden kan evenwel, ook als zij in onderling verband en in het licht van hun uitwerking in de gedingstukken worden gezien, niet worden afgeleid dat het beroep op het onderhavige beding van de zijde van de Tilburgsche in strijd met de goede trouw komt. Daarbij is in het bijzonder van belang dat Hooijen geen omstandigheden heeft gesteld die licht kunnen werpen op een aantal punten die voor de beoordeling van een eventuele strijdigheid met de goede trouw van een beroep op een beding als het onderhavige van wezenlijk belang zijn. Zo kan uit Hooijens stellingen niets worden afgeleid ter zake van de vraag met het oog op welk particulier of bedrijfsmatig belang hij de hypothecaire geldlening sloot, onderscheidenlijk zich de pandbrieven aanschafte, noch omtrent de mate van zijn eventuele ondeskundigheid met betrekking tot dergelijke transacties in vergelijking met de Tilburgsche. Voorts kan uit zijn stellingen niets concreets worden opgemaakt omtrent de wijze waarop en de omstandigheden waaronder hij de bovenbedoelde pandbrieven heeft verkregen, terwijl hij omtrent het tijdstip van de verkrijging slechts heeft gesteld dat deze vóór 2 juli 1982, de dag van de uitspraak krachtens art. 32 Wet Toezicht Kredietwezen, heeft plaatsgevonden. Tenslotte is uit de stellingen van Hooijen evenmin iets af te leiden omtrent het tijdstip en de wijze waarop de vorderingen uit de pandbrieven opeisbaar zijn geworden.

(3.4) Het voorgaande brengt mee dat het middel niet kan slagen. *Daarbij verdient nog opmerking dat te dezen geen doorslaggevende betekenis toekomt aan de plaatsing van bedingen als het onderhavige op de lijst van bedingen die worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn, vervat in art. 6.5.2A.4, zoals voorgesteld in wetsontwerp 16 983 betreffende algemene voorwaarden, met name onder g.* Daargelaten dat Hooijen niet heeft aangevoerd buiten beroep of het bedrijf te hebben gehandeld, kan immers de vraag of een beding onredelijk bezwarend is en een beroep op dit beding derhalve in strijd met de goede trouw komt, naar huidig recht niet los van omstandigheden als hierboven onder 3.3, eerste alinea, vermeld worden beantwoord, ook niet in die voege dat, ongeacht die omstandigheden, een vermoeden als in dat artikel bedoeld wordt aanvaard.

(3.5) Het voorgaande brengt mee dat de motivering van 's hofs arrest onbesproken kan blijven.' (mijn curs.).

Bij een analyse van dit arrest wil ik eerst op het geval in concreto ingaan, en de algemene aspecten van toetsing van standaardvoorwaarden daarna bespreken. De omstandigheden die de hoge raad van doorslaggevende betekenis vindt voor het beantwoorden van de vraag of het beroep van de Tilburgsche op art. 4 van de voorwaarden in strijd met de goede trouw is - die na de algemene bewoordingen van ov. 3.3 1e alinea, nader omschreven worden in de laatste alinea van die overweging - zijn pas naar waarde te schatten indien men het faillissementsrecht op dit punt in het achterhoofd heeft. Vandaar de excursie van zoëven op dit terrein. Hooijen voert aan dat de bank niet te goeder trouw is in haar beroep op het litigieuze beding (litis = rechtsgeding), maar de vraag laat zich evenzeer stellen, in de ogen van de raad, of Hooijen zelf wel te goeder trouw gehandeld heeft. 'Ye who comes to equity must have clean hands', zegt het engelse recht, en het was allerminst duidelijk of eiser zelf schone handen had. Wonend in de regio Tilburg had hij immers voorwetenschap kunnen hebben van de malversaties bij de bank (er werd grof in onroerend goed gespeculeerd, hetgeen misliep) en de bui kunnen zien hangen en zich een hypotheek hebben laten aanmeten om een tegenschuld voor zijn vordering op grond van de pandbrieven te verkrijgen (vgl. in die zin Hondius, t.a.p.).

Ook is denkbaar, dat hij tegen een zacht prijsje gedevalueerde pandbrieven had overgenomen om die tegen de nominale waarde te innen door middel van compensatie met zijn bestaande hypotheekschuld. Geen onbekende figuur in

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

faillissementsland.¹⁰⁶ Vandaar de interesse die de cassatierechter heeft in de omstandigheden, met name het oogmerk van Hooijen om de hypothecaire lening te sluiten en de pandbrieven aan te schaffen. Daarentoest was door eiser niets gesteld, terwijl ook informatie ontbrak over het tijdstip en de wijze waarop de pandbrieven verkregen waren. Hier tilt de raad zwaar aan, hetgeen begrijpelijk is indien men het eerder besproken stelsel van de Faillissementswet in gedachten houdt.¹⁰⁷

11. Conclusies. Regels op grond van de jurisprudentie inzake de toetsing van het beroep op een exoneratiebeding aan de hand van de goede trouw

Dan komen wij nu toe aan de problematiek van standaardvoorwaarden in het algemeen. Wij zagen dat de hoge raad met de ‘tal van omstandigheden’ - regel (ov. 3.3, 1e al.) de *Saladin* - HBU-formule in verkorte versie hanteert, net zo als in de *Gem. Smilde*-zaak het geval was. Als men goed kijkt, ziet men dat er een zinsnede aan toegevoegd is, aan het slot: ‘de wijze waarop het beding deel van de overeenkomst is geworden’. Is dat een materiële toevoeging aan de formule? Dat kan men betwijfelen, als men de eerste ‘omstandigheid’ in aanmerking neemt, ‘dat het gaat om een beding in algemene voorwaarden’; hetgeen de toevoeging toch eigenlijk al in zich had. Het is wel een verduidelijking, die overigens in casu niet van belang was.¹⁰⁸ Als men ziet hoe de hoge raad de formule vervolgens op het concrete geval toepast, kan men constateren dat geen genoegen wordt genomen met een abstracte invulling daarvan, zoals met *a t/m f* door de raad samengevat werd, die bovendien enkel de wederpartij van eiser betrof, de bank. Ter staving van het onzorgvuldig gedrag van de Tilburgsche had eiser zich overigens op het rapport van de Commissie-Rijnvos beroepen. De hoge raad acht ‘van wezenlijk belang’ dat door eiser omstandigheden gesteld worden die licht kunnen werpen op zijn handelen en positie, wil er sprake zijn van beroep op een beding in strijd met de goede trouw. Er is met andere woorden in casu niet een beding aan de orde dat zò abjeekt is dat een vermoeden van onredelijk bezwarendheid bestaat, waardoor de stelplicht (en bewijslast) omgekeerd kunnen worden, zoals in het vorige arrest beslist werd. Het feit dat dit type beding op de grijze lijst van de regeling naar Nieuw BW voorkomt, doet hieraan niet af, overweegt de raad ten overvloede (ov. 3.4). dit is ‘naar huidig

106. Vgl. reeds T.J. Dorhout Mees, *Kort begrip van het Ned. Handelsrecht*, 1953, no. 1695 v. Lezing der pleitnotities, mij welwillend ter inzage gegeven, gaf geen nadere informatie ten aanzien van dit punt.

107. Curieus is de relatie tussen het onderhavige arrest en dat van 28 juni 1985, *NJ* 1986, 192, nt G, over art. 53 Fw. Daarin ging de HR akkoord met de opvatting van het hof: ‘dat uit een vòòr het faillissement gesloten overeenkomst, de redelijkheid en billijkheid in verband met de omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, kan voortvloeien dat de uitsluiting van compensatie niet is bedoeld te gelden in geval van later uitgesproken faillissement’. Normatieve uitleg van de overeenkomst, derhalve (vgl. ook Van der Grintens noot). Bij pleidooi heeft Hooijen zich op dit arrest beroepen; het is jammer dat de HR niet zelf aangeeft waarom dat beroep niet zou opgaan.

108. De zinsnede stond wel in het arrest van het eerste uur, *Saladin* - HBU; zij staat ook in art. 6:233 BW. In dat artikel ontbreekt echter weer de frase ‘de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen’.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

recht niet los van de omstandigheden te beoordelen, zoals in de bovenvermelde formule opgesomd, zo stelt het college. Hiermee raken wij de quintessens van het arrest, dat derhalve van grotere betekenis is dan het vorige.¹⁰⁹ Ook vindt men in dit arrest ten behoeve van de leergierige lezer de zaak nog eens op een rijtje gezet, als betrof het een compendium, een overweging die ik even terzijde gelaten heb, ov. 3.3, 2e alinea. De 'tal van omstandigheden' - formule wordt van bewijsrechtelijke regels voorzien, door mij met I, II en III in de tekst aangegeven. Ik vat die regels nog eens samen:

I. Hoofregel: in beginsel dienen de omstandigheden door de adherent gesteld en zo nodig, bewezen te worden, bij verweer dat het beroep strijdig is met de goede trouw;

II. Uitzondering-1: in de concrete omstandigheden kan een vermoeden bestaan dat het beroep op het beding in strijd is met de goede trouw, tenzij degenen die zich daarop beroept (opsteller/gebruiker) omstandigheden stelt, en zo nodig bewijst, die dit anders maken (*omkering bewijslast op grond van vermoeden*);

III. Uitzondering-2: indien de omstandigheden 'zozeer de inhoud van het beding zelf raken' dat dit beding geheel of ten dele als *onredelijk bezwarend* beschouwd moet worden, is het beroep erop 'om die reden' in strijd met de goede trouw. Aan verder bewijs is dan geen behoefte (*uitleg van beding*).

Gemakshalve heb ik de regels in de context van de standaardvoorwaarden gezet; de hoge raad hanteert een algemene formule, die alleen in regel III op de algemene voorwaarden toegesneden wordt. De verwijzing van de raad hierbij naar het *Gen. Smilde*-arrest heeft al de verwondering van een commentator gewekt. In dat arrest werd zoals wij zagen regel II aanvaard, terwijl toen over regel III niet gerept werd.¹¹⁰

Het geheel overziend, moet men concluderen dat het geldend recht, zoals door de hoge raad in kaart gebracht op dit stuk, inhoudt dat de *omstandigheden van het geval* doorslaggevend zijn voor de vraag of men zich te goeder trouw op een standaardbeding kan beroepen. Die omstandigheden werden weliswaar door de hoogste rechter *getypologiseerd*, in de 'tal van omstandigheden'-formule, maar Saladin werkt op zich niet als een wonderlamp, een toverformule die uitgesproken wordt om de ban van een beding te verbreken. *Men moet de concretisering van die omstandigheden aangeven, waarbij recht gedaan moet worden aan de eisen die in de typische situatie gesteld worden.* Immers, ook de adherent kan misbruik van een beding maken, in sommige situaties. In het type geval als dat van Hooijen, compensatie bij dreigend faillissement, was de cassatierechter daarvoor beducht.

Het gevaar van het stelsel van het huidige BW is intussen hiermee geïllustreerd. Alsmen in het nieuwe recht zich als adherent op art. 6:237g BW zou kunnen beroepen, worden daarbij aan de omstandigheden die de raad in casu

109. Vgl. ook Hondius, *Kwart.Ber.NBW*, t.a.p. Hij bespreekt in zijn analyse van een terugkeer naar de *HBU*-lijn, en oppert mogelijke verklaringen voor deze zwenking, zoals de kritiek op het *Smilde*-arrest, de tegenstand tegen het wetsvoorstel Algemene Voorwaarden. Hondius vraagt zich af of hier van *retrociperen* sprake is, in plaats van anticiperen.

110. Hieronder wordt nog nader op de algemene aspecten van het *Tilburgsche*-arrest ingegaan, bij de bespreking van de exoneratieclausules, § 2.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

van zo'n groot belang achtte, geen betekenis toegekend. In de literatuur was daartegen al protest aangetekend.¹¹¹ Naar Duits recht, waar het onderhavige beding in het AGB-Gesetz opgenomen werd, zou het beding in consumententransacties ongeldig zijn, terwijl het Bundesgerichtshof hetzelfde aanvaard heeft voor commerciële overeenkomsten.¹¹² Dit wordt door Hondius ter navolging aanbevolen, maar is dit niet van dik hout zaagt men planken? Men verwacht van de wetgever toch wel enige nuancering, zeker als die in andere wetgeving al voor handen is, zoals met de Faillissementswet (uit 1893) het geval is. In dat stelsel wordt de bewijslast omgekeerd, ten nadele van degenen die zich op compensatie beroept. Met de oplossing van het ene probleem, creëert men een ander probleem. Al met al is het zeer de vraag of het nieuwe stelsel meer rechtszekerheid biedt dan het oude. Bij de bespreking van de wettelijke regeling zullen wij op dit aspect terugkomen (onder, nr 13 v.).

12. De rechterlijke toetsing aan de hand van algemene leerstukken, uitleg bijvoorbeeld

Hierboven kwam in inhoudelijke controle van de rechter op de standaardvoorwaarden aan de orde, waarbij gebruik gemaakt wordt van de *Saladin - HBU* formule, de vraag of een beroep op de contractvoorwaarde in strijd met de goede trouw is. Dat is echter lang niet het enige middel dat de rechter ten dienste staat; de jurisprudentie laat een scala van rechtsfiguren zien die de inventieve rechter te baat genomen heeft om onereuze bedingen terzijde te stellen. Het voert te ver om deze alle de revue te laten passeren, ik verwijs daarvoor naar de vakliteratuur. Grosso modo hanteert de rechter de volgende hulpmiddelen: de uitleg van het beding in kwestie, het leerstuk van de goede zeden, en in meer recente tijd dat van misbruik van omstandigheden. Bij de behandeling van de exoneratieclausules (§ 2) komen deze onderwerpen nog aan de orde; op deze plaats wil ik enkel de figuur van de uitleg kort bespreken, aangezien daarover in de literatuur over standaardvoorwaarden een schrijnend wanbegrip bestaat. Daarbij beperk ik mij tot het werk van een gezaghebbend auteur als Hondius.

Als men bij de losbladige bundel *Contractenrecht* te rade gaat (*VII* (Hondius), nr 180 v.) bemerkt men dat de juist ook op dit terrein ontwikkelde normatieve uitleg, of 'uitleg te goeder trouw', 'redelijke uitleg', in de terminologie van de rechter, niet eens genoemd wordt, laat staan behandeld. Het verst in de richting komt de 'objektieve uitleg' die door enkele auteurs verdedigd werd (nr 183). Een standaardarrest als *Rederij Koppe* alias *polisbeding* (*NJ* 1950, 72), vindt men slechts onder het kopje 'uitleg overeenkomstig in de praktijk gegeven interpretatie' (nr 184), ontdaan van alle normatieve strekking. De uitlegarresten van de hoge raad uit de laatste jaren, waaruit het aanvaarden van de normatieve methode van uitleg zonneklaar blijkt¹¹³, ontbreken in het overzicht van Hondius. Wellicht omdat zij over gewone overeenkomsten en niet over standaardcontracten gaan? Dat is slechts ten dele waar; van

111. Vgl. o.a. J. Spier, *Kwart.Ber.NBW* 1985, p. 7; idem, 1984, p. 129 v.

112. Vgl. Hondius, t.a.p. (nt 101), sub 7.

113. Zie boven, Hfdst. 2, en mijn noot in *AA* 1986, p. 379, *Van den Berg - Brouwer en Kluit c.s. - B en W Supermarkten*. En verder nog, uit onverdachte hoek, P. Clausing, *Kwart.Ber.NBW* 1986, p. 59 (recensie *Verbint.in ontw.*). Vgl. ook het in nt 99 genoemde arrest.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

meer belang is echter, dat wanneer de jurisprudentie voor de gewone, op vrije onderhandeling gebaseerde overeenkomst de normatieve uitleg aanvaardt, dit a fortiori het geval moet zijn bij standaardcontracten, waar per definitieve de wil van partijen en subjectieve bedoelingen een ondergeschikte rol spelen. Nog onbegrijpelijker is het, dat het arrest *Ram - Matser* (NJ 1978, 125) in het overzicht ontbreekt, waarin de raad de *contra proferentem*-regel aanvaardt, uitleg van het beding ten nadele van de opsteller (nr 206). Ook vindt men ten onrechte vermeld dat uitlegvragen in cassatie niet toetsbaar zijn (nr 226); de hoge raad is begin jaren tachtig omgegaan, geheel in de lijn van normatieve uitleg.¹¹⁴ Het jongste supplement is van april 1986. Hoe komt het dat Hondius hier zo'n slechte leidsman is inzake doctrine en jurisprudentie op dit terrein?

Als men het spoor terugvolgt naar Hondius NJV-pre-advies uit 1979 en zijn dissertatie uit 1978, wordt de reden duidelijk: hij is een fervente aanhanger van de historisch-psychologische methode van uitleg. Nu wordt het uitleg-vraagstuk, van zo'n belang voor dit onderwerp, in dit omvangrijke proefschrift niet als zodanig aan de orde gesteld. Men moet schrijvers mening bij elkaar sprokkelen; het beeld dat zo ontstaat, is de visie van Houwing in zijn noot onder *Rederij Koppe*, te parafaseren als het dragen van Koppekleppen.¹¹⁵ Uitleg betreft in die opvatting de subjectieve bedoeling van partijen zoals deze feitelijk vast te stellen is; aan duidelijke woorden mag niet getornd worden; 'onder de mom van uitlegging' mag men een duidelijke contractsbepaling niet wijzigen, hoogstens als gelegenheidsoplossing als de hoogste rechter of de wetgever verstek hebben laten gaan bij het geven van regels op dit gebied. Het is beter om, met Meijers, het 'open vizier' van het gebruik van de billijkheid te volgen dan de sluipteg van de uitleg.¹¹⁶ De 'objektieve uitleg' zoals voor standaardvoorwaarden verdedigd kan er in de ogen van Hondius nog net mee door, vermoedelijk omdat de gelijkenis met wetsuitleg zo groot is. Overigens vinden voor Hondius uitlegregels hun kracht in hun 'eenvoudige toepasbaarheid', zonder uitzonderingen.¹¹⁷ Geen wonder dat schr. niet met *Rederij Koppe* uit de voeten kan, waar immers sprake was van een, indien letterlijk genomen, superduidelijk beding: 'geen premie, geen uitkering'. Een kind kan toch de was doen? Het feit dat de hoge raad hier van 'redelijke uitleg' spreekt, vermag kennelijk hieraan niet af te doen (vgl. in dit verband de 'redelijke wetsuitleg' waarvan de raad de laatste decennia in een aantal standaardarresten spreekt; in dat licht is er weinig reden om Zeylemakers gelijkstelling van de uitleg van standaardvoorwaarden en wetsuitleg te verwerpen, zoals Hondius doet, p. 595).

Gezien de invloed die Hondius op de wetgeving inzake algemene voorwaarden gehad heeft, leek het mij goed om zijn geloofsbrieven te belichten. Als men de uitleg, zoals door de rechter gehanteerd, slechts als uitlegfoefje ziet, voor een goed doel gedaan, wordt de noodzaak van een ingrijpen door de wetgever duidelijk. Duidelijk ook Leidse School.

114. Vgl. de in de vorige noot genoemde literatuur.

115. Vgl. boven, Hfdst. 2, § 2, nr 5, en mijn eerder genoemde *NJB*-artikel, boven, nr 3, nt 16.

116. Hondius, diss., pp. 453, 518, 529 v.; *Preadv. NJV*, p. 21 (vgl. ook mijn bijdrage aan debat NJV).

117. Diss., p. 596. Hondius was voorstander van het opnemen van enkele uitlegartikelen in het Nieuw BW, vgl. pp. 586, 596, zoals te verwachten, niet in normatieve trant. Voor een voorstel in de laatste zin, zie reeds mijn *AA*-noot 1986, p. 379, en uitvoerig boven Hfdst. 2, § 2, nr 10, in fine.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

D. RECHTERLIJKE CONTROLE OP STANDAARDVOORWAARDEN NAAR HUIDIG BW

13. *De wettelijke Algemene voorwaarden-regeling. Voorgeschiedenis, opzet, kernpunten*

De wetsgeschiedenis van art. 6:231 v. BW is een bewogen historie. Van het Wetsontwerp Algemene Voorwaarden, dat de afdeling 6.5.2A NBW vormde, werd na een jarenlange behandeling in de Tweede Kamer verwacht dat dit onderwerp in de Eerste Kamer op forse tegenstand zou stuiten. De onvrede van het bedrijfsleven met de nieuwe wetgeving was in de parlementaire wandelgangen, en ver daarbuiten, te horen. Een afwijzing door de Senaat zat in de lucht. Hoe verraderlijk het is om over 'het bedrijfsleven' te spreken blijkt ook hier weer: mede dankzij het lobbyen uit kringen van het midden- en kleinbedrijf werd het voorstel tot verrassing van velen voorjaar 1987 aanvaard. De wetgever heeft echter nog vele problemen rond dit ontwerp voor zich uitgeschoven. Men kan het parlement in ieder geval niet verwijten dat het zich met een Jantje van Leiden ervan afgemaakt heeft, zoals in het verleden gebeurde.¹¹⁸

Wij zagen dat de hoge raad in die periode druk doende was om de regels van geldend recht te verduidelijken en de grenzen met het nieuwe recht aan te geven.

De nieuwe regeling heeft inmiddels al een vrij lange voorgeschiedenis. Aanvankelijk als 'voortrein' van het Nieuw BW in 1974 aangekondigd, leidde dit via een voorontwerp in 1980 tot het Wetsontwerp Algemene Voorwaarden dat in 1981 bij de Tweede Kamer werd ingediend. Bij nader inzien werd deze materie toch weer bij Boek 6 ingelijfd, aangezien invoering daarvan op til was; 1984 werd echter niet gehaald en de datum werd op 1985, en vervolgens op 1986 gesteld. Vanaf het begin klonken er kritische geluiden, vooral vanuit het bedrijfsleven. De strekking daarvan was dat de nieuwe regeling te gedetailleerd, te gecompliceerd, noodzakelijk noch gewenst was.¹¹⁹ Na een uitvoerige behandeling werd zij mei 1985 in de Tweede Kamer aanvaard, waarbij van de ongeveer 50 ingediende amendementen (!) er 4 door de Kamer overgenomen werden. Door de wijzigingen ontstonden er weer nieuwe onduidelijkheden en onzekerheden. De regeling was door de Commissie-Van der Grinten (inzake deregulering) in 1983 verworpen.¹²⁰ De kritiek op die versie, zoals tenslotte door de Eerste Kamer aanvaard, is nog enkele jaren voortgezet.

Door de wetgever wordt beoogd de rechterlijke controle op de inhoud van standaardvoorwaarden te versterken, rechtszekerheid te bieden met betrekking tot de toepasselijkheid en de ongeoorloofdheid van die voorwaarden, en tenslotte het overleg tussen de betrokken groeperingen (opstellers en adherenten) te stimuleren. De toetsing door de rechter werd vorm gegeven door een open norm in *Saladin - HBU* stijl, art. 6:233a, terwijl bij consumenten de norm ingevuld

118. Zie mijn artikel *Waar doet het pijn? De invoeringspijn van het Nieuw BW: oorzaken, verschijnselen en remedies*, *Advoc.blad* 1987, p. 125. Ook opgenomen in *Dialektiek R. en R., Deel 1c*, 1988, p. 39.

119. Vgl. onder meer Marianne Göbbels, *AA* 1982, p. 217, op p. 226, die daarbij verwijst naar de kritiek van Van de Sande Bakhuijzen en Van der Werf; H.C.J. Cavadino, *BR* 1982, p. 382 v.; vgl. voor latere kritiek, onder meer van J. Spier, nog onder.

120. Commissie Deregulering i.v.m. de Economische Ontwikkeling. Zie TK, zitting 1982-1983, 17 931, nr 5.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

wordt in de 'zwarte lijst' (beding zonder meer vernietigbaar geacht), art. 236 en in de 'grijze lijst' (vermoeden van vernietigbaarheid met omkering van bewijslast), art. 237.

In art. 6:235 BW wordt bepaald wie er een beroep op de vernietigingsgronden kan doen, onder meer de 'grote bedrijven' worden uitgezonderd. In de artikelen die volgen wordt de zgn. abstracte toetsing geregeld, waarbij belangenorganisaties (zoals de Consumentenbond) onereuze bedingen kunnen aanvechten; tevoren dient overleg gevoerd te zijn met de opsteller om te trachten wijziging van het beding in kwestie te bereiken. Het Hof Den Haag is in deze bevoegd. Men zie verder de artt. 6:238 - 246, en onder, nr 14.

Men dient in het oog te houden dat het BW ook een bepaling kent inzake de 'standaardregeling', art. 6:214 BW, dat vergezeld gaat van de Wet commissies standaardregelingen (1985). Beoogd wordt om standaardclausules in het leven te roepen die van toepassing zouden zijn op alle overeenkomsten van een bepaald type. Aan deze figuur is in de literatuur nog betrekkelijk weinig aandacht gegeven.¹²¹ Zij werd nog niet in de praktijk toegepast; door critici werd indertijd voorspeld dat het een dode letter zou blijven, gezien de (povere) ervaring in het buitenland.¹²²

In de kritiek die geuit is op de regeling van Afd. 3 van Titel 5 in haar laatste en haar voorlaatste versie, ging het behalve om een groot aantal technische zaken en tekstuele onduidelijkheden in hoofdlijnen om de vraag naar de verhouding tussen de nieuwe regeling en de algemene regels van contractenrecht. Bijvoorbeeld bij de afpaling van de 'kernbedingen' van art. 6:231 en de grens tussen de open norm van art. 6:233 en andere open normen in Boek 6. Verder worden vraagtekens gezet bij de in het vooruitzicht gestelde rechtszekerheid, waarover op een aantal punten nu al gerede twijfel bestaat; de ervaring in het buitenland, met name Duitsland, met het nieuwe stelsel opgedaan, stemmen op dit punt tot zorg. Ook wordt gesignaleerd dat het de vraag is of (semi-)overheidslichamen bereid zouden zijn hun voorwaarden op de nieuwe leest te schoeien. Men zie voor die kritiek vooral J. Spier, *Kw.Ber.NBW* 1984, p. 129; 1985, p. 6; *De Praktijkids* 1985, p. 513.

Wat de ontwikkelingen in Duitsland betreft nog het volgende. Het AGB-Gesetz (1976) heeft tot 'een ware jurisprudentie-vloedgolf' geleid (in de woorden van Overeem, *Tijdschr.v.Consun.r.* 1986, p. 98), en wat de literatuur betreft kan hetzelfde opgemerkt worden. De eerste evaluaties van de nieuwe wetgeving zijn gekomen en waren niet erg gunstig. H.J. Bunte bijvoorbeeld (*Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz, Eine Zwischenbilanz nach 4 Jahren, Archiv.Civ.Praxis* 1981, p. 31) signaleert dat de algemene voorwaarden op grote schaal nog niet aangepast zijn aan de nieuwe wet, en waar dat wel het geval is vaak sprake is van onduidelijkheid of zelfs strijd met de wet. Zijn analyse, waarom het bedrijfsleven zo'n afwachtende houding heeft aangenomen is ook voor de nederlandse situatie van belang. Ook de defekten van de nieuwe wetgeving die Bunte (en vele andere auteurs) beschrijft, stemmen tot nadenken. Tot de problemen behoren onder meer de aansluiting van het nieuwe recht op de bestaande jurisprudentieregels, die in het duitse recht sterk ontwikkeld waren; het probleem van gedeeltelijke nietigheid van een clausule; de zgn. 'salvatorische Klauseln', en nog veel meer.

121. Vgl. J.A.M. van Heijningen, *De standaardregeling een novum in het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, WPNR 5741 (1985); G.J. Rijken, *Wet commissies standaardregelingen*, *Kwart. Ber. NBW*, 1986, p. 6.

122. Zie recentelijk voor dit onderwerp: M.B.M. Loos, *Toekomst voor de standaardregeling?*, in: *Consument zonder grenzen*, Van Delft-Baas-Bundel, *Serie Consument en recht* nr 16, Deventer, 1996, p. 83.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

Men zie voor deze problematiek verder nog: P. Ulmer, *Erfahrungen mit dem AGB-gesetz, Betriebsberater* 1982, p. 584; Hans Baumann, *Salvatorische Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, *NJW* 1978, p. 1953; Hein Kötz, *Zur Teilwirksamkeit von AGB-Klauseln*, *NJW* 1979, p. 785. In 1987 vond in Bonn een seminar 'Zehn Jahre AGB-Gesetz' plaats, waaraan vele deskundigen deelnamen (o.a. Ulmer), en waarbij ook de kritiek uit het bedrijfsleven belicht werd (de wet als 'Sand im Getriebe unternehmerischen Handelns'). Zie: H.J. Bunte, *Zehn Jahre AGB-Gesetz, Rückblick und Ausblick*, *NJW* 1987, p.921; *10 Jahre AGB-Gesetz -ein Gewinn an Rechtssicherheit?*, *JA* 1988, p.311. Vgl. verder de naslagwerken, bijv. Wolf, Horn en Lindacher, *AGB-Gesetz. Kommentar*, 3e dr. 1994, München, 2110 pp. (!); alleen al de behandeling van de rechtspraak inzake toetsing aan de open norm (§ 9 AGB) beslaat 600 pp.).

De laatste jaren is in ons land veel aandacht geschonken aan de ontwikkelingen op dit gebied in Duitsland, ons voorland (en voorbeeld?); in de vorige druk werd al verwezen naar R.H.C. Jongeneel, *De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz*, diss. VU Amsterdam 1991, Deventer (het AGB-Gesetz is als bijlage opgenomen); zie verder nog L.J.H. Mölenberg en G.J. Rijken, *De ervaringen van de Duitse consumentenorganisaties met het AGB-Gesetz*, SWOKA-raport 1991; L.J.H. Mölenberg, *Het collectief actierecht voor consumentenorganisaties op het terrein van de algemene voorwaarden*, diss. Maastricht 1995, Arnhem, pp. 345-563; C.A. Joustra, *De internationale consumentenovereenkomst*, diss. Utrecht, Deventer 1997, p. 381 v.; Kötz, *Europäisches Vertragsrecht I*, p. 209 v.

Enkele kernpunten uit de Algemene voorwaarden-regeling van art. 6:231 v. BW
Het voert te ver om de wettelijke algemene voorwaarden-regeling geheel uit de doeken te doen; een beknopte handleiding als die van Wessels en Jongeneel heeft daar ruim 300 blz. voor nodig.¹²³ Ik beperk mij derhalve tot enkele kernpunten, die voor een goed begrip van belang zijn en waarvan te verwachten is dat daar de verdere ontwikkeling zal plaatsvinden in doctrine en rechtspraak, met verwijzing voor het overige naar de uitbundige literatuur op dit gebied. Zoals altijd, is het verband met de algemene leerstukken contractenrecht hier van belang; het gevaar van een specialisme dat alleen voor consumentenrechtbeoefenaren te volgen is ligt op de loer. Dat geldt ook voor de EEG-richtlijn 1993/13 inzake oneerlijke bedingen, die onze wetgever tot voor kort buiten de deur trachtte te houden, maar die via de figuur van richtlijn-conforme uitleg toch op het bord van de rechter ligt, en dus ook op dat van de jurist. Wij kwamen die problematiek hierboven al tegen bij de uitleg, met name de toepassing van de *contra proferentem*-regel die de richtlijn voorschrijft (art. 5) maar waarvan onze hoge raad niets wilde weten, nou ja, als 'algemeen gezichtspunt' dan (boven, Hfdst. 2, § 2, nr 16). Dat laatste maakt dit onderwerp weer wat spannender dan wanneer het uitsluitend klompensdandend behandeld zou worden, naar onze eigen hollandse normen en gewoonten.

Hieronder wordt een instructief voorbeeld gegeven van rechterlijke toetsing van een beding op het onredelijk bezwarend karakter ervan, in het kader van art. 6:240 BW ('abstrakte toetsing'): de procedure van de Consumentenbond tegen de Nutsbedrijven (1997), vgl. nr 14. Daarbij komt veel terug van hetgeen hier kort besproken wordt. Bij de hier volgende behandeling van kernpunten wordt ervan uitgegaan dat de lezer met het systeem en de inhoud van de afdeling van

123. B. Wessels en R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, 3e dr. 1997, Deventer, 318 pp.; de vorige druk, van 1992, besloeg nog maar 231 pp., een illustratie van het tempo van de ontwikkelingen op dit terrein. Vgl. ook Asser-Hartkamp II, nr 342 v., waar 42 blz. aan dit onderwerp gewijd worden; Hijma, *Algemene Voorwaarden*, Mon. NBW B55, 1997.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

art. 6:231 v. BW vertrouwd is. Lezen dus, die wet ! (dit even voor de Rotterdammers: tolle, lege).

Het eerste punt dat om aandacht vraagt is de relatie tussen de zogenaamde ‘open norm’ van art. 6:233a BW (in het vervolg laat ik de toevoeging van Boek 6 gemakshalve weg) en de andere ‘open normen’ van het contractenrecht, in het bijzonder art. 248 (de uitwerking van het algemene art. 2 voor het gehele verbintenissenrecht); verder worden ook wel de figuren van rechtsverwerking en veranderde omstandigheden (art. 258 BW) genoemd. Er is heel wat over deze kwestie heen en weer gepraat: wat de parlementaire geschiedenis zegt, wat de verschillen precies zijn, en of dat in de praktijk wat zal uitmaken (neen dus).¹²⁴ In het voetspoor van de wetgever ziet men vrij algemeen art. 233a als *lex specialis* van het goede trouwartikel 248, maar dat wil nu ook weer niet zeggen dat in het kader van algemene voorwaarden-toetsing geen beroep op het beginsel van de goede trouw mogelijk zou zijn. Een voorbeeld waartoe krampachtige redeneringen kunnen leiden is het betoog van Heisterkamp, met allerlei scholastische onderscheidingen die vervolgens weer gerelativeerd worden voor de toepassing in de praktijk.¹²⁵ De hoge raad heeft bij arrest van 14 juni 2002 aan dergelijke discussies een einde gemaakt door een beroep op artikel 248 toe te staan, zoals hier door mij (in de vorige druk al) bepleit wordt.¹²⁶

Een in dit verband veel gemaakt onderscheid is de zogenaamde ‘twee fasen-toetsing’, ontleend aan Hondius en Nieuwenhuis: in de 1e fase gaat het enkel om de onredelijkheid van het beding op zich (*inhoudstoetsing*, art. 233a); in de 2e fase wordt getoetst of het beding in de gegeven omstandigheden (o.m. gezien het gedrag van de gebruiker) onredelijk is (*uitoefeningstoetsing*, art. 248).¹²⁷ Deze benadering met behulp van twee fasen werd elders door mij op rechtstheoretische gronden bestreden (o.m. bij de uitleg, werking goede trouw, nietigheid); ook hier zie ik er geen heil in. Op praktische gronden moeten de auteurs die het onderscheid aanhangen al vrij gauw bakzeil halen, waardoor het hele onderscheid in de lucht komt te hangen (waar scholastiek ook thuishoort).

Er is trouwens een keurig argument aan de wetstekst te ontleen: art. 233a spreekt immers van het onredelijk bezwarend zijn, gelet op ‘de overige omstandigheden van het geval’. Dit is het laatste criterium, naast: ‘de aard en overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot standgekomen en de wederzijds kenbare belangen van partijen’. Indien een beroep op onredelijkheid van een beding gedaan wordt in de uitvoeringsfase - zoals bijna altijd het geval is, want dan blijkt de onredelijkheid pas echt - is volstrekt duidelijk dat de ‘omstandigheden van het geval’ (zoals bekend ook in art. 248 lid 2 genoemd) betrekking hebben op de uitvoering van de overeenkomst en de wijze waarop het beding uitgeoefend wordt door de gebruiker. *Q.E.D.* Het is trouwens geen toeval dat bij de bespreking van art. 233a steevast naar het *Saladin* - HBU-arrest uit 1967 (en opvolgers) gewezen wordt, een arrest dat op grond van de goede trouwnorm (thans: art. 248) gewezen werd, en waar-

124. Zie o.m. Wessels en Jongeneel, nr 172 v.; Jongeneel, diss., p. 164 v.

125. A.H.T. Heisterkamp, *Vernietigbaarheid en billijkheid bij algemene voorwaarden*, in: *CJHB*, Brunner-Bundel, Deventer 1994, p. 163.

126. HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112, *Bramer – Hofman Beheer c.s.*

127. Zie Wessels en Jongeneel, nr 173 v., met verdere lit.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

bij de uitvoeringsfase in het geding was. Wij moeten gewoon niet moeilijker doen dan nodig is (hetgeen in mijn opvatting de lijfspreuk van iedere jurist zou moeten zijn).

Het belang van deze discussie is, natuurlijk, dat het leven erdoor gemakkelijker wordt. Allerlei moeizame discussies verliezen daardoor aan gewicht, zoals de vraag naar wat een ‘kernbeding’ is (zie nog onder), bedingen die van toetsing op grond van de wettelijke regeling van art. 231 v. uitgesloten zijn; wanneer precies van een ‘consument’ sprake is voor de toepassing van art. 236 en 237, de vraag of ‘grote ondernemingen’ en gebruikers een beroep op de regeling mogen doen, etc., etc. Het is een veeg teken dat in Duitsland, waar het AGB-Gesetz (verder: AGBG) al twintig jaar in werking is, de ervaring is dat in de overgrote meerderheid van gevallen de rechterlijke toetsing gebaseerd is op § 9, de open norm (door de rechter overigens ambtshalve toegepast, anders dan bij ons). De zwarte en grijze lijsten, waar zo veel om te doen is geweest, worden veel minder gebruikt.¹²⁸ Kortom, het doet er allemaal niet zo vreselijk veel toe of men gekwalificeerd is om een beroep te doen op de wettelijke toetsingsregeling, met de algemene norm van redelijkheid en billijkheid kan men ook de was doen. Anders gezegd, de wettelijke regeling heeft bepaalde voordelen, maar er is geen man overboord als men niet tot die regeling toegelaten wordt. Het thema van de zogenaamde ‘reflexwerking’ (de doorwerking van de regeling in niet-consumententransacties, vgl. nog onder), verliest hierdoor ook veel aan scherpte (en pijn voor het bedrijfsleven; de tranen waren toch al krokodillentranen, dacht ik wel eens). Het moet voor het bedrijfsleven niet zoveel uitmaken of je nu door de hond (art. 233a) of door de kat (art. 248) gebeten wordt.

Een ander punt, samenhangend met deze discussie, is of veel van de compromissen die het wetgevingsproces bij ons zo moeizaam en langdurig gemaakt hebben, met veel onlogische ingrepen als gevolg (verdeling over zwarte en grijze lijst, resp. het voorwerk van art. 233 v.) weer rijp zijn om teruggedraaid te worden, *n'en déplaise* het bedrijfsleven. En wel omdat de EEG-richtlijn inzake oneerlijke bedingen om richtlijn-conforme uitleg (zo niet wetgeving) vraagt. Daarbij is de duitse AGBG-ervaring nog belangrijker dan die op zich reeds is, om ons op gedachten te brengen, c.q. ervan af te brengen. Dat zou kunnen betekenen dat ‘grijze’ bedingen tot ‘zwarte’ *upgraded* worden, of gewoon 1e klas kunnen reizen via art. 233a (het woord ‘business class’ lijkt mij hier minder passend). Ik denk hierbij aan bepaalde exoneratiebedingen die de essentie van de prestatie raken (vgl. nog onder), waar de rechtspraak inzake AGBG heel stellig is (§ 9, open norm trouwens) of de EEG-richtlijn niet mis te verstaan. Ook algemene inzichten die bij ons gangbaar zijn kunnen naar mijn mening direct op de helling, zoals de gedachte dat in onze algemene voorwaardenregeling, conform de wil van de wetgever, geen ruimte is voor de *iustum pretium*-gedachte (de ‘juiste prijs’, het qua prijs overeenstemmen van prestaties), of dat bepaalde belangrijke verzekeringsbedingen buiten de regeling

128. Zie Mölenberg, diss., p. 549 v.; Jongeneel, diss., p. 186 v. Als verklaring wordt gegeven dat de lijsten niet van toepassing zijn op ondernemers (i.t.t. § 9 AGBG) en dat zij onderhand enige afschrikking teweegbrengen.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

vallen (hetgeen door Wansink betoogd werd).¹²⁹ Zodra de advocatuur en de rechterlijke macht op cursus geweest zijn en meer begrijpen van het duitse recht en van de doorwerking van EEG-recht in ons nationale recht kan het feest beginnen, en dan zijn de poppen aan het dansen, voorspelt deze schrijver.

Een steun daarbij, op een enkel punt, is nog het volgende. Het duitse recht (§ 2 AGBG) en de EEG-richtlijn (art. 5) kennen het zogenaamde *Transparenzgebot*: een beding moet duidelijk en begrijpelijk voor de consument zijn of het zal niet(ig) zijn.¹³⁰ Hetzelfde viel overigens te lezen in art. 1509 oud BW voor de koop, dat gesneuveld is in het hercodificatiegeweld. Deze materie kwam boven, bij de uitleg al ter sprake (vgl. Hfdst. 2, § 2, nr 16), maar kan hier in de juiste context geplaatst worden. Het lijkt mij zeer wel verdedigbaar om dit vereiste ook naar nederlands geldend recht te stellen, waardoor betogen weer wat bekort kunnen worden, bijvoorbeeld in het kader van de *contra proferentem*-regel (die in Duitsland overigens in de praktijk opgeslokt is door het *Transparenzgebot*). Dit kan namelijk op grond van de informatieplicht van art. 233b: vernietiging wanneer de gebruiker ‘aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van algemene voorwaarden kennis te nemen’. Ik weet het, het gaat hier in eerste instantie om het ter hand stellen van algemene voorwaarden dat in art. 234 uitgewerkt wordt; ik zie echter geen beletsel om bij ‘redelijke wetsuitleg’, zoals de hoge raad dat zo vaak noemt, van een voor-vereiste uit te gaan dat hetgeen men ter hand gesteld heeft *begrijpelijk* is. Anders heeft dat ter hand stellen toch geen enkele zin; dat wordt ook aangenomen voor technische zaken als de leesbaarheid (‘kleine lettertjes’), de plaatsing (achterzijde), taal, e.d. Zo niet, dan kan men algemene voorwaarden net zo goed in het russisch of chinees laten uitreiken, zonder dat af te straffen via de wettelijke regeling. In Duitsland wordt dezelfde redenering gevolgd bij de aanvaarding van het *Transparenzgebot*, namelijk als gebaseerd op de informatieplicht van § 2 AGBG; in de rechtspraak wordt overigens voor het duidelijkheidsgebod ook gebruik gemaakt van de open norm van § 9 AGBG.¹³¹

Indien een beding onduidelijk is of een wederpartij niet daarop verdacht is (verrassingselement) kan er een informatieplicht bestaan in de vorm van het de ander attent maken op die bepaling; Wessels en Jongeneel noemen dit een ‘tweede informatieplicht’ en wijzen daarbij op het arrest *Kroymans - Sun Alliance* (1996) dat bij de uitleg al ter sprake kwam (zie: Hfdst. 2, § 2, nr 17) en op lagere rechtspraak in die zin.¹³² Het doet ook denken aan een onderzoeksplicht (gecombineerd met een mededelingsplicht) die bij de uitleg aanvaard is in de rechtspraak (*Avery*-arrest, 1991): de gebruiker moet nagaan of de wederpartij

129. Vgl. J.H. Wansink, *Vbr* 1996, p. 61, besproken bij Wessels en Jongeneel, nrs 114, 333; vgl. ook, in andere zin, Jongeneel, p. 51 v., die aansluiting zoekt bij de duitse doctrine (p. 48 v.)

130. Aldus ook art. 10, lid 1a, spaanse consumentenwet, vgl. Hondius, *Eur. Rev. Private Law* (1995), p. 249.

131. Zie Jongeneel, diss. p. 136 v., met lit. en rechtspraak. De duitse benadering wordt door hem gevolgd, p. 141; aldus ook Mölenberg, diss. p. 452. Ook zgn. ‘salvatorische Klauseln’ (reddende bedingen, een beding dat luidt: ‘voor zover wettelijk toelaatbaar’, e.d.) worden in de duitse rechtspraak als onbegrijpelijk beschouwd, en dus nietig; instemmend Jongeneel, p. 141.

Het *Transparenzgebot* werd in Duitsland onlangs in de wet neergelegd, in § 307 lid 1 BGB.

132. T.a.p., nr 182.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

een voor hem mogelijk bezwarend beding begrepen heeft, en zo niet, een nadere toelichting daarop geven. Hij moet 'waakzaam' zijn, zoals a-g Ten Kate dat in het geval van de Gemeente Bunde noemde (*misverstand*-arrest, 1976). Volgens het beginsel van de goede trouw, dat de totstandkoming van de overeenkomst en de uitleg ervan beheerst, is hij immers zijn broeders hoeder. Dat was onder het oude recht al zo, en werkt door in de wettelijke regeling inzake algemene voorwaarden. Het is tekenend dat de minister bij de toelichting op de strekking van de 233a-toets het woord van Paul Scholten aangehaald heeft: 'het streven naar gerechtigheid domineert boven dat naar rechtszekerheid'.¹³³ Waarvan akte.

Voor de goede orde laat ik hier enkele belangrijke artikelen als vergelijkingsmateriaal volgen, van het AGBG en de richtlijn.

AGBG, § 9:

§ 9 Generalklausel. (1) Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner der Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder
2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur der Vertrages ergeben, so einschränkt, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

EEG-richtlijn 1993/13, oneerlijke bedingen, artt.3-5:

Artikel 3

1. Een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.
2. Een beding wordt steeds geacht niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling te zijn, wanneer het, met name in het kader van een toetredingsovereenkomst, van tevoren is opgesteld en de consument dientengevolge geen invloed op de inhoud ervan heeft kunnen hebben.

Het feit dat sommige onderdelen van een beding of een afzonderlijk beding het voorwerp zijn geweest van een afzonderlijke onderhandeling sluit de toepassing van dit artikel op de rest van een overeenkomst niet uit, indien de globale beoordeling leidt tot de conclusie dat het niettemin gaat om een toetredingsovereenkomst.

Wanneer de verkoper stelt dat een standaardbeding het voorwerp is geweest van afzonderlijke onderhandeling, dient hij dit te bewijzen.

3. De bijlage bevat een indicatieve en niet uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt.

Artikel 4

1. Onverminderd artikel 7 worden voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding van een overeenkomst alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in

133. Vgl. Mölenberg, diss. p. 190, n.a.v. het amendement-Korthals dat tot de huidige versie van art. 233a geleid heeft; de oude versie, die om technische redenen verlaten is - die overigens niet echt heeft kunnen overtuigen - lag veel dichter bij de bewoordingen van § 9 AGBG. Wat weggesneden werd, kwam terug bij art. 237b, vgl. nog onder.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

aanmerking genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft.

2. De beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen heeft geen betrekking op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, noch op de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.

Artikel 5

In het geval van overeenkomsten waarvan alle of bepaalde aan de consument voorgestelde bedingen schriftelijk zijn opgesteld, moeten deze bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. In geval van twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie. Deze uitleggingsregel is niet van toepassing in het kader van de in artikel 7, lid 2, bedoelde procedures.

Eén van de problemen die richtlijn-conforme uitleg van onze wettelijke regeling zal oproepen is het rechtsgevolg van de vaststelling dat een beding onredelijk bezwarend is, namelijk vernietigbaarheid in ons systeem, en naar de richtlijn nietigheid (evenals in de AGBG het geval is). Ook kan aangenomen worden dat de rechter naar Europese opvatting ambtshalve dient te toetsen, zoals zijn Duitse collega ingevolge AGBG doet. Intussen wordt in ons land de lagere rechter steeds minder lijdelijk op dit gebied, een verheugende ontwikkeling.¹³⁴ De vrees voor nietigheid die bij sommige schrijvers aanwezig is, wordt gevoed door achterhaalde dogmatische denkbeelden, zoals dat dan ook de gebruiker een beroep op de nietigheid zou kunnen doen (hetgeen door de goede trouw geblokkeerd wordt, zie elders, bij de bespreking van de nietigheden). Heisterkamp spant de kroon door het grote voordeel van nietigheid, namelijk dat de rechter ook in verstekzaken de gedupeerde wederpartij bijstand kan bieden, van minder gewicht te achten dan 'het handhaven van de systematiek'; de wetgever heeft nu eenmaal in zijn wijsheid voor vernietigbaarheid gekozen. Nu breekt mijn klomp, om het Gronings te zeggen: waar was de hele regeling ook weer om begonnen?

¹³⁵

Intussen heeft het Europese Hof van Justitie de ambtshalve toetsing van onredelijke voorwaarden met nadruk als vereiste gesteld in het kader van de Richtlijn oneerlijke bedingen om de doelstelling van de bescherming van de consument te kunnen realiseren, in het arrest van juni 2000 inzake *Océano Grupo Editorial*.¹³⁶ Daarmee lijkt mij de zaak beklonken, Europees recht gaat boven nationaal recht. Mijns inziens hoeft geen ingrijpen van de wetgever daaraan te pas te komen, zoals van sommige zijden wel overwogen is.

134. Men zie voor deze materie: Wessels en Jongeneel, nr 45 v.; Mölenberg, diss. p. 219; Heisterkamp, p. 165; vgl. ook Asser-Hartkamp II, nr 250. De AGBG zijn in 1996 aan de richtlijn aangepast, o.m. wordt thans bij de toetsing ex § 9 (open norm) ook met de individuele omstandigheden rekening gehouden (niet langer enkel 'generelle Auslegung'). Zie J. Schmidt-Salzer, *BB* 1995, p. 733 v.

135. De oplossing die Hartkamp voorstaat in het kader van art. 3:40 lid 2, een tussenvorm van nietigheid en vernietigbaarheid (alleen door de beschermde partij in te roepen en ambtshalve toepasbaar) vindt ook geen goed in de ogen van Heisterkamp.

136. HvJ EG 7 juni 2000, *NJ* 730; zie hierover Hondius, *WPNR* 6417 (2000), en N. Frenk, *WPNR* 6431 (2001). Zie over de rol van art. 3:40 BW hierbij, zoals bepleit door de laatste schr., onder, H 7, § 4, nr 2.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

Een onderdeel van de toetsing waarover steeds veel te doen is geweest is de uitsluiting van *kernbedingen* van de regeling van art. 6:238 lid 2, de open norm. Wat zijn ‘kernbedingen’? Alvorens in die discussie te duiken, zou ik de betrekkelijke waarde ervan voorop willen stellen: indien sprake is van een kernbeding is weliswaar de wettelijke toetsingsregeling niet daarop van toepassing, maar wel de algemene toetsing uit hoofde van de goede trouw, ex art. 248, en verwante bepalingen (zoals art. 258). Beide vormen van toetsing ontlopen elkaar niet zoveel, zagen wij reeds; men hoede zich dus voor ‘much to do about nothing’.

De wetsgeschiedenis leert dat de wetgever het begrip ingevoerd heeft om de *iustum pretium*-leer buiten de deur te houden; discussie over de hoogte van de prijs is niet aan de orde (vgl. ook art. 4 EEG-richtlijn).¹³⁷ Dat wil echter niet zeggen (wijdverbreid misverstand) dat niet het *evenwicht* tussen de prestaties beoordeeld mag worden: juist als dat evenwicht zoek is, is er doorgaans sprake van benadeling van de consument-wederpartij die onredelijk bezwarend, ‘oneerlijk’ is. De Duitse rechter spreekt bij AGBG-toetsing van het ‘Äquivalenzprinzip’, de gelijkwaardigheid van prestaties; de richtlijn in art. 3 van de ‘aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen ten nadele van de consument’. In ons stelsel komt art. 237b daar dicht bij in de buurt: het beding ‘dat de inhoud van verplichtingen van de gebruiker wezenlijk beperkt ten opzichte van hetgeen de wederpartij, mede gelet op de wettelijke regels die op de overeenkomst betrekking hebben, zonder dat beding redelijkerwijze mocht verwachten’ (in de wet is sprake, zo is het uitgangspunt, van een redelijke afweging van de prestaties van partijen). Dit dient niet verward te worden met het (‘grijze’) exoneratieverbod van art. 237f, voor gehele of gedeeltelijke vrijtekening, al zal dit in de praktijk wel in elkaar overlopen (aldus de Duitse ervaring).

Terug naar de omschrijving van een ‘kernbeding’ in het stelsel van de wet. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het gaat om de ‘essentialia’ of essentiële verplichtingen van partijen in verband met de aard van de overeenkomst, zoals prijs, hoeveelheid/kwaliteit van goederen bij koop, het vervoersmiddel bij een reisovereenkomst, de dekking bij een verzekeringsovereenkomst, e.d. Het gaat om de essentialia zonder welke een overeenkomst bij gebreke van onvoldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen niet tot stand komt, luidt een vuistregel. In ieder geval moeten kernbedingen zo beperkt mogelijk worden opgevat; indien het beding voorkomt op de lijsten van de artt. 236 en 237 is er in ieder geval geen sprake van een kernbeding, waarmee een exoneratiebeding al direct uit de boot valt (zie immers art. 237f).¹³⁸ In het Duitse recht spreekt men van ‘Leistungsbeschreibungen’ en ‘Preisregelungen’, hetgeen Jongeneel brengt tot de omschrijving voor ons recht: ‘kernbeding = essentialia + prijs’ (p. 49). In het kader van de verzekeringsovereenkomst is een discussie ontstaan wat nu bij de dekkingsomschrijving onder het begrip kernbeding valt.¹³⁹ Sommige auteurs willen alles dat van belang is voor de dekkingsomschrijving als kernbeding

137. Zie Wessels en Jongeneel, nrs 111 v.; 332; Jongeneel, diss. p. 50 v.

138. Zie, met vindplaatsen: Jongeneel, diss. p. 62 v.; Wessels en Jongeneel, nr 111 v.

139. Zie Jongeneel, diss. p. 48 v.; Wessels en Jongeneel, nr 114.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

beschouwen; anderen houden bedingen die in wezen een exoneratie-karakter hebben buiten de kernbedingen. Dat laatste lijkt mij juist.

In de vorige druk van dit boek merkte ik op dat wij nog maar aan het begin van de behandeling van dergelijke strijdvragen staan, en dat het leerzaam is om van de in het duitse recht opgebouwde ervaring kennis te nemen, met verwijzing naar de aangehaalde literatuur. Intussen heeft de hoge raad in 1997 een uitspraak over de 'kernbeding'-kwestie gedaan, die geheel in lijn is met het hierboven door mij ingenomen standpunt, in *Assoud - Stichting De Nationale Sporttotalisator*.¹⁴⁰ Dat er verschillend over dit onderwerp gedacht kan worden blijkt ook hier weer: a-g Vranken komt - zelfs zonder aarzeling - tot een oordeel dat tegengesteld is aan dat van de raad; ook in de commentaren weerklinkt dat verschil van opvatting. Zoals duidelijk al zijn, acht ik het standpunt van de hoge raad juist (instemmend ook Hijma in zijn noot); ik laat het arrest, voorafgegaan door de bekende casus, hier zonder commentaar volgen.

De casus is die van een lottospeler, Assoud, die in de veronderstelling verkeert een mooie prijs gewonnen te hebben aangezien hij de goede nummers ingevuld had en het formulier ingeleverd had (het is 1994: tegenwoordig gaat dit on-line). In dat laatste zat het probleem: op het inleveradres van SNS werd het origineel van het formulier van Assoud niet aangetroffen, daarvan werd melding gemaakt op een correctieformulier. Volgens Assoud is het originele formulier zoekgeraakt bij SNS en hij beroept zich op zijn kopie. SNS verweert zich met een beroep op het reglement dat van toepassing is, waarin, kort gezegd, de doorzending van het formulier voor rekening van de deelnemer komt (artt. 10 en 24 Reglement, het zijn bepalingen die op indirecte wijze een exoneratie inhouden: aangegeven wordt wanneer een overeenkomst tot stand komt - door het filmen van een tijdig ontvangen formulier - en dat personen op de inleveradressen slechts als bemiddelaars optreden voor de deelnemers). Assoud acht deze bepalingen onredelijk bezwarend, terwijl SNS aan een dergelijke toetsing tracht te ontkomen door het etiket van 'kernbeding' op die contractsvoorwaarden aan te brengen, waarmee die kwestie de inzet van de procedure wordt. De rechtbank acht de contractsvoorwaarden niet onredelijk bezwarend, terwijl het hof deze als 'essentialia' van de te sluiten kansovereenkomst ziet en derhalve als kernbedingen in de zin van 231a, zodat geen toetsing plaatsvindt.

De hoge raad acht het cassatiemiddel gegrond en casseert het arrest van het Hof Den Haag, met de volgende overwegingen:

(3.4.2). 'Deze klacht is gegrond.

Voorop moet worden gesteld dat de in de derde afdeling van de vijfde titel van Boek 6 BW neergelegde regeling betreffende algemene voorwaarden ertoe strekt de rechterlijke controle op de inhoud van zodanige voorwaarden te versterken, zulks - kort gezegd - ter bescherming van degenen jegens wie zulke voorwaarden worden gebruikt (MvT II, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1455). Op deze regeling maken de hiervoor aangehaalde woorden van art. 6:231 onder a een uitzondering waardoor deze versterkte rechterlijke controle voor de daar aangeduide bedingen wordt uitgesloten.

Naar uit de ontstaansgeschiedenis van de bepaling blijkt, is met deze uitzondering beoogd te voorkomen dat de regeling betreffende algemene voorwaarden zou neerkomen op de - gedeeltelijke - introductie van een iustum pretium-regel, die de rechter zou nopen tot een beoordeling - in de bewoordingen van art. 4 lid 2 van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van de

140. HR 19 sept. 1997, *NJ* 1998, 6; *AA* 1998, p.602, nt Hijma, waar verdere lit. Deze uitspraak werd bevestigd in HR 21 febr. 2003, *RvdW* nr 41, *Weevers Stous - Parkwoningen Hoge Weide*. Daarbij werd ook bepaald dat partijen niet bevoegd zijn om zelf bedingen tot kernbedingen te bestempelen, vanwege het dwingende karakter van de regeling en de daarbij geboden bescherming.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

Europese Gemeenschappen van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten - van de gelijkwaardigheid van enerzijds de krachtens de overeenkomst verschuldigde prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten. In samenhang daarmee zijn - wederom in de bewoordingen van de richtlijn - ook bedingen die "de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst" ten doel hebben, aan de regeling onttrokken. De voormelde richtlijn laat blijkens art. 4 lid 2 een zodanige uitsluiting van de versterkte toetsing toe. Daarbij verdient aandacht dat de Nederlandse regels betreffende algemene voorwaarden, waarvan de wetgever heeft geoordeeld dat zij de richtlijn incorporeren, aldus moeten worden uitgelegd dat zij aan - kort gezegd - consumenten tenminste dezelfde bescherming bieden als de richtlijn, terwijl de richtlijn aan een verder gaande bescherming in het Nederlandse recht niet in de weg staat. De door de richtlijn en derhalve door dat recht geëiste duidelijke en begrijpelijke formulering van de versterkte toetsing uitgesloten bedingen is in deze zaak niet aan de orde. In het licht van een en ander moet, zoals ook in voormelde ontstaansgeschiedenis naar voren komt, het begrip "bedingen die de kern van de prestaties aangeven", zo beperkt mogelijk worden opgevat, waarbij als vuistregel kan worden gesteld dat "kernbedingen" veelal zullen samenvallen met de essentialia zonder welke een overeenkomst, bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen, niet tot stand komt (MvT II, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1521). Voor de vaststelling van wat daaronder moet worden verstaan is dan ook niet bepalend of het beding in kwestie een voor de gebruiker of voor beide partijen belangrijk punt regelt, maar of het van zo wezenlijke betekenis is dat de overeenkomst zonder dit beding niet tot stand zou zijn gekomen of zonder dit beding niet van wilsovereenstemming omtrent het wezen van de overeenkomst sprake zou zijn (MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1527). Nu van de artikelen 10 en 24 van het Reglement, voor zover te dezen van belang en hiervoor weergegeven, niet kan worden gezegd dat zonder bepalingen van dergelijke aard een overeenkomst tussen een deelnemer aan het Lottospel en SNS bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen niet tot stand komt, geeft 's Hof's oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting.¹⁴¹

Het nader uitleggen en invullen van de nieuwe AV-regeling heeft in de rechtspraak ook op andere punten plaatsgevonden, zoals ten aanzien van het nieuwe vereiste van art. 233b juncto art. 234 lid 1 dat de algemene voorwaarden door de gebruiker aan de wederpartij terhandgesteld moeten worden, als onderdeel van de informatieplicht of het bekendheidsvereiste. Is de uitwerking die in de wet staat *limitatief*, dat wil zeggen, moet dit letterlijk genomen worden? Geen AV uitgereikt gekregen, dus vernietigbaar? Of vraagt dit om redelijke uitleg, een soepele toepassing gericht op de praktijk die zich niet in een keurslijf laat vangen? De schrijvers zijn verdeeld: zo is Hijma voorstander van de laatste benadering (hij noemt art. 234 'semi-uitputtend'), terwijl Barendrecht - als altijd

141. Na verwijzing heeft Hof Amsterdam bij arrest van 7 mei 1998 de vordering van Assoud afgewezen en het vonnis van de rechtbank bekrachtigd (NJ 2000, 559); daarbij worden de overwegingen van de rechtbank overgenomen wat de toetsing van het Reglement betreft. Het hof stelt daarbij 'dat art. 233 aanhef en onder b het leidend beginsel geeft en dat art. 234 lid 1, aanhef en onder a en b slechts voorbeelden noemt van gevallen waarin de redelijke mogelijkheid tot kennisneming van de algemene voorwaarden is gegeven'. De enkele omstandigheid dat op het formulier niet vermeld staat dat het Reglement op verzoek zal worden toegezonden maakt dit niet anders, vervolgt het hof, in het bijzonder niet aangezien op het adres waar het deelnameformulier moet worden ingeleverd het Reglement eenvoudig verkrijgbaar is en het bij dit soort overeenkomsten in de rede ligt dat een deelnemer het op dat adres desgewenst opvraagt. Voor Assoud geldt dat in versterkte mate, aangezien hij al jarenlang aan de lotto meedoet. Ten aanzien van de exoneratie-clausule volgt het hof het standpunt van de rechtbank dat dit beding niet onredelijk bezwarend is.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

op zoek naar harde normen in dienst van de rechtszekerheid - art. 234 in beginsel limitatief ziet, evenals Hartkamp in diens Asser-bewerking. A-g Hartkamp spreekt in zijn conclusie voor het hierna te noemen arrest (alwaar literatuurvermelding) van 'rekkelijken' en 'preciezen', maar geeft in één adem aan dat beide partijen bereid zijn om water in de wijn te doen en uitzonderingen op de regel aanvaardden.

De hoge raad werd eind 1999 geroepen om zijn oordeel te geven, in de zaak *Geurtzen - Kampstaal*, en laat blijken licht over te hellen naar het kamp van de 'preciezen', terwijl toch ook een fors gebaar in de richting van de 'rekkelijken' gedaan wordt - dit in navolging van de conclusie van Hartkamp, wiens voorbeelden overgenomen worden.¹⁴² Het arrest heeft alle schijn van een compromis, dat weinig helder en goed doordacht overkomt, kortom te weinig een standaardarrest met de nodige uitstraling. Er blijft veel te vragen over, zoals ook uit Hijma's noot blijkt, dit onderwerp is nog allerm minst in kaart gebracht. Bovendien is de afloop in het arrest naar mijn mening zeer onbevredigend, in de vrij legistische benadering van a-g en hoge raad is geen ruimte gelaten voor de omstandigheden van het geval, de redelijke wetstoepassing. De gevaren van wetspositivisme, waarvoor gewaarschuwd werd voor de invoering van het NBW, en door verscheidene ministers van justitie weggewimpeld, lijken op dit terrein bevestigd te worden.

Gezien het belang van het onderwerp voor de praktijk, geef ik de overwegingen van de hoogste rechter uitvoerig weer, na een samenvatting van de casus.

Aannemersbedrijf Geurtzen (een VOF, valt dus niet onder de uitzondering van art. 235 voor toepassing van de AV-regeling op grote bedrijven) schakelt Konstruktiebedrijf Kampstaal BV als onderaannemer in voor het maken en plaatsen van een staalconstructie voor de kap van een woning die gebouwd werd. Kampstaal had in zijn offerte naar zijn eigen AV verwezen, de bekende Metaalunie-voorwaarden, waarbij in art. 13 (!) een exoneratieclausule opgenomen is. Volgens het contract zou Geurtzen voor verzekeringsdekking zorgen (in de bouw is dit de zgn. CAR-verzekering). Tijdens het werk blijkt de staalconstructie niet op maat te zijn en moeten met behulp van een snijbrandertwee stalen balken ingekort worden. Daarbij ontstaat brand aan het rieten dak dat al aangebracht was, met aanzienlijke schade als gevolg, waarvoor Kampstaal door Geurtzen aansprakelijk gesteld wordt wegens wanprestatie. Zijn CAR-verzekeraar had namelijk uitkering geweigerd aangezien niet gemeld was dat het bouwwerk van een rieten kap voorzien zou worden (een notoor brand-risico).

De rechtbank wijst de vordering van Geurtzen af, aangezien deze verwijtbaar tekortgeschoten is door niet voor een geldige CAR-verzekering te zorgen. Het hof denkt daar anders over, maar bereikt hetzelfde resultaat door het beroep van Kampstaal op art. 13 Metaalunie-voorwaarden te aanvaarden, waardoor aansprakelijkheid voor bedrijfsschade en voor schade aan de zaak waaraan gewerkt uitgesloten werd. Geurtzen had zich echter erop beroepen dat die voorwaarden vernietigbaar waren aangezien deze niet door Kampstaal terhand gesteld waren voor of bij het sluiten van de overeenkomst. Het hof wijst dat af met het argument dat deponering van de voorwaarden ter griffie van een rechtbank en een aanbod bij offerte tot toezending op verzoek (art. 234b) in het onderhavige geval in redelijkheid beschouwd moet worden als een voldoende geboden mogelijkheid om voor het sluiten van de overeenkomst van de inhoud van de voorwaarden kennis te nemen. De omstandigheden die het hof hierbij van belang acht, zijn onder meer:

142. HR 1 okt. 1999, *NJ* 2000, 207, nt Hijma; Asser-Hartkamp II (2001) nr 353a; Wessels, *WPNR* 6426 (2000), m.b.t. bankvoorwaarden.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

- a. partijen zijn beide als ondernemer in dezelfde bedrijfstak (de bouw) werkzaam;
- b. partijen hadden in het verleden regelmatig met elkaar zaken gedaan, waarbij steeds (ook nog enkele keren dat jaar) door Kampstaal naar haar voorwaarden verwezen was;
- c. de voorwaarden in kwestie (Metaalunie / Smecoma) worden in de bouw op grote schaal toegepast en kunnen bij een wederpartij als Geurtzen eerder als bekend verondersteld worden dan voorwaarden die door één incidentele gebruiker worden gehanteerd;
- d. de verwijzing stond op de offerte (en op eerdere offertes), Geurtzen had dus alle gelegenheid gehad ze op te vragen alvorens de overeenkomst te sluiten;
- e. het beding in kwestie (exoneratie) is niet dermate zeldzaam dat een wederpartij daarmee in redelijkheid geen rekening mee behoeft te houden indien zij een verwijzing naar algemene voorwaarden aantreft.

In cassatie wordt deze gedachtengang van het hof aangevochten; hier volgt de klacht en het oordeel van de hoge raad daarover:

(3.4) Onderdeel I betoogt dat het Hof heeft miskend dat de in art. 6:234 lid 1 onder b genoemde mogelijkheid, te weten deponering van de voorwaarden ter griffie van een rechtbank en het doen van een aanbod bij offerte tot toezending van de voorwaarden op verzoek, slechts kan gelden als het bieden van een redelijke mogelijkheid aan de wederpartij om van de algemene voorwaarden kennis te nemen, indien terhandstelling redelijkerwijs niet mogelijk is; althans dat het Hof zijn oordeel niet naar de eisen van de wet met redenen heeft omkleed. Het Hof heeft, aldus het onderdeel, miskend dat het stelsel van art. 6:234 een limitatieve uitwerking is van art. 6:233 onder b. Tenslotte betoogt het onderdeel dat naast het wettelijk stelsel geen ruimte is voor een open norm, inhoudende dat toezending van de algemene voorwaarden, hoewel dit redelijkerwijs mogelijk is, toch achterwege kan blijven op grond van de door het Hof genoemde omstandigheden.

Aldus stelt het onderdeel de vraag aan de orde of de wijze waarop in het op art. 6:233 onder b aansluitende art. 6:234 lid 1 is geregeld hoe de gebruiker van algemene voorwaarden aan de wederpartij de mogelijkheid kan bieden om kennis te nemen van die voorwaarden, limitatief is bedoeld. Steun voor een bevestigende beantwoording van die vraag is allereerst te vinden in de tekst van art. 6:234 lid 1. Voorts moet uit de parlementaire geschiedenis, zoals die is weergegeven in punt 7 onder b van de conclusie van de Advocaat-Generaal Hartkamp, worden afgeleid dat de wetgever heeft beoogd een stelsel tot stand te brengen dat het voor de gebruiker slechts binnen enge grenzen mogelijk maakt zich tegenover zijn wederpartij (niet zijnde een onderneming als bedoeld in art. 6:235) ter afwering van een door deze gedaan beroep op vernietigbaarheid van een beding in algemene voorwaarden, erop te beroepen dat hij aan de wederpartij een redelijke mogelijkheid heeft geboden van die algemene voorwaarden kennis te nemen. Ook daarmee strookt het derhalve voormelde vraag bevestigend te beantwoorden. Een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg van art. 6:234 lid 1 brengt evenwel mee dat aan de strekking van de in die bepaling vervatte regeling eveneens recht wordt gedaan, indien de wederpartij zich tegenover de gebruiker ook niet op vernietigbaarheid van een beding in algemene voorwaarden kan beroepen, wanneer hij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan het geval dat regelmatig gelijksoortige overeenkomsten tussen partijen worden gesloten, terwijl de algemene voorwaarden bij het sluiten van de eerste overeenkomst aan de wederpartij ter hand zijn gesteld en aan het geval van een van algemene voorwaarden deel uitmakende eenvoudige exoneratie-clausule, die in een winkel of bedrijfsruimte op duidelijke wijze aan klanten wordt gepresenteerd. Ook kunnen zich omstandigheden voordoen waarin een beroep op art. 6:233 onder b en art. 234 lid 1 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Het Hof heeft niet vastgesteld dat Geurtzen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met het onderhavige beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn. Ook valt uit de gedingstukken niet af te leiden dat Kampstaal zich erop heeft beroepen dat zich te dezen omstandigheden voordoen waarin een beroep op vernietigbaarheid naar maatstaven van

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De onderdelen I en III treffen dan ook doel.

Het arrest van het Hof Arnhem wordt gecasseerd met verwijzing naar een ander hof ter verdere afdoening.

Wij zien in dit arrest dat de hoge raad het *bekendheidsvereiste* (bekend zijn met de inhoud van de AV) als uitgangspunt neemt, hetgeen consequenties heeft voor de *informatieplicht* van de gebruiker van AV: de wederpartij de redelijke mogelijkheid bieden om van de AV kennis te nemen. Het is verheugend dat daardoor deze verplichting verruimd wordt, maar zij wordt gezien de gegeven voorbeelden (door de a-g aangedragen) nog erg letterlijk opgevat: 'de mogelijkheid bieden om kennis nemen van' betekent hier: de voorwaarden *daadwerkelijk ooit ter lezing ontvangen hebben*. Het de weg wijzen naar die inhoud - deponering vermelden en op verzoek toezenden - is in die visie niet voldoende; evenmin het herhalingseffect, de 'course of dealing', of het van algemene bekendheid zijn in de branche (en trouwens ook daarbuiten) van de voorwaarden in kwestie, althans het betrokken exoneratiebeding. Daarmee is de hoogste rechter, met zijn voorbeelden in vrijwel letterlijke navolging van Hartkamp in zijn conclusie, naar mijn mening te beperkt bezig, en te weinig op de maatschappij om ons heen betrokken. De lijn van het Hof Arnhem - een van onze sterkste hoven, de laatste jaren - die ook in andere uitspraken door dat hof gevolgd werd (zie nog onder), wordt aldus afgebroken, ten detrimente van de rechtsontwikkeling naar het mij voorkomt.

Bedenkelijk is ook dat het beginsel van de redelijkheid en billijkheid wel met de mond beleden wordt door de raad (zie slot voorlaatst geciteerde overweging), maar in casu er bekaaid van afkomt. Het resultaat is toch niemand uit de (bouw-)praktijk uit te leggen: de aannemer had de onderaannemer toegezegd om zich te verzekeren tegen schade bij diens werkzaamheden, hij doet dat niet (want vergeet het risico-object te melden) en dan zou hij alsnog de schade op de onderaannemer kunnen verhalen die erop vertrouwd had dat de dekking bij de aannemer lag en hij bovendien beschermd zou zijn door zijn exoneratiebeding dat hij van toepassing verklaard had. Een exoneratiebeding dat van algemene bekendheid is, ook bij de aannemer, en dat in de verdeling van risico voorziet; dat laatste is toch de normaalste zaak van de wereld, waarop met verzekeringsdekking ingespeeld kan worden - ook in de visie van de hoge raad, zoals in dit boek elders uitvoerig aan de orde gekomen is. Terecht vonden rechtbank en hof in zo'n situatie de vordering van aannemer Geurtzen in redelijkheid niet toewijsbaar. Aan die afweging komen OM en hoge raad echter niet toe, mede vanwege de 'technicalities' van de AV-regeling in de wet die om verduidelijking vragen. Ook dat laatste is niet geheel gelukt; in Provo-jargon uit de jaren '60: het is hier zo dat 'de wet er niet voor de mensen is, maar de mensen voor de wet'. De 'redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg' van art. 234, die ook a-g Hartkamp als uitgangspunt genomen had, blijft al vrij snel in een wetshistorische uitleg steken. Het valt op dat ook in de literatuur over dit onderwerp de parlementaire geschiedenis vaak alpha en omega van de rechtsvinding vormt.¹⁴³

143. De parlementaire geschiedenis wordt in de conclusie van a-g Hartkamp uitvoerig weergegeven; het limitatieve karakter van de informatieplicht komt niet uit het

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

Het is intussen pikant dat a-g Hartkamp bij zijn uitzondering op de regel van de mogelijkheid bieden om kennis te nemen van de AV (informatieplicht), in de vorm van plaatsing van een bord in garderobe of fietsenstalling waarbij aansprakelijkheid voor schade uitgesloten wordt door de directie, het verdedigbaar acht (in een noot) om 'nog iets verder te gaan' in geval van *e-commerce*, waarbij een wederpartij vrijwel direct kennis kan nemen van AV via de website van de gebruiker waarnaar door hem bij offerte of aanvaarding verwezen is.¹⁴⁴ Indien men dat voldoende vindt, blijft er aldus weinig van het dogmatisch uitgangspunt over dat de wederpartij daadwerkelijk de mogelijkheid geboden moet zijn om kennis te nemen van de voorwaarden in kwestie (in tastbare vorm), hetgeen niet met de algemene mogelijkheid van kennisname gelijk gesteld mag worden, en evenmin met het langs andere hoofde reeds bekend zijn met de inhoud van die voorwaarden. Er blijft slechts over dat het voor de wederpartij nòg gemakkelijker is om tot kennisname over te gaan dankzij de zegeningen van de elektronische snelweg, alsof het verzoek om toezending van de voorwaarden door de gebruiker niet eveneens een lage drempel heeft (laat staan het raadplegen van het geheugen - overigens ook een vorm van elektronische (-chemische) snelweg, in het menselijk brein). De fixatie op kennis *die van de gebruiker van de AV afkomstig moet zijn* speelt ook Hijma parten in zijn noot, die grote aarzelingen heeft of de cassatierechter niet te los van de letter van art. 234 opereert, met het verbreden van de bekendheidseis.¹⁴⁵ Terwijl toch de wetgever van 'een redelijke mogelijkheid' tot kennisname spreekt (in art. 233, terwijl in art. 234 van 'redelijkerwijs mogelijk' sprake is). Het is rijkelijk simplistisch om dit tot het grote aantallen-probleem ('NS') te beperken.

De winst van het Kampstaal-arrest is dat de hoge raad het bekendheidsvereiste inbrengt in het stelsel van art. 234, met zijn informatie-verplichting, dat daarmee niet langer limitatief is, terwijl dit in een open formulering gebeurt ('redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg', uitgaande van de 'strekking van de in die bepaling vervatte regeling'). Dat is een belangrijke, en principiële stap in de goede richting. De keerzijde van het arrest is echter dat de daarbij gegeven voorbeelden beperkt van opzet en in de marge

regeringsontwerp, maar is drammen van de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer, die niet op andere gedachten gebracht wilde worden. Het is bedoeld als waarborg voor de snelle toepasselijkheid van AV (art. 232), terwijl in de Kamer ook een behoefte aan een 'duidelijk criterium' bestond. Een vorm van doorgesloten consumentenbescherming dus.

144. Zie voor die materie het voorgestelde art. 6:234, lid 1, sub *c* BW, ter invoering van de E-commerce Richtlijn (2000), waarover Van Esch, *NTBR* 2002, p.436 v.

145. Hijma stelt dat de HR met diens versie van de bekendheidseis buiten het raam van art. 234 treedt, dat zelfs 'ruim te buiten gaat', waartegen hij bezwaar heeft. Het gaat hem tever dat de gebruiker die nalatig is geweest bij het terhandstellen van zijn AV aan de wederpartij 'gered zou worden door een toevallige bekendheid bij de wederpartij'. Hier wordt de wereld wel op zijn kop gezet: het gaat toch om risikoverdeling in het contract, als inhoudelijke kwestie, en niet om formaliteiten die wel of niet vervuld zijn. Een ieder weet trouwens dat terhand gestelde AV's, ook in het bedrijfsleven, vrijwel nooit gelezen worden (of begrepen worden), zodat het hier om echte formaliteiten gaat. Dat geldt a fortiori voor een branche als de bouw, waar men wel *tekeningen* leest, maar geen *letters*, zeker geen juridische en kleine letters. Hijma concludeert overigens dat in de benadering van de HR wat art. 234 betreft, 'over de toepassingsbreedte een zekere mate van twijfel resteert'.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

zijn ('fietsenstalling' als de praktijk) en geen recht gedaan wordt aan het beginsel van art. 248. Dat Kampstaal zich niet op dat laatste beroepen zou hebben valt ook alleen maar te volgen wanneer men dat letterlijk neemt: rechtbank en hof stonden wel open voor haar beroep op de redelijkheid en billijkheid dat in haar standpunt besloten lag (het verzaken van de CAR-verplichting door de aannemer, zie boven).

Het valt te hopen dat het Hof Leeuwarden, na verwijzing geroepen de zaak af te doen, een toepassing van het arrest van de hoge raad geeft waarbij alsnog recht gedaan wordt aan dat beginsel in het licht van de omstandigheden van het geval. Aldus zou de notering van *Geurtzen - Kampstaal* als standaardarrest aanzienlijk stijgen, althans in Rotterdam en omstreken.

Enkele maanden later is deze materie opnieuw voor de hoge raad gebracht, een geval waarin een hof heel vrij omging met de toepassing van art. 234. In HR 17 dec. 1999, *NJ* 2000, 140, *Breg - Aspers BV*, had het Hof Amsterdam genoeg genomen met de verwijzing naar de AV door makelaar Aspers (de bekende NVM-voorwaarden die steevast van toepassing zijn wanneer een makelaar optreedt) op de opdrachtbevestiging die Breg ontvangen maar niet getekend had, voor het aannemen van het vermoeden dat de AV op het contract van toepassing waren. Hierbij was op de opdrachtbevestiging niet aangegeven hoe men van de voorwaarden kan kennisnemen, en ze waren evenmin toegezonden. Het hof acht dat niet relevant aangezien Breg geen vernietiging van een bepaald beding in de voorwaarden gevorderd had maar de AV als geheel niet van toepassing geacht; hij wilde onder de makelaarscourtage uitkomen en had zijn huis enkele weken na beëindiging van de verkoop-bemiddelingsovereenkomst zelf verkocht. Volgens NVM-voorwaarden is bij verkoop binnen drie maanden na beëindiging nog courtage verschuldigd. De HR wijst de benadering van het hof af en vernietigt, zonder verder op het vereiste van de redelijke mogelijkheid bieden om van de AV kennis te nemen in te gaan.

Bij arrest van 6 april 2001 kwam dit onderwerp wederom ter sprake, *NJ* 2002, 385, *VNP Parkeersystemen - Havrij*, een geschil over slagboomunits (proeform van 4 stuks; blijken niet te deugen, maar dan is de contractuele garantietermijn van 6 mnd al verstreken). De hoge raad verwijst uitdrukkelijk naar *Geurtzen - Kampstaal*, en voelt niets voor een ruime uitleg het stelsel van de artt. 233 en 234, en evenmin van art. 235 lid 3 (pot - ketel argument). Nu had het Hof Den Haag het de cassatierechter in zover wel gemakkelijk gemaakt, dat het uiterst sober was geweest in zijn overwegingen en de omstandigheden die aanleiding zouden kunnen geven voor een soepele toepassing van het wettelijk stelsel niet uit de doeken had gedaan. Zo was niet vastgesteld dat VNP (koper van de units) 'meermalen overeenkomsten sluit waarop (nagenoeg) dezelfde algemene voorwaarden van toepassing zijn', terwijl het afdrukken van een exoneratie-clausule op het briefpapier van VNP, niet hoeft te wijzen op een geval van pot - ketel verwijt (art. 235 lid 3). Verkoper Havrij had overigens de FME-voorwaarden van toepassing verklaard. Het is aan deze slordigheid van het hof te wijten dat wij met dit arrest van 2001 niet veel verder komen op dit gebied.

De informatieplicht met betrekking tot algemene voorwaarden, in de zin van terhandstellen van de AV, kan op verschillende manieren parten spelen bij het contracteren. Bedoeld voor het informeren van consumenten over de inhoud van het voorgenomen contract, is het de vraag of het vereiste onverkort moet gelden voor partijen die niet tot de categorie consumenten behoren en evenmin onder grote bedrijven vallen die onder de uitsluiting van art. 235 vallen: het kleine bedrijf, de kleine ondernemer. Vaak samengevat als 'midden- en kleinbedrijf', kan hier sprake zijn van een eenmanszaak (waarbij moeder de vrouw de administratie doet en zoonlief komt klussen), een VOF of een kleine BV (die als kleine onderneming vrijgesteld is van de verplichting om als rechtspersoon een

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

jaarrekening te publiceren op de wijze zoals dat van grote bedrijven vereist is, vgl. art. 235). Mogen dergelijke kleine ondernemers, die gepokt en gemazeld zijn in het sluiten van contracten en het omgaan met de inhoud daarvan, zich in de luwte van art. 233 *b* jo. 234 lid 1 opstellen, en de AV van de tegenpartij van de hand wijzen omdat deze niet daadwerkelijk voor of tijdens het sluiten van de overeenkomst overhandigd zijn? Dat riekt toch naar misbruik van recht, althans dat recht anders gebruiken dan een redelijk wetgever voor ogen gestaan heeft. Zeker indien men bedenkt dat het vaak een bewijsvraag is of de AV in kwestie meegestuurd zijn met de offerte of in het gesprek ter hand gesteld zijn, en de chicane om de hoek ligt. Moet men in arren moede overgaan tot altijd aangetekend toezenden van AV of voor ontvangst tekenen bij overhandigen om zijn positie als gebruiker van AV veilig te stellen? Dat is toch weinig realistisch met het oog op de praktijk van alle dag en zou een juridiseren van het ondernemen leiden waar niemand op zit te wachten (behalve wellicht de PTT).

Neem ook het geval dat ik vaak in de arbitrage-praktijk tegenkom, dat direkt na een brand een schoonmaakbedrijf (doorgaans door brandassuradeuren gestuurd) een contract sluit met de gedupeerde eigenaar van een klein bedrijfsspan, die nog geheel ontredderd is door de ramp (en wanneer het mede een woonhuis betreft, de eerste dagen noodgedwongen bij burens of vrienden of op de camping doorbrengt). De eigenaar stelt naderhand, bij een conflict met het schoonmaakbedrijf, dat hij de AV van dat bedrijf (de branche-voorwaarden) nooit gekregen heeft, hetgeen door de tegenpartij met stelligheid ontkend wordt. Hoe serieus moet men hier het geheugen en de administratieve organisatie van de wederpartij nemen, die indertijd met zeer emotionele omstandigheden geconfronteerd was en een geïmproviseerd bestaan leidde? (dit geldt overigens ook in het geval van private partijen met brandschade).

In de contreien van de kleine ondernemer, tegenwoordig de 'zelfstandige ondernemer' genoemd, is de kennis van het contractenrecht zeer zwak ontwikkeld, dat wil zeggen, de dogmatische, theoretische zijde ervan. Men denkt eerder in termen van 'orders', 'bestellingen', 'opdrachten', e.d., en niet zozeer in die van 'overeenkomsten' of 'contracten' (dat laatste is een document dat vooral voor de administratie bedoeld is, in het kader van faktureren); ik verwijs naar het eerder besproken rechtssociologisch onderzoek uit de jaren '60 in de VS, dat naar mijn indruk nog steeds bij de tijd is, ook voor onze praktijk (zie: boven, nr 4). Vaak is een faktuur het enige schriftelijk stuk dat gewisseld wordt; in 1991 aanvaardde de hoge raad het gebruik in de wijnhandel dat eerst op de faktuur naar AV verwezen wordt (*wijnopslag*-arrest, boven nr 8, in fine, zie ook de daar besproken rechtspraak inzake toepasselijkheid van algemene voorwaarden). Vaak wordt de 'opdrachtbevestiging' ('purchase order') pas serieus genomen als contracteel stuk, en wordt eerst dan verwezen naar een AV, of deze bijgesloten voor de wederpartij; dan pas komt het kantoor(tje) van de betrokken partij in beeld. Dit laatste gebruik is wijd verbreid, naar mijn indruk. Vaak zijn het verschillende personen die het een en het ander doen: onderhandelen en sluiten van contracten (binnenhalen van 'opdrachten', vaak door een 'technet' gedaan), c.q. het verder afwerken wat de (contract)inhoud betreft. Zodra het bedrijf wat groter wordt, worden dit verschillende afdelingen, die kunnen uitgroeien tot aparte secties, respectievelijk commercieel (of technisch) en administratief; afdelingen die bij grote bedrijven soms moeizaam of in het

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

geheel niet met elkaar communiceren, of pas wanneer het te laat is (zie de befaamde *Westinghouse case*, die elders besproken wordt, H 6, § 4, nr 6).

Hoe daarmee om te gaan in het kader van art. 231 en volgende? Wat is eigenlijk de reikwijdte van de regel van art. 232, dat men ook aan een AV gebonden is wanneer men de inhoud daarvan niet kent, en de gebruiker daarvan op de hoogte was? Zoals bekend is dit de tegenhanger van de toetsingsregeling die in de erop volgende artikelen neergelegd werd, naast de oude open norm-toets. De visie van de oude Van Oven op het 'euvel van de ongelezen en onbegrepen contractsbedingen': niet moeilijk doen over de toepasselijkheid van AV, wel moeilijk doen over onbillijke voorwaarden die daarin voorkomen.¹⁴⁶

Een goed voorbeeld van een realistische, redelijke benadering van het probleem is een uitspraak van het Hof Arnhem uit 1996 (ook dit keer met deskundigen als Hammerstein en Rijken in de kamer), inzake *Ostrich Trade - Respo BV*.¹⁴⁷ Ostrich Trade, een bedrijf dat struisvogels fokt, laat een hek neerzetten door Respo. Een 'buitendienstmedewerker' van Respo had klant en lokatie bezocht; het ging om de huisvesting van 23 struisvogels. Men had de gewoonte om pas met de opdrachtbevestiging de AV toe te zenden, in casu de bekende Smecoma-voorwaarden van de Metaalunie; bovendien had de buitendienstmedewerker meegedeeld dat het werk aangenomen werd 'onder voorbehoud van goedkeuring van ons kantoor'. Ostrich had ontkend de AV ontvangen te hebben, en Respo slaagt niet in het tegenbewijs. Er was overigens schade ontstaan voor Ostrich als gevolg van te late voltooiing van het werk; er zouden vier struisvogels ten gevolge daarvan overleden zijn (bedrijfsschade dus, waarvoor Respo zich vrijgetekend had).

Het Hof Arnhem overweegt als volgt:

'In de opdrachtbevestiging van 10 mei 1993 wordt door Respo verwezen naar de Smecoma-voorwaarden. Vast staat dat hiertegen door Ostrich niet is geprotesteerd. Waar in het handelsverkeer tussen ondernemers toepasselijkverklaring van (de onderhavige) algemene voorwaarden door een bedrijf als Respo gebruikelijk is en Ostrich als professionele opdrachtgever daarop bedacht behoorde te zijn, dient geoordeeld te worden dat Ostrich gelet op de artikelen 6:231 onder *c* juncto 6:232 juncto 3:35 BW de gelding van de Smecoma-voorwaarden heeft aanvaard. Hierbij is niet relevant dat Respo de Smecoma-voorwaarden niet reeds vóór de totstandkoming van de overeenkomst aan Ostrich heeft ter hand gesteld dan wel op dat moment op andere wijze haar met de inhoud daarvan heeft bekend gemaakt' (ov. 3.13).

Het hof gaat vervolgens na of wellicht van stond af aan een 'complete overeenkomst' gesloten zou zijn tussen partijen, zodat Ostrich niet verdacht had hoeven zijn op van toepassingverklaring van AV bij orderbevestiging. Het college overweegt:

146. De informatieplicht bij AV komt steeds meer onder kritiek te staan. Zie o.m. M.B.M. Loos, 'De informatieplicht bij algemene voorwaarden: tijd voor herziening van een ondeugdelijke regeling', *Contracteren* 2004, p.30.

147. Hof Arnhem 2 april 1996, *NJ* 689. De casus doet denken aan het arrest *Helpman - Imbema* (1997), met dezelfde uitkomst, onder het oude recht; zie boven, nr 8, in fine, waar de verwijzing naar AV op facturen besproken wordt. Daar is ook het arrest Hof Arnhem inzake *DAD - Cumer* (1998) besproken (eveneens naar oud-BW).

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

‘Uit de verklaringen van de getuigen ... is weliswaar naar voren gekomen dat partijen in de gesprekken op en na 3 mei 1993 overeenstemming hadden bereikt over de plaats waar het hekwerk gezet diende te worden, de afmetingen, de hoogte en de draad-dikte van het hekwerk en de prijs, maar dat brengt naar ‘s hofs oordeel nog niet mee dat sprake is van een complete overeenkomst als vermeld in de vorige rechtsoverweging. Immers, zoals ook de rechtbank overwoog ... is het toch gelet op de aard en omvang van het onderhavige werk, de aard van het bedrijf van Respo en de omstandigheid dat zijdens Respo door een buitendienstmedewerker (Kobes) is onderhandeld niet gebruikelijk dat dergelijke gesprekken onmiddellijk een volledige overeenkomst - waarin ook alle “details”, zoals de voorwaarden die op de overeenkomst van toepassing plegen te worden verklaard - tot stand komt. Daartoe dient bij een overeenkomst als de onderhavige juist de schriftelijke opdrachtbevestiging. De hoedanigheid van Ostrich - een professionele opdrachtgever - brengt mee dat zij zich dat had dienen te realiseren. Dit klemt te meer waar volgens de verklaring van getuige Kobes, buitendienstmedewerker van Respo, het begin mei 1993 met Ostrich besprokene “onder voorbehoud van goedkeuring van ons kantoor” is gebeurd. Deze laatst vermelde gang van zaken wordt bevestigd door de getuigen H. en K. Ostrich is mitsdien niet in haar bewijsopdracht geslaagd’ (ov. 3.15).

De slotsom is dat Respo zich op haar AV en de daarin opgenomen exoneration mag beroepen en de vordering van Ostrich afgewezen wordt. De benadering van het Hof Arnhem verdient instemming en navolging, ook na verschijning van het arrest *Geurtzen - Kampstaal* in de *NJ*.¹⁴⁸ De arnhemse lijn is te verkiezen boven de haagse.

In de rechtspraak is ook een andere benadering te vinden, waarbij zelfs in geval van kleine rechtspersonen zwaar getild wordt aan het niet terhand gesteld zijn van de AV, naast verwijzing ernaar in de offerte. Zo bijvoorbeeld het Hof Den Bosch in 1997, in een geval waarin eveneens in de offerte niet vermeld was dat de AV op verzoek toegezonden zouden worden.¹⁴⁹ Het zal duidelijk zijn dat deze zienswijze, waarin art. 234 letterlijk genomen wordt, door mij niet onderschreven wordt.¹⁵⁰

Het bekend zijn met AV of bepaalde bedingen daarin bij professionele of ervaren contractanten verdient nog enige aandacht. Wij zagen dat het Hof Arnhem in het laatst besproken arrest groot gewicht hecht aan het aanvaarden

148. Toepasselijkheid van AV door middel van *opdrachtbevestiging* is ook aan de orde in Hof Arnhem 8 maart 1994, *NJ* 1996, 701, *CARD - CCV* (ondertekening door wederpartij). Deze weg werd overigens gewezen door de HR zelf, in het arrest uit 1986 *Tolbeck - Swindak*, zie boven, nr 8.

149. Hof Den Bosch 16 april 1997, *NJkort* 54, *NDC - OOC*. Verwijzing naar de AV in drie eerdere offertes werd niet van belang geacht door het hof, aangezien daaruit geen overeenkomsten voortgekomen waren. Evenmin werd van belang acht dat de wederpartij ook zelf AV hanteerde, waarin een arbitragebeding voorkwam, dat in casu aangevochten werd in de AV van de tegenpartij; het betrof niet ‘nagenoeg dezelfde voorwaarden’, zoals de wet stelt.

150. Het letterlijk opvatten van art. 234, als limitatieve regeling, ziet men regelmatig bij lekenrechtspraak, waar men van duidelijke regels in de wet uitgaat. Zie bijv. RvA Bouwbedrijven 2 juni 1997, *TvA* nr 73; aannemer kon niet bewijzen dat hij AV met orderbevestiging meegestuurd had aan vertegenwoordiger van opdrachtgever, met wie hij al 15 jaar zaken deed en die de algemeen bekende AV (‘AVA’) professioneel in bezit had. Fakturen, bestendig gebruik, bekendheid met AV, het baat alles niet aangezien de wet dwingende voorschriften kent. Aldus ook RvA Bouwbedrijven 8 aug. 1997, *BR* 1998, p.777; AV niet terhand gesteld: ‘Het BW is in deze stringent’.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

van AV anders dan ondertekening van een geschrift (vgl. art. 231c) en het gebonden worden aan bedingen die men niet kent (art. 232), in combinatie met de bij de andere partij daaromtrent gewekte gerechtvaardigde vertrouwen (art.3:35). Die normen kenden wij reeds uit het oude recht, het werkt dus door in de nieuwe wettelijke regeling; in een arrest uit 1996 heeft de hoge raad die regels van het oude recht nog eens bevestigd: indien men bekend is met de AV van de andere partij en van een bezwarend beding daarin, zoals een exoneratie, is men daaraan gebonden (wanneer door die partij naar haar AV verwezen werd). Die bekendheid wordt vermoed aanwezig te zijn wanneer sprake is van ervaring in de branche in kwestie, daar geldende gebruiken of eerdere overeenkomsten met de andere partij gesloten zijn. Zie *Van Dijk - Citibank*, waar sprake was van het tekenen van een formulier inzake een promesse aan toonder waarbij de bank naar de Uniform Customs verwezen had.¹⁵¹

De exoneratiebedingen vragen nog om aandacht, art. 237f werd al genoemd, waardoor het beding 'grijs' verklaard is (de poging om het 'zwart' te maken heeft het in de Kamer niet gehaald). Het is nuttig om de toelichting van de minister op dit artikel te lezen:

Deze bepaling is ruim geformuleerd: zij betreft ieder beding dat ten nadele van de consument afwijkt van de uit de voormelde wetsbepalingen van afdeling 6.1.8. en titel 6.3 (waaraan de wettelijke bepalingen inzake schadevergoeding van met name afdeling 6.1.9. nog kunnen worden toegevoegd). Deze wettelijke bepalingen mogen naar onze mening worden beschouwd als regels die prima facie een redelijke verdeling van risico's tussen ondernemers en consumenten bewerkstelligen. Het is aan de gebruiker om aan te tonen dat deze regels in een gegeven niet geval tot onbehoorlijke resultaten leiden. Verwacht mag worden dat hij daarin (...) zonder grote problemen zal slagen indien afwijking van de wettelijke regels werkelijk gerechtvaardigd mag worden geacht.¹⁵²

Of dit een geruststelling voor het bedrijfsleven is, valt te betwijfelen. In elk geval dient men bij het onderzoek naar onredelijkheid van een exoneratie ook de verzekeringsmogelijkheden in ogenschouw te nemen, waarbij met name speelt op wiens weg het gelegen heeft om verzekeringsdekking te zoeken.¹⁵³ Alles hangt met alles samen, zo ook hier: bij de toetsing spelen de criteria van art. 233a ook mee. De verzekeringsmogelijkheid wordt onder 'de wederzijds kenbare belangen' gebracht (aldus Asser-Hartkamp II, nr 357); 'de aard en de overige inhoud van de overeenkomst' geven aan dat het evenwicht in de wederzijdse prestaties niet zoek moet zijn, als gevolg van de vrijetekening. Anders gezegd, doel en strekking van de overeenkomst mogen niet aangetast worden (het 'Vertragszweck' noemt de AGBG-wetgever dat in § 9). Illustratief

151. HR 16 febr. 1996, *NJ* 1996, 394, *Van Dijk - Citibank*. Mevr. Van Dijk is de trekker van een promesse ter waarde van US \$ 3 mln die haar man Gotthjalpsen, een internationaal zakenman, aan Citibank terhand gesteld had. De promesse was op naam gesteld van een sheik in Abu Dhabi en bij bezorging in dat land door DHL raakt deze zoek. Tot schadevergoeding door Van Dijk aangesproken, verweert de bank zich met een exoneratieclausule uit de Uniform Customs for Documentary Credits/Collections, die van toepassing zouden zijn. Bij een eerdere contract tussen G. en de bank waren die AV van toepassing; G. wordt geacht met de gebruiken van banken en hun voorwaarden bekend te zijn.

152. *Parl. gesch. Inv. Boek 6*, p. 1734.

153. *Idem*, p.1580. Aldus ook al jaar en dag de jurisprudentie van de HR, *BOVAG*-serie en *Fokker - Zentveld*, zie onder, § 2, nr 4.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

is een Duits arrest waarin de uitsluiting van aansprakelijkheid voor het niet handhaven van de juiste temperatuur nietig geacht wordt op grond van § 9 lid 2 sub 2 AGBG.¹⁵⁴ Een koelhuis dat niet hoeft te koelen, gaat inderdaad wat ver, zeker in het verwachtingspatroon van de particuliere partij. Het doet denken aan het *Campo*-arrest: de kweker die zijn planten per gekoelde container uit Guatemala laat komen, de lading uiteraard verzekerd heeft en dan moet bemerken dat het risico voor uitvallen van de koelinstallatie niet onder de 'all-risk'-dekking valt!¹⁵⁵ Een zaak met een beding dat rijp was voor nietigverklaring als onredelijk bezwarend voor de wederpartij (een ondernemer).

Terug naar de verzekeringsmogelijkheden als wegingsfactoren. Indien het in de bedrijfstak gebruikelijk is om zich te verzekeren, of indien leden van een branche- of beroepsorganisatie een WA-verzekeringsplicht opgelegd is, heeft de gebruiker van algemene voorwaarden al direct geen been om op te staan in zijn verweer tegen de wederpartij-consument.¹⁵⁶ In dit verband is het goed om te wijzen op art. 6:192, dat in geval van produktenaansprakelijkheid de uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid verbiedt, een artikel dat nog weinig toepassing gevonden heeft.

Tenslotte nog een enkel woord over de zogenaamde 'reflex-werking', waarover zoveel te doen is geweest (voornamelijk afgrijzen in bedrijfsrechtelijke kringen). Ook hier geldt weer het *caveat* dat dit een tamelijk academische kwestie is. De vraag die hier aan de orde is, is of ook niet-consumenten een beroep op de wettelijke regeling van artt. 236/237 kunnen doen.¹⁵⁷ De wetgever heeft dat bevestigend beantwoord: 'dat de art. 6:236 en 237 juist door de werking van de open norm van art. 233a waar nodig ook bij de toetsing van overeenkomsten tussen ondernemers een zekere normerende werking zal kunnen toekomen'. Men dient immers in het oog te houden dat art. 233a algemene werking heeft, dus ook ten aanzien van ondernemers van toepassing is (evenals uiteraard art. 248, maar dat is langzamerhand een open deur, althans zou dat behoren te zijn). Bij die reflex-werking 'kan acht geslagen worden op de aard van de overeenkomst, de onderlinge verhouding van partijen en de andere omstandigheden van het geval', wordt ook opgemerkt; een voorstel om de zwarte lijst tot grijze lijst voor ondernemers onderling te maken, werd door de minister afgewezen, vanwege de teveel uiteenlopende typen transacties (bouw, verzekering, kredietverlening, etc.). De minister vond een reflex-werking voor de hand liggen indien het gaat om 'een kleine vereniging of stichting die zich materieel niet van een consument (natuurlijke persoon) onderscheidt'. In de rechtspraak is de reflex-werking al gehanteerd in het geval van een school.¹⁵⁸

Reflex-werking is dus een betrekkelijke zaak; als het 'Reflexion auf eigenen Tun' betekent, is dat zonder meer winst, met name voor het midden- en

154. BGH 5 mei 1984 NJW 1350; JZ 473; Jongeneel, diss. p. 188 met een overzicht van soortgelijke rechtspraak.

155. HR 7 jan. 1996, NJ 697, *Campo - Nieuw Rotterdam*, zie boven, Hfdst. 2, § 2, nr 20. Zie in dit verband ook de peren en wortelen-zaak, HR 30 sept. 1994, NJ 1995, 45, *Diepop - Nouwens*, onder, Hfdst. 4, § 2, nr 11.

156. Vgl. Mölenberg, p. 390, met vermelding van Duitse rechtspraak.

157. Zie Wessels en Jongeneel, nrs 232 v., 34, 439 v.; Rijken, in: *Consumentenrecht*, 1996, p. 61. Voor de vindplaatsen van de hier volgende citaten uit de MvT wordt daarnaar verwezen.

158. Rb. Arnhem 13 jan. 1994, NJ kort, 16; TvC, p. 360, nt Loos.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

kleinbedrijf, dat heel vaak in een even zwakke positie verkeert tegenover economisch sterke partijen als consumenten, en voor wie eveneens het 'slikken of stikken' geldt bij de voorwaarden die opgelegd worden. In de verhouding kleine ondernemer - consument is de wetgever de eerste partij te hulp geschoten met art. 244, de 'beklemde detaillist': hij mag hetzelfde verweer van onredelijk bezwarend beding tegen zijn 'voorschakel' (groothandel, importeur, fabrikant) voeren, indien hem dat eerder door een consument tegengeworpen is. Dit is in wezen een soort reflex-werking. Men zie het moeizaam geformuleerde artikel.

Aldus enkele hoofdzaken van de wettelijke regeling inzake algemene voorwaarden, zonder de pretentie volledig te zijn. Bregsteins spreuk: 'de betrekkelijke waarde der wet' komt boven als men het geheel overziet.¹⁵⁹ Het is er allemaal niet eenvoudiger op geworden; het is echter zaak om de kern van de materie in het oog te houden en zich niet door allerlei *technicalities* te laten afleiden, die in wezen weinig toevoegen. De meerwaarde van de Europese richtlijn is dat deze een steun in de rug kan bieden om de ratio van de wettelijke regeling in het oog te houden en dit onderwerp verder tot ontwikkeling te brengen.

Dan geef ik tot slot nog aandacht aan de zogenaamde 'abstrakte toetsing' van art. 240, die in Duitsland een bloeiend bestaan leidt dankzij actieve consumentenorganisaties (zie de onderzoeken van de aangehaalde auteurs) en als één van de sterke punten van de nieuwe regeling beschouwd werd. Zoals wij zullen zien, loopt dat nog zo'n vaart niet in ons land.

14. De eerste 'abstrakte toetsing' ex art. 6:240 BW: Consumentenbond - Nutsbedrijven (1997)

De eerste '6:240-procedure' heeft intussen plaatsgevonden en in 1997, 5 jaar na invoering van het nieuwe BW, tot een uitspraak van de hoge raad geleid, in de spraakmakende procedure van de Consumentenbond tegen de nutsbedrijven (levering van water, gas, elektriciteit en warmte).¹⁶⁰ De inzet was de zogenaamde 'abstrakte toetsing' van de uniforme, categorische uitsluiting van alle aansprakelijkheid voor schade door storingen bij de levering door de nutsbedrijven die in modelvoorwaarden opgenomen was, waarover het Haagse hof geroepen was een uitspraak te doen. De maiden-trip van het Haagse hof als enige bevoegde rechter om 240-zaken in eerste instantie te horen was een weinig gelukkige: het arrest is in cassatie aan de grond gelopen, het werd door de hoge raad op belangrijke punten vernietigd. Dat was terecht, de uitspraak van het hof was niet bepaald in overeenstemming met de rechterlijke toetsing die de wetgever voor ogen had gestaan, het hof was heel slordig tewerk gegaan met de 240-regeling. De procedure tegen de nutsbedrijven geeft ook aan hoe star de

159. Vgl. ook de 'trieste tussenbalans' van Rijken, *NJB* 1994, p. 643, die oproept tot een 'reinigingsactie'.

160. HR 16 mei 1997, *NJ* 2000, 1, nt CJHB, *Consumentenbond - EnergieNed en Vewin (Ver. v. Exploitanten van Waterleidingbedrijven in Ned.)*; Hof Den Haag 27 juni 1996, *TvC* 1996, p. 282, nt Mölenberg, Rinkes en Rijken; *A & V* 1996, 110, nt Dommering-van Rongen; *JOR* 1996/79, nt Kortmann; *NJB* 1996, p. 1542 (gedeeltelijk), met commentaar van Stutterheim; *NTBR* 1996, p. 191, nt Hondius.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

laatste nog zijn in hun opvattingen over transakties met consumenten, alsof er de afgelopen tien, twintig jaar niets gebeurd is, in ons land en omliggende landen.¹⁶¹ Als men dat ziet, is het te begrijpen dat de wetgever, nationaal en in Europees verband, ingegrepen heeft: de molens van het bedrijfsleven (groot en klein) malen erg traag waar dat het serieus nemen van particuliere contractspartijen betreft. Het is dus in verschillende opzichten nuttig om van dit arrest kennis te nemen.

De toedracht is deze. De laatste decennia heeft regelmatig overleg plaatsgevonden tussen consumentenorganisaties en de nutsbedrijven over modelvoorwaarden voor de levering van water, gas, elektriciteit en warmte, overleg dat vaak jaren in beslag nam; deze voorwaarden zijn enkele malen herzien, de laatste herziening vond in 1994 plaats. De partijen waren het niet eens geworden over de exoneratieclausule, art. 20 lid 1, waarin alle aansprakelijkheid voor leveringsstoornissen uitgesloten werd, op uniforme wijze voor water, gas, elektriciteit en warmte. Dat artikel luidt als volgt:

Art. 20, lid 1. 'Het bedrijf is jegens de aanvrager of gebruiker niet aansprakelijk voor schade aan personen of zaken ten gevolge van onderbreking van de levering'.¹⁶²

Het bezwaar van de Consumentenbond was dat aansprakelijkheid werd uitgesloten, ongeacht: 1. de oorzaak van de onderbreking, 2. de aard en ernst van de fouten, en 3. de persoon die de schade heeft veroorzaakt. De bond besloot na twee jaar overleg om als belangenorganisatie een procedure ex art. 6:240 BW aan te spannen, en de clausule onredelijk bezwarend tegenover consumenten te laten verklaren (ex art. 6:237, aanhef en sub f, grijze lijst, dat ook in het kader van de 240-procedure aan de orde is). Zij had bij het dagvaarden de keus tussen de gebruiker van de voorwaarden (het betreffende nutsbedrijf) en degenen die het gebruik van de voorwaarden bevordert, in casu: EnergieNed (de Vereniging van

161. Zie voor de achtergronden van en een verklaring voor deze 'hardnekkigheid' van de nutsbedrijven, Stutterheim, t.a.p., p. 1538 v. De nutsbedrijven, ook al werden zij geprivatiseerd, lijken niet te kunnen wennen aan de situatie dat zij contractspartijen zijn die een produkt leveren aan individuele wederpartijen; zij zien zichzelf nog steeds als instellingen die in het algemeen belang diensten van algemeen nut verlenen, hetgeen zou rechtvaardigen dat risico's voor kleine tekortkomingen bij de consument gelegd behoren te worden. De tekens aan de muur werden nog niet opgemerkt, zoals een mooie uitspraak uit 1991 van de Utrechtse kantonrechter in een procedure van een consument wiens wasgoed door roestwater dat uit de kraan kwam beschadigd was, die Stutterheim aanhaalt. Overwogen wordt, bij de toetsing van een voor het waterleiding-bedrijf, WMN, negatief bindend advies:

'De kantonrechter kan zich niet aan de indruk onttrekken dat WMN miskent, dat het hier niet gaat om een door de overheid om niet ter beschikking gestelde faciliteit, maar om een contractuele verplichting van WMN om zuiver drinkwater te leveren waarvoor door de gebruiker wordt betaald. Bovendien is watervoorziening niet iets dat eigen is aan onze, door WMN zogenoemde, moderne verzorgingsstaat. Bepalingen daaromtrent waren reeds in de Codex Justinianus opgenomen (Liber XI, tit.42)'.

162. In art.20 lid 2 wordt de aansprakelijkheid voor *gebrekkige* levering wel aanvaard; dit is opmerkelijk, zoals ook Stutterheim opmerkt, aangezien dat type wanprestatie zich in de praktijk veel vaker voordoet dan dat als gevolg van *onderbreking* van levering, vgl. de rechtspraak van de GON.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

Energiedistributiebedrijven) en Vewin (de Vereniging van exploitanten van Waterleidingbedrijven in Nederland). Voor dat laatste werd gekozen.

In de procedure voor het Hof Den Haag neemt het hof een opmerkelijk standpunt in ten aanzien van de stelplicht van eiseres en het vereiste van een voldoende processueel belang: gesteund door de wetsgeschiedenis van art. 6:240 en op grond van art. 3:303 BW is het hof van oordeel dat de Consumentenbond gevallen had moeten noemen waarin door onderbreking van de levering van gas, warmte of drinkwater schade aan personen of zaken kan ontstaan. Aangezien dat niet gebeurd was, wordt haar vordering ten aanzien van die algemene voorwaarden afgewezen. Dat ligt anders in het geval van de voorwaarden met betrekking tot elektriciteit, aangezien de bond geweest had op de recente schadegevallen in het Veluwegebied (1994) en in Bleiswijk (1995), maar die hadden enkel betrekking op schade aan zaken, niet aan personen. Het gevolg is dat het hof slechts ingaat op het onderdeel schade aan *zaken* bij levering van elektriciteit. Wij zullen hieronder zien dat de hoge raad korte metten maakt met deze wel zeer buitenissige redenering die zowel tegen de wetsgeschiedenis als de strekking van de 240-regeling ingaat, namelijk bij uitstek erop gericht om *preventief* op te treden tegen de onredelijke werking van bedingen die consumenten met schade laten zitten.¹⁶³ Het hof heeft overigens op dit punt ook de jurisprudentie van de hoge raad miskend.¹⁶⁴

Het hof gaat vervolgens in op het enige onderdeel dat overgebleven is, de algemene exoneratie met betrekking tot schade aan zaken door stroomstoringen. De verweren van EnergieNed worden verworpen; het eerste verweer hield in dat het hier om een uitwerking van een kernbeding zou gaan, in het verlengde van art. 7 lid 2, dat bepaalt dat elektrische energie in beginsel continu wordt geleverd, maar dat het bedrijf niet voor die continuïteit instaat en bij storing het redelijkerwijs mogelijke zal doen om de levering zo snel mogelijk te herstellen. Kernbedingen zijn immers ingevolge art. 6:231 sub *a* BW uitgesloten van toetsing op redelijkheid, en het nutsbedrijf zoekt de luwte daarvan op. Het hof verwerpt die redenering kortweg: ook al is art. 7 lid 2 een kernbeding, dan brengt

163. De commentaren waren vernietigend, vgl. Dommering-van Rongen, Hondius, Stutterheim en Mölenberg c.s., t.a.p.: het kost weinig fantasie om soortgelijke schadegevallen te bedenken zoals deze zich bij het uitvallen van elektriciteit daadwerkelijk voorgedaan hebben (personen die in liften komen vast te zitten en psychische schade oplopen, heggescharen die uitvallen, e.d.). Ook de lezing van de wetsgeschiedenis van art.240 door het hof wordt door hen onderuit gehaald. Zie ook de omvangrijke (en gepubliceerde) rechtspraak van de Geschillencommissie Openbare Nutsbedrijven (GON), door Stutterheim aangehaald. Ook valt niet in te zien, uit het oogpunt van proceseconomie, waarom het hof de Consumentenbond niet om aanvulling van haar stellingen had kunnen verzoeken. In deze zin ook a-g Hartkamp, concl. sub 12, met verwijzing naar HR 22 nov. 1996, *NJ* 1997, 204, *Yildiz - Jansen's Pluimveeslachterijen*.

164. Zie HR 23 maart 1990, *NJ* 1991, 214, nt GJS, *Botman - Van Haaster*: bij toetsing van een beding (hier: arbitraal beding) op onredelijke bezwarendheid moet het niet worden beoordeeld op nadelen die zich daadwerkelijk hebben verwezenlijkt, maar ook op nadelen waarvan de verwezenlijking slechts 'mogelijk' was (in casu ging het om de invloed op de benoeming van arbiters, vgl. ook de noot van Snijders).

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

dat nog niet met zich dat art. 20 geen ‘algemene voorwaarde’ in de zin van de artt. 6:231 en 240 zou zijn.¹⁶⁵

Het inhoudelijke verweer van EnergieNed maakt evenmin indruk op het hof; deze overwegingen blijven in cassatie in stand en zijn derhalve van belang voor een goed begrip van de rechterlijke toetsing van algemene voorwaarden. Ze worden dan ook hier opgenomen; ik gaf al eerder mijn impressie van het standpunt van de organisatie van energiebedrijven: niet geheel bij de tijd. Gelukkig denkt het hof er ook zo over:

8. ‘Ter rechtvaardiging van de volledige uitsluiting van de aansprakelijkheid voor schade aan zaken ten gevolge van onderbreking van electriciteit heeft EnergieNed in het bijzonder aangevoerd (en te bewijzen aangeboden):
 - i de electriciteitsvoorziening is voor 99,995% continu, doch het is niet mogelijk de bedrijfszekerheid structureel te verhogen;
 - ii consumenten hebben onvoldoende inzicht in de techniek om na een onderbreking een distributiebedrijf van een tekortschieten een verwijt te kunnen maken, zodat te vrezen valt dat de rechter hen tegemoet zal komen door hun bewijspositie te verlichten;
 - iii bij het overgrote deel van de te verwachten vorderingen van consumenten, zal de hoogte van de vordering de behandelingskosten niet overtreffen;
 - iv de meest voorkomende risico’s kunnen op "first party" basis door de afnemers verzekerd worden; en (zo begrijpt het hof)
 - v de distributiebedrijven kunnen zich maar in beperkte mate verzekeren tegen aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van onderbreking van levering van electriciteit, en "worst cases" zijn nimmer te verzekeren.
9. a) Bij de beoordeling van deze argumenten stelt het hof voorop:
 - het onderhavige beding wordt ingevolge artikel 6:237, aanhef en onder *f*, BW vermoed tegenover consumenten onredelijk bezwarend te zijn.
 - blijkens zijn wetsgeschiedenis (zie PG Inv. Boek 6, blz. 1735) is de achtergrond van artikel 6:237, aanhef en onder *f*, BW gelegen in de gedachte dat de wettelijke bepalingen omtrent de niet-nakoming van verbintenissen uit overeenkomst prima facie een redelijke verdeling van risico’s tussen ondernemers en consumenten bewerkstelligen. En voorts leert de wetsgeschiedenis (t.a.p.) dat, indien een afwijking van de wettelijke regeling werkelijk gerechtvaardigd is, de "gebruiker" van de algemene voorwaarden zulks zonder grote problemen zal kunnen aantonen.
 - b) De zojuist vermelde uitlatingen in de parlementaire geschiedenis hebben, zo begrijpt het hof, in hun onderling verband, deze betekenis, dat bedingen waarbij van de wettelijke verplichtingen tot schadevergoedingen bij niet-nakoming wordt afgeweken, eerst dan geacht kunnen worden tegenover consumenten niet onredelijk bezwarend te zijn, indien die afwijking kennelijk gerechtvaardigd is.
10. Tegen deze achtergrond valt van de, onder 8, vermelde argumenten (i)-(v) het volgende te zeggen:
 - argument (i) legt geen gewicht in de schaal, omdat tegen de onder 9 vermelde achtergrond, niet valt in te zien waarom de hoge bedrijfszekerheid van de energievoorziening zou moeten meebrengen dat een distributiebedrijf tegenover consumenten in geen enkel opzicht aansprakelijk zou zijn voor de schade aan zaken ten gevolge van onderbreking in die gevallen, waarin zij, ondanks die bedrijfszekerheid, in de nakoming van haar in artikel 7, lid 2, omschreven leveringsplicht toerekenbaar tekort schiet;
 - de argumenten (ii) en (iii) verdragen zich, elk voor zich, slecht met de strekking van Boek 6, titel 5, afdeling 3, in het algemeen, en met artikel 6:237, aanhef en onder *f*, BW in het

165. In de opvatting van Mölenberg c.s. is art. 7 zelfs geen kernbeding maar een exoneratieclausule, vgl. noot, sub 4. Vgl. in die zin ook concl. a-g Hartkamp, sub 22, met verdere lit.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

bijzonder. De beide argumenten leggen, ook te zamen genomen, onvoldoende gewicht in de schaal om de onderhavige afwijking van het bepaalde in, in het bijzonder, de artikelen 6:74-77 BW kennelijk gerechtvaardigd te achten. Wat argument (iii) betreft, merkt het hof nog op dat (ook) het Besluit limitering aansprakelijkheid telecommunicatie van 19 december 1988 (Stb. 1988, 520) wél een limitering kent maar geen ‘drempels’;

- in de memorie van antwoord, onder 59, tracht EnergieNed het onderhavige probleem te presenteren als een economisch-maatschappelijk probleem van allocatie van risico’s. In die sleutel gesteld, gaat argument (iv) eraan voorbij dat de betekenis van artikel 237, aanhef en onder *f*, BW mede is om richting te geven aan (re)allocatie van risico’s. Mogelijk is een algehele uitsluiting van aansprakelijkheid als de onderhavige tegenover consumenten niet onredelijk bezwarend - en kan een reallocatie van risico’s achterwege blijven - indien en in zoverre een bepaalde schade voor consumenten in het overgrote deel van de gevallen in feite reeds (bijvoorbeeld) door een "first party" verzekering is gedekt. Wat daarvan zij, kan hier echter in het midden blijven, aangezien Consumentenbond heeft betwist dat zulks ten aanzien van de onderhavige zaakschade het geval is, en EnergieNed niet mede te bewijzen heeft aangeboden dat zulks wél het geval is; zij heeft immers slechts te bewijzen aangeboden dat de meest voorkomende risico’s op "first party" basis verzekeraar zijn.
 - argument (v) verliest uit het oog, dat Consumentenbond zich in deze procedure (voor zover thans nog van belang) alleen keert tegen de algehele uitsluiting van schade aan zaken. In dat licht is terzake dienend dat andere schade dan schade aan zaken door distributiebedrijven niet te verzekeren valt, en dat ook voor "worst cases" geen dekking kan worden verkregen. EnergieNed heeft geen feiten gesteld die meebrengen dat schade aan zaken ten gevolge van tekortschieten in de nakoming van de voor die bedrijven uit artikel 7, lid 2, voortvloeiende leveringsplicht in geval van onderbreking door die bedrijven niet tot een voor de consument relevante hoogte (afgezien van "worst cases") kan worden gedragen. De door de wetgever met artikel 6:236, aanhef en onder *f*, BW beoogde reallocatie van risico’s neemt de mogelijkheid van prijsverhoging van de zijde van de "gebruiker" op de koop toe.
11. Artikel 6:236, aanhef en onder *d*, BW bestempelt tot (steeds) onredelijk bezwarend tegenover consumenten het beding dat beoordeling van de vraag of de "gebruiker" in de nakoming van zijn verbintenissen te kort is geschoten, aan hem zelf overlaat. De praktische betekenis van het onderhavige beding is in zoverre verdergaand dat daarin tegenover de consumenten ten volle wordt uitgesloten de vergoeding van schade aan zaken ten gevolge van onderbreking van de levering, indien die onderbreking het gevolg is van een toerekenbare niet-nakoming van de leveringsplicht. De hiervoor, onder 8, genoemde argumenten vermogen zulks, gelet op het voorgaande, niet te rechtvaardigen. Het merendeel van de door EnergieNed aangevoerde argumenten tracht een strijd te doen herleven die door de wetgever van Boek 6, titel 5, afdeling 3, BW bereids is beslist.

Op deze ‘mooie overwegingen’ valt volgens Hondius weinig aan te merken; ze worden in cassatie bevestigd door de hoge raad. Wel eindigt het hof weer met een misslag door de consumentenbond haar vordering tot openbaarmaking van de uitspraak af te wijzen, aangezien zij nagelaten zou hebben aan te geven in welke dagbladen publicatie zou moeten plaatsvinden; de weergave in haar eigen *Consumentengids* acht het hof voldoende (ov. 14). Dit werd terecht door de hoge raad vernietigd (ov. 4.5).

De hoge raad gaat in zijn arrest allereerst in op de curieuze visie van het hof op de wetsgeschiedenis van art. 6:240 BW, in combinatie met de ‘geen belang, geen aktie’-regel van art. 3:303 BW, en maakt daarmee korte metten:

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

4.1. 'De gedachtengang welke het hof tot zijn hiervoor in 3.3 vermelde - ambtshalve gegeven - beslissingen heeft geleid (rov. 5 en 6b), kan als volgt worden weergegeven. Tegen de achtergrond van (1°) de geschiedenis van de totstandkoming van de onderwerpelijke bepalingen - met name van de (daaruit geïsoleerde) zinsnede "De rechter zal zich moeten richten op de overgrote meerderheid van de gevallen (...)" (Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5, 6) blz. 1781) - en van (2°) het bepaalde in art. 3:303 BW - moet worden aangenomen dat de eiser eerst dan voldoende belang heeft bij een op de voet van art. 6:240 in verbinding met art. art. 6:237, aanhef en onder *f*, BW ingestelde vordering indien het beding waarvan wordt gevorderd dat het onredelijk bezwarend wordt verklaard, zo het geldig zou zijn, in de praktijk tot toepassing komt. De eiser heeft ter zake een stelplicht. Aan deze stelplicht heeft de Consumentenbond niet voldaan nu zij heeft nagelaten gevallen te noemen waarin door onderbreking van de levering van gas, warmte of drinkwater schade aan personen of zaken kan ontstaan, en evenmin heeft gesteld dat zich ten gevolge van onderbreking van elektriciteit schade aan personen voordoet, laat staan daarvan voorbeelden heeft gegeven.

4.2. Terecht voert de primaire klacht van onderdeel 1 van het middel aan dat deze gedachtengang blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

De in art. 6:240 in verbinding met 6:233 onder a, 236 en 237 en 67 RO ingevoerde mogelijkheid van een tot op zekere hoogte abstracte rechterlijke toetsing van bedingen in algemene voorwaarden beoogt aan de bestrijding van onereuze bedingen in dergelijke voorwaarden een maximale effectiviteit te verlenen. Deze strekking brengt, zoals in de wetsgeschiedenis ook tot uitdrukking komt, mee dat de actie ook 'preventief' kan worden ingesteld ter zake van nog niet of niet frequent gebruikte bedingen (Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5, 6) blz. 1778). Tegen deze achtergrond moet worden aangenomen dat een consumentenorganisatie als bedoeld in het derde lid van art. 240 die op grond van voormelde bepalingen een vordering instelt tegen een branche-organisatie als bedoeld in het tweede lid van art. 240, bij deze vordering een voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW heeft indien het beding waarvan zij vordert dat het onredelijk bezwarend wordt verklaard, voorkomt in de algemene voorwaarden waarvan de branche-organisatie het gebruik bevoordert in overeenkomsten met consumenten.

Opmerking verdient nog dat het hof voormelde zinsnede "De rechter zal zich moeten richten op de overgrote meerderheid van de gevallen (...)" klaarblijkelijk heeft misverstaan. Blijkens het verband waarin deze zinsnede telkens is gebezigd, bedoelt zij niet tot uitdrukking te brengen dat een beding in algemene voorwaarden niet onredelijk bezwarend kan worden geoordeeld indien moet worden aangenomen dat een beroep erop slechts zelden zal worden gedaan, maar strekt zij ertoe de aard van de in onderhavige wetsbepalingen ingevoerde abstracte toetsing nader te verduidelijken. De passages waarin de zinsnede voorkomt, beogen in het geheel gezien tot uitdrukking te brengen dat: (1°) de uitkomst van zodanige toetsing moet afhangen van een beoordeling van de gevallen waarin het beding verandering brengt in de rechtstoestand die bij gebreke van het beding zou hebben bestaan, en (2°) dat beslissend is of in *die* gevallen moet worden geoordeeld dat het beding, rekening houdend met de in de wetsgeschiedenis besproken gezichtspunten - zoals de specifieke aard en inhoud van de overeenkomsten waarvoor de algemene voorwaarden zijn bestemd, en de "typische" eigenschappen en belangen van de personen met wie deze overeenkomsten plagen te worden gesloten - *doorgaans* tot onredelijke resultaten zal leiden.¹⁶⁶

Daarmee is de 'abstracte toetsing' weer gewoon abstract geworden: er hoeven geen concrete schadegevallen naar voren gebracht te worden, en het preventieve karakter staat voorop. Het lag nogal voor de hand, maar de hoge raad moest eraan te pas komen om het duidelijk te maken.

Ten aanzien van de inhoudelijke toetsing van de elektriciteitsvoorwaarden door het hof, die zoals gezegd door de hoge raad goedgekeurd wordt, kan nog

166. HR 16 mei 1997, NJ 2000, 1, nt CJHB, *Consumentenbond - EnergieNed, VEWIN*.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

opgemerkt worden dat de raad in het midden laat of het in het geval van art. 7 lid 2 inderdaad om een kernbeding gaat of niet, en of hier sprake is van een inspanningsverbintenis. Overwogen wordt dat 'het hof daarbij *veronderstellenderwijs* is uitgegaan' van de stellingen van de nutsbedrijven (curs. van de HR, ov. 5.1). A-g Hartkamp, wiens conclusie overigens door de raad gevolgd werd, heeft interessante beschouwingen aan die materie gewijd (sub 22). Hij stelt zich op het standpunt dat hier van een resultaatsverbintenis van het nutsbedrijf sprake is, waarbij, zoals altijd, een beroep op overmacht toegestaan is. Daarbij wordt verwezen naar het overeenkomstige standpunt van de GON, Ktg. Utrecht en enkele auteurs, zoals Stutterheim.

Daarmee kwam een voorlopig einde aan deze eerste 240-procedure inzake onredelijk bezwarende contractsbedingen, die door het haagse hof nog wat te weinig abstrakt getoetst bleken te zijn. Voorlopig einde, zei ik, dat bleek reeds uit de aktie van de elektriciteitsbedrijven na het arrest van het hof: kort na het arrest van het Hof Den Haag, in juli 1996, werd een aangepaste versie van art. 20 lid 1 bekend gemaakt via de plaatselijke pers door tot het NUON-concern behorende distributiebedrijven, als interimregeling. Deze luidt:

'Het bedrijf is jegens de aanvrager of de verbruiker voor schade ten gevolge van onderbreking van de levering van elektrische energie niet aansprakelijk, tenzij het betreft schade aan zaken voor zover deze schade het bedrag van f 300 (driehonderd gulden) te boven gaat, én de onderbreking een gevolg is van schuld aan de zijde van het bedrijf, zulks te bewijzen door de aanvrager/verbruiker, waarbij het bedrijf desgevraagd inlichtingen verstrekt over de toedracht van de onderbreking, een en ander onverminderd de toepasbaarheid van het bepaalde in de leden 3 tot en met 6 van artikel 20.

Deze interimregeling geldt tot nader order en geldt alleen voor de levering van elektrische energie. De bestaande uitsluiting van aansprakelijkheid voor schade als gevolg van onderbreking van de levering van gas, warmte en/of drinkwater blijft gehandhaafd'.¹⁶⁷

Aldus gebeurde hetgeen in verscheidene commentaren al opgemerkt werd: het hof had nagelaten om aan te geven, uit hoofde van art. 6:240 lid 4 BW, op welke wijze het onredelijk bezwarende karakter van de clause weggenomen zou kunnen worden. Zoals a-g Hartkamp het diplomatiek zegt, had dit 'uit oogpunt van efficiency wellicht wel de voorkeur verdiend'; zijn voorspelling dat Energie-Ned een aangepaste versie van de aangevochten clause zou kunnen opstellen, die dan weer door de Consumentenbond getoetst zou kunnen worden, was intussen al werkelijkheid geworden.¹⁶⁸ In hun commentaar op de NUON-versie van art. 20 lid 1 stellen Molenberg c.s. dat deze - daargelaten of def 300,- als aftrek- of drempel-franchise bedoeld is - onder art. 6:237 sub f BW valt en zonder twijfel onredelijk bezwarend is, ook in verband met onder meer art.

167. TvC 1996, p. 292.

168. Vgl. ook de kritische noot van Kortmann, die spreekt van een 'Pyrrus-overwinning' van de consumentenbond; hij is overigens voorstander van een inspanningsverbintenis van het nutsbedrijf.

Bij navraag bleek dat de Consumentenbond nog geen aktie ondernomen heeft tegen de nieuwe clause en eerst de uitspraken van de hoge raad afgewacht heeft. Momenteel voeren partijen overleg over deze kwestie (juli 1997).

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

6:236 sub *k* BW en art. 6:233 sub *a* juncto artt. 6:74 en 75 BW, en adviseren de Consumentenbond om terstond een nieuwe 240-procedure hierover te beginnen.

Intussen doet de interessante mogelijkheid zich voor dat het beding dat de uitsluiting van aansprakelijkheid voor dood of lichamelijk letsel nietig geacht wordt aangezien een dergelijk beding op de zwarte lijst staat van de EEG-richtlijn, die als gevolg van richtlijn-conforme uitleg in het blikveld van art. 237f BW gekomen is.¹⁶⁹

15. *Terugblik: toetsing door de rechter naar algemene regels van contractenrecht, of aan de hand van een wettelijke regeling? The devil or the deep blue sea?*

Nu de stofwolken van de parlementaire en buitenparlementaire behandeling van de regeling van algemene voorwaarden al geruime tijd opgetrokken zijn, is het goed nog eens de vraag onder ogen te zien, wat wijsheid is bij de toetsing van standaardvoorwaarden. Wat is eigenlijk de meerwaarde van de regeling van afd. 6.5.3 BW? Duidelijkheid, rechtszekerheid? Ik geloof er niets van; men zie de hierboven besproken binnenlandse en buitenlandse commentaren op dit punt. Waarom heeft de rechterlijke toetsing zoals deze ook al naar oud recht gebeurde, versterking nodig door middel van wettelijk ingrijpen? Voor een antwoord op deze vraag moet men niet te rade gaan bij voorstanders van een wettelijke regeling, zoals Hondius, aangezien deze schrijvers zoals wij zagen een uiterst vertekend beeld geven van de praktijk van de rechtspraak (vgl. boven, nr. 7). Daar komt nog bij, dat in de jaren '80 de hoge raad met verve regels van rechtersrecht op dit terrein ontwikkeld heeft, waarbij ten dele geanticipeerd werd op het stelsel van het nieuwe BW (wel- en niet-omkeerbaar vermoeden van vernietigbaarheid) zonder ook de nadelen van dat systeem over te nemen: de omstandigheden van het geval in de typische situatie blijven van groot belang.

Moet men hieruit nu afleiden, dat wij de wetgever niet nodig hebben om tot bevredigende resultaten bij de toetsing van standaardvoorwaarden te komen? Schrijvers afkomstig uit het bedrijfsleven werden indertijd niet moe dit verhaal te houden, maar al zijn consumenten meestal schapen, zij meenden toch hierin de stem van de wolf in schaapskleren te herkennen. Inderdaad zijn bedrijfsjuristen niet de meest onzijdige personen om dit naar voren te brengen. Ieder kent wel wantoestanden uit de persoonlijke of juridische sfeer. Opstellers van dit soort voorwaarden zijn geen lieverdjes, maar, laten wij wel wezen, veel consumenten evenmin. Het probleem lijkt te zijn, dat de consumenten teveel willen vragen, en het bedrijfsleven te weinig wil geven. Een voorbeeld van het eerste is het voorstel om alle exoneratieclausules op de zwarte lijst te zetten.¹⁷⁰ Al met al geen ideale situatie voor een evenwichtige, bezonnen discussie. Het wettelijk produkt is er dan ook naar. Het is goed om het vraagstuk van de rechtshervorming door rechtersrecht of door wetgeving nader te beschouwen; deze problematiek stijgt boven die van de algemene voorwaarden uit en speelt

169. Vgl. Hondius, 3 *Eur. Rev. Private Law* (1995), p. 247.

170. Waarover Rijken, *NJB* 1984, p. 1413. Het amendement was van mevr. Salomons van de Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer, nadat de kwestie in de commissie geweest was; deze ging in meerderheid akkoord met plaatsing op de grijze lijst.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

op talloze terreinen van het privaatrecht, terwijl men ook aan de hercodificatie als zodanig kan denken.

Wat waren ook weer de bezwaren tegen uitsluitend rechterlijke toetsing? Dat de rechter geen middelen zou hebben om naar het oude recht een goede toetsing uit te voeren was en is onzin. Zeker na de standaardarresten uit de jaren '80 op dit gebied is dit geen reëel argument meer. Dan hebben wij het bezwaar, dat de rechter slechts ad hoc kan optreden, indien een gepakte adherent de stoute schoenen aantrekt om de opsteller van de voorwaarden voor de rechter te slepen. Het is juist, dat de rechter geen initiatieven kan ontplooiën, en moet afwachten welke vlieg in zijn web komt, zodat een soort gelegenheidsrechtspraak tot stand komt. Dit gaat echter niet op voor het OM; de procureur-generaal bij de hoge raad kan cassatie in het belang der wet instellen en zo regulerend optreden op het gebied van het gebruik van algemene voorwaarden (weliswaar alleen die welke onderwerp van procedures geweest zijn). Dit heeft in het verleden overigens wel eens averechts gewerkt. Bijvoorbeeld in het geval van een kersverse p-g die in het belang der wet een kantongerechtoverval wilde laten casseren, omdat daarin een incassobeding als strijdig met de goede trouw gewijzigd was van 60% van de koopsom tot 10% (bij een pannenset die door een colporteur voor f 800 aangesmeerd wordt, gaat het hier om een heel bedrag). Naar de mening van die p-g was in dit strijd met de leer van de hoge raad (het zgn. *sarong & weefgetouw* syndroom). Wat was het geval? Zijn voorganger, p-g Langemeijer, was zo moe geworden van alle brieven van gepakte consumenten die in arren moede de p-g aanschreven - die naar weinigen bekend is een soort ombudsman-functie bekleedt - dat hij de Kring van Kantonrechters, waarin deze rechters georganiseerd zijn, had verzocht hiertegen op te treden en een interne richtlijn op te stellen wat nog als redelijk incassobeding zou kunnen gelden.¹⁷¹ Het leerzame van dit voorbeeld is niet zozeer het minder gelukkige optreden van de nieuwe p-g, maar het gegeven dat een p-g een beleid voert dat lijkt op hetgeen in het strafrecht gebeurt, waar het OM in gezamenlijk overleg direktieven opstelt (bijv. circulaire over sepot-beleid bij winkeldiefstallen). Een wat actief OM kan op het terrein van de standaardvoorwaarden heilzaam werk doen, hetgeen waarschijnlijk meer effect heeft in de richting van de opstellers dan een sporadisch vonnis. Het geeft ook de burger-adherent moed, als hij tevoren van het bestaan van zo'n richtlijn en haar inhoud afweet. Men zou aldus zwarte en grijze lijsten als richtlijn kunnen opstellen, met de nuances toegevoegd die de praktijk gaandeweg geleverd heeft en nog levert. Een vergelijkbaar initiatief kan de hoge raad nemen door over te gaan tot meer obiter dicta op dit gebied, waardoor aan de rechtsvorming duidelijker gestalte en leiding gegeven kan worden.¹⁷² Verder kan de cassatierechter in jaarverslagen, zoals in het buitenland al gebeurt, het beleid verduidelijken en de lijnen voor de toekomst schetsen. In sommige landen, zoals West-Duitsland, neemt de hoogste rechter initiatieven om bepaalde zaken in cassatie doorgestuurd te krijgen, via overleg met de hoven. Kortom, de lijdelijke rechter, die geen beleid voert maar gelaten wacht op wat op hem afkomt, behoort in de rechtswereld van de vorige eeuw. Het zal echter duidelijk zijn, dat wil hiervan iets terecht komen (ook op andere onderdelen van het privaatrecht) aan de overbelasting van de rechterlijke macht wat gedaan moet worden, evenals aan de verhoging van de efficiency van de werkzaamheden.¹⁷³

171. Deze informatie is ontleend aan een gesprek met een kantonrechter indertijd. Vgl. voor de incassoproblematiek *Contractenrecht VII*, nr 311. In de jaren '70 werden veel vonnissen van kantonrechters die zich aan de richtlijn hielden door rechtbanken vernietigd, met toewijzing van het volle, contractueel bedongen bedrag. Zie verder ook nog: *Trema* 1989, p. 279 v., Werkgroep Ned. Ver. v. Rechtspraak 'Buitengerechtelijke kosten'; Pílanus, *Gerechtsdeurwaarder*, 1991, p. 41 v., en nog art. 57b Rv (matiging bij verstek mogelijk).

172. Vgl. stelling VII bij mijn diss., en uitvoeriger R.J.P. Kottenhagen, *Van precedent tot precedent*, diss. Rotterdam 1986, p. 202.

173. Vgl. T. Koopmans, *NJB* 1985, p. 1417 v.; H.J. Snijders, *NJB* 1986, p. 513 v.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

Naast het ad hoc-karakter van het rechterlijk vonnis, wordt veelal ook als bezwaar van rechterlijke toetsing genoemd dat dit slechts op het concrete, de rechter voorgelegde geval een oplossing kan bieden. De rechter kan de gemeente Smilde alleen voorhouden om tegenover Van der Meer een beroep op art. 6 achterwege te laten. Zijn buurman, Jansen, is nog aan het beding gebonden en bij overtreding boeteplichtig. Men kan zich allereerst afvragen of de opsteller uit commerciële overwegingen zich al niet gedwongen zal voelen het vonnis ook in andere gevallen te volgen, anti-reklame ligt om de hoek, in de media. Bij een overheidslichaam spelen ook ideële en politieke factoren mee om een vonnis loyaal uit te voeren. Is het nu zo ondenkbaar dat de rechter een verbod van gebruik van een onredelijk bezwarend beding zal opleggen, tegenover toekomstige adherenten? Ik acht dat bepaald mogelijk. Wij betreden hiermee de *point d'interêt*, *point d'action*-problematiek (geen belang, geen aktie). Inderdaad ligt een dergelijk verbod het meest voor de hand indien een aktie in het algemeen belang ingesteld wordt, een kollektieve aktie ('class actions'). Ten tijde van *Gem. Smilde - Van der Meer* (1986) zag dat er somber uit, zoals wij zagen, maar met *De Nieuwe Meer* in 1986 (*nomen est omen*) is een nieuwe lente gekomen. Daarmee zou een belangrijk werkteerein voor de consumentenorganisaties en aktiegroepen ontsloten worden. Als dat een beetje van de grond komt, is het nog maar de vraag of ingewikkelde regelingen die de wetgever voor ons ontworpen heeft toegepast moeten worden.

Het meeste heil is mijns inziens te verwachten van aanpassing van de voorwaarden in gezamenlijk overleg van de belangengroeperingen (hetgeen ook naar nieuw recht vereist is), waarbij de hete adem van een aktieve rechterlijke macht het bedrijfsleven wat toeschietelijker zou kunnen maken. In kleinere kring gebeuren soms heel aardige dingen.¹⁷⁴

In dit verband zou het goed zijn als de overheid, daartoe geprikkeld door een aktieve minister van justitie, het goede voorbeeld zou geven door de in vele gedaanten door haar gehanteerde algemene voorwaarden een menselijker voorkomen te geven. Goed voorbeeld doet goed volgen. Op die wijze zou ervaring opgedaan kunnen worden die het particuliere bedrijfsleven voorgehouden zou kunnen worden. Een reflexwerking in andere zin dan doorgaans op dit gebied aan de orde is. Als men de voorbeelden die Spier geeft beziet, lijkt deze weg overigens lang niet eenvoudig te zijn.¹⁷⁵ De problematiek is nu eenmaal veel gecompliceerder dan de modale adherent denkt, die niet verder denkt dan zijn neus voor eigenbelang lang is. Bij de behandeling van de exoneratieclausules zullen wij met name op de economische aspecten van deze problematiek ingaan (vgl. § 2).

Concluderend kan men stellen dat er een aantal zwaarwegende argumenten zijn om de verbetering van algemene voorwaarden op makro- en niet uitsluitend op mikroniveau aan te pakken.¹⁷⁶ Een goede rechter is geen remedie tegen een eenzijdig opgesteld, onredelijk contract, waardoor de adherent zich laat afschrikken om voor zijn recht op te komen.¹⁷⁷ Daarmee komen wij op een veel

174. Vgl. bijvoorbeeld de Standaard RAW Bepalingen 1985, § 31. 24.08, behorend bij de RAW-standaardbestek voor de grond-, water- en wegenbouw, opgesteld door een commissie van wijze mannen, waarin een moderne regeling van garanties en de bewijslastverdeling. Vgl. ook Editie 1995, § 01.15.

175. Spier, *Kwart.Ber. NBW* 1985, p. 8.

176. De hier naar voren gebrachte visie op de taak van de rechterlijke macht en O.M. vertoont weinig overeenkomst met die van fervente voorstanders van ingrijpen door de wetgever, vgl. bijv. Hondius, diss. pp. 488 v., 748 v., die van de lijdelijkheid van de rechter en O.M. uitgaat.

177. Het zelfde geldt natuurlijk voor arbitrage en geschillencommissie, die nog te weinig genoemd werden, vgl. Hondius, diss. p. 492 v. Overigens kan het procesrecht de opsteller van algemene voorwaarden in de kaart spelen, soms zelfs op een wijze die aan misbruik van procesrecht doet denken.

Een goed voorbeeld is de rechterlijke en betalingsbevelprocedure, die werd ingevoerd om het innen van kleine geldvorderingen te vergemakkelijken voor kleine bedrijven en particulieren

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

gehanteerd argument van de zijde van het bedrijfsleven, namelijk dat het contract er wel op het eerste gezicht draconisch kan uitzien, maar dat de bepalingen in de praktijk soepel plegen te worden toegepast. Zij zijn aldus opgesteld om chicaneurs van het lijf te kunnen houden of notore wanprestanten het hoofd te kunnen bieden.¹⁷⁸ Hoe ontwapenend ook, dit 'coulance'-argument heeft doorgaans weinig indruk kunnen maken op de tegenpartij. De stelling valt niet te controleren, en er zijn legio voorbeelden die in andere richting wijzen.¹⁷⁹ Van groot belang is ook, dat de nietsvermoedende consument van dat coulancebeleid niets weet, en geneigd is de stellige taal van de clausule serieus te nemen ('reklames binnen 8 dagen', 'franko toezenden', 'alleen vervanging van defekte onderdelen', etc.). Nog daargelaten dat hij kan menen met de 'garantie' inderdaad meer te krijgen dan waarop hij naar geldend recht aanspraak zou hebben (vgl. nog § 3). De opsteller doet zijn uiterste best om de consument in die waan te brengen.

Het is de vraag of op dit terrein, waar partijen over en weer bezielde zijn van een niet geheel ongegrond wantrouwen ten opzichte van de tegenpartij, ooit meer dan een gewapende vrede bereikt kan worden. Een wettelijke regeling, hoe goed bedoeld ook, is slechts een beperkt middel om dat doel te bereiken. Als die regeling te slordig, onduidelijk en ondoordacht is, kan het middel wel eens erger dan de kwaal blijken te zijn. Een parallel dringt zich op met het vraagstuk van oorlog en vrede op het internationale vlak, met zijn problemen van overkill, schadelijke neveneffecten van bewapening, de rol van de internationale rechter en van verdragen. Ook daar zal de oplossing aan de onderhandelingstafel gevonden moeten worden, hetgeen pas mogelijk is als men oog krijgt voor elkaars positie en er een goede wil is om een voor beide partijen aanvaardbare regeling te vinden. Op de uitvoering te goeder trouw blijft het dan aankomen. De klassieke jurist denkt in termen van *Kampf ums Recht*, maar moet alle recht bevochten worden?

Deze retorische vraag werd in een eerdere druk al gesteld, in 1987 om precies te zijn. In de vorige druk, tien jaar later, toen de nieuwe wettelijke regeling nog

(art. 125 *k* Rv, uit 1965). Zij werd echter al gauw op grote schaal benut door grote (colportage-) bedrijven die aldus op eenvoudige weg hun contracten konden verzilveren. De debiteur moet nl. binnen 14 dagen op het rekest dat de kantonrechter hem zendt reageren, zo niet dan vaardigt de laatste een betalingsbevel tegen hem uit dat de kracht van een verstekvonnis heeft. In de jaren '70 heeft Boek en Plaat grote naam hiermee gemaakt; naar schatting werden 20.000 van dergelijk procedures per jaar gevoerd, waarbij de kantonrechter als incassobureau fungeerde. Vgl. daarover Maureen van Schouwen, *De rechter versus de 'Nederlandse Lezerskring Boek en Plaat BV'*, AA 1975, p. 477. Uit haar onderzoek bij Ktg. Rotterdam bleek dat in 87% van de gevallen direkt een betalingsbevel werd uitgevaardigd, van de 1960 zaken in 1973. De kopers verkeerden veelal in de mening dat zij geen, of een andersluidend contract gesloten hadden, zonder de kleine letters te lezen; de schuldeiser speculeerde op de struisvogelpolitiek van de debiteuren om niet op het rekest te reageren (inmiddels is Boek en Plaat een aantal jaren later op het gebruik van een incassobureau overgestapt). Ook in het buitenland hadden de 'small claim courts' een vergelijkbaar effect.

178. Vgl. Hondius, diss. p. 309 v.

179. Vgl. in dit verband de *rederij Koppe*-zaak (NJ 1950, 72; boven, nr 3, nt 18) waar de deskundigen, opgeroepen door het hof, verklaren dat de clausule 'geen premie, geen uitkering' zo al geen dode letter, dan toch met grote soepelheid pleegt te worden toegepast. Toch werd de clausule hier door de (zwitserse) verzekeraar ingeroepen.

§1. STANDAARDVOORWAARDEN IN HET ALGEMEEN

maar vijf jaar oud was, leek het te vroeg om conclusies te trekken wat de meerwaarde ervan is voor de rechtspraak. Die passage volgt hier, zonder dat er veel aan toe te voegen valt. Hierboven werden pessimistische geluiden gesignaleerd, in ons land en in Duitsland, met zijn veel langere ervaring op dit gebied. Het is vallen en opstaan gebleken in onze rechtspraak en de in het vooruitzicht gestelde rechtszekerheid is nog steeds een *fata morgana*. Het is opmerkelijk dat Hondius, één van de peetvaders van onze wettelijke regeling, als belangrijkste bijdrage van de wettelijke regeling zag de stimulans voor tweezijdige onderhandelingen. De oogst van de laatste jaren in het kader van CCA maakt dat zijns inziens het onderhandelingsmodel niet kansloos is.¹⁸⁰

Het valt op dat op terreinen waar dat overleg moeizaam verlopen is en zelfs tot een procedure voor de hoge raad geleid heeft, zoals de onderhandelingen van de Consumentenbond met de Nutsbedrijven, in Duitsland de wetgever ingegrepen heeft en standaardvoorwaarden bij ministeriële verordening dwingend opgelegd heeft, in de sectoren energie en water (nota bene: onze regeling van art.6:214, de standaardregeling, is geen dwingend recht).¹⁸¹ Het zou wellicht geen kwaad kunnen als nuts-bedrijven en andere semi-overheidsinstellingen de hete adem van de (lagere) wetgever zouden voelen in hun overleg met belangengroepen. Dat moet dan wel een alerte wetgever zijn, hoog of laag, die niet alleen de belangen van het bedrijfsleven maar ook die van consumenten naar waarde weet te schatten, en verder bereid is om de Europese richtlijn Oneerlijke bedingen met enige égard te behandelen. Op beide punten zou er dan wel het een en ander moeten veranderen, lijkt mij zo, gezien de staat van dienst van de betrokken ministeries op dit gebied.

180. Zie zijn Kroniek in *Jaarboek Konsumentenrecht 1995, Consument en recht* nr 14, p. 45, met een greep uit de vele algemene voorwaarden die tot standgekomen zijn in de laatste jaren. Voor een overzicht wordt verwezen naar de SER-uitgave *CCA-Overleg algemene voorwaarden de volgende tien jaar*, Den Haag 1993.

181. Zie daarover Loos, in zijn al genoemde bijdrage aan de Van Delft-Baas-Bundel, 1996, p. 96 v., die dat model voor ons recht bepleit.

§ 2. Exoneratieclausules

A. HET RECHTSKARAKTER VAN EXONERATIEBEDINGEN. RECHTSEKONOMISCHE KRITERIA BIJ DE RECHTERLIJKE CONTROLE

1. *Inleiding. Kenmerken van de vrijtekening; rechtsethische en rechtseconomische aspecten*

De kern van contractvoorwaarden wordt doorgaans gevormd door de zgn. exoneratieclausules of vrijtekeningsbedingen. Degeen die het beding in het contract opgenomen heeft, de debiteur, beoogt zich inderdaad vrij te tekenen voor eventuele aansprakelijkheid, zich van een schaderisico te ontlasten (onus = last). Waarvoor hij zich vrijtekent, en de vorm waarin dat gebeurt, is aan variatie onderhevig. Steeds gaat het om de uitsluiting of beperking van de verplichting tot schadevergoeding uit hoofde van wanprestatie, dat wil zeggen niet-, niet-tijdige of niet-behoorlijke nakoming. De beperking kan in de vorm van een maximum-bedrag gedaan worden, of door een koppeling aan een variabele, bijvoorbeeld het factuurbedrag. Een indirecte manier van vrijtekenen, is dat men de overmachtsgronden verruimt, en bedingt dat werkstaking, oorlog of exportverbod als overmacht aangemerkt wordt. Een niet alleen indirecte, maar zelfs bedekte vorm van exoneratie is het gebruik van een garantiebeding; een dergelijk beding pleegt namelijk niet zozeer iets aan de wederpartij te geven, doch haar iets te ontnemen. In plaats van 30 jaar, krijgt zij 8 dagen de tijd om tegen gebreken te klagen en herstel van schade te vragen op straffe van verval van rechten; in plaats van volledige schadevergoeding, een die beperkt wordt tot bijvoorbeeld het gratis vervangen van defekte onderdelen (zie voor garantieclausules onder, § 3). Dan dient nog vermeld te worden dat de exoneratieclausule in zeer algemene bewoordingen gesteld kan zijn, 'elke aansprakelijkheid' wordt uitgesloten, maar ook in bijzonderheden kan treden of zelfs zeer gedetailleerd kan zijn. Van de bewoordingen zal afhangen, of ook aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad uitgesloten of beperkt werd. Een onzorgvuldige uitvoering van een contract kan immers onder omstandigheden onrechtmatig tegenover de wederpartij zijn.

Exoneratiebedingen kunnen door partijen in onderling overleg vastgesteld worden, maar zullen meestal onderdeel van standaardvoorwaarden zijn, waar zij een substantiële bijdrage leveren aan de slechte naam van dat type voorwaarden. Men dient echter in het oog te houden, evenals ten aanzien van standaardvoorwaarden in het algemeen het geval is: deze clausules kunnen goed doen, en kwaad doen. Zij hebben enerzijds een onmisbare maatschappelijke functie, met name daar waar de honorering van een prestatie niet in verhouding staat tot de risico's die de debiteur met het contract loopt. Op deze *economische aspecten*, denk aan de rol van verzekering, kom ik zo dadelijk nog terug. Anderzijds, gebruik leidt tot misbruik - wij zagen het boven - en macht tot misbruik van macht. Althans, de verleiding is groot. Dit inzicht leidt tot de behoefte om paal en perk te stellen aan de mogelijkheid om zich voor aansprakelijkheden vrij te kunnen tekenen. Het betreft hier de *rechtsethische aspecten*. Is het geen uitholling van de overeenkomst, indien een partij toezegt een zekere prestatie te verrichten en tevens dat zij geen enkele aansprakelijkheid aanvaardt of de prestatie geleverd en goed geleverd zal worden? Mag je een

§2. EXONERATIECLAUSULES

belofte doen die je meteen weer intrekt, althans van zo'n voorbehoud voorziet, dat de ander maar moet afwachten of er ooit iets van komt? Is de essentie van een contract, 'het kan verkeren'? In de trant van: 'Als het mooi weer is, gaan wij samen vissen (maar ik bepaal of het mooi weer is en of het wel vissen wordt)'. Kortom, een normatief-ethisch aspekt; staat het contractenrecht een dergelijke vrijbrief voor de debiteur toe? Ook hier is echter een economische kant aan de zaak: als ik een zaak in bewaring geef, en de bewaarnemer zich voor alle aansprakelijkheid vrijgetekend heeft, wat voor zin heeft deze bewaargeving dan nog? Kan ik de zaak niet beter onder mij houden en het bewaarloon in eigen zak steken? Soms heeft men echter geen keus - de goederen moeten opgeslagen, de fiets moet gestald worden - en dan komt de vraag van misbruik van economische machtspositie om de hoek kijken. Geen wonder dat het leerstuk van misbruik van omstandigheden in de jurisprudentie geïntroduceerd werd in een exoneration-zaak *Bovag II* (1957).

Dat brengt ons op de hulpmiddelen die de rechter ten dienst staan om tegen onguere exonerationbedingen op te treden. Het zojuist genoemde misbruik van recht is van tamelijk recente datum, oudere figuren zijn het leerstuk van de goede zeden, de vaststelling dat het beroep op het beding in strijd met de goede trouw is, en last but not least, de uitleg van het beding, in normatieve trant. Om met het laatste te beginnen, toonaangevend is het *Rederij Koppe*-arrest (*polisbeding*, 1949), waarin de hoge raad een grammaticaal volkomen duidelijk beding ('geen premie, geen uitkering') aan redelijke uitleg onderwerpt, en de in de branche gangbare betekenis doorslaggevend acht. Ook de uitleg *contra proferentem* is hier een geliefd middel, om de wederpartij van de te hulp te komen. Zodra enige twijfel aan de strekking van het beding mogelijk is gezien de woordkeus, wordt aldus de exoneration beperkt uitgelegd, bijvoorbeeld niet de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad omvattend.

Klassiek is het gebruik van de figuur van in strijd zijn met de goede zeden, hetgeen nietigheid van het exonerationbeding met zich brengt. Zoals Houwing in zijn noot onder het *röntgenstralen*-arrest van 1950 schreef: een geding dat aansprakelijkheid opheft voor een gedraging die in strijd is met de goede zeden, is zèlf in strijd met de goede zeden¹. In 1967 gingen hof en hoge raad voor twee ankers liggen: het beding is in strijd met de goede zeden en het beroep daarop in strijd met de goede trouw (*Saladin - HBU*²). Sindsdien heeft de hantering van het goede trouw-kriterium de overhand gekregen (o.a. *pseudo-vogelpest*³). Wij zullen die rechtspraak hieronder nog analyseren; op de voorhand zou ik willen stellen dat de keus tussen beide rechtsfiguren vrijwel lood om oud ijzer is, en voornamelijk een kwestie van smaak. Het bezwaar dat nogal eens tegen de goede zeden-construktie aangevoerd wordt - bijvoorbeeld ook door Hartkamp - namelijk dat ook de exonerant zich op nietigheid zou kunnen beroepen, is al lang geleden door gezaghebbende auteurs weerlegd: dat beroep zou in strijd met de

1. *NJ* 1951, 17. In dezelfde zin Pitlo-Bolweg, 1979, p.64: een exoneration die een 'contractuele vrijbrief voor onbehoorlijkheid' inhoudt, is nietig. Het arrest van 1950 komt onder nog ter sprake, nr 7.

2. HR 19 mei 1967, *NJ* 261, nt GJS, vgl. nog onder, nr 8.

3. HR 20 febr. 1976, *NJ* 486, nt GJS, vgl. nog onder, nr 9.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

goede trouw zijn.⁴ Enige tijd geleden heeft Schoordijk een pleidooi gehouden om terug te keren naar het gebruik van de goede zeden in dit verband, aangezien via die norm de rechter aan rechtspraak zou kunnen doen.⁵ Dit in navolging van het Amerikaanse recht, waar men 'public policy' opereert (onze openbare orde, door onze wetgever in een adem genoemd met de goede zeden, art. 3:40 BW; vgl. artt. 1371 en 1373 oud-BW). Hiertegen kan men stellen, dat niet valt in te zien waarom de rechter bij gebruik van het beginsel van de goede trouw - alias de contractuele zorgvuldigheid - geen rechtspraak zou kunnen bedrijven, geen beleid zou kunnen voeren; lezing van de *NJ* leert dat hij dat al jaren doet. Trouwens, het gebruik van de public policy in het Amerikaanse recht is al weer geruime tijd op zijn retour.

Nu wij de figuur van goede zeden (met de daarmee verbonden nietigheid) verlaten hebben, en ons richten op de eisen van goede trouw, kan de opvatting van Houwing en Pitlo geparafraseerd worden als: 'een beroep op een vrijtekening die aansprakelijkheid voor handelen in strijd met de goede trouw opheft, is zelf in strijd met de goede trouw'.⁶

Bij de hier volgende behandeling van de exoneratieclausules zullen eerst de economische aspecten aan bod komen; later, nr 6, worden de ethische aspecten besproken.

2. *Economische aspecten van rechterlijke controle op exoneratie. De betekenis van het rechtskarakter van de overeenkomst, op grond van haar aard en gedane toezeggingen. De verzekeringsvraag*

Aan het begin van de jaren vijftig was dit onderwerp nog vrij eenvoudig en overzichtelijk. Zo schreef Houwing in 1951: 'Veelal wordt aangenomen dat men contractueel wel aansprakelijkheid voor eigen schuld kan uitsluiten, maar niet voor eigen opzet. Ten aanzien van eigen grove schuld bestaat onzekerheid. Daarentegen wordt uitsluiting van aansprakelijkheid ook voor opzet en grove schuld van personeel geldig geacht'.⁷ Voor veel schrijvers is dit nog steeds de

4. Asser-Rutten-Hartkamp I (1984), p. 243. In andere zin onder meer Van der Grinten, *AA* 1965, p. 235, nt *Van Elmbt - Feierabend*, en eerder al J.C. van Oven, *WPNR* 3328/32 (1933) en *preadv. NJV* 1937, pp. 5, 69. Vgl. ook onder, nr 6.

5. H.C.F. Schoordijk, *Algemeen gedeelte verbintenissenrecht NBW*, 1979, p. 224.

6. Niet iedereen heeft overigens de overgang van 'goede zeden' naar 'de eisen van goede trouw' als grondslag van de toetsing gemaakt, zoals de hoge raad expliciet gedaan heeft in *pseudo-vogelpest*, HR 20 febr. 1976, *NJ* 1976, 486, nt GJS (en impliciet al in *Saladin - HBU*, van 1967). Zo stelt Hartkamp dat uit het arrest van 1976 niet mag worden afgeleid dat de hoge raad 'een nieuw criterium' in plaats van het oude gesteld heeft, Asser-Hartkamp I, nr 345a. Gelukkig stelt hij ook dat 'hier sprake is van een theoretisch gezichtspunt. In de praktijk van de rechtspraak vindt een toetsing van exoneratiebedingen aan de goede zeden nauwelijks meer plaats; zij is praktisch geheel verdrongen door een toetsing aan de redelijkheid en de billijkheid.' De natuur is sterker dan de leer, ziet men weer, hetgeen naar mijn mening aanleiding zou moeten zijn om die leer aan te passen. Een ander standpunt wordt ingenomen door V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden*, diss. UvA 2002, p.65 e.v., die een vurig pleidooi houdt voor het handhaven van de goede zeden-toets, op weinig overtuigende gronden. Zie ook, in een kritische recensie, W.J. Zwolve, *WPNR* 6501 (2002), p.607 v.

7. In zijn noot onder *röntgenstralen*-arrest (nt 1).

§2. EXONERATIECLAUSULES

stand van het geldend recht, vergelijk bijvoorbeeld Asser-Rutten, waar men dit stramien, aangevuld met recente jurisprudentie gehanteerd vindt. Rutten probeert de onduidelijkheid inzake ‘grove schuld’ weg te nemen door dit begrip te onderscheiden van ‘grove onachtzaamheid’; alleen het eerste begrip zou met opzet gelijk te stellen zijn. In het tweede geval zal in de concrete situatie vastgesteld moeten worden of sprake is van exonерatie in strijd met de goede zeden; er valt geen algemene regel te geven.⁸

Er lijkt toch naar geldend recht wel wat meer over de toetsingsnormen te zeggen te zijn, in het licht van de jurisprudentie van de laatste decennia. Een poging daartoe volgt hier, waarbij zoals gezegd eerst de economische aspecten aan de orde gesteld worden.

Een al wat oudere uitspraak van de hoge raad, waarin bij de beantwoording van de vraag of door opzet of grove schuld veroorzaakte schade onder een exonерatiebeding kan vallen, gezocht wordt naar meer objectieve maatstaven dan het gedrag van de contractspartij, is het arrest *Codam - Merwede*.⁹ Hierin werd de nadruk gelegd op de *aard van de overeenkomst*, in casu een sleepovereenkomst, welke door de hoge raad gelijkgesteld wordt met de vervoersovereenkomst. Die lijn werd in de jurisprudentie voortgezet; in de lagere rechtspraak komt men regelmatig het argument tegen, dat de aard of strekking van de overeenkomst zich tegen de exonерatie verzet, met name bij vervoers- en bewaargevingsovereenkomsten.¹⁰

Een voorbeeld van de laatste categorie is het vonnis van Rb. Den Haag uit 1975.¹¹ Op een reçu van de gemeentelijke fietsenstalling kwam de bepaling voor: ‘De gemeente is niet aansprakelijk voor beschadiging of diefstal’. De rechtbank overweegt dat, gelet op het wezen van bewaargeving de gemeente in redelijkheid niet van haar contractspartner kan verwachten dat deze uit een dergelijke in haar korthed ongenueanceerde formulering de gevolgtrekking maakt dat aansprakelijkheid voor diefstal zelfs in de onderhavige situatie door de gemeente beoogd wordt te worden uitgesloten.¹² Het betrof hier een particulier als wederpartij van de exonерant; indien sprake is van twee bedrijven die contracteren, wordt de aard van de overeenkomst geheel anders getaxeed. Daarbij blijkt de risikoverdeling tussen partijen, in relatie tot de verzekeringsmogelijkheden, de doorslag te geven. Een goed voorbeeld daarvan is een arrest van het Hof Arnhem uit 1980, waarvan de belangrijkste overwegingen hier volgen¹³:

‘(9) Een beding, dat een aanzienlijke beperking brengt in de contractuele verplichtingen van een der partijen bij een overeenkomst van bewaargeving komt enkel daardoor nog niet in

8. Asser-Rutten I (1981), p. 268 v.; vgl. ook Asser-Hartkamp I, nr 341. Zelfs indien men in het schuld-begrip gelooft, moet het nut van het door Rutten gemaakte onderscheid betwijfeld worden.

9. HR 12 maart 1954, NJ 1955, 286, nt HB, *Kunst - NV Damco Scheepvaart Mij.*, vgl. nog onder, nr 7.

10. Vgl. Hondius, diss., p. 443; *Contractenrecht VII*, nr 142.

11. Rb. Den Haag 28 april 1975, *Prakt.g.* 1038, nt Hondius.

12. Hetgeen doet denken aan de versie van Van Oven, vgl. boven, nr 8.

13. Hof Arnhem 17 maart 1980, S&S 1982, 36, *Vriesveem Elst BV - Nordstern Allg. Versicherungs-AG*. Het verbranden van afval was uit de hand gelopen en had een loods met inhoud in de as gelegd; geen grove schuld aangenomen.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

strijd met de goede zeden. Uit de wettelijke regeling van art. 1744, onder 4e BW volgt dat de wetgever de mogelijkheid heeft opengelaten om ten aanzien van de omvang van de aansprakelijkheid van de bewaarnemer overeen te komen dat deze niet voor alle soorten van verzuim aansprakelijk zal zijn.

De vraag of een beroep op zulk beding de tot vergoeding van schade aangesproken partij vrijstaat, dient te worden beantwoord naar de omstandigheden van het geval.

(10) Krings had bedrijfsmatig handelswaar aan Vriesveem, die van bewaren van dergelijke waar haar bedrijf maakte, in bewaring gegeven. Krings was ten tijde der bewaring op de hoogte van de volledige tekst van de Voorwaarden, nadat zij dienaangaande inlichtingen had ingewonnen bij Vriesveem ten behoeve van de door haar af te sluiten verzekering van haar handelsgoederen.

(11) Bij een dergelijke bewaargeving heeft de mate, waarin de bewaarnemer zich vrijtekent van aansprakelijkheid voor schade aan het bewaarde, in het algemeen slechts gevolgen voor de omvang van het risico, te dragen door de verzekeraars onderscheidenlijk van hem en van zijn wederpartij. Die omvang zal dan weer tot uitdrukking komen in de door die verzekeraars te berekenen premie, welke, voor wat de bewaarnemer betreft zal worden doorberekend in het bewaarloon.

Aldus beschouwd is de mate van vrijtekening uiteindelijk een kwestie van kosten, welke door de bewaargever hetzij worden betaald aan zijn verzekeraar, hetzij aan de bewaarnemer.

(12) Ten processe is noch gesteld, noch gebleken dat dit algemene geval zich hier niet voordoet.⁷

Zo dadelijk zal de kwestie van de invloed van verzekering op de exoneration nader aan de orde gesteld worden; daarbij zal onderzocht worden of het arnhemse arrest op de jurisprudentie van de hoge raad steunt. Het beeld van het rechtskarakter van de overeenkomst is namelijk nog niet compleet met de vaststelling van haar aard of strekking. Bij de contractssluiting kan ook een uitdrukkelijke toezegging gedaan zijn of garantie gegeven zijn ten aanzien van de wijze van uitvoering of de hoedanigheid van het voorwerp van de overeenkomst. Ging het bij de aard van de overeenkomst om hetgeen stilzwijgend tot de inhoud van de overeenkomst gerekend wordt, hier wordt de inhoud vastgesteld aan de hand van uitdrukkelijke toezeggingen. Een illustratie daarvan is een arrest van Hof Den Haag uit 1975¹⁴:

‘Tot hetgeen Duynrell volgens het contract jegens Backelandt diende te presteren, behoorde o.m. dat zij de dakvlakken zou bedekken met machinaal vervaardigde, blauw geëngobeerde pannen van goede kwaliteit. Tussen partijen staat ten processe genoegzaam vast, dat tenminste reeds in 1966 althans een deel van de pannen op het complex van 240 eengezinswoningen, waaronder ook die op het dak van Backelandt’s woning, de ernstige gebreken vertoonden zoals in de inleidende dagvaarding omschreven. Duynrell spreekt zelf van inferieure kwaliteit; zij pleegde dus te dien aanzien wanprestatie.

De beantwoording van de vraag of Duynrell zich desalniettemin mag beroepen op de contractsbepaling, dat Backelandt door de aanvaarding van het opgeleverde werk heeft verklaard dat Duynrell aan al haar verplichtingen uit hoofde van het contract heeft voldaan, hangt af van de waardering der omstandigheden.

Tot deze omstandigheden behoort allereerst de toezegging van Duynrell, dat zij pannen van goede kwaliteit zouden leveren. Deze toezegging houdt een garantie in welke van een voor

14. Hof Den Haag 26 juni 1975, *NJ* 1976, 237; *BR* 1976, 148, *NV Bouwgrondmij Duynrell - Backelandt*. Vgl. ook *RvA Bouwbedrijven* 5 juli 1973, *BR* 162, waar een aannemer zich verbonden had te voldoen aan de eisen van de brandweer. De opdrachtgever mocht op die deskundigheid afgaan, beroep op exoneration derhalve verworpen.

§2. EXONERATIECLAUSULES

Backelandt niet te verwachten geringe betekenis zou zijn indien zij enkel gebreken aan de pannen zou betreffen, welke voor partijen bij de oplevering en in de daarop volgende drie maanden konden worden onderkend.

Daarbij is mede van belang, dat het hier betrof een door Duynrell ontworpen standaardcontract, gesloten tussen Backelandt - waarvan niet is gebleken of aannemelijk is dat hij enige ervaring of enig bijzonder inzicht op het stuk van bouwcontracten heeft - en een bouwonderneming als Duynrell.

Dat bij het ontwerpen van het contract een notaris toezicht uitoefende doet aan een en ander niet af, nog daargelaten wat dat toezicht inhield.

Terecht betrok de Rb. voorts in haar overwegingen, dat het gebrek waarover wordt geklaagd een zeer wezenlijk belang van Backelandt als opdrachtgever raakt en dat hij redelijkerwijs ook niet binnen drie maanden na de dagvaarding een onderzoek naar de kwaliteit van de pannen behoeft in te stellen; zelfs voor Duynrell, dus laat staan voor een leek als Backelandt, waren binnen die termijn de gebreken niet vast te stellen.

De Rb. heeft mitsdien met juistheid geoordeeld, dat Duynrell zich niet op de overeengekomen termijn van drie maanden mocht beroepen; grief I dient te worden verworpen. Enz.’

Tenslotte kan men, bij het bepalen van de karakteristieke inhoud van de overeenkomst steun zoeken in de wet. De hoge raad deed in dit verband bij een koopovereenkomst mede een beroep op art. 1542 oud-BW, de vrijwaringsverplichting wegens verborgen gebreken, en wel in het *pseudo-vogelpest*-arrest (NJ 1976, 486):

‘dat immers - mede blijkens art. 1542 BW - de verkoper die goederen heeft geleverd waarvan het hem vòòr of bij de levering bekend was dat zij gebreken hadden die de koper niet behoefde te verwachten, niet met succes een beroep kan doen op een contractueel beding tot uitsluiting of beperking van zijn aansprakelijkheid voor de schade die als een voorzienbaar gevolg van de aanwezigheid van deze gebreken aan de koper wordt toegebracht’.

Geldt dit ten aanzien van de verkoper bekende gebreken, indien deze hem niet bekend waren, doch hem ‘een ernstig verwijt treft dat hij van het bestaan van gebreken in de te leveren zaken onkundig was gebleven’, staat hem onder omstandigheden een beroep naar eisen van goede trouw niet vrij. Hieronder zal nog nader ingegaan worden op de wijze waarop de raad dit uitwerkt, met de ‘tal van omstandigheden’-formule, in het spoor van *Saladin - HBU*.

Interessant is overigens dat de hoge raad in de zojuist geciteerde overweging spreekt van ‘gebreken die de koper niet behoefde te verwachten’. Enerzijds sluit dat goed aan bij het zoëven betoogde ten aanzien van de inhoud van de overeenkomst als gebaseerd op haar aard en uitdrukkelijke toezeggingen, anderzijds lijkt de raad aansluiting te zoeken bij de formulering van de wanprestatie in de stijl van internationale verdragen en van het nieuwe BW, overgenomen in *Olde Wobbers* (1971).¹⁵ Het gaat inderdaad om het redelijke verwachtingspatroon van de wederpartij van de exonerant, dat richtsnoer is voor de rechter bij zijn toetsing. Voor de consumenten-koop vindt men tegenwoordig deze gedachte neergelegd in art. 7:24 BW, hetgeen bekend geworden is als het ‘conformiteits-vereiste’: de gekochte zaak moet de eigenschappen hebben die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten, zo niet, dan heeft hij recht op schadevergoeding. Een exoneratiebeding op dit punt zal de verkoper

15. HR 29 jan. 1971, NJ 221, nt GJS, alias *wasautomaten*, vgl. nog onder, § 3, nr 4.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

niet baten; indien een dergelijk beding bij algemene voorwaarden overeengekomen is met de consument – hetgeen vaste prik zal zijn – valt een dergelijk beding toch al onder de grijze lijst, de voorwaarden die vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn (art. 6:237, sub *f* BW).

De Duitse wetgever heeft deze grondgedachte al enige tijd geleden vastgelegd in de regeling van standaardvoorwaarden, in tegenstelling tot onze wetgever, die altijd meer in *technicalities* geïnteresseerd was. Dat gebeurde in de Duitse wet op de algemene voorwaarden, het Allgemeine Geschäftsbedingungengesetz (AGBG) van 1976, dat voor onze artt. 6:231 e.v. BW model gestaan heeft. In § 9 AGBG ziet men allereerst een algemene bepaling in lid 1, dat algemene voorwaarden niet ‘entgegen den Geboten von Treu und Glauben’ (de eisen van goede trouw) de wederpartij van de gebruiker ‘unangemessen be-nachteilen’ mogen.¹⁶ In lid 2, sub 2, volgt dat zo’n onredelijke benadeling vermoed wordt plaats te vinden indien de bepaling ‘wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist’. Met andere woorden, hier is de *aard van de overeenkomst* aan de orde, en het *contractsdoel* dat in gevaar gebracht wordt. Van dat laatste zijn sprekende voorbeelden te geven (die in deze paragraaf nog zullen volgen): een behandeling die niet voor ‘medisch’ kan doorgaan, verkoop van kippen die ziek zijn en niet vervoerd mogen worden, bouwgrond die geen bouwgrond is, bewaarneming in een koelcel die geen koelcel is.

Naar Duits recht is § 9 AGB-Gesetz ook van toepassing op overeenkomsten tussen ondernemers (‘kaufmännische Geschäfte’, zie § 24, lid 2); het in het gevaar brengen van het *contractsdoel* wordt in een vaste rechtspraak aldus verwoord, dat geen ‘Kardinalpflichte’ of ‘Hauptpflichte’ geschonden mogen worden, terwijl dat ook geldt voor sommige ‘Nebepflichte’ (zoals ‘Schutzpflichte’, het niet beschadigen van toevertrouwde zaken), voorzover de vrijtekening ‘die angemessene Risikoverteilung empfindlich stören würde’.¹⁷

Een onderdeel van het verwachtingspatroon van de contractant wordt gevormd door de verkeersopvattingen inzake risico-verdeling en wie de meest gerede partij is om zich door middel van verzekering tegen mogelijke schade bij de uitvoering van de overeenkomst te wapenen. Daarmee komen wij op een belangrijk aspect van de exoneratieproblematiek. Een gevoelige materie ook: voor de traditionele jurist dient de verzekeringsvraag pas aan de orde te komen na de aansprakelijkheidsvraag, dat wil zeggen, nadat beslist is hoe rechtens de risikoverdeling ligt, en niet andersom. In het moderne recht is dit standpunt echter niet meer te handhaven; in de rechtspraak wordt, zoals wij zullen zien, de

16. Onze wetgever spreekt bij de algemene voorwaarden-regeling niet van de eisen van goede trouw, maar heeft het over ‘onredelijke bezwaarlijk’ zijn van een beding. Daarmee werd niet helder uiteengezet hoe het stelsel van art. 6:231 e.v. BW zich verhoudt tot de algemene werking van het beginsel van goede trouw, de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW. Bij de meer positivistisch georiënteerde auteurs heeft dat enige tijd voor verwarring gezorgd, ten onrechte, zie boven § 1, nr 13. Intussen heeft de hoge raad recentelijk duidelijkheid verschaft, in de hier verdedigde zin: HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112, *Bramer – Hofman Beheer c.s.*

17. Zie o.m. BGH-arresten: NJW 1982, 1694; 1985, 3016; 1985, 914. Het standaardarrest van 1988, *Werfwerkverdrag*, komt hieronder nog ter sprake, in nr 15, evenals de bijdrage van Basedow over dit onderwerp in het *Münchener Kommentar zum BGB*.

§2. EXONERATIECLAUSULES

verzekeringsmogelijkheid in toenemende mate een factor bij de vaststelling van de risico-verdeling tussen partijen, en daarmee van de aansprakelijkheid.

3. *De verzekeringsvraag: de drie Bovag-arresten (1938-1960)*

Voor de ontwikkeling in het denken over de invloed van verzekering op de aansprakelijkheidsvraag is illustratief de reeks *Bovag*-arresten van de hoge raad, die de periode 1938-1960 beslaan. Het *Bovag I*-arrest geeft het oude denken goed weer.¹⁸ Het betreft steeds een particulier die zijn auto bij een Bovag-garage voor service of reparatie brengt; er ontstaat schade, waartegen de garagehouder zich door middel van een Bovag-clausule vrijgetekend heeft. In het eerste arrest betreft het een doorsmeerbeurt van de auto van Koudijs, waarbij de auto van de brug kantelt, door een niet opgehelderde oorzaak. De auto is ‘ernstig beschadigd’, schade f 134,- (de goeie oude tijd); de verzekeraar van Koudijs zoekt verhaal bij de garagehouder. Hierbij de overwegingen van de hoge raad, waaruit ook de procesgang duidelijk wordt:

‘dat ten deze slechts sprake is geweest van de onvoorzichtige en onoordeelkundige handelwijze van personeel van eischers tijdens de uitvoering van werkzaamheden waartoe eischers het gebruikten:

dat het middel in zijn eerste onderdeel terecht opkomt tegen de beslissing der Rechtbank, dat het in strijd zou zijn met de goede zeden en de openbare orde, wanneer een garagehouder en autoreparateur bij het sluiten van een overeenkomst, als hij met zijn klanten pleegt aan te gaan, zijn aansprakelijkheid kon beperken ten aanzien van schade, waaraan derden part noch deel hebben, maar die door handelingen of nalatigheden van zijn personeel is veroorzaakt:

dat toch zulk eene beperking alleszins geoorloofd is, zoowel ten aanzien van daardoor veroorzaakte wanpraestatie als van de gevolgen van onrechtmatige daden, ook al zou daarbij sprake zijn van boos opzet van die ondergeschikten:

dat, aangenomen dat de uitsluiting van de aansprakelijkheid van den patroon de kans op minder zorgvuldige behandeling door de ondergeschikten van toevertrouwde automobielen zou medebrengen en aldus de mogelijkheid in het leven zou worden geroepen, dat in een eenig geval de garagehouder door hernieuwde opdracht tot reparatie voordeel zou kunnen hebben van een minder goede uitvoering van een eerste opdracht, daarin zonder meer geen reden is gelegen om de Bovag-clausule als strijdig met de goede zeden te veroordelen, immers de Rechtbank geenszins aannam, dat het opnemen der clausule de strekking had zoodanige gevolgen in het leven te roepen:

O, dat eischers derhalve met vrucht een beroep vermochten te doen op de zoogenaamde Bovag-clausule en aan Helvetia hare vordering had moeten worden ontzegd.’

Men ziet dat de raad geen oor heeft voor de rechtsethische argumenten van de rechtbank, en geen aanleiding ziet om de onderhavige clausule in strijd met de goede zeden te achten. Dat ook ‘boos opzet’ van ondergeschikten uitgesloten kan worden, is een voortzetting van de lijn van *Surinaamsche Post* uit 1920.¹⁹

In het *Bovag II*-arrest liggen de kaarten anders.²⁰ Wij spreken 1957, er is al enige literatuur over de verzekeringsproblematiek, men zie de noot van Hijmans van den Bergh. Dat heeft zijn uitwerking op het denken van de cassatierechter.

18. HR 3 juni 1938, NJ 920, nt EMM, *Jansen en Van den Bosch - ‘Helvetia’*.

19. HR 26 maart 1920, NJ 476, *Curiel - Kolonie Suriname*, vgl. nog onder, nr 6.

20. HR 11 jan. 1957, NJ 1959, 37, nt HB, *VOF Automobielbedrijf Uijting en Smits - Mozes*.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

Bovendien is hier een vordering door de particulier in kwestie, Mozes, en niet een verzekeraar, ingesteld. Het betreft een ander onderdeel van de Bovag-clausule en een ander schadevoorval. Mozes had zijn vrachtauto in reparatie gegeven aan de garage van de VOF Uijting en Smits; tijdens een proefrit door een monteur ontstaat een aanrijding die slachtoffers eist. De Centrale Werkgevers Risico Bank keert de schadevergoeding aan de laatsten uit en zoekt verhaal bij Uijting en Smits. Deze roept Mozes in vrijwaring op; ingevolge de Bovag-clausule was Mozes namelijk gehouden om de garage van dergelijke vorderingen van derden te 'vrijwaren'. Het Hof Den Bosch overweegt als volgt:

(9) dat toch het Hof van oordeel is dat deze clausule moet worden gequalificeerd als een overeenkomst in strijd met de goede zeden en met de openbare orde, welk oordeel het Hof grondt op de wijze, waarop dit deel van de overeenkomst is tot stand gekomen, mede in verband met de inhoud en de strekking van de betreffende clausule;

(10) dat hierbij moet worden vooropgesteld, dat deze clausule een zéér vérgaande last inhoudt voor de automobilist, op wie een vrijwaringsplicht wordt gelegd voor de gevolgen van handelingen, waaraan hij part noch deel heeft, terwijl tegenover deze verplichting geen aanwijsbaar voordeel voor hem staat;

(11) dat de automobilist tot het aanvaarden van die zware verplichting wordt gedwongen, daar hij zonder aanvaarding van die clausule in vrijwel geen enkel garagebedrijf in Nederland zal worden geholpen;

(12) dat toch Uijting en Smits zelf uitvoerig heeft betoogd, dat elke garagehouder in Nederland verplicht is lid te zijn van de Bond van Automobiel- en Garagebedrijven (de BOVAG) en tevens door de Bond gedwongen wordt reparaties slechts uit te voeren onder toepassing van de Bovag-clausule, terwijl ingevolge een overeenkomst tussen de BOVAG en de RAI-bond auto's en onderdelen uitsluitend worden geleverd aan leden van de Bovag, waardoor een sluitend systeem is ontstaan met het gevolg, dat een automobilist in geheel Nederland geen reparaties kan laten uitvoeren zonder zich aan deze clausule te onderwerpen;

(13) dat derhalve moet worden aangenomen, dat het Bovag-beding wordt afgedwongen door misbruik van macht door een contractpartij, aan welker belang dat van de medecontractant op vergaande wijze wordt opgeofferd;

(14) dat derhalve de vordering van Uijting en Smits, als zijnde gegrond op een nietig beding, niet kan worden toegewezen.'

De hoge raad is het in beginsel wel eens met het hof, en lanceert daarmee het nieuwe leerstuk van misbruik van omstandigheden, maar benadrukt dat de omstandigheden van het geval door de rechter daarbij niet veronachtzaamd mogen worden. Ik laat die overwegingen hier volgen:

'O. dat onderdeel *a* van het eerste middel niet tot cassatie kan leiden omdat, gelijk daarin reeds wordt opgemerkt, het Hof voor zijn beslissing niet is uitgegaan van het daarin bestreden standpunt, dat enkel reeds de door het Hof aangenomen inhoud der clausule, waardoor de ene partij ten gevolge van een wanverhouding tussen wat wederzijds werd bedongen met een ernstig nadeel wordt belast, op zichzelf voldoende zou zijn om deze clausule in strijd met de goede zeden te verklaren;

O. dat het uitgangspunt van het Hof is, dat een nadelige overeenkomst (clausule) als voormeld een geoorloofde oorzaak kan ontberen in verband met de bijzondere invloeden, welke zich bij het sluiten der overeenkomst doen gelden, met name wanneer de benadeelde partij de onevenredig grote last heeft aanvaard onder den druk van omstandigheden, waarvan zijn medecontractant misbruik maakte;

dat dit uitgangspunt op zichzelf niet onjuist is en de stelling vervat in onderdeel *b* en den aanhef van onderdeel *c* van het eerste middel, hierop neerkomend dat het stelsel van onze wet

§2. EXONERATIECLAUSULES

niet zou toelaten in gevallen, waarin bij de contractssluiting onredelijke invloed als bovenbedoeld een rol heeft gespeeld, met toepassing van de artt. 1371 en 1373 B.W. te besluiten tot het krachteloos zijn der betrokken overeenkomst als aangegaan uit een oorzaak, welke strijdt met de goede zeden, dan ook niet kan worden aanvaard;

O. wat het vierde middel betreft, dat de vraag, of de in het onderwerpelijke geding betrokken vrijwaringsclausule wegens ernstige benadeling van Mozes in verband met een misbruik maken door Uijting en Smits van de omstandigheden die Mozes tot het aanvaarden van dit beding noopten is aangegaan uit een met de goede zeden strijdige oorzaak, door den rechter slechts kan worden beantwoord naar de bijzondere omstandigheden van het in dezen gegeven geval;

dat dan ook het Hof slechts dan tot een ambtshalve uitspreken van de nietigheid van de betrokken clausule wegens onzedelijke oorzaak had kunnen komen, indien de bijzondere omstandigheden, zoals zij te dezen vaststonden, medebrachten dat deze nietigheid voor het in het onderwerpelijke geding berechte geval moest worden aangenomen;

dat het Hof echter zijn ambtshalve gegeven oordeel dat de bedoelde vrijwaringsclausule krachteloos is enkel doet steunen op eigen wetenschap afgeleide ervaringsregelen nopens hetgeen in het algemeen geldt voor den automobilist, die door het in reparatie geven van zijn auto aan een dergelijk beding wordt gebonden;

dat het Hof daarbij geen rekening houdt met en niets heeft vastgesteld omtrent de bijzondere in dezen gegeven feiten, welke als in het middel aangestipt, voor de aanvaarding van bedoeld oordeel ook voor dit geval van belang konden zijn;

dat dit ook niet mogelijk was, omdat partijen, die over de al dan niet nietigheid van dit beding niet hebben gestreden, zich dan ook niet hebben uitgesproken over de in dit verband van belang zijnde concrete feiten van dit te berechten geval;

dat daarom, wat er zij van het door het Hof gegeven oordeel omtrent dit beding in het algemeen beschouwd, dit oordeel niet rechtvaardigde de gevolgtrekking van het Hof, dat ook in dit gegeven geval de vordering van Uijting en Smits gegrond is op een nietig beding.’

Als men benieuwd is welke omstandigheden de hoge raad in casu zo van belang achtte, en de verwijzing naar het cassatiemiddel volgt, blijkt onder meer sprake te zijn van de vraag ‘of Mozes zich door assurantie heeft gedekt’. Inderdaad blijkt na terugwijzing naar het Hof Den Bosch die vraag centraal te staan; Mozes, die tegen deze schade verzekerd was, verliest de zaak en gaat in cassatie bij de hoge raad, *Bovag III*.²¹ Uit de overwegingen van de raad wordt duidelijk welk gewicht het hof aan het verzekeringsaspect geeft en of de raad daarmee instemt:

‘dat na terugwijzing van de zaak het Hof bij het thans bestreden arrest het in de Bovagclausule begrepen vrijwaringsbeding, beoordeeld naar de in deze zaak zich voordoende omstandigheden, als niet in strijd met de goede zeden heeft aangemerkt, op grond dat de door Mozes gesloten automobielverzekering mede dekte het risico van de wettelijke aansprakelijkheid van een ander die door den verzekerde tot het besturen van het motorrijtuig was gemachtigd alsmede van den eventuelen werkgever van dien anderen bestuurder, mits deze werkgever is garagehouder of reparateur;

dat het Hof te dien aanzien aan de omstandigheid dat Mozes mede genoemd risico had verzekerd, deze betekenis heeft toegekend dat, nu de assurateur van Mozes jegens dezen verplicht was aan zodanigen bestuurder of werkgever van dien bestuurder de eventuele gevolgen van diens wettelijke aansprakelijkheid te vergoeden, door een beding op grond waarvan Uijting en Smits Mozes ter zake van die wettelijke aansprakelijkheid in vrijwaring zou kunnen roepen op Mozes niet een onevenredig zware verplichting zou zijn gelegd;

21. HR 26 febr. 1960, *NJ* 1965, 373, *Mozes - VOF Automobielbedrijf Uijting en Smits*.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

dat tegen deze beslissing het middel mede blijktens de toelichting opkomt met het betoog dat deze verzekering Mozes niet dekte tegen het risico van een verplichting tot vrijwaring en hem geen aanspraak gaf op vergoeding van hetgeen dientengevolge uit overeenkomst te zijnen laste zou komen;

dat dit betoog blijktens het vorenstaande langs de gronden van 's Hof's beslissing heengaat, immers in 's Hof's gedachtengang het in het middel bedoelde risico Mozes niet kon deren; dat het middel derhalve niet tot cassatie kan leiden.'

Men ziet hoe de omstandigheid dat de wederpartij van de exonerant verzekerd is tegen het uitgesloten risico, bepalend is voor de vraag of de vrijtekening van onevenredig zware belasting voor haar vormt. Het betreft hier overigens een standaardonderdeel van een autoaansprakelijkheidsverzekering.

Verzekeringsdekking is dus bepalend voor de vaststelling van de aansprakelijkheid, zo leert dit arrest. Deze stelling gaat ook in andere opzichten op: de Bovag-garagehouders konden van de verzekeraars geen dekking krijgen voor de risico's waarvan in deze procedures sprake is, vandaar de uitsluiting in hun standaardvoorwaarden.

Een gevolg van de rechtspraak van de hoge raad was, dat hernieuwde onderhandelingen met de verzekeringswereld door Bovag aangegaan werden, waaruit een dekking resulteerde, en de gewraakte clause verdween uit de voorwaarden.²² Hoewel Bovag in de arresten als winnaar tevoorschijn gekomen was, beseftte zij wel dat dit geen goede publiciteit en service aan de clientèle was. Het lijkt ook redelijk dat garagehouders zich tegen dergelijke risico's verzekeren, de risico's horen immers in die sfeer thuis, evenals de doorwerking in de premiehoogte, no-claim kortingen, en dergelijke.

4. *Conclusie uit de Bovag-serie. De opmars van het verzekeringsaspect: vliegtuigvleugel (1968). Geluiden uit de doctrine*

Als men op de *Bovag*-arresten terugkijkt, lijkt het vermoeden gerechtvaardigd dat voor de hoge raad de omstandigheid een rol speelde dat het onderhavige type risico's door Bovag niet bij een verzekeraar onder te brengen was. Vandaar dat een onzedelijk verklaring - à vu van de clause in zijn ogen geen goed vond; vandaar ook het relevant achten dat de wederpartij zich wel kon verzekeren, en in beide gevallen ook verzekerd bleek te zijn. Het laatste arrest is van 1960, meer kon men van de cassatierechter in die tijd niet verwachten. Naar huidige inzichten zou men zich kunnen voorstellen dat men het verzekeringsprobleem van een organisatie met mono-poliepositie als de Bovag voor haar rekening en risico laat, en haar het risico voor dit type schade toerekent. Als men een partij juridisch onder druk zet wil dat wel eens gunstige maatschappelijke gevolgen hebben. Wat daarvan zij, in ieder geval is de benadering van de hoge raad in de *Bovag*-serie zeer modern. Het belangrijke arrest over risikoverdeling en verzekering, *Fokker vliegtuigvleugel* is van 1968 acht jaar later dus.²³ Terecht wordt dit arrest door sommige schrijvers, zoals Schoordijk, in verband gebracht met de exoneratieproblematiek.²⁴ In dat arrest was de rechtsvraag de

22. Vgl. G.J. Rijken, *Exoneratieclausules*, diss. Utrecht 1983, p. 52.

23. HR 5 jan. 1968, *NJ* 102, nt GJS; AA 1968, p. 441, nt Köster.

24. Schoordijk, t.a.p., p. 214; in andere zin Rijken, p. 145.

§2. EXONERATIECLAUSULES

aansprakelijkheid van de debiteur voor de deugdelijkheid van door hem bij de uitvoering van de overeenkomst gebruikt materiaal. Die vraag moet volgens de hoogste rechter 'beantwoord worden naar de *aard der overeenkomst*, de *verkeersopvattingen* en de *redelijkheid*'. In casu had Zentveld, die een eenmanszaak met vier kraanwagens dreef, een opdracht aanvaard om voor *f* 17,50 per uur een vliegtuigvleugel van Fokker van een dekschuit naar een vrachtauto te verplaatsen. Door een verborgen gebrek aan de kraan viel de vleugel op de grond: schade *f* 120.000,-. Fokker was verzekerd, haar italiaanse verzekeraar zoekt regres op Zentveld ex art. 284 K. Voor ons onderwerp zijn de volgende overwegingen van de hoge raad van belang, in toenemende mate:

'dat de vraag of en in hoever de schuldenaar voor de gebreken van zodanige zaken aansprakelijk is, naar de aard der overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid moet worden beantwoord;

dat ook bij overeenkomsten als de onderhavige, waarbij een resultaat is toegezegd voor het bereiken waarvan de schuldenaar zich moet bedienen van werktuigen, die, indien zij falen, aan de wederpartij een ernstige schade kunnen berokkenen, de aard der overeenkomst, de verkeersopvattingen of de redelijkheid kunnen meebrengen dat de schuldenaar die aantoon dat dit falen door hem niet kon worden voorzien, niet het gevolg was van een gebrek aan zorg bij de aanschaffing, het onderhoud en de controle aan het werktuig besteed en ook overigens niet aan zijn schuld te wijten was, voor de door dat falen ontstane schade niet aansprakelijk is;

dat dit in het bijzonder het geval kan zijn, indien het falen van het werktuig aan de wederpartij een schade kan berokkenen van een dergelijke omvang dat het, gezien de in verhouding daartoe geringe hoogte van de door de schuldenaar genoten contra-prestatie, onredelijk zou zijn de schuldenaar het risico daarvan te doen dragen;

dat in dergelijke gevallen ook in de omstandigheid dat het de schuldeiser was die zich voor een dergelijke schade door verzekering had gedekt, een aanwijzing kan worden gevonden dat naar verkeersopvattingen het desbetreffende risico voor zijn rekening was.'

De hoge raad stelt hier de invloed van het verzekerd zijn tegen het litigieuze risico in de context van de drie criteria, aard van de overeenkomst, de redelijkheid en de verkeersopvatting, welke ieder in de aangegeven volgorde in de drie geciteerde overwegingen aan bod komen. In dit onderling verband moet men naar mijn mening ook de betekenis van de verkeersopvattingen zien: die zijn niet los te denken van de aard van het contract en de redelijkheid. Voor een contract tot verrichting van enkele diensten geldt dit, maar evenzeer voor de bewaargevingsovereenkomst of het vervoerscontract, die wij hierboven tegenkwamen.

In de Fokker-zaak speelde geen exoneratiedebing, maar die problematiek was er wel bij betrokken. Het contract was mondeling via de telefoon gesloten, zoals tussen partijen gebruikelijk, en er kwamen geen voorwaarden aan te pas. Van tijd tot tijd zond Zentveld een rekening, met als inhoud bijvoorbeeld: '1 nov. 1958 met kraanwagen schuit gelost aan de fabriek, van 7.45-10.15 uur à *f* 17,50 per uur *f* 43,75'. Er werd niet naar algemene condities verwezen. De exoneratiedebing is hier in spiegelbeeld aan de orde, aangezien door Fokker's expeditiechef was verklaard 'dat alle risico's verbonden aan het overbrengen van de vliegtuigvleugel van de dekschuit naar een transportwagen door Fokker zouden worden gedragen'. Dit maakte een exoneratiedebing van de zijde van Zentveld overbodig, het risico lag reeds bij Fokker. Het probleem voor Zentveld was echter, dat hij naar het oordeel van de Rb. de bewuste mededeling niet kon bewijzen; zij werd door assuradeuren van Fokker ontkend.

Merkwaardigerwijs interpreteert het Hof Den Haag na verwijzing door de hoge raad dezelfde getuigenverklaring heel anders dan de Rb. De chef had meermalen tegen Zentveld

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

gezegd dat zij verzekerd waren en dat alle risico's door Fokker waren gedekt en voor haar rekening kwamen; hij was er steeds van uitgegaan dat Z. geen risico's liep bij alle transakties. De baas van de transportafdeling had hetzelfde verzekerd.

Het feit dat Zentveld zelf ook verzekerd was tegen dergelijke schade tot een bedrag van f 20.000,- acht het hof niet van belang, aangezien dit gericht was op kleine schaden bij sommige werkzaamheden. Het arrest Hof Den Haag is van 29 mei 1969, te kennen uit de noot van Köster, AA 1969, p. 432 v.

Wij zagen dat de hoge raad onder meer de *aard van de overeenkomst* als criterium hanteert bij de vaststelling van de risikoverdeling tussen partijen. Dat brengt ons weer terug bij het arrest van het Hof Arnhem uit 1980 inzake de bewaargevingsovereenkomst. Waarvan wij ons afvroegen of het wel in de jurisprudentie van de hoge raad zou passen. Dat blijkt in grote lijnen het geval te zijn; het hof volstaat echter met de in kringen van de praktijk veel gehoorde stelling, dat de risikoverdeling tussen professionele partijen een kwestie van duidelijkheid scheppen is, een neutraal knoop doorhakken, waaruit elk van partijen zijn conclusies kan trekken op weg naar haar verzekeraar. Minder risico aanvaard door de bewaarnemer moet volgens economische wetten leiden tot een lager bewaarloon voor de bewaringgever, die wel zelf het risico moet onderbrengen en daarvoor premie moet betalen. Dit voorbeeld leert intussen, dat als de risikoverdeling niet of onduidelijk geregeld is, beide partijen redelijkerwijze genoodzaakt zijn zich te verzekeren voor het risico in kwestie, hetgeen niet erg economisch is. Er wordt een keer teveel premie betaald, c.q. een te hoge premie betaald, hetgeen uiteindelijk op derden afgewenteld zal worden, bijvoorbeeld op 'the ultimate consumer', op ons allemaal dus.

Behalve dat laatste, kan men zich ook afvragen, welke partij naar *economische maatstaven* de meest gerede partij zou zijn om zich tegen de evenementen in kwestie te verzekeren. Wat zou uiteindelijk, voor de gemeenschap, goedkoper en efficiënter zijn? Het Hof Arnhem was, zoals wij zagen, aan deze vraagstelling niet toegekomen; zijn uitspraak was 'budgettair neutraal' zoals het jargon van de huidige bewindslieden luidt, hetgeen vroeger 'een sigaar uit eigen doos presenteren' heette, maar men is nog steeds de sigaar (vraag het de Raio's en jonge rechters, die volgens het plan van de minister van justitie van voorjaar 1987 met hun salariskorting de salarisverhoging van de oudere rechters moeten bekostigen). Al zijn wij een handelsvolk (het laatste voorbeeld betreft de schaduwzijde daarvan), toch is er te onzent vrij weinig over deze problematiek nagedacht of door rechters doorgedacht. Een voorzet werd gegeven door Hijmans van den Bergh in zijn noot onder *Codam - Merwede* (1954).²⁵ Hij betoogt dat uitsluiting van aansprakelijkheden dikwijls noodzakelijk is om anders ondragelijke risico's af te wentelen, met name indien de beloning van de contractant in een wanverhouding staat tot de waarde van het hem toevertrouwde, zoals bij sleep- en andere vervoersovereenkomsten, en bewaargeving, (het geannoteerde arrest is een goed voorbeeld: sleeploon f 150,-, schade f 25.000,-). En dan komt het economisch aspect: 'De individuele klant: sleepschipper, aflader, bewaargever kan zich als regel goedkoper tegen schade verzekeren dan de sleepbootreder, de vervoerder of het veem. Want bij deze laatsten moet de assuradeur met een vrij 'duur' gemiddelde van toevertrouwde goederen rekening houden, terwijl hij omtrent de goederen van den

25. AA 1954, p. 178, sub 16. Zie ook onder, nr 7.

§2. EXONERATIECLAUSULES

sleepschipper, aflader of koopman-bewaargever alles weet en dus goedkoper kan zijn'. Dit economisch gegeven wordt door Hijmans van den Bergh echter niet in de vaststelling van de risikoverdeling en de aansprakelijkheid van partijen verwerkt.

Een jaar later stelt H. Drion het onderwerp in het algemeen aan de orde, in zijn rotterdamse oratie *Verzekering en aansprakelijkheidsrecht*.²⁶ Het is hier niet de plaats om op de algemene aspecten in te gaan. Voor ons onderwerp van de exoneratiedingen is van groot belang hetgeen Köster in zijn noot onder *vliegtuigvleugel* naar voren brengt over de verzekeringsaspecten. Hij wijst erop, 'nourri dans le sérail' als hij is, dat het probleem eigenlijk ontstaan is doordat de expeditiechef van Fokker noch Zentveld op de hoogte waren van art. 284 K, dat de verzekeraar van Fokker regresrecht verschaft. Köster vervolgt:

Zou men de zaak op deskundige wijze hebben besproken dan ware het waarschijnlijk mogelijk geweest om zonder groot premieverschil bij de assuradeuren van Fokker te bedingen dat art. 284 WvK ten aanzien van eventuele verhaalsrechten op Zentveld buiten werking werd gesteld, zoals dit tegenwoordig in vele situaties geschiedt (vgl. Bongers, De afstand van regresrecht als element van rechtsvorming, *Verzekeringsarchief* 1969, no. 155 e.v.). Deze oplossing lag meer voor de hand dan het door Zentveld sluiten van een aansprakelijkheidsverzekering met een hoog maximumbedrag, welke verzekering waarschijnlijk kostbaar zou zijn geweest.²⁷

Partijen kunnen dus, als zij hun zaakjes goed regelen, een risikoverdeling overeenkomen waarbij de risikodragende partij zijn verzekeraar het regresrecht op de wederpartij ontnemt. Als het niet ervan komt bij de onderhandelingen, moet men terugvallen op de regels van rechtersrecht, zoals in het *vliegtuigvleugel*-arrest neergelegd, dus op de aard van de overeenkomst, de verkeersopvatting en de redelijkheid, begrippen die communicerende vaten zijn.

Er bestaan ook nog andere mogelijkheden waarbij partijen een risikoverdeling op basis van verzekering overeenkomen. De partij die zich het beste, op de meest economische wijze, kan verzekeren neemt het risico voor haar rekening. In het vervoersrecht wordt die situatie het dichtst benaderd: de eigenaar van de goederen verzekert zich ('first party'-verzekering) tegen het vrijwel volledige transportrisiko. De aansprakelijkheidsregels liggen op dat terrein vaak vast en zijn van dwingend recht, hetgeen de overzichtelijkheid bevordert.

Partijen kunnen ook een zgn. *knock for knock*-regeling treffen, waarbij overeengekomen wordt dat de schade zal blijven rusten bij degenen die belang heeft in de beschadigde zaak: 'the loss lies where it falls'. De first-party verzekeraars komen dus voor de schade op (en niet de 'third party' aansprakelijkheidsverzekeraars). In de offshore-industrie zijn deze regelingen gangbaar; zij voorkomen een uiterst complexe wirwar van partijen, acties en regresacties.

De term 'knock for knock' wordt overigens doorgaans geassocieerd met regelingen tussen de verzekeraars onderling, die overeenkomen om wederzijds van regresacties af te zien. Deze regelingen bestaan op het gebied van de brandverzekering, verkeersaansprakelijkheid, en sinds kort ook voor aansprakelijkheid in de binnenvaart. Op die wijze wordt door de verzekeraars bespaard op administratie en proceskosten.

Men zie voor deze materie het instructieve artikel van F.J. Rutgers, *Knock out of knock for knock*, in: *Iustitia et Amicitia, Geschillenbeslechting in en buiten rechte*, Red. J.M. van Dunné, W.G. van Hassel en E.J. Numann, 1985, p. 153. Vgl. voor de ontwikkeling van de knock for knock-regeling in de bouwwereld (zgn. constructieverzekering), *Harmonisatie van*

26. Vgl. ook verdere literatuur genoemd in de noot van HB onder *Bovag II*, sub 7, en nog onder, § 3, nr 8.

27. T.a.p., p. 441 v., sub 14.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

Standaardvoorwaarden in de bouw, Rapport van de Werkgroep Standaardregelingen in de Bouw, 1981, p. 161. In de handboeken wordt doorgaans geleerd dat deze regelingen niet veel meer voorkomen, vgl. Scheltema-Mijnssen, *Alg. deel van het schadeverzekeringsrecht*, 1986, p. 256.

Kritiek in de doctrine op de leer van de hoge raad in Fokker – Zentveld en op ‘assurance oblige’, de doorslaggevende rol van verzekeringsdekking bij aansprakelijkheid

Het standaardarrest *Fokker -Zentveld* werd niet in alle kringen positief ontvangen, en daarmee de visie van de hoogste rechter op de betekenis van verzekering voor aansprakelijkheid. Het bovenstaande betoog, en uitvoerige overzicht van de jurisprudentie, is derhalve geen luxe: een groot aantal schrijvers heeft weinig op met deze ontwikkeling in de rechtspraak. Mede als gevolg daarvan heeft de problematiek van verzekering en aansprakelijkheid binnen contract de laatste decennia weinig aandacht gekregen, in tegenstelling tot de delictuele variant. Een illustratie daarvan is het boek van Hartlief en Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid* (2^e dr., 1999): van de 166 bladzijden zijn slechts 4 pagina's aan de contractuele problematiek van verzekering en aansprakelijkheid gewijd. Dat gebeurt overigens in afwijzende zin wat de cruciale rol van verzekeringsdekking betreft, zoals wij dadelijk nog zullen zien.

Hartlief en Tjittes waren echter niet de eerste critici ten aanzien van de jurisprudentie van de hoge raad op dit gebied. In zijn oratie van 1973 had Brunner ernstige bezwaren tegen het arrest van 1968, en dat is zo gebleven.²⁸ Wanneer Hartkamp in zijn eerste Asser-bewerking van 1986 belang hecht aan de uitspraak in de Fokker-zaak, krijgt hij daarop zware kritiek van Nieuwenhuis te verduren in een redactioneel artikel in *Rm Themis*, met de ferme titel ‘Assurance oblige’, overigens naar het woord van de Amerikaanse hoogleraar Ehrenzweig uit 1950.²⁹ Hartkamp had aandacht gevraagd voor de *verkeersopvatting* als bron van aansprakelijkheid, behalve binnen contract, ook buiten-contractueel - op grond van respectievelijk art. 6:75 en art. 6:162, lid 3, van wat toen nog NBW was - en had daarvoor steun gezocht bij het *vliegtuigvleugel*-arrest.³⁰ Nieuwenhuis heeft grote moeite met de gedachte van aansprakelijkheid zonder schuld, en al helemaal met de verwijzing naar het genoemde arrest van 1968. Hartkamp had gesteld, dat arrest nauw volgend, dat een aanwijzing voor de

28. *Aansprakelijkheid naar draagkracht*, oratie Groningen 1973, p.15 e.v.; zie ook zijn *Rechtsvinding onder het NBW*, 1992, p.96, waar het arrest ‘nog steeds onjuist’ gevonden wordt.. Bij het debat van de Ver. voor burgerlijk recht in 1990 sprak Brunner over het Fokker-arrest als ‘een vergissing’ van de hoge raad, zie verslag, p.17. Hij stelde overigens dat het arrest de enige uitspraak van die strekking was. Zie over dit thema ook zijn bijdrage debat NJV 1996, p.75, waar hij met ‘ontsteltenis’ reageert op een uitzondering die de preadviseurs Bolt en Spier maken bij hun afwijzing van het ‘assurance oblige’-beginsel, namelijk voor gevallen van letselschade in de particuliere sfeer.

29. *Rm Themis* 1987, p.209. W. van Gerven had in 1962 gewezen op de benadering van Ehrenzweig, die door hem overgenomen werd, vgl. *RW* 1962-63, p.777, op p.785.

30. Asser-Rutten-Hartkamp III, 7e dr. (1986), nr 24; zie thans nog, ongewijzigd, Asser-Hartkamp III, 11e dr. (2002), nr 24. Hartkamp kreeg steun voor zijn opvatting van Bloembergen, concl. als wnd. a-g voor HR 6 febr. 1987, *NJ* 1988, 57, nt CJHB, (nr 6.3), *Saskia Mulder*, en van a-g Franx, concl. voor HR 3 april 1987, *NJ* 606, *Posthumus – Terpstra* (zie nog onder, nr 6).

§2. EXONERATIECLAUSULES

verkeersopvatting gelegen kan zijn in het feit dat de schuldenaar zijn aansprakelijkheid heeft verzekerd (of schuldenaars dat plegen te doen), of andersom, de schuldeiser het risico heeft verzekerd. Toegepast op het delictsrecht, legt Hartkamp er nadruk op dat niet de aansprakelijkheidsverzekering de toerekenbaarheid, en daarmee aansprakelijkheid schept, maar de verkeersopvatting; verzekering kan 'hoogstens een faktor zijn' bij de vaststelling van zo'n verkeersopvatting. Zijn toevoeging: 'overigens wordt hiermee een gevoelig punt aangesneden', is olie op het vuur van Nieuwenhuis, die de fundering op het *vliegtuigvleugel*-arrest 'een uiterst broze motivering noemt', want:

'Uit de omstandigheid dat het Fokker was die zich voor deze schade had verzekerd putte de hoge raad een aanwijzing dat naar verkeersopvattingen Zentveld niet aansprakelijk was, en het desbetreffende risico voor rekening van Fokker kwam. Erg overtuigend is deze rechtssociologische hypothese omtrent het bestaan van een verkeersopvatting niet. Wie een schadeverzekering sluit geeft daarmee allerminst te kennen dat naar zijn oordeel hij het is die de schade *behoort* te dragen.

Uit het feit dat op grote schaal diefstal- en inbraakverzekeringen worden afgesloten mag niet worden afgeleid dat naar de thans in het verkeer geldende opvattingen dieven en inbrekers niet aansprakelijk zijn voor de door hen veroorzaakte schade' (p.210).

Nieuwenhuis doet hiermee de uitspraak van de hoge raad onrecht; doordat enkele belangrijke elementen weggelaten zijn, is er een karikatuur overgebleven van het oorspronkelijke standpunt. De 'verkeersopvatting' kan men hier immers niet los zien van de andere toerekeningsfactoren, de 'aard van de overeenkomst' en de 'redelijkheid'. Zoals wij zagen, blijkt dat uit de hierboven aangehaalde overwegingen van de cassatierechter, die Hartkamp op de voet gevolgd heeft. Uit het beeld blijft bij Nieuwenhuis dat het in casu ging om een omvangrijke schade, die niet verhouding stond tot de lage contraprestatie die de schuldenaar gekregen had, hetgeen het onredelijk maakt om het risico door hem te laten dragen.

In het vervolg van Nieuwenhuis' betoog staat de buitencontractuele aansprakelijkheid centraal; de 'wèl toelaatbare invloed van het verzekeringsaspect' is zijns inziens 'uitsluitend' de volgende: bij het hanteren van aansprakelijkheid zonder schuld dient de rechter na te gaan of dat aanvaardbaar is in het maatschappelijk verkeer, en daarbij speelt de 'verzekeerbaarheid van risico een cruciale rol'. Het toevallige feit dat een persoon verzekerd is, kan geen grondslag voor aansprakelijkheid zijn. De legitieme invloed van de aansprakelijkheidsverzekering is slechts deze, betoogt Nieuwenhuis, dat het 'verwijt' aan de dader is niet langer de grondslag van bijvoorbeeld verkeersaansprakelijkheid, maar in de woorden van Langemeijer: 'het risico van onze algemene menselijke feilbaarheid', en dat is aanvaardbaar omdat dit risico zeer wel verzekeerbaar is. Zijn slotsom is dan ook: 'verzekeerbaarheid als voorwaarde voor aansprakelijkheid zonder schuld'.

Nieuwenhuis heeft met deze beschouwing, evenals eerder Brunner, een aantal schrijvers op het verkeerde spoor gezet, zoals Hartlief en Tjittes. De laatsten vinden de uitspraak van de hoge raad in het Fokker-arrest 'een riskante redenering', en beroepen zich daarbij op Brunner en Nieuwenhuis; zij wijzen er ook op dat Hartkamp 'uiteindelijk terughoudend is', en vervolgen dan:

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

‘Dat de verkeersopvattingen bepalend zijn voor de vraag voor wiens risico een bepaalde gebeurtenis komt, is één. Iets heel anders is het om uit de aanwezigheid van een aansprakelijkheidsverzekering of eigen verzekering af te leiden wat de verkeersopvattingen meebrengen. Dat ligt alleen al niet voor de hand, wanneer men bedenkt dat een verzekering vaak voor de zekerheid wordt gesloten. Dat kan ook inhouden dat beide partijen verzekerd zijn. Zo is het in het vervoersrecht in de regel zo dat het goed door de ladingbelanghebbende verzekerd is tegen zaaksschade, terwijl de vervoerder zich verzekerd heeft tegen aansprakelijkheid.

Naar onze mening gaat het erom vast te stellen wie naar verkeersopvattingen het risico te dragen heeft. Daarbij kan men betekenis toekennen aan de vraag wie zich het beste kan verzekeren. De concrete verzekeringsposities spelen dan niet mee bij de vraag wat de verkeersopvattingen meebrengen, maar hoogstens bij de vraag of matiging op haar plaats is.³¹

Schrijvers concluderen dat zij ‘geen pleidooi houden voor het “assurabilité oblige”, het behoren te verzekeren, als aansprakelijkheidsgrond’. Daarop volgt een interessante opmerking, in een noot: ‘In het vervoersrecht lijkt het wel vaak het geval te zijn, dat het risico voor rekening komt van degene die zich op de meest economische wijze kan verzekeren’.

De opmerking van Hartlief en Tjittes dat Hartkamp terughoudend is op dit gebied, is juist. Zijn eerder aangehaalde verwijzing naar het *vliegtuigvleugel*-arrest in deel III komt men niet tegen bij de behandeling van de exoneratieproblematiek in deel I, maar uitsluitend bij de kwestie van matiging van aansprakelijkheid.³² Daarbij staat echter voorop dat ‘aansprakelijkheid gegeven’ moet zijn. In de eerder aangehaalde passage uit Asser-Hartkamp III, waar Nieuwenhuis over gevallen was, wordt nog een korte opmerking over exoneratiebedingen gemaakt, waarbij ‘verzekeringsaspecten mede een rol kunnen spelen’, met verwijzing voor het oude recht naar de arresten *Bovag I* en *II* (nr 25), een passage die sinds 1986 geen wijziging ondergaan heeft. Daar moeten wij het dan mee doen, in dit handboek; geen wonder dat de vraag van verzekering en aansprakelijkheid in contractuele sfeer in de literatuur zo onderbelicht gebleven is, de laatste decennia. In 2000 noemt Hartlief de verwerping van ‘assurance oblige’ een algemeen aanvaard standpunt. Het is een visie waarbij het systeem van het aansprakelijkheidsrecht ‘op zijn kop gezet wordt’: ‘er is aansprakelijkheid vanwege een bestaande

31. T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, 2e dr., Kluwer: 1999, p.30 v., noten weggelaten, met verwijzingen naar o.m. Nieuwenhuis en Brunner. De algemene verwerping van ‘assurance oblige’ vindt men op p.22 e.v. (zie reeds eerder hun preadvies Ver. voor burg.recht 1990, p.69). In die zin ook: Mijnsen, noot onder HR 6 mei 1983, *NJ* 584, *Rijnstreek II*, Kortmann, *AA* 1997, p.642; Van Wassenaer van Catwijk, *VR* 1988, p.367 v.; Van Dam, *Zorgvuldigheid en aansprakelijkheid*, diss. Utrecht 1989, p.247; A-G Asser, concl. voor HR 6 jan. 1989, *NJ* 283, *Stichting St. Elisabeth* (nr 2.28); R. van den Bergh en M. Faure, Preadvies Ver. voor burg. recht 1990, p.39 v.; A.T. Bolt en J. Spier, Preadv. *NJV* 1996, p.401; L. Dommering-van Rongen, *A & V* 1997, p.135.

32. Asser-Hartkamp I (2004), nr 496; zie voor exoneratie-clausules, nrs 344, 345; vgl. ook deel II, nr 357, bij de behandeling van de algemene voorwaarden. Brunner had in zijn oratie, p.15, ook al matiging van aansprakelijkheid aangewezen als de juiste plaats voor het verzekeringsaspect; in de Fokker-zaak bepleitte hij matiging van de aansprakelijkheid van Zentveld tot het door hem verzekerde bedrag (f 20.000,-). De NBW-wetgever heeft bij de artt. 6:109 en 110 BW bepaald dat voor matiging geen plaats is wanneer de schuldenaar zijn aansprakelijkheid door verzekering gedekt heeft, vgl. *Parl. Gesch. Boek 6*, p.412.

§2. EXONERATIECLAUSULES

aansprakelijkheidsverzekering'. In zijn opvatting, 'een naar mijn idee in de doctrine niet bestreden stelling' geldt: 'voor de aansprakelijkheidsvraag is derhalve niet van belang of gedaagde ("dader") een aansprakelijkheidsverzekering heeft'.³³

5. *De verzekeringsvraag in het engelse recht: de engelse Securicor-arresten (1980-1981). Het thermostaten-arrest (1981): de hoge raad geeft niet thuis*

Is het denken over de invloed van economie en verzekering op contractuele aansprakelijkheid in ons recht niet om over naar huis te schrijven, in omringende landen ligt dat anders. In Engeland bijvoorbeeld is het rechtseconomisch denken zelfs tot de hoogste rechter doorgedrongen, die overigens bepaald niet van nieuwlichterij of zelfs maar moderne rechtsvinding beticht kan worden. Het is de moeite waard om even daarbij stil te staan. Binnenkort in dit theater?

Twee engelse cases zou ik willen noemen, die beide het bewakingsbedrijf Securicor betreffen. In de eerste zaak, *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd* uit 1980 was de casus als volgt.³⁴ Securicor verleent beveiligingsdiensten aan Photo Production waarbij nachtelijke surveillances in de fabriek plaatsvinden tegen een vergoeding van 26p per bezoek. Bij zo'n nachtelijke controle steekt een employé van Securicor opzettelijk een vuurtje aan; zijn motieven worden door de rechter later omschreven als 'mysteries I am unable to solve'. Het vuurtje loopt uit de hand, en de fabriek gaat in vlammen op; schade £ 615.000. Securicor verweert zich tegen de schadeclaim met een beroep op de zeer ruim gestelde exoneratieclausule. Photo Production stelt hier tegenover dat de clausule wel van toepassing is op gevallen van onzorgvuldigheid ('negligence'), maar niet op opzettelijk verrichte onzorgvuldige handelingen zoals in casu. Het House of Lords stelt voorop dat de vraag naar de betekenis van een exoneratieclausule is 'a question of construction, not merely of course of the exclusion clause alone, but of the whole contract'. 'Construction of contract' staat voor normatieve uitleg van de overeenkomst, de subjektieve bedoelingen van partijen en de letterlijke betekenis van woorden zijn hierbij naar de achtergrond gedrongen. Lord Wilberforce benadrukt bij zijn beschouwing van de aard van de overeenkomst de bescheiden beloning voor de te verrichten diensten tegenover de grote waarde van de te beveiligen fabriek, de maatschappelijke positie van partijen, en dergelijke. Dit brengt hem tot de conclusie dat het niet onredelijk is dat Securicor een bescheiden risico draagt en dat op Photo Production het wezenlijke risico voor schade of tenietgaan rust. Lord Diplock valt hem hierin bij, en scherpt het nog wat aan:

33. T. Hartlief, 'Het verzekeringsargument in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', in: *Verzekering en maatschappij*, T. Hartlief en M.M. Mendel, red., 2000, p.373 v. In een noot wordt hetzelfde standpunt ingenomen met betrekking tot de toerekening bij vaststelling van het causaal verband, onder art. 6:98 BW.

34. (1980) *All ER* 556. Dit arrest en het volgende werden door mij besproken in *BR* 1984, p. 310, sub 4, *Op de grenslijn van overeenkomst en onrechtmatige daad: de bijdrage van het House of Lords aan het Bouwrecht* (ook in *Dialekt. R. en R.*, *Ib.*, p. 210 v.).

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

'For the reasons given by Lord Wilberforce it seems to me that this apportionment of the risk of the factory being damaged or destroyed by the injurious act of an employee of Securicor while carrying out a visit to the factory is one which reasonable businessmen in the position of Securicor and Photo Production might well think was the most economical. An analogous apportionment of risk is provided for by the Hague Rules in the case of goods carried by sea under bills of lading (...)

Either party can insure against it. It is generally more economical for the person by whom the loss will be directly sustained to do so rather than that it should be covered by the other party by liability insurance.'

In het tweede arrest moest Securicor een schip bewaken, en ook dit loopt slecht af, *Ailsa Craig Fishing Co Ltd v. Malvern Fishing Co Ltd and another*, uit 1981.³⁵

Eiseres was eigenaar van het vissersschip Strathallan dat oudejaarsnacht 1971 in de haven van Aberdeen zonk en verloren ging. Ten gevolge van de drukte met de jaarwisseling lag het schip niet aan de gewone kade afgemeerd, maar met nog enkele schepen aan een kade met een open constructie. Het schip werd al enkele maanden bewaakt door Securicor; het contract werd op de ochtend van 31 december aangepast wat ligplaats en omstandigheden betreft. Bij hoogwater kwam de boeg van het schip klem te zitten onder het dek van de kade, kapsijsde en nam het belendende schip mee in de diepte. Schade £ 55.000,- per schip; een exoneratieclausule beperkte de schade echter tot £ 1000,- per claim. De hoofdvraag in dit geding was of Securicor zich ondanks de grove onzorgvuldigheid op die clausule kon beroepen. Het House of Lords kwam tot een uitspraak die in het verlengde van de vorige arrest lag: wederom geldt ten aanzien van exoneratieclausules: 'they must be related to other contractual terms, in particular to the risks to which the defending party may be exposed, the remuneration which he receives and possibly also the opportunity of the other party to insure' (per Lord Wilberforce).

Overigens zijn de reacties op deze rechtseconomische benadering van de problematiek door de engelse hoogste rechter in de literatuur verdeeld. In het handboek van Cheshire and Fifoot wordt zij met nadruk gesteund, als 'most economically efficient'.³⁶

De onderhavige problematiek kwam ten dele aan de orde in de procedure die leidde tot het arrest van de hoge raad in de *thermostaten*-zaak uit 1981.³⁷

Het betrof hier de volgende casus. Van Kleef had 162 centrale verwarmingsunits gekocht van Monster ter installatie in een woningproject. De ketelthermostaten functioneerden niet goed; aanvankelijk werd een te lage temperatuur bereikt en na enig verstelwerk een veel te hoge temperatuur, waardoor schade optrad ten gevolge van het uitzetten van verwarmingsbuizen terwijl ook de installaties beschadigd werden, tot een totaal van ruim f 126.000,-. Monster verweert zich met een beroep op de exoneratie vervat in art. 8 van de Reku-voorwaarden, welk beroep Van Kleef in strijd met de goede trouw acht. Krachtens dat art. 8 rusten op Monster slechts garantieverplichtingen.

De kern van de zaak, ook in de benadering door Rechtbank Utrecht en Hof Amsterdam, is de geringe prijs van de thermostaten gesteld tegenover de omvangrijke schade die bij

35. (1983) *All ER* 101.

36. Cheshire, Fifoot and Furmston's *Law of Contract*, 14th ed. 2001, p. 196 v. Voor verdere literatuur zie mijn in nt 181 genoemde artikel.

37. HR 18 dec. 1981, *NJ* 1982, 71; *BR* 1982, 452, nt Pels Rijcken, eveneens door mij besproken in het eerder genoemde artikel.

§2. EXONERATIECLAUSULES

ondeugdelijk functioneren veroorzaakt kan worden. Een zelfde afweging die wij in de engelse Securicor-arresten tegen kwamen. Het Hof neemt het standpunt in:

‘De Rb. bedoelt waarschijnlijk te zeggen dat het redelijk is dat een leverancier van een weinig kostbaar artikel als een thermostaat zijn aansprakelijkheid beperkt voor gevolgen van ondeugdelijkheid van het artikel, gelet op de omstandigheid dat zo’n defect schade kan veroorzaken die in een wanverhouding staat tot de prijs van een thermostaat. Aldus verstaan is de passage juist en dat wordt niet anders indien men uitgaat van de waarde van een complete installatie in plaats van de waarde van een thermostaat.

Verder kan een wanverhouding tussen de limitering van de aansprakelijkheid enerzijds en de omvang van voorzienbare schade anderzijds aanleiding zijn om de leverancier een beroep op de limitering te ontzeggen, doch zodanige wanverhouding acht het Hof niet aanwezig’ (Ov. 10).

A-g Ten Kate onderschrijft deze visie en wijst op het verband met de regel van het *vliegtuigvleugel*-arrest:

‘In dit verband wordt veelal ter sprake gebracht de vraag, wie van partijen het meest gereed is om het risico te dekken’. Na de constatering dat dit in het onderhavige geding niet gespeeld heeft, vervolgt de a-g: ‘Men kan stellen dat deze afweging de uitkomst is van de gedachte dat partijen bij hun handelen en bedingen wederzijds de belangen van de andere partij bij de gegeven transactie niet geheel uit het oog mogen verliezen’. Ten aanzien van de zojuist geciteerde overweging van het hof stelt hij dat de beoordeling bedoeld in de tweede alinea, afkomstig uit het *pseudo-vogelpest*-arrest, afhankelijk is van de uitkomst van de in de eerste alinea bedoelde afweging. Met andere woorden, het gaat hier om de verhouding tussen het aspect van de geringe waarde van het produkt in relatie tot de voorzienbare grote schade enerzijds, en het aspect van de redelijkheid van de mate van beperking van aansprakelijkheid anderzijds. Ten Kates conclusie is: wanneer op grond van het eerste aspect de beperking redelijk is te achten, zal op basis van de tweede afweging geen wanverhouding meer aangenomen mogen worden. Een oordeel dat hij overigens van feitelijke aard acht, gezien de waardering van feiten en omstandigheden waarop het berust.

De hoge raad pakt de handschoen die de a-g aanbiedt niet op en houdt zich met de volgende overweging wat op de vlakte:

‘In onderdeel 3 wordt miskend dat - al naar de aard van de overeenkomst, de inhoud van de daaruit voortvloeiende verplichtingen en risico’s verbonden aan onregelmatigheden bij de uitvoering - zowel het feit dat in een contractueel beding de aansprakelijkheid van een der partijen wordt beperkt tot een fractie van de in geval van bepaalde wanprestaties te verwachten schade, als het feit dat het aansprakelijkheidsbeding betrekking heeft op de levering van een weinig kostbaar artikel, waarvan een defect tot een schade kan leiden die in geen verhouding staat tot de waarde van dat artikel, omstandigheden opleveren, die, zij het in tegengestelde zin, een rol kunnen spelen bij de beantwoording van de vraag of in het gegeven geval een beroep op een exonerationbeding in strijd met de goede trouw zou zijn.

Het is jammer dat de hoge raad niet de lijn van *Bovag III* en *vliegtuigvleugel* doortrekt en de problematiek van risikokringen en verzekeringsmogelijkheden een stap verder brengt. Wel staat vast dat in de opvatting van de raad de wanverhouding tussen de lage prijs van een produkt en de omvang van een mogelijke schade bij gebreken aan dat produkt een faktor is bij de beoordeling of een beroep op een exonerationbeding in strijd met de goede trouw is.

Tenslotte wijs ik er nog op dat verzekeringsaspecten ook een rol kunnen spelen in de situatie waar de vraag zich voordoet of van doorwerking (of derdenwerking) van een exonerationclausule sprake is, in die zin dat deze de exonerant ook beschermt tegen een vordering van een derde die schade geleden

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

heeft als gevolg van zijn wanprestatie (vgl. nog onder, § 5). In het voorlaatste arrest in een reeks standaardarresten op dit gebied, onze eigen *Securicor*-zaak (1979)³⁸, laat de hoge raad het van de omstandigheden afhangen of men als derde de *exoneratie in redelijkheid tegen zich moet laten gelden*, als hoofdregel. Dit is slechts anders indien de exoneratie van dien aard was dat de derde daarmee geen rekening had behoeven te houden of als hij op grond van gedragingen van de exonerant of van omstandigheden die de laatste bekend waren erop mocht vertrouwen dat de betreffende clause niet tegenover hem zou gelden. Het betrof hier dagelijks geldvervoer te verrichten door Securicor ten behoeve van Makro, in opdracht van diens bank. Op zekere dag verdwijnen overvallers met de vervoerde hoeveelheid geld, ruim vier ton. Wat die laatste omstandigheden betreft, die een uitzondering op de regel zouden kunnen rechtvaardigen, Makro was met haar bank overeengekomen dat zij voor verzekering van de geldtransporten zou zorgen. De verzekeringsmaatschappij van Makro voerde dan ook bij subrogatie de procedure tegen Securicor. Bovendien had Makro het contract tussen de bank en Securicor tevoren gezien. Het ziet er dus naar uit, dat de hoofdregel ten aanzien van Makro heeft te gelden, en dat de exoneratie ook op haar van toepassing is. Deze uitkomst is redelijk; immers als zij contractspartij van Securicor zou zijn geweest, zou zij in het licht van de boven besproken jurisprudentie onder de gegeven omstandigheden de exoneratieclause tegen zich moeten laten gelden. Ik laat op deze plaats in het midden of een beroep op het beding door de exonerant om andere redenen afgewezen zou moeten worden (vgl. daarvoor onder, nr 7 v., grove schuld).³⁹

B. RECHTERLIJKE CONTROLE OP EXONERATIE: RECHTSETHISCHE KRITERIA

6. *Opzet bij wanprestatie en exoneratie. Surinaamsche Post (1920)*

Hierboven kwam aan de orde dat er bij de toetsing van vrijtekeningsbedingen door de rechter behalve rechtseconomische ook rechtsethische factoren een rol spelen (zie nr 1). Men staat niet toe dat de debiteur zichzelf een vrijbrief geeft voor de wijze van uitvoering van de overeenkomst, die ingevolge art. 6:248 BW te goeder trouw moet gebeuren, hetgeen wil zeggen, met inachtneming van de eisen van goede trouw, alias contractuele zorgvuldigheid. Deze toevoeging lijkt overbodig, maar als wij aanstonds de rechtspraak zullen bezien, zal dit toch geen luxe blijken te zijn. De vraag, hoever de debiteur mag gaan bij het 'wegcontracteren' van essentiële contractuele verplichtingen werd hierboven behandeld aan de hand van de aard van de overeenkomst, hetgeen tot een

38. HR 12 jan. 1979, NJ 362, nt ARB; AA p. 556 nt v.Sch. De constructie die de HR toepast werd eerder bepleit door Van der Grinten, vgl. Asser-Van der Grinten I, *Vertegenwoordiging*, 5e dr. 1978, p. 82. Een volgend arrest op dit gebied is HR 20 juni, NJ 1987, 35, nt G; AA 775, nt Kortmann, *Deka-Hanno - Citronas c.s.*, vgl. nog Hfdst. 6, § 4.

39. Zie ook nog p. 77 v. Overigens is het succes van Securicor voor de hoge raad een Pyrusoverwinning gebleken: het Hof Amsterdam, 31 jan. 1980, rolnr 158/79HR, na verwijzing, staat haar geen beroep op de exoneratieclause toe. De aansprakelijkheid was nl. beperkt tot f 37.000 per 'gesloten container'; het geld werd vervoerd in 45 gesloten plastic zakken (van 45 kassa's) die weer in 2 open jute zakken gestopt waren. Het ontvangstbewijs betrof ook 45 containers. Wel een anticlimax na alle juridische trapezewerk.

§2. EXONERATIECLAUSULES

ekonomische benadering leidde. Thans is aan de orde de vraag, in hoever het wegcontracteren beperkt wordt door normen van rechtsethiek en, op de achtergrond, rechterlijk beleid.

Het duidelijkste geval in dit verband is het vrijtekenen van de aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door eigen, opzettelijk handelen. Daarover bestaat, zoals wij zagen, communis opinio. In dezelfde lijn ligt de gangbare gedachte dat men aansprakelijkheid voor bedrog niet kan uitsluiten. Wij hebben hier te maken met een variant op hetromeinsrechtelijke maxime: *nemo auditur turpitudinem suam allegans*, niemand wordt gehoord die zich op zijn eigen onzedelijkheid beroept. Dit is een regel van geldend recht bij het leerstuk van de goede zeden, zij het dat de hoge raad in de jaren '30 die regel afgewezen heeft en daarop niet is teruggekomen.⁴⁰ Hierboven kwamen wij al de constructie tegen dat de exonerant zich niet beroepen mag op het onzedelijk karakter van de clause en de nietigheid die daaruit voortvloeit.

De aarzeling begint al bij de uitsluiting met betrekking tot opzettelijk handelen van ondergeschikten van de exonerant. De hoge raad heeft dit uitdrukkelijk toegestaan in het arrest *Surinaamsche Post* (1920) en in *Bovag I* (1938) nog eens bevestigd. Pas met *pseudo-vogelpest* (1976) komen de verfijningen. Het eerste arrest betrof een zending van geld (f 4.050,-) per aangetekende brief door Curiel van Paramaribo naar Nieuw-Nickerie.⁴¹ Een postambtenaar in de laatste plaats ontvreemdt het geld. Curiel spreekt de Kolonie Suriname tot schadevergoeding aan, die zich echter beroept op een beding in het postreglement dat een beperking tot f 25,- inhoudt in geval van vermissing van de inhoud van een stuk of het verloren gaan van dat stuk. De hoge raad overweegt, daartoe geroepen in zogenaamd 'koloniaal appel', dat het een partij vrijstaat om de verplichting tot schadevergoeding wegens wanprestatie van een ondergeschikte, alsook wegens diens onrechtmatige daad ex art. 1403 lid 3 BW uit te sluiten of te beperken. Ook in geval van 'boos opzet' van de ondergeschikte is zo'n overeenkomst niet in strijd met de goede zeden, stelt de raad.

In *pseudo-vogelpest* stelt de hoge raad allereerst dat indien de verkoper voor de levering bekend was met de gebreken in verkochte zaak hij 'niet met succes een beroep kan doen' op een exoneratiebeding voor schade die een 'voorzienbaar gevolg is van de aanwezigheid van deze gebreken'.⁴² Dit is 'mede blijkens art. 1542 oud BW' (vrijwaring tegen verborgen gebreken) het geval; de grondslag lijkt die van de goede zeden te zijn. Al zegt de raad het niet, deze categorie is met opzet gelijk te stellen, boos of niet. De bekende regel dus. Dan vervolgt het college met de overweging:

40. Vgl. HR 10 maart 1933, *NJ* 804, nt PS, *echtscheiding I*. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden 1979, p. 41, is van mening, zonder argumentatie, dat dit beginsel geen onderdeel van ons geldend recht vormt. Dit is door mij bestreden in mijn recensie van het boek, *WPNR* 5524/5 (1980), p. 457, sub 12 (ook in *Dialekt. R. en R., Ia*, p. 51). Als Nieuwenhuis ook Asser-Rutten II (1982), p. 374 v., waar verdere lit. Vgl. Asser-Hartkamp II, nr 456 v.

41. HR 26 maart 1920, *NJ* 476, *Curiel - Kolonie Suriname*.

42. HR 20 febr. 1976, *NJ* 486, nt GJS, AA p. 467, 34, nt G.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

‘dat in het algemeen bekendheid met de gebreken bij degeen die de verkoper in zijn bedrijf belast heeft met de leiding van de uitvoering van de betreffende verkoopcontracten, wat dit betreft gelijk gesteld moet worden met bekendheid bij de verkoper zelf’.

Waren de gebreken bekend bij lager, ‘niet leidinggevend’ personeel van de exonerant (opzet dus), zo stelt de raad vervolgens, dan hangt het van ‘tal van omstandigheden’ af of het beroep op het beding conform de regels van goede trouw is, een materie die hieronder nog ter sprake komt.

Al met al niet zo’n opzienbarende ingreep van de cassatierechter, aangezien in het geval een exonerant een rechtspersoon is, steeds naar verantwoordelijke personen in het hoogste echelon gezocht dient te worden. In het juridisch jargon wordt hierbij veelal van ‘orgaan’ gesproken, een beeldspraak die juristen in de vorige eeuw aan de evolutieleer van Darwin ontleend hebben, waarmee grote sier gemaakt werd in het rechtspersonen- en bestuursrecht van die tijd, met name in Frankrijk en Engeland.⁴³ De magie van dit begrip in ons recht (‘binnen de kring van zijn bevoegdheid’ en dergelijke spreuken) is doorbroken in het *kleuterschool Babbel*-arrest uit 1979, ten gunste van de opvattingen in het maatschappelijk verkeer.⁴⁴ Die nieuwe leer, een steen in de rustige vijver van het vennootschapsrecht, is al enigszins te herkennen in het *pseudovogelpest*-arrest, in de vrije omschrijving van degeen ‘die de verkoper belast heeft met de leiding van de uitvoering van de betreffende verkoopcontracten’.⁴⁵

7. *Grove schuld bij wanprestatie en exoneratie*. Röntgenstralen-arrest (1951) en Codam - Merwede (1954)

Dan nu de tweede categorie, *grove schuld*. Een goed vertrekpunt is het *röntgenstralen*-arrest (1951).⁴⁶ De casus is niet zo leuk; een twintig-jarig fabrieksmeisje had zich in 1930 bij haar ziekenfonds gemeld met de klacht van overtollige gezichts-beharing en werd doorverwezen naar een röntgenoloog. De laatste had haar vaag op een zeker risico van de röntgenbehandeling gewezen, en vervolgens 12 à 15 keer bestraald. De gevolgen bleven niet uit, in averechtse zin, de schoonheidskuur leidde tot ernstige misvorming van het gezicht van de patiënte (extractie van het gebit, uitstoting van de onderkaak). De tot schadevergoeding aangesproken röntgenoloog verweert zich met een beroep op een exoneratieclausule die van toepassing zou zijn. De rechtbank overweegt (in 1948) dat in 1930 al met klem in medische kringen gepropageerd werd dat röntgenbehandeling bij overtollige gezichtsbeharing wegens de daaraan verbonden gevaren achterwege dient te blijven; dat het risico door het meisje bij gebrek aan wetenschap niet aanvaard was, en dat het aan de geneesheer is om de geschiktheid van de behandeling en de mogelijke risico’s te beoordelen. Het haagse hof neemt die zienswijze over en acht gezien het ‘onevenredig gevaar dat aan de behandeling verbonden was’ een contractuele uitsluiting van

43. Vgl. C.K. Allen, *Law in the making*, 7th ed. 1964, p. 18.

44. HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 nt CJHB.

45. Zie voor de verdere ontwikkelingen op dit gebied onder, nr 11, de bespreking van *Matatag - De Schelde* (1993).

46. HR 14 april 1950, *NJ* 1951, 17, nt PhANH.

§2. EXONERATIECLAUSULES

aansprakelijkheid voor zodanige behandeling in strijd met de openbare orde en de goede zeden. De hoge raad volgt het hof met de overweging:

‘dat het hof een contractuele uitsluiting van X’s aansprakelijkheid tegenover Y voor de gevolgen van zodanige behandeling, welke, naar hij toen wist of behoorde te weten, medisch onverantwoord was en derhalve door hem niet mocht worden ondernomen, terecht als in strijd met de goede zeden krachteloos heeft geoordeeld.’

Men ziet dat de raad hier het middel van nietigheid wegens strijdigheid met de goede zeden toespitst op het concrete geval, de ‘zodanige gedraging’, en niet in abstracto dergelijke bedingen nietig acht. Met andere woorden, de techniek is vrijwel dezelfde die wij bij het middel van het met de goede trouw strijdige beroep op een beding tegenkomen.

Een tweede arrest van de hoge raad over grove schuld ligt in een geheel andere sfeer, het betreft een sleepovereenkomst: *Codam - Merwede* uit 1954.⁴⁷ Dit arrest heeft bekendheid gekregen, behalve vanwege de nadere invulling van het onderhavige begrip, alsook omdat de relatie met de aard van de overeenkomst gelegd werd (vgl. boven, nr 2).

Kunst is kapitein en eigenaar van de sleepboot ‘Merwede’ en komt met Damco overeen haar sleepschip ‘Codam 75’ van Dordrecht naar Middelburg te slepen tegen een sleeploon van *f* 150,-, met toepassing van de Sleepconditiën 1929. De tocht gaat via wat thans het Veerse Meer is, maar toen nog een zeearm; bij vallende duisternis en een hevige sneeuwbuï die elk zicht ontnam, kon Kunst ter hoogte van gasboei no. 7 boei no. 5 niet vinden, die normalerwijze zichtbaar moest zijn. Hij maakt een bocht van 90° stuurboord, waarna de Codam 75 op een krib van de Goudplaat loopt. Bij vallend water brak het schip, dat geladen was met boomstammen; schade *f* 25.000,-. Achteraf bleek gasboei no. 5 die nacht niet te branden. Kunst had geen kaart van het gebied aan boord en had geen goed kompas aan boord. Rb. en hof zijn van oordeel dat Kunst nooit het betonde vaarwater had mogen verlaten en bij slecht zicht, het ontbreken van kaart en kompas willens en wetens het grote risico met de koersafwijking genomen heeft. Dat laatste gebeurde kennelijk op de gis; de onzekerheid omtrent de koers had hem van doorvaren moeten weerhouden, hetgeen als grove schuld aangemerkt moet worden. Een contractuele beperking van schade als gevolg van eigen grove schuld acht het hof in strijd met de goede zeden en derhalve krachteloos. De hoge raad overweegt onder meer:

‘dat het hof blijkbaar heeft geoordeeld, niet dat de vastgestelde feiten en omstandigheden zo lagen, dat Kunst onder moeilijke omstandigheden een minder juiste keuze uit in aanmerking komende wijzen van handelen heeft gedaan, doch dat onder de gegeven omstandigheden hetgeen hij heeft gedaan nimmer in aanmerking had mogen komen, immers in de hoogste mate roekeloos ten aanzien van het sleepschip was;

dat het hof op grond daarvan kon aannemen dat met betrekking tot het omhoog lopen van de Codam 75 aan Kunst grove schuld, dat wil te dezen zeggen: een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld, was te wijten;

dat onderdeel *b* ongegrond is, vermits beperking van des reders aansprakelijkheid voor eigen grove schuld bij een overeenkomst als de onderhavige moet worden geacht in strijd te zijn met de goede zeden;

dat - gelijk mede het hof opmerkt - zulks ook in overeenstemming is met de wettelijke regeling van de vervoerovereenkomst, waaraan de onderhavige overeenkomst, zo zij al niet als een vervoerovereenkomst, in ieder geval nauw verwant is;

47. HR 12 maart 1954, *NJ* 1955, 386, nt HB; AA 1954, p. 178, nt HB, *Kunst - NV Codam Scheepvaart Mij*; het arrest werd ook boven besproken, § 2, nr 2.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

dat onderdeel *c* faalt, vermits het hof terecht heeft geoordeeld, dat de op art. 342 berustende aansprakelijkheid van Kunst als kapitein geen verandering ondergaat doordat hij als reder ingevolge art. 541 (oud) slechts beperkt aansprakelijk is; dat het ook niet redelijk ware, in geval van grove schuld zijnerzijds, den kapitein, die niet tevens reder is, onbeperkt en den kapitein, die tevens reder is, beperkt aansprakelijk te stellen;

dat ook onderdeel *d* tevergeefs wordt voorgedragen, aangezien noch de - algemeen luidende - tekst noch de strekking van art. 342 aanleiding geven tot de in dit onderdeel verdedigde beperkte opvatting van het artikel.⁴⁸

In de eerste overweging gaat de raad in op het in het middel verdedigde onderscheid tussen met opzet gelijk te stellen schuld en de beoordelingsfout ('error in judgment'). In het laatste geval wordt achteraf vastgesteld dat men een verkeerde keuze gemaakt heeft, die op het moment zelf niet volstrekt verwerpelijk was (zie de noot van Hijmans van den Bergh). De hoge raad volgt de feitelijke beoordeling van het hof dat geen sprake was van een beoordelingsfout, maar dat de handeling 'in de hoogste mate roekeloos' was, waarop de kwalificatie 'in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld' volgt. De raad sluit hier aan bij de term grove schuld in het zeerecht, zoals die door Molengraaff, Cleveringa en Dorhout Mees omschreven werd. De laatste geeft het aldus weer: 'grove schuld is hier op te vatten niet als een fout van groot formaat, een grove domheid, doch er moet iets bijkomen van bewuste roekeloosheid of onverschilligheid, men zou kunnen zeggen een verkeerde geestelijke instelling'.⁴⁹ In navolging hiervan werd in het BW de term 'bewuste roekeloosheid' opgenomen, bijvoorbeeld in art. 6:170 lid 3 BW (ondergeschikten).⁵⁰

In de derde hier geciteerde overweging brengt de raad met nadruk een nuancering aan in de stelling van het hof, een beperking van aansprakelijkheid is in strijd met de goede zeden in 'een overeenkomst als de onderhavige', en vervolgens wordt het karakter daarvan als vervoersovereenkomst nader uitgewerkt, met behulp van het systeem der wet op dit punt. Zoals wij hieronder nog zullen zien (nr 11), wordt de zienswijze van de cassatierechter in de recente lagere rechtspraak gevolgd.

Een belangrijk voordeel van het samentrekken van opzet met aan opzet grenzende laakbaarheid is het problematische karakter van het opzet-begrip: opzet is namelijk notoor moeilijk te bewijzen (bijvoorbeeld in bedrog-zaken).⁵¹

48. Art. 541 (oud) K liet exonatie toe ook in geval van opzet of grove schuld bij onrechtmatige daad; dit is in 1952 opgeheven. De Sleepconditiën 1929 waren er juist op gericht om de risico's in contract te verlichten en gelijk te stellen met die in onrechtmatige daad, vandaar het beroep van Kunst op art. 541 (oud). Hij had daarbij lagere rechtspraak aan zijn zijde, onder meer Hof Arnhem (vgl. noot HB). Tegen die achtergrond is het wrang dat Kunst zijn beroep afgewezen zag.

49. Zie noot HB, sub 8. Vgl. de engelse zaak *Derry v Peek* (1889).

50. Vgl. Asser-Hartkamp I, nr 342; daar wordt bepleit om ook uitzonderingen toe te staan op de regel dat bij opzet geen beroep op exonatie toekomt. Vgl. ook art. 7:658 lid 2 BW in het arbeidsrecht.

51. Vgl. Hfdst. 5, § 2. Zelfs bij verzwijging moet de bedrogene aantonen dat het om 'opzettelijk' verzwijgen ging, hetgeen in het verleden door de HR zelfs in evidente gevallen niet aangenomen wordt, vgl. bijvoorbeeld *Beukinga - Van der Linden*. Enkele jaren geleden is de HR echter omgegaan, zie t.a.p.

§2. EXONERATIECLAUSULES

In 2000 heeft de hoge raad de formule uit *Codam – Merwede* bijgesteld, en deze in overeenstemming gebracht met de wijze waarop ‘bewuste roekeloosheid’ in internationale verdragen over vervoersrecht (zoals het Verdrag van Warschau van 1929 inzake luchtvervoer, na het Haagse Protocol van 1955) omschreven wordt, en in Boek 8 neergelegd is.⁵² In het *Solon*-arrest ging het om een loods die een ernstige fout gemaakt had en zich tegen aansprakelijkheid verweerd had met een beroep op de exoneratieclausule in de loodsovereenkomst. Nu was hij niet (voldoende) verzekerd - met een collectieve regeling van loodsen wil het maar niet lukken - dus er stond veel op het spel.

De casus is weer zo’n samengaan van toevalligheden. Loods Woudenberg stapt om 1 uur ‘s nachts aan boord van de ‘Solon’ die van Dordrecht naar Sluiskil moet. Wetend dat de strijkhoopte van het schip 11 m was, en voor het kanaal door Zuid-Beveland een doorvaartrestrictie van 10,30 m gold, had hij zich voorbereid op de route ‘buitenom’, en had de nautische berichten daarover gelezen. Kapitein Vermeulen deelt hem echter mee dat de strijkhoopte tot 9,65 m teruggebracht was en dat via het kanaal door Zuid-Beveland gevaren werd. Over het kanaal waren de nieuwe Vlakebruggen gebouwd, met doorvaarthoogte van 10,35 m; daarachter lagen echter de oude bruggen, met een hoogte van 7,50 m. Men gaat op weg, en Woudenberg neemt contact op met de verkeerspost, die hem meldt dat de doorvaarthoogte in het kanaal 10,30 m bedraagt; de verkeersleider zegt niets over de oude bruggen; op de kaart stond overigens dat er werk in uitvoering was. Om 3.40 uur passeert de Solon de nieuwe brug, daarna heeft de loods, die enige vermoeidheid voelde, geen contact met de verkeerspost opgenomen om navraag te doen over de toestand bij de oude bruggen. Bij het naderen daarvan was het zicht slecht door achtergrondverlichting van het sluisencomplex en dorp Hansweert; wanneer plotseling uit het donker de oude bruggen opdoemen is een aanvaring niet meer te vermijden.

Nieuw Rotterdam, de verzekeraar van Vermeulen, spreekt Woudenberg aan tot schadevergoeding, waarbij de vraag is of hem ‘grove schuld’ in de zin van art. 3 Loodsenwet verweten kan worden; Woudenberg was overigens voor zijn handelwijze door het Tuchtcollege Loodsen gestraft, terwijl ook de Raad voor de Scheepvaart zich in negatieve zin erover had uitgesproken.

De rechtbank beantwoordt die vraag bevestigend; het hof, daarentegen, acht weliswaar sprake van een ernstige fout, maar geen grove schuld in de zin van de Loodsenwet. Hoe laakbaar ook, levert dit geen grove schuld op, aangezien geen sprake is van aan opzet grenzende roekeloosheid, overweegt het hof. De loods is immers niet ‘willens en wetens, zonder zich nader te informeren, doorgevaren daarbij bewust het risico nemend dat de “Solon” met de oude Vlakebruggen in aanvaring kwam’. Assuradeuren gaan in cassatie.

De hoge raad volgt het hof, en geeft daarbij een nieuwe formulering van grove schuld op nautisch gebied. Hier volgt de kernoverweging:

52. Zie bijv. Artt. 8:388, 519, 754, 906, 1108. Vgl. Haak in zijn noot onder het hierna te bespreken arrest, HR 4 febr. 2000, *NJ* 429, nt KFH, *Solon*-arrest. Zie ook: F. de Vries, *Wettelijke limitering van aansprakelijkheid*, diss. Leiden 1990, p.168.

Ook andere recente wetgeving verscheen de term ‘bewuste roekeloosheid’. In het contractenrecht komen wij hem tegen in art. 6:170 BW, de aansprakelijkheid voor ondergeschikten, in 1992 met het nieuwe wetboek ingevoerd, waarbij de wetgever zich door de jurisprudentie heeft laten leiden. Een weerspiegeling daarvan is te vinden bij de arbeidsovereenkomst, in de artt. 7:658 en 661 BW.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

‘Onder grove schuld in de zin van art. 3 Loodsenwet moet worden verstaan een handelen of nalaten van de loods dat roekeloos en met de wetenschap dat schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien is geschied’ (ov.3.5).

Het hof heeft, oordeelt de raad, vastgesteld dat niet van roekeloosheid in deze zin is gebleken, hetgeen als feitelijk oordeel niet getoetst kan worden.

Het betrof hier vervoersrecht, en de uitleg van grove schuld in de Loodsenwet; door sommige schrijvers is de vraag opgeworpen of de nieuwe formule van grove schuld en ‘bewuste roekeloosheid’ betekenis heeft voor het overige verbintenissenrecht. Zoals hieronder nog zal blijken, is dat naar mijn mening niet het geval, en is deze invulling van dat begrip uitsluitend van belang voor het vervoersrecht. Voor een verklaring daarvan, gebaseerd is op de aard van de overeenkomst en de verzekeringsvraag bij vervoer, verwijs ik naar sub-paragraaf 12.⁵³

8. *De vaststelling van grove schuld bij wanprestatie. De criteria van Saladin - HBU (1967)*

Intussen zijn wij bij de vraag beland, hoe te bepalen of er van grove schuld sprake is, en welke rol dit speelt bij de beoordeling van de exoneration. De rechtspraak hecht hierbij belang aan de aard van de schade, materiële of persoonsschade. In het laatste geval is men minder scheutig om een beroep op vrijetekening toe te staan. In *Saladin - HBU* (1967) vindt men deze regel in algemene bewoordingen neergelegd: de ‘zwaarte van de schuld’ is van belang bij de toetsing van de exoneration ‘*mede in verband met de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen*’. Als men zoekt naar de ratio voor dit verschil in benadering, zou men kunnen denken aan het beleid van de rechter om de kans op ongevallen met persoonlijk letsel (en daarmee leed) te verkleinen. Een vorm van civiele generale preventie dus; wellicht spelen ook nog emotionele factoren mee.

Als wij nader bezien hoe het met de zaaksschade gesteld is in de categorie grove schuld, stuiten wij op het genoemde arrest *Saladin - HBU*, in vele opzichten een ‘land mark decision’⁵⁴ het belang van deze uitspraak zit in de bekende ‘tal van omstandigheden’-formule die hier gelanceerd wordt, die ook qua methode van rechtsvinding (open normen) zeer interessant is. Bovendien kwamen er na dit arrest vele pennen in beweging om te betogen dat de hoge raad ‘om was’ ten aanzien van de beruchte *sarong-* en *weefgetouwen-*arresten en het beginsel van de goede trouw vast in het zadel gezet had. Dat is allemaal prachtig,

53. Zie daarover de noot van Haak, die o.m. wijst op soortgelijke rechtspraak inzake de opzetclausule bij aansprakelijkheidsverzekering, HR 6 nov. 1998, *NJ* 1999, 220, nt MMM, *Aegon - Van der Lindes*. Intussen heeft de hoge raad in twee arresten van 5 jan. 2001 inzake internationaal wegvervoer (CMR-verdrag) grove schuld in de zin van bewuste roekeloosheid omschreven als: ‘wanneer degene die zich aldus gedraagt het aan de gedraging verbonden gevaar kent en zich ervan bewust is dat de kans dat het gevaar zich zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zal gebeuren, maar zich door dit een en ander niet van dit gedrag laat weerhouden’. Zie HR 5 jan. 2001, *NJ* 391, nt KFH, *Overbeek - Cigna*, en HR 5 jan. 2001, *NJ* 392, nt KFH, *Van der Graaf Waalwijk - Philip Morris c.s.*

54. HR 19 mei 1967, *NJ* 261, nt GJS; AA p. 214, nt PAS.

§2. EXONERATIECLAUSULES

een mooi standaardarrest, maar over de toepassing op het concrete geval heb ik de grootst mogelijke aarzeling, en vind ik het arrest niet zo geslaagd. Derhalve ook aandacht voor de feitenconstellatie.

Saladin woont in Willemstad op Curaçao en wordt in 1958 benaderd door twee procuratiehouders van het plaatselijke kantoor van de bank (Hollandsche Bank-Unie) waar hij een rekening heeft. Beide heren hadden zich ongevraagd tot hem gewend en raadden hem aan om door bemiddeling van hun kantoor gelden te beleggen in Canada, via ene Savard in Montreal, hetgeen een nagenoeg risikoloze belegging zou zijn. Saladin steekt zijn geld erin, en wat een veilige, degelijke belegging zou zijn blijkt na enige tijd hem een strop van bijna f 80.000,- op te leveren, waarvoor hij verhaal zoekt bij de HBU. De laatste verschuilt zich achter een standaard-exoneratieclausule die in de onderhavige transactie was opgenomen. De verdere feiten komen uit de hier volgende overwegingen van de hoge raad naar voren:

‘O. dat hetgeen het hof m.b.t. de door Saladin aan de Bank verweten gedragingen heeft vastgesteld in hoofdzaak hierop neerkomt:

1°. dat de Bank aan Saladin een door haar bemiddeling te sluiten transactie heeft voorgesteld en aangeraden, waarbij Saladin van Savard een aantal aandelen Waterman Pen Company zou kopen voor 6 Canadese dollar per stuk onder verplichting van Savard deze aandelen, zo Saladin zulks zou wensen, na een jaar van Saladin terug te kopen voor 7 Canadese dollar per stuk, en dat degenen die namens de Bank optraden daarbij aan Saladin mededelingen hebben gedaan van deze strekking, dat deze transactie een buitenkansje was voor de goede cliënten van de Bank, dat Savard onmetelijk rijk was en dat de transactie voor 100% safe was;

2°. dat de gegevens waarover de Bank toen t.a.v. Savard beschikte, voor de Bank geen aanleiding hebben kunnen zijn om aan Saladin mee te delen dat Savard onmetelijk rijk was, en eerder de vraag rechtvaardigden of Savard niet in dusdanige mate behoefte had aan liquide middelen, dat hij om in die behoefte te voorzien zijn toevlucht moest nemen tot een hoogst ongebruikelijke en voor hem zeer onvoordelige transactie, en of Savard, wanneer hij tot terugkoop van de aandelen zou worden aangesproken, nog wel tot terugkoop in staat zou zijn;

3°. dat de gegevens waarover de Bank toen t.a.v. Waterman Pen Company beschikte - de terugkoopgarantie buiten beschouwing gelaten - niet rechtvaardigden de aan Saladin voorgestelde transactie als een buitenkansje voor de goede cliënten en als 100% safe aan te duiden, en deze transactie veeleer, naar de Bank had kunnen begrijpen, een in niet geringe mate speculatief karakter droeg;

4°. dat de aanprijzingen van de transactie door de Bank en het door haar dienaangaande gegeven advies niet tegen beter weten in doch te goeder trouw hebben plaats gevonden, mede blijkens het feit dat degenen die namens de Bank deze aanprijzingen deden en dit advies gaven ook zelf, een van hen zelfs voor een aanzienlijk deel van zijn bezit, aandelen op gelijke voorwaarden van Savard hebben gekocht;

O. dat de Bank in de door Saladin voor accord getekende brief van 14 nov. 1958 waarin zij aan Saladin de opdracht tot het uitvoeren van de transactie tussen Saladin en Savard bevestigde, de bepaling heeft opgenomen: “Hoewel de ons ten dienste staande informaties over Savard en Hart gunstig luiden kunnen wij echter generlei aansprakelijkheid voor deze transactie op ons nemen”;

dat het hof, blijkens hetgeen het overweegt omtrent de gevallen waarin naar zijn oordeel aan de Bank een beroep op deze bepaling niet zou toekomen, deze bepaling feitelijk en dus in cassatie onaanvaardbaar aldus heeft uitgelegd, dat daarbij de aansprakelijkheid van de Bank voor de transactie in beginsel dan ook werd uitgesloten als de Bank m.b.t. de door haar gedane aanprijzingen en het door haar gegeven advies zou hebben gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die haar jegens Saladin betaamde;

dat immers het hof heeft beslist dat een beroep op deze bepaling aan de Bank slechts dan niet toekomt, als de Bank hetzij bij haar aanprijzingen en advies te kwader trouw heeft gehandeld, hetzij daarbij dusdanig grof inbreuk heeft gemaakt op hetgeen naar de eisen van

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

maatschappelijk verkeer haar jegens Saladin betaamde dat een beroep op de bepaling in strijd moet worden geacht met de goede zeden of althans met de goede trouw, die bij de nakoming van overeenkomsten moet worden toegepast;

O. dat het hof heeft aangenomen dat in het gegeven geval - bij het ontbreken van kwade trouw bij de Bank - een beroep op die bepaling aan de Bank wel toekomt, omdat, nu niet anders is gebleken dan dat degenen die voor de Bank handelden onvoldoende inzicht hadden in de risico's die aan de lit. transactie verbonden waren, de aanprijzingen en adviezen, indien al onrechtmatig jegens Saladin, dit niet waren in zodanige mate, dat de Bank daartegenover geen beroep zou mogen doen op die bepaling;

dat het middel zich richt tegen dit oordeel van het hof;

O. dat het antwoord op de vraag in welke gevallen aan degeen die - gelijk te dezen de Bank - bij contractueel beding zijn aansprakelijkheid voor zekere gedragingen ook indien deze jegens zijn wederpartij onrechtmatig zijn heeft uitgesloten, een beroep op dit beding niet vrijstaat, afhankelijk kan zijn van de waardering van tal van omstandigheden, zoals: de zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen., de wijze waarop het beding is tot stand gekomen, de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest;

dat deze waardering in belangrijke mate van feitelijke aard is, en dientengevolge een op zodanige waardering berustend oordeel dat in een gegeven geval op een bepaling als hier bedoeld niet of wel een beroep kan worden gedaan, slechts in beperkte mate voor toetsing in cassatie vatbaar is;

O. dat in het onderhavige geval het hof, mede in aanmerking genomen de goede trouw aan de zijde van de bank en de gronden waarop het hof deze aanwezig heeft geacht, alsmede de aard en de ernst van het verwijt dat aan de Bank kon worden gemaakt, heeft kunnen oordelen, gelijk het deed, dat de Bank met vrucht een beroep op de door haar gemaakte bepaling kon doen, terwijl de in het middel aangevoerde omstandigheden het hof niet tot een ander oordeel behoefden te leiden:

O. dat het middel dus tevergeefs tegen 's hofs oordeel opkomt en alzo niet kan slagen' (mijn curs.).

In het cassatiemiddel werd aangevoerd dat de bank, respectievelijk degenen die voor haar handelden, over gegevens beschikten die dit beleggingsadvies 'in de hoogste mate roekeloos, resp. in de hoogste mate onzorgvuldig tegenover Saladin' maakte.

Wat hiervan te denken, als beslechting van het geschil? Men kan de zaak afdoen met de constatering dat de beoordeling van de mate van onzorgvuldigheid 'in belangrijke mate van feitelijke aard is' dat zij slechts 'in beperkte mate voor toetsing in cassatie vatbaar is', zoals de raad zelf zegt.⁵⁵ Dat dit een dooddoener is die niet opgaat, blijkt uit de eigen rechtspraak van de hoge raad op het terrein van de onrechtmatige daad, waar nota bene kort tevoren een soortgelijke vorm van rechtsvinding aan de hand van richtlijnen ten doop gehouden werd, het belangrijke *kelder-luik*-arrest uit 1965.⁵⁶

Er was trouwens alle reden om het hof in zijn beoordeling van de feitelijke omstandigheden te corrigeren. Het hof doet een overmatig beroep op het 'te goeder trouw' zijn in subjectieve zin van de bank bij het advies, het was niet 'tegen beter weten in gegeven'. Dit bleek vooral hieruit, dat de beide initiatiefrijke procuratiehouders ook hun eigen geld in de bewuste aandelen hadden gestoken, evenals andere bankemployées, 'zo'n groot enthousiasme' was er

55. Als de HR ook G.J. Scholten in zijn noot; vgl. ook Hijmans van den Bergh in zijn noot onder *Codam - Merwede*, die verwijst naar Meijers' noot in *NJ* 1938, 1.

56. Vgl. daarvoor Deel 2, Hfdst. 10, § 1.

§2. EXONERATIECLAUSULES

voor deze transactie. Maar sinds wanneer is subjektieve goede trouw doorslaggevend bij de beoordeling van wanprestatie of onrechtmatige daad? Het gaat toch erom of de handelwijze van de bank naar normen van goede trouw, het beginsel van contractuele zorgvuldigheid (tweelingzus van de maatschappelijke zorgvuldigheid buiten contract) door de beugel kan? Zolang, zoals hier, het initiatief, de deskundigheid, de beschikking over informatie aan de kant van de bank lagen, en zij had behoren in te zien dat het hier ging om een belegging met een speculatief karakter waaraan grote risico's verbonden waren, is het ook bij marginale toetsing *luce clarius* dat de bank ver over de schreef gegaan is, en dat hier sprake is van grove schuld of hoogst onzorgvuldig handelen. Het feit dat de bankemployés zo opgewekt belegd hebben lijkt er eerder op te wijzen dat zij cliënten in een eigen lucratief handeltje wilden betrekken. Het type risico lijkt mij ook in de sfeer van de bank thuis te horen; zij moeten hun zaakjes kennen en commerciële risico's behoorlijk kunnen taxeren. De bank had zelf, zo blijkt uit de stukken, het initiatief tot de transactie genomen voor bewoners in Curaçao. Een pikant detail is nog, dat Saladin in rechte verklaard heeft dat hij na lezing van de bewuste clausule de bank heeft gebeld en om opheldering gevraagd heeft; een van de procuratiehouders had toen geantwoord dat het om een gewone bankformaliteit ging en dat hij zich geen zorgen hoefde te maken. Later blijkt de zegsman zich dat niet te kunnen herinneren, en Saladin slaagt er niet in op dit punt bewijs te leveren.

De meerwaarde van het arrest zit hem duidelijk in de presentatie van de criteria voor de beoordeling of een beroep op een exoneratiededing in strijd is met de goede trouw, de niet limitatief bedoelde 'tal van omstandigheden'-formule. Bij nadere beschouwingen zijn de onderdelen daarvan uit de oudere jurisprudentie afkomstig.⁵⁷ Het bekende rijtje laat ik hier nog eens volgen:

- a. de zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen;
- b. de aard en verdere inhoud van de overeenkomst in kwestie;
- c. de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen;
- d. de wijze waarop het beding is tot standgekomen;
- e. de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest.

Straks zullen wij nog nagaan op welke wijze in de lagere rechtspraak aan de toetsing verdere inhoud is gegeven (nr 11).

9. *Uitwerking van de criteria voor grove schuld bij wanprestatie. Pseudo-vogelpest (1976). De rol van de deskundigheid van de exonerant: gegastuiven (1969) en Van Dijk - Bedaux (1982).*

Dan dient nu bekeken te worden in hoeverre *pseudo-vogelpest* aan de materie iets nieuws toevoegt.⁵⁸ De opzet-problematiek kwam boven al aan de orde; thans gaan wij op de grove schuld-kategorie in.

De casus kwam nog niet aan de orde. Van der Laan koopt voor f 4.443,- van Top's Broederijen Pluimveebedrijf BV 155 jonge hennen, die na levering met pseudo-vogelpest besmet blijken te zijn. Als gevolg daarvan moeten in het bedrijf van Van der Laan 5000 van de 7000

57. Met gemengde gevoelens leest men derhalve de opmerking van Scholten in zijn noot, dat indien het hof het arrest van de HR in deze gekend zou hebben, de beslissing waarschijnlijk anders uitgevallen zou zijn.

58. HR 20 febr. 1976, NJ 486, nt GJS; AA, p. 467, nt G.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

legkippen afgemaakt worden. Koper stelt dat dit aan de schuld van Top te wijten is, aangezien deze bij de levering geen vereiste verklaring van de dierenarts heeft overgelegd, inhoudende dat op het bedrijf van herkomst geen klinische verschijnselen van pseudo-vogelpest zijn geconstateerd. Top betwist dat de hennen besmet waren met die ziekte, en beroept zich ook op een exoneratiebeding in het contract, dat een eventuele schadevergoeding beperkt blijft tot het bedrag van de koopsom. Voor het hof valt Van der Laan met zijn argument van de ontbrekende dierenartsverklaring in de kuil die hij voor de tegenpartij had gegraven. Hij had bij de aflevering van de hennen op het bedrijf van een derde in Putten niet geïnformeerd naar het bestaan van die verklaring, die ingevolge een wettelijke verplichting met strafsanktie vereist was om kippen over de openbare weg te vervoeren (er heerste in die tijd veel pseudo-vogelpest op de Noord-Veluwe). Zelf had hij geen veterinaire verklaring gevraagd die noodzakelijk was voor het vervoer van de kippen van Putten naar zijn bedrijf in Uithuizen, en vervolgens naar afnemers. Hij had dus dik boter op het eigen hoofd. De vraag was nu, of hij kon profiteren van de vergelijkbare fout van zijn wederpartij. Het hof vond van niet, en meende dat zelfs zijn bewijsaanbod inzake de wetenschap die Top ten tijde van de koop had of behoorde te hebben inzake de besmetting van de hennen gepasseerd kon worden. Over dat laatste punt denkt de hoge raad anders, en casseert het arrest van het Hof Leeuwarden. Daarmee grijpt het college de gelegenheid aan de *Saladin*-formule uit de kast te halen en bij te stellen. Hier volgen de kern-overwegingen van de raad:

‘dat immers - mede blijkens art. 1542 B.W. - de verkoper die goederen heeft geleverd waarvan het hem voor of bij de levering bekend was dat zij gebreken hadden die de koper niet behoefde te verwachten, niet met succes een beroep kan doen op een contractueel beding tot uitsluiting of beperking van zijn aansprakelijkheid voor de schade die als een voorzienbaar gevolg van de aanwezigheid van deze gebreken aan de koper wordt toegebracht; dat in het algemeen bekendheid met de gebreken bij degeen die de verkoper in zijn bedrijf belast heeft met de leiding van de uitvoering van de betreffende verkoopcontracten, wat dit betreft gelijk gesteld moet worden met bekendheid bij de verkoper zelf;

dat - buiten deze gevallen van de verkoper bekende gebreken - zowel de bekendheid van het gebrek aan bij de uitvoering van het koopcontract betrokken - niet leidinggevende - ondergeschikten van de verkoper, als het feit dat de verkoper of een persoon in zijn dienst een ernstig verwijt treft dat hij van het bestaan van de gebreken in de te leveren zaken onkundig was gebleven, in verband met de eisen van de goede trouw onder omstandigheden eveneens kan meebrengen dat de verkoper zich niet op de contractuele uitsluiting of beperking van zijn aansprakelijkheid voor de voorzienbare schadelijke gevolgen van deze gebreken kan beroepen; dat het antwoord op de vraag of zulks het geval is, afhankelijk is van de waardering van tal van omstandigheden zoals: de zwaarte van de schuld aan de zijde van de verkoper, de aard en de ernst van de voorzienbare schade, de wijze waarop het beding is tot stand gekomen, de strekking van het beding (met name in hoever bij een beding tot beperking van aansprakelijkheid de overeengekomen beperking in enige verhouding staat tot de omvang van voorzienbare schade), het gedrag van de koper met betrekking tot de gebreken of de daardoor veroorzaakte schade;

dat, wat het laatste betreft, het feit dat Van der Laan heeft nagelaten zich, voordat hij de hennen vervoerde, te vergewissen of de wettelijk voorgeschreven gezondheidsverklaring was verkregen, resp. zelf een gezondheidsverklaring aan te vragen, niet zonder meer - d.w.z. zonder afweging van alle relevante omstandigheden, waaronder de hiervoor genoemde bekendheid met de gebreken bij ondergeschikten van Top of ernstig verwijtbare onbekendheid met die gebreken aan de zijde van Top - meebrengt dat Top zich te goeder trouw kan beroepen op de contractuele beperking van haar aansprakelijkheid;

dat uit het voorgaande volgt dat het middel terecht is voorgesteld.’

Vergelijkt men deze uitspraak met *Saladin - HBU*, dan valt op dat enkele criteria niet terugkomen, namelijk *c* (maatschappelijke positie/onderlinge verhouding partijen) en *e* (bewustheid van strekking beding bij wederpartij). In het

§2. EXONERATIECLAUSULES

onderhavige geval waren beide niet im Frage. Nieuw zijn de criteria (doorgenummerd) *f.* strekking van het beding (verhouding tussen beperking en omvang voorzienbare schade), en *g.* het gedrag van de wederpartij, met betrekking tot de gebreken of de daardoor veroorzaakte schade. Enige tijd later, in het al besproken *thermostaten*-arrest (1981) vindt men criterium *f* herhaald, en in verband geplaatst met een nieuw criterium, *h.* de levering betreft een weinig kostbaar artikel, waarvan een defekt kan leiden tot een schade die in geen verhouding staat tot de waarde van dat artikel. De afweging van die tegengestelde criteria liet de hoge raad zoals wij zagen in het midden, helaas.

De *Saladin - HBU* zaak liet ons met een onbevredigd gevoel achter wat de rol van de deskundigheid van de exonerant betreft, als faktor bij de toetsing. In de zojuist besproken arresten speelde dat element niet, zodat de vraag is hoe de hoge raad daarover denkt. Een antwoord daarop is te vinden in het kort na *Saladin* gewezen arrest inzake de *gegaste uien*, dat voornamelijk bekend is als standaardarrest over de derdenwerking van clausules.⁵⁹ Dat deze uitspraak ook wat over het onderhavige onderwerp te bieden heeft, is minder opgevallen. In het *Securicor*-arrest heeft de advocaat van de assuradeuren van Makro in dat verband verzuimd daarvan gebruik te maken.

De Klerk had aan de Reinigingsdienst van de gemeente Rotterdam een partij uien (van Noordermeer) aangeboden die gegast moesten worden teneinde de larven van de uienmot te bestrijden (er wordt ook over de preimot gesproken, maar laten wij het eenvoudig houden). De gemeente behandelt de uien met methylbromide gedurende 24 uur met een concentratie van 28cc per m³ en een temperatuur van 22° C. De motten lijken de behandeling niet te waarderen, maar de uien evenmin: door de behandeling gingen zij rotten en moesten vernietigd worden. Deskundigen stellen naderhand vast dat dit al na een behandeling van 6 uur bij die concentratie het geval zou zijn. Noordermeer lijdt een schade van *f* 27.000,- en de gemeente, tot vergoeding aangesproken, beroept zich op een bedongen exoneratieclausule. De derdenwerking van die clausule jegens Noordermeer werd in dit arrest aanvaard, maar daarover hebben wij het nu niet. Welke invloed had de deskundigheid van de gemeente op dit gebied? De Klerk stelt dat hij op die deskundigheid was afgegaan, aangezien de gemeente tegenover hem beweerd had regelmatig landbouwprodukten met gas tegen dierlijke organismen behandeld te hebben. De gemeente stelt dat zij tevoren aan De Klerk had medegedeeld dat zij geen ervaring met de behandeling van uien had, er derhalve niet voor kon instaan dat de uien niet door het gas zouden worden aangetast (de gemeente werd toegelaten die stelling door getuigen te bewijzen). Het Hof Den Haag was van oordeel dat de gemeente bij zodanig beding vrijuit ging; dit ondanks het betoog van De Klerk dat de gemeente de circulaire van de leverancier van methylbromide veronachtzaamd had waarin sprake was van behandeling van 4 uur van enkele produkten, dat voor bloembollen 2 uur was toegestaan, een amerikaans advies ook van 2 uur uitging, en dat zij nagelaten had informatie bij deskundige instanties in te winnen.

De hoge raad denkt anders daarover. Ik laat de betreffende overwegingen hier volgen:

‘dat Noordermeer met een beroep op de in de elfde rechtsoverweging van het arrest omschreven omstandigheden had gesteld dat de Gemeente bij de gasbehandeling ondeskundig, onvoorzichtig en/of roekeloos was te werk gegaan en mitsdien de Gemeente had verweten dat de uien bij die gasbehandeling door haar schuld zijn vergaan;

dat, indien het hof heeft geoordeeld dat de mededeling dat de Gemeente niet kon instaan voor de gevolgen die de gasbehandeling voor de uien zou hebben, en het zich neerleggen bij

59. HR 7 maart 1969, NJ 249, nt GJS, *Noordermeer - Gem. Rotterdam*.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

die mededeling door De Klerk, rechtens tot de conclusie moet leiden dat de Gemeente van haar aansprakelijkheid voor die gevolgen ook dan ontheven is, zo de Gemeente bij de uitvoering van haar opdracht ondeskundig, onvoorzichtig en/of roekeloos was te werk gegaan, dit oordeel onjuist zou zijn;

dat toch, indien iemand die op zich neemt eens anders zaak te bewerken, daarbij verklaart er niet voor te willen instaan dat door die bewerking aan die zaak geen schade ontstaat, zulks op zich zelf nog niet meebrengt dat hij, ingeval zodanige schade ontstaat, daarvoor ook dan niet zou behoeven op te komen, zo deze aan zijn schuld te wijten is.⁶⁰

Uit dit arrest valt af te leiden, dat een algemeen deskundige partij, ook bij gebrek aan specifieke deskundigheid, hetgeen de (niet deskundige) wederpartij medegedeeld is, zich niet kan verschuilen achter een vrijtekening voor de gevolgen van een overeengekomen handeling. De exonerant mag zich niet 'ondeskundig, onvoorzichtig en/of roekeloos' gedragen bij de uitvoering van de overeenkomst. Uit de casus kan men opmaken dat hier verzwaarde eisen aan de gedaagde gesteld werden, aangezien zij algemene ervaring met gassen van landbouwproducten had, over algemene informatie beschikte, en specifieke informatie bij deskundige instanties had kunnen vragen.⁶¹

De uit dit arrest door mij afgeleide regel vindt een bevestiging in het arrest, *Van Dijk - Bedaux c.s.* uit 1982.⁶²

Het betrof hier de (standaard) uitsluiting van aansprakelijkheid voor verborgen gebreken in een koopovereenkomst inzake een woonhuis. De gebreken waren tweërlei: er was wateroverlast onder het huis; als remedie daartegen was een ontwateringspomp aangebracht die echter behalve het water ook het zand onder de fundering wegzoog. Als gevolg daarvan was de fundering over een lengte van 3 meter niet meer dragend. De koper, Van Dijk, vordert ontbinding van de overeenkomst; de verkoper, Bedaux, beroept zich op de exoneratie en stelt van de ontzanding niet op de hoogte te zijn geweest. De hoge raad overweegt:

'(3.4) Onderdeel III slaagt. Het hof heeft met betrekking tot het verborgen gebrek, gelegen in de ontzanding van de fundering, de aansprakelijkheid van Bedaux c.s. verworpen op grond van de contractuele uitsluiting van aansprakelijkheid wegens verborgen gebreken, nu vaststond dat Bedaux niet op de hoogte was van dat gebrek. Ten onrechte is het hof daarbij niet ingegaan op de stelling van Van Dijk, dat Bedaux als ingenieur en architect een ernstig verwijt trof dat hij het ontzandingsgevolg van het gebruik van de ontwateringspomp niet voorzien had. Zou deze stelling juist zijn, dan zouden Bedaux c.s. zich inderdaad niet op de uitsluiting van aansprakelijkheid voor dit gebrek kunnen beroepen, indien, zoals Van Dijk heeft gesteld maar Bedaux c.s. hebben ontkend, zij de koper zelfs niet op de hoogte hadden gesteld van het bestaan van de ontwateringspomp.

(3.5) De gegrondheid van onderdeel III brengt mee dat 's hofs arrest niet in stand kan blijven en dat onder meer alsnog onderzocht dient te worden of Bedaux een zo ernstig verwijt ervan kan worden gemaakt dat hij de ontzanding van de fundering door het gebruik van de pomp niet heeft voorzien, dat Bedaux c.s. zich wat dit gebrek betreft, niet te goeder trouw op de contractuele uitsluiting van hun aansprakelijkheid kunnen beroepen.'

60. Zie voor een soortgelijk geval inzake peren en wortelen het arrest *Diepop - Nouwens*, onder nr 10.

61. Het arrest, na verwijzing, van Hof Amsterdam, 17 dec. 1969 rolnr 152/1969, is in deze geest geweest. De grieven van de gemeente tegen de bewijsopdracht worden verworpen en de zaak wordt ter afhandeling verwezen naar Rb. Rotterdam.

62. HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 509, nt CJHB.

§2. EXONERATIECLAUSULES

Hieruit kan men afleiden dat de algemene deskundigheid van de verkoper als ingenieur en architect hem de das omdoet en een beroep op de exoneratieclausule in de weg staat. Het slot van de overweging heeft mijns inziens slechts de betekenis, dat indien men de wederpartij niet eens op de hoogte stelt van een bepaalde risikofactor met betrekking tot de verkochte zaak, men zèker niet aan een beroep op het overgaan van het risico toekomt.⁶³

In deze jurisprudentie-reeks past ook het *staalgrit*-arrest, HR 8 maart 1991, *NJ* 396. Het staalstraal-bedrijf van Van der Ende had staalgrit gekocht voor *f* 30 000,- van Staalgrit De Kleijn BV, dat hij nodig heeft voor een klus in de Botlek, het stralen van twee daken van olie-opslagtanks. Deze worden vervolgens in een zinkepoxylaag gezet, die naderhand is gaan roesten. Het grit bleek vermengd te zijn geweest met 'okerkleurige deeltjes die daar niet thuishoorden', waardoor het stralen niet goed gegaan was. Van der Ende zit met een schade van ruim *f* 15 000,- (alles moet opnieuw gebeuren), en zoekt verhaal op zijn wederpartij, Staalgrit. Deze beroept zich op een exoneratie-clausule die elke aansprakelijkheid voor schade uitsluit. Het hof had dit beroep in strijd met de goede trouw geacht, gezien de verwijtbaarheid van de wanprestatie (die door controle aan het licht had kunnen komen), de wijze van totstandkoming van de overeenkomst (stilzwijgende toepassing van de algemene voorwaarden, als 'course of dealing'), de omvang van de schade, en de deskundigheid van de verkoper op dit gebied. De hoge raad stelt zich achter het hof op, en vindt met name dat de omstandigheid dat hier sprake is van een koper als professionele gebruiker van staalgrit, niet afdoet aan de speciale deskundigheid die de verkoper op dat terrein had (als gespecialiseerde verkoper van staalgrit), een deskundigheid waarover Van der Ende niet beschikte. De vraag is natuurlijk, voor wie het risico komt indien het grit van ondeugdelijke samenstelling is en schade veroorzaakt bij het werk, en deze ondeugdelijkheid bij controle aan het licht had kunnen komen.

C. CONCLUSIES. REGELS VOOR DE TOETSING VAN HET BEROEP OP EXONERATIECLAUSULES OP GROND VAN DE RECHTSPRAAK VAN DE HOGE RAAD

10. *Toetsing van exoneratieclausules in de recente lagere rechtspraak terzake van 'zwaarte van de schuld' en dergelijke. Heeren - Mertens (1995) en Matatag -De Schelde (1993)*

Hierboven werd al een aantal voorbeelden gegeven hoe men in de lagere rechtspraak exoneratieclausules toetst met gebruikmaking van de *Saladin*-formule, in het bijzonder met inachtneming van de aard van de overeenkomst (vgl. p. 54 v.). Ook op het punt van de 'zwaarte van de schuld', 'aard en ernst van de schade', e.d. is het interessant om na te gaan hoe de lagere rechter daarmee opereert.

Een goed voorbeeld is het rotterdamse vonnis inzake de *Angelica Schulte* uit 1979.⁶⁴ Het betreft de overslag van een lading stalen knuppels van de *Angelica Schulte* in lichters voor doortransport naar Duitsland door Seaport Terminals. Op de overeenkomst van de laatste met een transportmaatschappij waren de Rotterdamse Stuwadoorscondities, RSC, van toepassing, waarin uiteraard een vrijtekeningsbeding voorkwam. Dat luidt als volgt:

63. In dezelfde zin Brunner in zijn noot.

64. Rb. Rotterdam 2 nov. 1979, *NJ* 1981, 106; *S&S* 1981, 7.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

Art. 6:

De stuwadoor is voor schade, ontstaan tijdens de uitvoering van zijn opdracht, slechts aansprakelijk indien en voor zover te zijnen genoegen wordt bewezen dat de schade het gevolg is van zijn opzet of grove schuld of die van iemand, voor wie hij in rechte aansprakelijk is.

De aansprakelijkheid van de stuwadoor als hierboven omschreven vervalt, indien en voor zover kan worden aangetoond dat de stuwadoor bij de keuze en de leiding van het personeel redelijke zorg heeft betracht.

Voor schade is de stuwadoor niet verder aansprakelijk dan tot een bedrag van ten hoogste f 600,- per collo. De aansprakelijkheid voor schade aan vervoermiddelen is beperkt tot f 10.000,- per opdracht.

Art. 7:

De stuwadoor is echter nimmer aansprakelijk voor niet materiële schade, waaronder is te verstaan alle andere schade dan die, welke rechtstreeks aan de vervoermiddelen of de goederen wordt toegebracht.

Door overbelasting van kraan van de stuwadoor met een te zware hijs zakt deze door een der poten en veroorzaakt een schade aan de uiteindelijke opdrachtgeefster Badische Stahlwerke van DM 195.063. Seaport Terminals, door laatstgenoemde tot schadevergoeding aangesproken, beroept zich op haar exoneratiebeding. De Rb. Rotterdam beslist allereerst dat Stahlwerke dat beding tegen zich moet laten gelden, als een beding uit condities die door bedrijven in Rotterdam, naar van algemene bekendheid is, gebruikt plegen te worden (evenals soortgelijke condities in andere grote Europese zeehavens). Daarbij volgt de rechtbank de *Securicor*-regel dat gedaagde daarop mocht vertrouwen en geen indruk gewekt heeft dat de RSC niet toepasselijk zouden zijn. Vervolgens onderzoekt de Rb. de mate van onzorgvuldigheid van het handelen van de stuwadoor, waardoor de schade veroorzaakt werd. Het hefvermogen van de kraan werd met 70% overschreden; instructies over het aantal knuppels dat per hijs mocht worden genomen, werden niet gegeven, het toezicht schoot eveneens tekort. Bovendien was de lastmeter van de kraan defekt, zodat de kraanmachinist het gewicht niet kon aflezen; hij kon echter aan de motor horen dat de belasting te zwaar was. Het defekt aan de lastmeter was al weken te voren gemeld, zonder dat reparatie plaats gevonden had, of andere voorzorgsmaatregelen genomen werden. Voorzienbaar is dat bij overschrijding van het hefvermogen een kraan kan omvallen waardoor grote schade en zelfs lichamelijk letsel kan worden veroorzaakt. Het oordeel van de Rb. luidt: 'voormelde fouten en tekortkomingen, in onderlinge samenhang beschouwd, zijn zeer ernstig en aan te merken als grove schuld aan de zijde van de gedaagde'. De beperking tot f 10.000,- staat in geen verhouding tot de schade die door het omvallen van een kraan kan worden veroorzaakt. Resumerend stelt de Rb.:

Gelet op de gebleken omstandigheden, te weten:

1. het falen van de organisatie door gedaagde van de onderhavige werkzaamheden ten aanzien van de leiding daarbij en het toezicht daarop.

2. het falen van de organisatie ten aanzien van de controle op het onderhoud van de kranen en de bij kraan 77 geconstateerde gebreken, zonder welke het ongeval niet zou hebben kunnen plaatsvinden.

3. de ernstige fouten van ondergeschikten van gedaagde bij de uitvoering van het werk.

4. de aard en de ernst van de voorzienbare schade en de mate waarin vergoeding daarvan door de RSC wordt beperkt.

5. het feit dat - naar tussen pp. vaststaat - in de Rotterdamse haven overslag van goederen als de onderhavige uitsluitend mogelijk is op basis van de RSC of soortelijke eenzijdig opgestelde standaardvoorwaarden,

staat de goede trouw eraan in de weg dat gedaagde zich met vrucht kan beroepen op de exoneratie-bepalingen van de RSC.

De zienswijze van de rechtbank lijkt niet alleen door de voorzienbare omvang van de schade als gevolg van het onzorgvuldig handelen van gedaagde bepaald

§2. EXONERATIECLAUSULES

te zijn, maar ook door het feit dat een gevaarssituatie gecreëerd was, die een veel ernstiger afloop had kunnen hebben waarbij slachtoffers gevallen konden zijn. De rechtsethische of beleidsmatige benadering van de vrijtekening derhalve. Dat treft men in meer vonnissen aan, bijvoorbeeld dat van dezelfde rechtbank uit 1983 inzake *Sassaby*.⁶⁵ Gedaagde verhuurt containers en placht de containers niet voor uitgifte te controleren en beperkte zich tot de administratieve afhandeling. De container die aan eiser verhuurd was had een ‘ernstig en gevaarlijk gebrek’; onder die omstandigheden werd een beroep op een exonerationbeding als in strijd met de goede trouw afgewezen.

Ook als er enkel materiële schade in het geding is en geen sprake is van een gevaarssituatie, wordt herhaaldelijk door rechtbanken en arbiters grovere schuld aangenomen en een beroep op exoneration ontzegd. Het betreft veelal stuwadoorovereenkomsten, en contracten inzake vervoer en aanneming van werk. Het gedurende vijf maanden bewust en geheel onnodig uitermate traag werken van een werf werd geacht ernstige wanprestatie op te leveren, hetgeen beroep op Smecoma-condities in de weg stond.⁶⁶ In het geval van een adviserend ingenieur achten arbiters doorslaggevend bij de beoordeling van de zwaarte van de schuld en de ernst van gemaakte fouten dat de adviseur zich juist had gepresenteerd als op het desbetreffende gebied zeer gespecialiseerd en deskundig, terwijl de opdrachtgever geen enkele deskundigheid op dat gebied bezat.⁶⁷

De hoge raad heeft in de jaren die volgen in enkele uitspraken zijn jurisprudentie inzake exonerationclausules bevestigd of nader uitgewerkt. De bevestiging is te vinden in een arrest van 1994 dat nauw aansluit bij het *gegaste uien*-arrest uit 1969 bij de vaststelling van wat onder grove schuld verstaan dient te worden, dit keer waren het peren en wortelen die de koelcellen niet overleefd hadden.⁶⁸ Het is merkwaardig dat Rechtbank en Hof Den Bosch hun uitspraken zo in strijd met *gegaste uien* konden doen; het heeft de betrokken partij 13 jaar procederen gekost om zijn gelijk bij de hoge raad te halen.

Nouwens had partijen peren en wortelen in de koelcellen van Diepop laten opslaan, waar ze aan te lage temperaturen en een te hoge concentratie CO² blootgesteld werden: schade ruim een ton. Diepop had haar aansprakelijkheid uitgesloten, behalve in het geval opzet of grove schuld vastgesteld kon worden. Het hof achtte dat wel aangetoond met betrekking tot blootstelling aan te lage temperaturen, maar niet aan de te hoge dosis CO². De casus wordt verder duidelijk uit de volgende, corrigerende overweging van de hoge raad:

‘Het onderdeel is gegrond. Het hof heeft vastgesteld (a) dat Diepop een professionele bewaarnemer van onder meer inheems fruit en wortelen is, van wie verwacht mag worden dat hij op de hoogte is van het belang van een niet te hoog CO² gehalte (rov. 4.7.2.); (b) dat Diepop zelfs niet over apparatuur ter meting van het CO² gehalte beschikte (rov. 6.6.5); (c) dat de peren zijn bewaard in een - nieuwe - koelcel die in het geheel geen ventilatiemogelijkheid had (rov. 8); (d) dat van de zijde van Nouwens bij herhaling is geïnformeerd naar zowel de

65. Rb. Rotterdam 8 april 1983, *S&S* 119.

66. Arb. besl. 30 maart 1979, *S&S* 1980, 6, *Spida 11*, *Spida 12*.

67. Kon. inst. v. ingenieurs 8 dec. 1981, *TvA* 1982, 10. Zie ook de verdere lagere rechtspraak vermeld in *Contractenrecht VII*, nr 140; *Verbintenissenrecht* 3 (Hondius), art. 237, aant. 29 v.

68. HR 30 sept. 1994, *NJ* 1995, 45, *Diepop Bossche Vriesshuizen - Nouwens*.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

temperatuur als het CO²-gehalte in het koelhuis en dat Diepop toen telkens heeft medegedeeld dat zulks "in orde" was (rov. 4.7.1.). In het licht van het een en ander ligt de conclusie voor de hand dat Diepop als professionele bewaarnemer zelf heeft gehandeld met een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld en derhalve grove schuld heeft aan het ontstaan van de CO²-schade, zoals Diepop naar 's hofs in cassatie niet bestreden vaststelling ook grove schuld heeft aan de schade door te lage temperaturen. De door het hof gereleveerde omstandigheden die het hof klaarblijkelijk tot een andere slotsom hebben gebracht, vormen zonder nadere motivering geen begrijpelijke grondslag voor de slotsom. Dit brengt mede dat eveneens de grondslag ontvalt aan 's hofs oordeel dat ook de redelijkheid en billijkheid zich niet verzetten tegen het beroep van Diepop te dezer zake op de algemene voorwaarden'.

Het hof had bij de vaststelling van de schade de knoop doorgelicht en deze op 50% van het totaal gesteld; ook dat leidt tot een correctie in cassatie: het hof had partijen in de gelegenheid moeten stellen hun stellingen aan te vullen en nader bewijs te leveren.

De hoge raad sprak hier van Diepop als '*professionele* bewaarnemer'. In wezen is de rol van deskundigheid van de exonerant, en daarmee de waarde van diens prestatie, al van het begin af aan in de rechtspraak onderkend. In het arrest *Codam – Merwede* van 1954, waarbij de 'roekeloosheid' haar intrede deed in de omschrijving van grove schuld, was het weinig professioneel opereren van de kapitein van de sleepboot 'Merwede' voor de hoge raad doorslaggevend om hem een beroep op exoneratie te ontzeggen. Hij had natuurlijk de pech dat bij vallende duisternis, in een sneeuwstorm het licht van een boei op het Veerse Meer (toen nog een zeearm) uitgevallen was, en hij de koers kwijt was, maar hij had geen goed kompas aan boord, noch een zeekaart, en dat deed hem de das om. De ontstane onzekerheid had hem van doorvaren moeten weerhouden, in plaats van een bocht van 90 graden maken, met fatale afloop voor het sleepschip. Dat was geen beoordelingsfout, maar een handelen dat 'in de hoogste mate roekeloos ten aanzien van het sleepschip was'; het hof had terecht grove schuld aangenomen, dat wil zeggen, 'een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld', oordeelde de cassatierechter. Zoals wij zagen, wees Hijmans van den Bergh in zijn noot erop dat de hoge raad hier de grove schuld uit het zeerecht volgt, zoals door Molengraaff, Cleveringa en Dorhout Mees vorm gegeven, waarbij behalve een fout van groot formaat, een grove domheid, sprake moet zijn van 'bewuste roekeloosheid of onverschilligheid, men zou kunnen zeggen een verkeerde geestelijke instelling'. Dat is iets anders dan een 'error in judgment', het maken van een verkeerde keus op een bepaald moment.⁶⁹

Het rechtspraakoverzicht dat nog volgt geeft ook op dit punt nadere informatie. Het maken van fouten is menselijk, het vergeten om een moer aan een bout vast te zetten, 'na te trekken' (aan de flens van een olieleiding van een schip in de Matatag-zaak) of het vergeten van een werkinstructie (vanwege brandgevaar op bepaalde plaatsen niet met de brander werken, maar uitsluitend 'cold adhesive' toepassen bij het dakdekken, in de Mastum-zaak). De 'error in judgment' valt ook in deze categorie, als beoordelingsfout. In de rechtspraak wemelt het van dergelijke fatale vergissingen of fouten, kleine oorzaak, grote gevolgen. Doorgaans vindt de rechter geen aanleiding om de wanpresterende partij een

69. AA 1954, p.158.

§2. EXONERATIECLAUSULES

beroep op exoneratie te ontzeggen, ook al is sprake van een fatale fout van lager personeel: de bodempluggen van een schip die niet teruggezet waren ('vergeten'), de afsluiter van een koelsysteem niet dichtgedraaid was (waardoor het schip zonk), of de werkplaats in brand gevlogen omdat een snijbrander in strijd met gegeven instructies gebruikt werd in de nabijheid van een tank met restanten brandstof, werken zonder dat voldoende, goed bereikbaar blusmateriaal aanwezig was, en het veroorzaken van kortsluiting bij hoogspanningsleiding door beveiligingsplaat te verwijderen.⁷⁰ Het zijn even zovele 'domme fouten'. Het kenmerkende hiervan is niet alleen de domheid die in het spel is, maar ook dat het een blunder is die iedereen kan overkomen.

Een andere categorie is hetgeen ik *strukturele fouten* zou willen noemen: van het begin af aan ontbreekt een essentieel onderdeel van de te leveren zaak of prestatie, met grote schade als mogelijk gevolg. De meetapparatuur die niet aanwezig, of defekt was; beveiligingsapparatuur die defekt of zelfs verwijderd was. In beginsel kan men zich in zo'n situatie niet ter afwering van aansprakelijkheid voor schade die voorspelbaar ingetreden is, vrijtekenen. Tenzij, zoals eerder betoogd, die situatie een gangbare praktijk inhield, de wederpartij bekend was en haar instemming had, uitdrukkelijk of stilzwijgend (als kostenbeperkend).

In dit verband kan van belang zijn of de exonerant een kwaliteitssysteem hanteert dat bedoeld is om fouten te voorkomen, en daarmee aan de weg timmert. Men kan daarbij denken aan een ISO-garantie, en brochures waarbij kwaliteit en betrouwbaarheid van het gespecialiseerde bedrijf voorop staan.

In een arbitrage kwam ik het geval tegen van een nederlands bedrijf dat de opdracht kreeg om een tandwiel (hoogte: ca. 4 m) van een schip dat in Singapore met motorpech lag, te vervangen. In de per e-mail en fax verstuurdte opdracht van de eigenaar van het schip werd aangegeven dat de betanding 'links-draaiend' was (zoals ook op toegestuurde foto's bleek). Het was een spoed-klus. De technisch-tekenaar van de machinefabriek, die een collega verving, kreeg een mondelinge opdracht, en meende gehoord te hebben dat het tandwiel 'rechts-draaiend' was. Na de fabricage (overigens uitbesteed aan een ander bedrijf) wordt het tandwiel naar Singapore verzonden (luchtpost), en bij installatie komt de verkeerde betanding aan het licht; een beroep op het exoneratiebeding van de machinefabriek volgt.

Het beroep is door arbiters afgewezen. Daarbij was o.m. van belang dat in de werkmap met betrekking tot het tandwiel de juiste informatie ontbrak, en uit getuigenverklaringen bleek dat het kwaliteitsmanagement (ISO-gewaarborgd) in de praktijk weinig terecht kwam. Zo vond standaard-controle van het tekenwerk door een collega wel plaats, maar zonder dat de werkmap, met de opdracht, geraadpleegd werd; met name had ook het hogere, leiding gevend personeel op dat punt had gefaald met invoering van en controle op de kwaliteitsborging (het *Matatag* – element).

Dat niet toestaan van het beroep op exoneratie kan men baseren op begrippen als grove schuld of (bewuste) roekeloosheid, men kan dat echter ook doen door naar

70. Zie, resp.: Rb. Rotterdam 31 juli 1992, *S&S* 1993, 50, *Delta Lloyd – De Groot & Van Vliet Scheepswerf en Machinefabriek*; Hof Amsterdam 30 maart 1995, *S&S* 1996, 38, *Kuiper Verzekeringen – Kreugerlaan*; Rb. Amsterdam 28 juni 1995, *S&S* 1996, 97, *Shipdock Amsterdam - Aggeliki Pistis*; Rb. Rotterdam 28 jan. 1999, *S&S* 1999, 113, *Am. Home Insurance Co. – Container Bedrijf Dirkzwager*; HR 30 nov. 2001, *JOL* 710, *Océ-Technologies – ABB*. Vgl. ook Duyvensz, p.32 v.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

de kern of essentie van de prestatie te verwijzen. Een koelcel waarvan men niet kan controleren of, en hoe hij koelt, is geen koelcel die aangeboden werd om zaken gekoeld te houden, op efficiënte wijze. Hier komt het doel van de overeenkomst weer in beeld, in duitse stijl.

In een recente zaak, verwees het Hof Den Bosch naar de ‘kernprestatie’ in het kader van de verplichtingen van de bewaarnemer die landbouwproducten ter koeling had aangenomen, namelijk dat deze op professionele wijze gekoeld zouden worden, zonder dat schade toegebracht zou worden. Onderzocht dient te worden of er ‘essentiële en ernstige fouten’ zijn gemaakt door het koelbedrijf, door middel van een deskundigenbericht.⁷¹ De term ‘kernprestatie’ doet denken aan het duitse begrip ‘Kardinalpflicht’ of ‘Hauptpflicht’, dat eerder ter sprake kwam (nr 2).

Een belangrijke aanvulling op de reeks *Bovag*-arresten en *vliegtuigvleugel* met betrekking tot de invloed van verzekering op aansprakelijkheid en exoneratie (boven, nr 3 v.), is een arrest uit 1995 waarin bij de afwenteling van het aansprakelijkheidsrisiko naast het middel van verzekering de mogelijkheid van verhaal op derden geplaatst wordt. Dit is een voor de praktijk belangrijke variant; die derde kan een leverancier, importeur of producent van gebrekkig materiaal zijn op wie regres uitgeoefend kan worden door de gedaagde wederpartij, die een beroep op zijn exoneratie heeft gedaan om aansprakelijkheid te ontlopen.⁷² In deze casus had Heeren, een particulier, bouwmaterialen gekocht van Mertens Bouwmaterialen, stenen en raamkozijnen die gebreken bleken te hebben. Bij de bouw van zijn huis bleken de stenen groen uit te slaan. Mertens had dit materiaal van de fabrikant betrokken en vervolgens aan Heeren geleverd; in haar voorwaarden die op het contract van toepassing waren werd alle aansprakelijkheid voor schade door geleverde goederen uitgesloten. Het contract daerom overigens van voor de invoering van consumentenkoop in Boek 7 BW, waarbij exoneratie aan banden gelegd wordt (art. 7:24).

Het Hof Den Bosch had korte metten gemaakt met de stelling van Heeren dat de exoneratieclausule onredelijk bezwarend zou zijn en dat een beroep erop vanwege het verschil in deskundigheid tussen partijen in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn; Mertens was slechts handelaar in de stenen er er is geen sprake van opzet of grove schuld bij haar ten aanzien van de gebreken daarin. In een kort cassatiemiddel stelt Heeren hieromtrent, met verwijzing naar HR 23 maart 1990, *NJ* 1991, 214, nt HJS, *Botman - Van Haaster*, dat het hof rechtens onjuist en onvoldoende gemotiveerd beslist had waarom Mertens’ beroep op het exoneratiebeding niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid was; met name had onderzocht moeten worden of die

71. Hof Den Bosch, tussenarrest 15 juli 1998, te kennen uit: HR 12 juli 2002, *NJ* 542, *Koeltechnisch Bureau Brabant*. Het is overigens een zeer gecompliceerde technische zaak, waarbij de *NJ*-lezer een dieper inzicht in het koelwezen krijgt. Onder meer was van belang het aandeel van de wederpartij van de exonerant, de aanbieder van wortelen en lof, en wel de hoeveelheid aanhangende klei bij de groente, die bepalend is voor de vochtigheidsgraad in de koelcellen, en daarmee voor de te bereiken temperatuur, als gevolg van ijsafzetting op koelelementen. Hetgeen de wederpartij in kwestie, als professionele speler, bekend moest zijn. In cassatie was vooral de verplichting tot herstel aan de orde, en de vraag of deze onder de exoneratie valt, door de hoge raad bevestigend beantwoord (anders het hof).

72. HR 15 dec. 1995, *NJ* 1996, 319, *Heeren - Mertens Bouwmaterialen*.

§2. EXONERATIECLAUSULES

onredelijkheid gelegen was in de positie van Heeren als nietdeskundig consument tegenover Mertens als deskundige (tussen-)handelaar in bouwmaterialen.

De hoge raad grijpt dit middel aan - zo op het oog een van dertien in een dozijn, dat op feitelijke gronden eenvoudig afgewezen had kunnen worden - om, met vernietiging van het bossche arrest, een verstrekkende uitspraak te doen. Het vergt wel nauwkeurig lezen; de raad overweegt:

‘Heeren heeft in voormelde memorie aangevoerd dat deze exoneration in elk geval onredelijk bezwarend moet worden geacht wegens de omvang van de daarin vervatte uitsluiting van aansprakelijkheid. Hij heeft in dit verband tevens gesteld dat het gebruik van het beding door Mertens in het geheel niet nodig is nu Mertens de fabrikant van wie zij de stenen heeft betrokken, in vrijwaring kan oproepen, wat zij niet heeft gedaan, en voorts een beroep gedaan op het verschil in deskundigheid tussen Mertens als stenenleverancier en Heeren als particulier omtrent de samenstelling van de stenen.

Het hof heeft dit betoog verworpen. Het heeft daarbij als omstandigheden van het geval slechts gereleveerd dat Mertens geen producent van de stenen en kozijnen is, maar handelaar, en dat de tekortkomingen in het geleverde geenszins wijzen op opzet of grove schuld bij Mertens ter zake van die tekortkomingen, terwijl het hof in dit verband voorts heeft overwogen dat het ontbreken van kennis van de betreffende bouwmaterialen bij Heeren er niet aan in de weg staat dat "partijen zulk een bepaling overeenkomen". Aldus heeft het hof hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij nagelaten zijn oordeel begrijpelijk te motiveren. Het hof had immers in het licht van wat door Heeren was aangevoerd, behoren te onderzoeken of het onderhavige exonerationbeding jegens deze onredelijk bezwarend moet worden geacht en alle door deze daarbij ingeroepen in beginsel relevante omstandigheden in aanmerking moeten nemen. De enkele door het hof vermelde omstandigheden maken dit niet anders; evenmin kan de enkele aanwezigheid van die omstandigheden de slotsom dragen dat van een onredelijk bezwarend beding geen sprake was' (ov. 3.3).⁷³

Tot de ‘in beginsel relevante omstandigheden’ die het hof in aanmerking had moeten nemen behoort met name het gegeven dat Mertens de fabrikant in vrijwaring had kunnen oproepen, zoals in de voorgaande overweging door de raad vermeld wordt. Daarmee zou de aansprakelijkheid voor de gebreken in de stenen naar die fabrikant doorgeschoven kunnen worden, terwijl Mertens buiten schot zou kunnen blijven. In zo’n situatie kan, volgens de hoge raad, een beroep op een exonerationbeding door de leverancier van het materiaal onredelijk zijn.

De consequenties van dit arrest zijn niet eenvoudig te overzien; het lijkt aannemelijk dat de hoge raad de situatie van art. 6:244 BW voor ogen gehad heeft, inzake de ‘beklemde detaillist’. Op grond van dat artikel kan de leverancier van materiaal aan consumenten die hem tegenwerpen dat zijn exonerationclausule de redelijkheidstoets niet kan doorstaan, zich tegenover zijn ‘voorschakel’ (groothandel, importeur of fabrikant) eveneens op de onredelijkheid van de overeenkomstige clausule in die overeenkomst beroepen. Deze bepaling, een produkt van eigen bodem en niet opgenomen in het duitse AGB-Gesetz, heeft als achtergrond dat de gevolgen van een onredelijk beding ‘niet uitsluitend door de detaillist behoeven te worden gedragen, maar op billijke

73. Ook op een ander punt werd het arrest van het Hof Den Bosch vernietigd, het hof was nl. niet ingegaan op het verweer van Heeren dat de algemene voorwaarden van Mertens niet van toepassing waren omdat er eerst op de na contractssluiting ontvangen *factuur* naar verwezen was (vgl. boven, § 1, nr 8).

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

wijze over de schakels van een productie- en distributiekolom kunnen worden verdeeld'.⁷⁴ In dat licht kan de toetsing van een exoneratiebeding jegens een leverancier streng uitvallen, in de wetenschap dat hij bij het zoeken van regres op zijn voorganger, de fabrikant van het produkt, niet gehinderd zal worden door een soortgelijke bepaling. Hij kan de gevolgen van zijn aansprakelijkheid dus afwentelen op derden, evenals bij een verzekeringsdekking het geval geweest zou zijn.

Intussen is het ook denkbaar dat de particuliere afnemer van materiaal zich rechtstreeks tot de fabrikant gewend zou hebben om verhaal te zoeken op grond van produktenaansprakelijkheid, en dat de leverancier zich verder afzijdig zou kunnen houden. De meer consumentvriendelijke oplossing is die waarbij deze zich in eerste instantie met zijn schadeverhaal tot zijn wederpartij, de detaillist, kan richten en het zoeken van regres op een voorschakel (het kunnen er ook meer dan één zijn) aan haar overlaten.

Na verwijzing door de hoge raad heeft het Hof Arnhem de exoneratieclausule onredelijk bezwarend geacht, zodat Mertens daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen beroep toekomt.

In zijn arrest van 27 mei 1997, *NJ* 1999, 592, gaat het hof voorbij aan de vraag naar de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden, aangezien het belang daarbij ontbreekt doordat het hof de exoneratieclausule kennelijk onredelijk jegens Heeren acht. Het hof stelt vast dat de exoneratieclausule zeer verstrekkend is, en opgesteld werd zonder rekening te houden met de jurisprudentie van de hoge raad sinds *Saladin - HBU* (1967); het beding wordt als uiterst nadelig voor Heeren aangemerkt, met verwijzing naar het *staalgrit*-arrest (1991; zie boven, nr 9 in fine). Dan volgt de kernoverweging:

'Heeren voert naar 's hofs oordeel terecht aan dat de noodzaak voor Mertens voor het hanteren van een zo vergaande exoneratieclausule als de onderhavige jegens consument-kopers als Heeren ontbreekt althans niet is aangetoond, waar toch Mertens - handelaar en niet zelf producent van de litigieuze gebrekkige bouwmaterialen - haar contractuele voorschakel in vrijwaring had kunnen oproepen c.q. - nadat Mertens jegens Heeren tot schadevergoeding is veroordeeld - op deze verhaal kan nemen. Dat de contractuele voorschakel van Mertens een zelfde exoneratieclausule in haar algemene voorwaarden jegens Mertens hanteert, zoals Mertens stelt en Heeren betwist, wil nog niet zeggen dat daarop door deze jegens Mertens rechtens een beroep kan worden gedaan. In dit verband merkt het hof op dat Mertens (eerst) bij pleidooi voor dit hof nog heeft gesteld dat zij zonder de onderhavige exoneratieclausule onbeheersbare en onverzekerbare risico's loopt die in geen enkele verhouding staan tot de prijs van de geleverde materialen. Deze stelling wordt door het hof gepasseerd, waar toch Mertens haar op geen enkele wijze feitelijk heeft onderbouwd en waar Mertens daarin miskent dat zij - zoals vermeld - toch verhaal kan nemen op haar contractuele voorschakel wegens wanprestatie van die voorschakel jegens haar' (ov. e).

Tenslotte wijst het hof nog erop dat de clausule naar geldend recht inzake de consumentenkoop van Boek 7 BW onder het algeheel exoneratieverbod gevallen zou zijn (vgl. artt. 7:5 lid 1 en 6 lid 1, juncto 7:24 lid 1 BW), een regeling die bij

74. Aldus Hartkamp, Asser-Hartkamp II, nr 372. Hetgeen het artikel inhoudt volgt volgens sommige schrijvers (Hondius, Jongeneel) al uit de algemene normen op dit terrein. Zie verder: Wessels en Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, nr 478 v.

Zie in dit verband ook art. 7:25 BW, met een vergelijkbare regresregeling van de verkoper jegens een voorschakel.

§2. EXONERATIECLAUSULES

de constructssluiting in 1989 partijen al bekend was. Volgt het oordeel dat de clausule onredelijk bezwarend jegens Heeren is en dat Mertens daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen beroep toekomt.

Exoneratie met betrekking tot ondergeschikten in contracten tussen professionele partijen, Matatag - De Schelde (1993)

Tenslotte een arrest waarin in het verlengde van het *pseudo-vogelpest*-arrest (1976) de uitsluiting van aansprakelijkheid voor fouten van ondergeschikten nader uitgewerkt wordt, een uitspraak van oudejaarsdag 1993, *Matatag c.s. - De Schelde*⁷⁵. Hierin werd door de hoge raad bepaald dat in geval van een overeenkomst tussen twee bedrijven die behoren tot bedrijfstakken die regelmatig met elkaar te doen hebben en waarin standaardisering van overeenkomsten door algemene voorwaarden met exoneraties een alledaags verschijnsel is, een beroep op een exoneratieclausule, waarbij aansprakelijkheid geheel of gedeeltelijk uitgesloten wordt, niet in strijd is met de goede trouw met betrekking tot schade veroorzaakt door 'ernstige fouten' van te werk gestelde personen die niet tot de bedrijfsleiding behoren. In verschillende opzichten is hier sprake van een verfijning ten opzichte van de oude jurisprudentie. Voor een goed begrip is het zaak om de regels die in *pseudo-vogelpest* neergelegd waren voor ogen te hebben (zie boven, nr 9); daarin bepaalde de hoge raad dat:

1a. geen beroep op een exoneratiebeding toegelaten wordt wegens strijd met de goede trouw in geval van opzet (of een daarmee gelijk te stellen bekendheid met een gebrek in de geleverde zaak);⁷⁶

b. dat dit ook geldt voor met de uitvoering belast leidinggevend personeel van de exonerant.

2a. een beroep op een exoneratiebeding in strijd met de goede trouw kan zijn, afhankelijk van een aantal criteria (waardering van omstandigheden), in geval van opzet (of daarmee gelijk te stellen bekendheid, etc.) van niet-leidinggevend personeel;

b. dit geldt ook in geval van ernstig verwijtbaar handelen van de exonerant of diens personeel.

In *Matatag - De Schelde* gaat het om regel 2b, ernstige fouten van het personeel; ten aanzien van die categorie wordt bepaald dat in geval van professionele partijen die tegenover elkaar staan een beroep op een exoneratiebeding in zo'n situatie niet strijdig met de goede trouw is. Let wel, over de categorie opzet of daarmee gelijk te stellen onzorgvuldig handelen ('grove schuld') wordt niets gezegd door de hoge raad. Wij mogen dus aannemen dat in die situatie de oude regel nog geldt dat een beroep op exoneratie in strijd met de goede trouw kan zijn, afhankelijk van de waardering van de omstandigheden. Maar dan hebben wij het over 'bewuste roekeloosheid' of 'bekendheid met gebreken', met steeds de mogelijkheid van grote schadelijke gevolgen. Zoals altijd is het dan van groot belang om de waterscheiding aan te brengen tussen grove schuld en ernstige fout (verwijtbaarheid), aangezien daarbij de beslissing valt met betrekking tot de

75. HR 31 december 1993, NJ 1995, 389, nt CJHB.

76. Vgl. ook art. 7:24 lid 2 sub a BW.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

toelaatbaarheid van het beroep op exoneratie ten aanzien van fouten van het personeel. Verder geeft de hoge raad in dit arrest een wat moderne omschrijving van leidinggevend personeel, door te spreken van ‘tot de bedrijfsleiding behorend personeel’.

In de commentaren lijkt de kern van het arrest van 1993 en het belang ervan in verband met de vaste rechtspraak verkeerd weergegeven te worden, bijvoorbeeld door Hartkamp en Brunner. Het is ook daarom goed om het arrest in den brede te bespreken.

Matatag is een filippijnse éénscheepsrederij met management in Breskens die reparatiewerkzaamheden aan m.s. Serra laat uitvoeren door de werf De Schelde in Vlissingen, voor ruim f 1 mln. Op het contract zijn de zgn. Cebosinevoorwaarden van toepassing die door nederlandse werven gebruikt worden, op grond waarvan door De Schelde aansprakelijkheid voor materiële en immateriële gevolgschade wordt uitgesloten en zij slechts gehouden is om gebreken binnen de garantieperiode te herstellen. Er zijn twee ernstige gebreken aan het licht getreden waardoor olie weggelekt is: een pijp aan het dek die niet goed gelast was en een pijp tussendecks waarvan enkele bouten van een flens (verbindingsstuk) na terugplaatsing niet goed aangetrokken waren. Het eerste wordt tijdig ontdekt en in Antwerpen direkt gerepareerd, het tweede wordt pas veel later geconstateerd en dan is er al 6 ton olie gelekt en in de lading terecht gekomen: schade ongeveer f 0,5 mln.

Matatag tracht die schade te verhalen op De Schelde en stuit daarbij op de exoneratieclausule. Nu had de werf, zoals wel vaker gebeurde, de reparatie uitbesteed aan een onderaannemer, het daarin gespecialiseerde pijpfittersbedrijf SKS (dat overigens in vrijwaring geroepen is). Dat leidt tot complicaties bij de vaststelling welke aansprakelijkheid bij De Schelde zelf lag, en in hoever deze uitgesloten kon worden; immers het personeel dat de fout gemaakt had was geen ondergeschikte van De Schelde, deze had slechts de verantwoordelijkheid als hoofdaannemer voor de deugdelijkheid van de uitgevoerde werkzaamheden.

Nu was de gemaakte fout er één die zonder meer als ernstige fout aangemerkt kan worden: zelfs iedere leek begrijpt dat als je bouten van een afdichtingsonderdeel van een pijp niet goed vastzet de zaak gaat lekken, met zeker in de naburigheid van het ruim de kans op grote schade voor de lading (en bovendien gevaar, aangezien het olie betreft). Nu was deze fout gemakkelijk te constateren geweest indien de leiding ‘afgeperst’ was, hetgeen niet gebeurd was, met name niet door De Schelde als hoofdaannemer. De Rechtbank Middelburg heeft op grond van deze omstandigheden geen moeite om De Schelde een beroep op de exoneratieclausule te ontzeggen wegens strijd met de goede trouw.

Dat loopt anders in appel; het Hof Den Haag acht van belang dat volgens Germanischer Lloyd, Lloyd's Register en andere classificatiebureau's het afpersen van een dergelijk type leiding niet vereist is, zodat het gedrag van De Schelde geen nalatigheid van zodanig gewicht is dat haar geen beroep op exoneratie zou toekomen.

In cassatie oordeelt de hoge raad als volgt:

‘Het gaat hier om een overeenkomst tussen twee bedrijven - te weten een rederij en een werf - die behoren tot bedrijfstakken die regelmatig met elkaar te doen hebben en waarin standaardisering van overeenkomsten door algemene voorwaarden met exoneraties een alledaags verschijnsel is, zoals ook uitkomt in de door het hof in r.o. 12 vermelde stelling van Matatag c.s. dat alle Nederlandse werven zich op algemene voorwaarden als die van Cebosine plegen te beroepen. Op werven pleegt, zoals het hof voorts, in cassatie onbestreden, heeft vastgesteld, een deel van het werk te worden uitbesteed aan gespecialiseerde bedrijven - zoals hier aan pijpfittersbedrijf SKS -, omdat de werf dat werk beter niet zelf kan uitvoeren dan wel uitbesteding organisatorisch geboden of gewenst is. De Schelde heeft zo, naar in cassatie evenmin bestreden is, reeds enige jaren tot haar tevredenheid SKS ingeschakeld.

Wat betreft de oorzaak van de schade is het hof kennelijk ervan uitgegaan dat deze primair is ontstaan door fouten van het personeel van SKS, zowel wat betreft het niet

§2. EXONERATIECLAUSULES

natrekken van de bouten van de flens als wat betreft het niet afpersen van de leiding. In zijn r.o. 10-12 heeft het hof voorts veronderstellenderwijs aangenomen dat de De Schelde krachtens de overeenkomst met Matatag c.s. jegens deze verplicht was om erop toe te zien dat de leiding inderdaad ter controle van het werk zou worden afgeperst, en dat De Schelde in nakoming van deze verplichting is tekortgeschoten.

Deze feiten en omstandigheden kunnen, naar het hof terecht heeft geoordeeld, niet de conclusie dragen dat het beroep van De Schelde op de Cebosine voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn en daarom in strijd zou komen met de goede trouw. In dit verband is in het bijzonder van belang dat niet is komen vast te staan - en door het middel dan ook niet wordt aangevoerd - dat de bedrijfsleiding van De Schelde zelf in haar taak is tekortgeschoten. Bij een overeenkomst van de onderhavige aard, gesloten tussen bedrijven als hiervoor aangeduid, kan immers niet gezegd worden dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in de toepasselijke algemene voorwaarden aansprakelijkheid ook voor ernstige fouten van te werk gestelde personen die niet tot de bedrijfsleiding behoren geheel of ten dele uit te sluiten en in geval van schade als hier geleden op deze uitsluiting dan ook een beroep te doen. De in het middel in dit verband gereleveerde omstandigheden doen daaraan niet af.

Men ziet dat de hoge raad de casus in de context van *pseudo-vogelpest* plaatst en zich afvraagt wie precies bij De Schelde een fout gemaakt heeft: ondergeschikten of de bedrijfsleiding? Aangezien de bedrijfsleiding de nalatigheid bij de controle (namelijk niet nagaan of de pijpleiding afgeperst was, c.q. dat zelf doen) niet aangerekend kan worden, maar het aangestelde personeel, is een beroep op exoneratie in beginsel toegestaan. Men dient hierbij in het oog te houden dat het om een ernstige fout van het personeel gaat, en niet om grove schuld (bewuste roekeloosheid die aan opzet grenst). Het valt hierbij op dat het hof in het geheel niet het onderscheid tussen ondergeschikten en bedrijfsleiding gehanteerd heeft en dit in de conclusie van a-g Hartkamp evenmin voorkomt (in zijn Asser-bewerking is hij overigens ook weinig duidelijk daarover, vgl. nog onder). De hoge raad heeft deze zaak kennelijk aangegrepen om dat onderscheid te benadrukken.

Het commentaar van Brunner in zijn noot lijkt mij onjuist; hij merkt over het arrest op:

‘De uitspraak past in het systeem, dat immers geldig acht de uitsluiting van aansprakelijkheid ook voor opzet en grove schuld van ondergeschikten (HR 26 maart 1920, *NJ* 476, *Surinaamse postbode*, en HR 3 juni 1938, *NJ* 920, *Bovag I*). A fortiori is dan uitsluiting van aansprakelijkheid voor fouten van ondergeschikten geldig en kan daarop steeds een beroep worden gedaan, zolang het maar om fouten gaat van ondergeschikten en niet om fouten van de contractspartij zelf’ (sub 1, in fine).

In dezelfde zin Hartkamp, in Asser-Hartkamp I, 10^e druk, nr 343, die na verwijzing naar dezelfde arresten en enkele oudere auteurs stelt:

‘Ook ik acht in beginsel de contractuele uitsluiting van aansprakelijkheid voor opzet en grove schuld van bedoelde personen (te werk gestelden, zoals personeel, v.D.) geoorloofd, maar zou daarbij een uitzondering willen maken voor opzet en grove schuld (bewuste roekeloosheid) van leidinggevende ondergeschikten. Verg. het in nr 345 te bespreken arrest van 20 febr. 1976, HR 31 dec. 1993, *NJ* 1995, 389, nt CJHB en voorts ...’ (volgt verwijzing naar Mijnsen, 1978 en Kortmann, 1988).

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

Ik acht deze beide weergaven van het geldende recht onjuist aangezien in de citaten geen rekening gehouden wordt met de regels van *pseudo-vogelpest* die zoëven weergegeven werden, met als gevolg dat ook de wijziging die in de Matatag-zaak aangebracht wordt miskend wordt. In de geciteerde passages wordt uit het oog verloren dat de vooroorlogse rechtspraak van de hoge raad ingrijpend gecorrigeerd is in de naoorlogse jurisprudentie: het vrijtekenen voor opzet, grove schuld en ernstige fouten van onderschikten is sinds 1976 al niet langer zonder meer toegestaan, maar afhankelijk gemaakt van de waardering van omstandigheden. Terecht, want het ethische aspekt dat hier in het geding is strekt zich bij rechtspersonen natuurlijk ook tot het personeel uit, anders zou een rechtspersoon vrijwel altijd bij aansprakelijkstelling vrijuit gaan, aangezien zij nu eenmaal opereert door middel van haar personeel. Ook al stelt men de bedrijfsleiding gelijk met de rechtspersoon zelf, dan zou er een enorm terrein van onzorgvuldig handelen overblijven dat zich aan directe controle door de bedrijfsleiding onttrekt, waarbij de exonerant vrij spel zou hebben. Dat is weinig aannemelijk, en dus ook niet de opvatting van de hoge raad.

Verwarrend is trouwens ook dat Brunner in zijn noot (sub 2) spreekt van het toestaan van uitsluiting van aansprakelijkheid voor fouten van 'hulppersonen', niet van fouten van 'de contractspartij zelf'. Ik neem aan dat met 'hulppersonen' ondergeschikten van De Schelde bedoeld worden, en niet ingehuurd personeel van SKS, anders is die passage niet begrijpelijk. Ten aanzien van het vervolg van die passage geldt hetzelfde bezwaar dat ik zonet naar voren bracht: het onderschikte personeel valt bij Brunner uit het beeld, ten onrechte.

De bovenstaande passage is uit de vorige druk, van 1997. In de 11e druk van Asser-Hartkamp I (2000) is de gewraakte passage vrijwel ongewijzigd blijven staan.⁷⁷ In de recente jurisprudentie geeft dit onderwerp nog steeds aanleiding tot veel problemen, en moet de hoogste rechter soms corrigerend optreden. Hierbij is meestal het miskennen van veiligheidsvoorschriften door de bedrijfsleiding in het geding. In de zaak *Gerling – Hanno*, HR 5 sept. 1997, *NJ* 1998, 63, nt Japikse, ging het om diefstal van een partij hout die vervoerd werd; ook hier maakte het hof (te Den Haag) geen onderscheid tussen leidinggevend en ander personeel van de stuwadoor Hanno, en wordt met de 'kennelijk'-constructie door de hoge raad te hulp gekomen, waarbij het arrest *Matatag – De Schelde* geciteerd wordt. Het arrest zelf helpt ons echter niet veel verder op dit gebied: het hout was buiten loods en/of in een loods met geopende deuren geplaatst, waardoor volgens verzekeraar Gerling een niet geringe kans op ontvreemding geschapen werd, hetgeen Hanno als professionele opslaghouder had moeten beseffen. Het hof vond echter dat geen sprake van opzet of grove schuld was, en de cassatierechter acht dat geen onjuiste rechtsopvatting. Deze afloop wekt verwondering, in de haven is diefstal spreekwoordelijk en het onbeschermd achterlaten van goederen is toch vragen om problemen; er speelde echter ook een procedureel punt, dat eiser te weinig gesteld zou hebben ter onderbouwing van grove schuld.

Interessanter is een arrest uit hetzelfde jaar, *Gem. Stein – Driessen*, HR 12 dec. 1997, *NJ* 1998, 208, waar het om echte veiligheidsvoorschriften ging: een

77. De hier volgende passage is een bewerking van mijn noot onder *Mastum Dakbedekkingen – Nat. Nederlanden*, in *AA* 1999, p.555.

§2. EXONERATIECLAUSULES

door de gemeente verhuurde kraan die op de loop gegaan was waarbij de lastbegrenzer uitgeschakeld en de wielbeveiliging verwijderd waren. Het Hof Den Bosch gaat na wat de rol van de leidinggevende personen bij de gemeente geweest is; er komt vast te staan dat behalve de directeur van het havenbedrijf ook een wethouder ervan op de hoogte was dat de kraan geen beveiliging had; ook al behoorde de haven, waar de kraan stond, niet tot zijn portefeuille, de wethouder had de kwestie bij het college van B & W of de verantwoordelijke wethouder aan de orde moeten stellen. Het nalaten om maatregelen te treffen is een 'zo grove vorm van onachtzaamheid' dat een beroep op de exoneratie de gemeente niet toekomt, oordeelde het hof. De hoge raad doet er nog een schepje bovenop, en vindt het achterwege laten van veiligheidsmaatregelen 'bewust roekeloos het gevaar scheppen dat – ook nadat die personen hun functie hebben neergelegd – schade als de onderhavige zou ontstaan'. Er wordt echter een voorbehoud gemaakt voor het geval Driessen ook op de hoogte was van het ontbreken van beveiliging op de kraan; de bewijslast daarvan werd echter op de gemeente gelegd.

Men dient overigens in het oog te houden dat opzet/grove schuld van ondergeschikten, niet leidinggevend personeel, wel degelijk een beroep op exoneratie in de weg kan staan, anders dan de hoven in deze uitspraken lijken te menen; die categorie wordt immers niet bestreken door de *Matatag – De Schelde*-regel, die voor ernstige fouten geldt. De omstandigheden kunnen met zich brengen dat een beroep op exoneratie in strijd met de goede trouw geacht wordt (*pseudo-vogelpest*).

In 1999 wordt de hoogste rechter wederom geroepen om zich over deze materie uit te spreken. In het arrest *Mastum Dakbedekkingen – Nationale Nederlanden*, HR 15 jan. 1999, NJ 242; AA 1999, 555, nt Van Dunné, was de volgende casus in het geding.

De Gemeente Ouder Amstel laat een dakrenovatie van de sporthal annex bibliotheek 'Bindelwijk' uitvoeren en heeft daartoe opdracht gegeven aan Mastum Dakbedekkingen Amsterdam BV, conform offerte van f 71.850. In de offerte wordt bij het aanbrengen van dakbedekking uitgegaan van de brandmethode, behalve ten aanzien van een onderdeel, 'detail 3' genoemd (houten gevelpanelen, dus brandbaar), waarbij de koude methode ('koude adhesive') gebruikt zou worden. Mastum besteedt het werk aan het dak uit aan een onderaannemer die drie dakdekkers, waaronder Ehrl, op het werk zet. Bij de werkzaamheden maakt Ehrl bij het gedeelte waar de koude methode voorgeschreven was gebruik van een handbrander; er ontstaat brand en het gehele pand brandt af. Schade: bijna f 2,5 mln, die aan de gemeente uitgekeerd wordt door de brandverzekeraars, waaronder de Nationale Nederlanden Schadeverzekering Maatschappij NV (voor 40%). De gemeente stelt Mastum aansprakelijk voor de niet verzekerde schade van ruim 7 ton, terwijl een schade aan goederen van derden op 1 ton geschat wordt, waarvoor Mastum eveneens aansprakelijk gesteld wordt.

Het gaat in deze zaak om regres dat Nationale Nederlanden (verder: NN) zoekt op Mastum, als veroorzaker van de schade, althans degeen die daarvoor aansprakelijk is. Dit gebeurt ingevolge het Bindend Besluit Regres (BBR) van de Vereniging van Brandassuradeuren in Nederland, dat inhoudt dat jegens rechtspersonen en bedrijfsmatig en/of beroepsmatig handelende natuurlijke personen een verhaalsrecht tot f 1.000.000 per schadegebeurtenis uitgeoefend kan worden, echter alleen in geval van onzorgvuldigheid van de schadeveroorzaker.

De vraag is nu, hoe die laatste zinsnede uitgelegd moet worden: valt ook aansprakelijkheid voor ingeschakelde hulppersonen daaronder, en gaat het om elke vorm van onzorgvuldigheid, of slechts om grove schuld of ernstige fouten?

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

Mastum doet een beroep op het exoneratiebeding in zijn algemene voorwaarden waarin zijn aansprakelijkheid beperkt is tot het bedrag van de aannemingssom, dus f 71.850.

De Rb. Amsterdam gelast een deskundigenbericht om vast te stellen of aan Ehrl onzorgvuldigheid kan worden verweten en wat de ernst van de gemaakte fout is. De deskundige is van oordeel dat het toepassen van de brandmethode bij het onderdeel waar de koude methode voorgeschreven was niet als een grove nalatigheid valt aan te merken en dat slechts een beoordelingsfout gemaakt is bij de toepassing van de brandmethode. Ook heeft Mastum voldoende toezicht op de dakdekkers uitgeoefend door controle op het werk van 2 à 3 keer per week, hetgeen bij een dergelijk project gebruikelijk is.

De rechtbank acht het beroep van Mastum op de exoneratieclausule gegrond en bepaalt haar aansprakelijkheid op het bedrag van de aannemingssom. Het Hof Amsterdam komt echter tot een tegengesteld oordeel: het beroep van Mastum op die clausule wordt verworpen en de regresvordering van NN van f 1 mln wordt toe gewezen. Opmerkelijk is dat het hof niet van belang acht of er van grove schuld sprake is geweest; dat vraagt natuurlijk op zich al om ingrijpen door de hoge raad; op andere punten formuleert het hof nogal los uit de pols, hetgeen de cassatierechter twee keer tot het gebruik van de 'kennelijk'-constructie brengt bij lezing van die overwegingen, en A-G Spier tot de uitspraak dat 'het gelukkiger geformuleerd had kunnen worden'.

Het hof had met betrekking tot de exoneratie niet van belang geacht of de gedragingen die aan toepassing van de exoneratieclausule in de weg staan, als 'grote schuld' moeten worden aangemerkt, zonder daarbij onderscheid te maken tussen Mastum en de dakdekker Ehrl. De klacht daarover in cassatie treft doel. De hoge raad is van oordeel:

'dat het hof, door dat onderscheid niet te maken, uit het oog heeft verloren dat voor het antwoord op de vraag of toepassing van de exoneratieclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in dit geval onaanvaardbaar is, van belang is of de als onzorgvuldig aangemerkte handelingen zijn verricht door Mastum zelf - daaronder begrepen personen die met de leiding van haar bedrijf zijn belast - dan wel door een ondergeschikte van Mastum of van de door Mastum ingeschakelde onderaannemer, en in eerstbedoeld geval, om welke mate van onzorgvuldigheid het gaat.⁷⁸

Aan het slot van de overweging laat de hoge raad echter in het midden - waardoor de lezer op het verkeerde been gezet kan worden - dat de mate van onzorgvuldigheid van de ingeschakelde hulppersoon (Ehrl) eveneens van belang kan zijn: indien van opzet/grote schuld sprake zou zijn, zou immers de mogelijkheid van een beroep op exoneratie afhangen van de criteria en omstandigheden die in *pseudo-vogelpest* genoemd zijn. Zoals gezegd is dat niet komen te vervallen met het arrest *Matatag - De Schelde*, waar het om de categorie 'ernstige fouten' ging. Indien dan laatste ten aanzien van dakdekker Ehrl vastgesteld zou worden, of ten aanzien van ondergeschikten van Mastum die toezicht hielden, zijn wij tenslotte in het bereik van *Matatag - De Schelde* gekomen: bij contracten tussen bedrijven kan men zich daarvoor vrijtekenen.

De uiterst beknopte formulering van de Raad in het onderhavige arrest is derhalve niet bepaald bevorderlijk om de mist boven exoneratieland te doen optrekken; het was niet de eerste keer dat een hof laat blijken *Matatag - De*

78. Ov. 3.3. Een klacht over de beoordeling van de feiten door het hof heeft eveneens succes; de HR laat echter 's hofs oordeel dat BBR-regeling niet aan regres in de weg staat in stand, als feitelijke vraag. Helaas stelt de raad hier geen orde op zaken, zie mijn AA-noot, sub 3.

§2. EXONERATIECLAUSULES

Schelde niet te kennen. De cassatierechter werd daartoe niet op gedachten gebracht door partijen, en evenmin door de A-G in zijn conclusie. De mist zal er nog wel even blijven hangen, mogen wij verwachten. Ik merkte al op dat Hartkamp in de jongste druk van zijn Asser-bewerking een onjuiste weergave van de jurisprudentie gehandhaafd heeft.

Dit is het tableau van de jurisprudentie, wij moeten tot een afronding komen. Het is niet eenvoudig om de grote lijnen van exonerie van contractuele aansprakelijkheid naar geldend recht weer te geven, met betrekking tot de situatie van opzet/grove schuld.⁷⁹ Er is ook weinig recente literatuur over verschenen, een uitdaging als scriptie-onderwerp? Als poging tot een samenvatting, het volgende. Opzet en grove schuld van een contractant staan een beroep op exonerie in de weg, wanneer de veroorzaakte schade redelijkerwijze voorzienbaar/toerekenbaar was. Dat kan het geval zijn met gebreken in de prestatie die bekend waren of behoorden te zijn voor de contractant, zoals bij koop of verrichting van diensten. Voor het niet toestaan van exonerie is eerder aanleiding indien sprake is van het bestaan (of ontstaan) van een gevaarssituatie. Meestal zal het gaan om een risico-toedeling, waarbij de contractant gehouden wordt aan het resultaat (eventueel: de inspanning) waartoe hij zich verbonden had. Diezelfde risico-toedeling zal bepalend zijn in het geval van opzet of grove schuld bij ondergeschikten/hulppersonen; daarbij is sprake van een afgeleid risico, omdat immers als werkgever (onderneming) gehandeld wordt. Hier speelt een element van 'goede zeden' door, de oorspronkelijke zienswijze in de jurisprudentie (vgl. *Bovag II*). Het is onzedelijk om een resultaat toe te zeggen, en dat vervolgens bewust te frustreren. Dat werkt sterker door ten aanzien van de contractant zelf en diens bedrijfsleiding dan bij ondergeschikten/hulppersonen. Bij die laatste figuur zal vooral het preventieaspect een rol spelen, een algemeen kenmerk van het aansprakelijkheidsrecht, een prikkel voor de contractant om in zijn onderneming orde op zaken te houden (selectie personeel, bijscholing, toezicht, etc.).

Wederom, bij ernstige fouten zal het genuanceerder liggen en kunnen omstandigheden, positie van partijen, en dergelijke, de afweging beïnvloeden; dat zal bij overeenkomsten tussen bedrijven anders liggen dan wanneer een particulier tegenover een bedrijf als wederpartij staat.

11. Recente ontwikkelingen inzake exonerie en verzekering. Het Champignonkwekerij-arrest (2000) geeft weinig steun. Anders, het arrest Kuunders – Swinkels Techniek (2004)

Sinds de vorige druk (2001), is de exonerie-problematiek nog regelmatig onderwerp van procedures, waarbij ook de hoge raad betrokken werd. Wanneer door een rechterlijke instantie onvoldoende rekening gehouden wordt met de omstandigheden die bepalend zijn bij toetsing van exonerieclausules, met inbegrip van de verzekeringsvraag, zien wij weer dat de cassatierechter ingrijpt, en het arrest van het hof vernietigt. Een voorbeeld daarvan is een arrest uit 2000

79. Het *Solon*-arrest (2000), waarin voor het zeerecht 'bewuste roekeloosheid' anders omschreven wordt, kwam elders ter sprake, nr 7, in fine.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

inzake de aanleg van een technische installatie bij de bouw van een champignonkwekerij.⁸⁰

Tijdens de werkzaamheden ontstaat brand doordat werknemers van het installatiebedrijf een lamp (halogeenstraler) tijdens afwezigheid gedurende de lunchpauze laten aanstaan, waardoor een stuk karton dat er ligt vlam vat en het bouwwerk afbrandt. De opdrachtgever en eigenaar van de kwekerij was een 'startende ondernemer' en had als ex-belastingdienstambtenaar geen commerciële ervaring. Hij spreekt met zijn brandverzekeraar het installatiebedrijf aan voor de schade, namelijk ruim f 350.000,- voor brandassuradeuren en f 24.000 (eigen risico) voor de eigenaar; de installateur beroept zich op zijn vrijetekening tot 15% van de aanneemsom van f 95.000,- (ingevolge de ALIB-voorwaarden, Algemene Leveringsvoorwaarden Installerende Bedrijven).

Het Hof Den Bosch had het beroep van de installateur op het exoneratiebeding redelijk geacht; de opdrachtgever werd als ondernemer geacht aan het beding aandacht gegeven te hebben, en de exoneratie betreft niet de aansprakelijkheid voor de bedongen prestatie of de deugdelijkheid ervan, maar enkel schade toegebracht aan zaken van de opdrachtgever tijdens het werk. Nu was de gang van zaken deze, dat de opdrachtgever verzuimd had om voor verlichting op het werk te zorgen, zoals overeengekomen was, en had de brandgevaarlijke halogeenlamp aan de monteurs ter beschikking gesteld, terwijl karton op het werk gebruikt werd.⁸¹ Het hof had dan ook de schuldvraag voor het veroorzaken van de brand, installateur – opdrachtgever, op de verhouding 3 tot 1 gesteld. Het hof gaf in een vrij uitvoerige overweging aan waarom de exoneratie in casu redelijk was. Die overweging laat ik hier volgen, aangezien deze sneuvelt in cassatie, naar mijn mening ten onrechte.

Er zijn twee opmerkelijke dingen met de cassatie die plaatsvindt: de hoge raad wijkt af van de uitvoerige conclusie van a-g Hartkamp die met de toetsing van het hof instemt en deze niet onbegrijpelijk acht, terwijl de cassatierechter juist motivering in het arrest a quo mist; de overweging van het hof waar het om gaat betreft volgens de raad geen feiten die gesteld zijn en onderwerp van het processuele debat zijn geweest. Het hof zou miskend hebben dat een exoneratiebeding niet in het algemeen in strijd met de redelijkheid en billijkheid geacht kan worden, maar dat slechts aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval kan gebeuren.

Ik laat eerst de betreffende overweging van het hof hier volgen (zoals door de HR weergegeven, onder 3.3), en vervolgens de cassatieklacht ten aanzien van de omstandigheden, een zestal, waarop het hof onvoldoende gemotiveerd was ingegaan, met het oordeel van de raad daarover (3.4), alsook over de eerder genoemde overweging van het hof (3.5).

3.3. 'Daartoe heeft het Hof - verkort weergegeven - het volgende overwogen. In de offerte is bedongen dat de ALIB van toepassing zouden zijn. Van den Heuvel heeft die offerte zonder voorbehoud aanvaard. Niet valt in te zien waarom Peeten zich niet op artikel 11.5 zou mogen beroepen. Van den Heuvel moet als ondernemer geacht worden aan de voorwaarden aandacht te hebben gegeven. De exoneratie betreft niet de aansprakelijkheid voor de bedongen prestatie of de deugdelijkheid ervan.

80. HR 12 mei 2000, NJ 412, *Interpolis Schade – Peeten BV*. Dit arrest wordt in Asser-Hartkamp I, nr 345a, genoemd als voorbeeld dat de HR soms 'stevige motiveringseisen' stelt. Zie daaromtrent ook: V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden*, diss. UvA 2002, p.76 e.v. Ook a-g Bakels gaat uitvoerig op deze kwestie in, concl. voor HR 21 dec. 2001, JOL 760, *Lowstate Investments*, sub nr. 2.19.

81. Bij laswerkzaamheden aan een bovenleiding hadden de twee lassers ter bescherming van met PVC-platen afgedekte cellen van de kwekerij in aanbouw een uitgevouwen kartonnen doos op die afdekking gelegd, telkens waar gelast werd. Het geheel werd door de halogeenstraler van 1000 Watt verlicht.

§2. EXONERATIECLAUSULES

Deze exoneratie komt het Hof redelijk voor, "omdat enerzijds daardoor kan worden voorkomen dat de installateur zich genoopt zou voelen uitsluitend voor het houden van een preventief toezicht (...) voortdurend aanwezig te zijn of speciaal daarmee belast personeel aanwezig te houden ter plaatse waar een werk wordt uitgevoerd (...), terwijl zij anderzijds voor de opdrachtgever geen onoverzienbaar risico lijkt mede te brengen. Voor de opdrachtgever heeft de exoneratie als consequentie, dat hij zelf met het oog op de veiligheid van zijn goederen toezicht moet (doen) houden op en maatregelen moet treffen betreffende de wijze waarop en de omstandigheden waarin de monteurs werken, optreden en met zijn goederen omspringen. Voor een dergelijk toezicht lijkt geen bijzondere deskundigheid vereist. Ten processe is niet gesteld of aannemelijk geworden dat een en ander anders zou zijn. Zo zouden in het onderhavige geval de brand en de schade zijn voorkomen wanneer Van den Heuvel aan haar contractuele verplichting om zelf voor verlichting te zorgen zou hebben voldaan door het plaatsen van een niet brandgevaarlijke lamp en wanneer zij erop zou hebben toegezien dat ter plaatse van het werk geen brandbare materialen onafgeschermd aanwezig waren en dat tijdens werkonderbrekingen en voorzienbare afwezigheid van de monteurs de open halogeenlamp zou zijn uitgeschakeld."

3.4. Onderdeel I.1 van het middel klaagt dat het Hof bij de beoordeling van de vraag of art. 11.5 ALIB wel of niet onredelijk bezwarend is en derhalve of een beroep van Peeten op die bepaling wel of niet aanvaardbaar is te achten, niet (op voldoende kenbare wijze) de navolgende omstandigheden, waarop een beroep is gedaan, in aanmerking heeft genomen.

(a) De ALIB zijn eenzijdig opgesteld.

(b) Van den Heuvel behoort tot de groep van kleine ondernemers die niet gewoon zijn algemene voorwaarden uit te onderhandelen en voor wie deze voorwaarden niet duidelijk, moeilijk leesbaar en in hun gevolgen niet goed te overzien zijn.

(c) De aansprakelijkheid voor schade wordt in verregaande mate beperkt.

(d) Van den Heuvel was een niet-geringe tegenprestatie aan Peeten verschuldigd.

(e) De uitvoerders van het werk zijn in zeer aanmerkelijke mate tekortgeschoten in de door hen te betrachten zorg.

(f) Peeten was tegen de aansprakelijkheid voor de schade verzekerd indien haar een beroep op art. 11.5 ALIB niet zou vrijstaan; tegen een relatief geringe meer-premie zou Peeten tegenover de verzekeraar de vrijheid hebben gehad terug te vallen op de verzekering zonder (jegens Van den Heuvel en Interpolis) een beroep te hoeven doen op die bepaling.

De klacht is gegrond. Ook naar het te dezen toepasselijke recht van vóór 1 januari 1992 - de overeenkomst en de gestelde wanprestatie dateren immers van voor die datum - diende het Hof bij de beantwoording van de vraag of het beroep op het onderhavige exoneratiebeding in strijd is met de redelijkheid en billijkheid alle relevante omstandigheden in aanmerking te nemen. De voormelde omstandigheden die betrekking hebben op het onderhavige geval, kunnen alle van belang zijn bij de beantwoording van die vraag. Uit de motivering van het Hof blijkt echter niet of en zo ja op welke wijze het Hof met deze omstandigheden rekening heeft gehouden. Het Hof heeft dan ook hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij niet aan zijn motiveringsplicht voldaan. Het heeft van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven indien het de hiervoor vermelde omstandigheden niet van belang heeft geacht. Mocht het die omstandigheden wel van belang hebben geacht, dan heeft het zijn uitspraak niet naar de eis der wet met redenen omkleed door niet te vermelden dat en in hoeverre het gewicht heeft toegekend aan die omstandigheden.

3.5. Onderdeel I.2 keert zich tegen de hiervoor in 3.3 weergegeven overweging van het Hof over de redelijkheid van het onderhavige exoneratiebeding. Het onderdeel treft eveneens doel. Indien het Hof is uitgegaan van een veronderstelde afspraak over een concrete taakverdeling tussen partijen geldt dat deze door Peeten niet is gesteld en ook overigens geen onderwerp is geweest van het processuele debat. Indien het Hof heeft bedoeld dat dit exoneratiebeding op de vermelde grond in het algemeen niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid kan worden geacht, heeft het Hof miskend dat de vraag of een beroep op een zodanig beding in strijd is met de redelijkheid en billijkheid beoordeeld dient te worden aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval.'

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

Wat hiervan te denken? In de commentaren wordt enkel op de verzwaarde motiveringseisen gewezen. Er lijkt mij meer aan de hand; dat heeft te maken met de beoordeling van de verzekeringsaspecten. De zienswijze van het hof (weergegeven in ov. 3.3) heeft naar mijn mening weinig uitstaande met 'een veronderstelde afspraak over een concrete taakverdeling tussen partijen', zoals de cassatierechter de appelrechter verwijt, maar is een algemene observatie wat de bepaling inhoudt en welke consequenties dat heeft voor de gang van zaken op het werk, wanneer de installateur overeengekomen is dat hij geen aansprakelijkheid draagt voor schade toegebracht aan zaken van de opdrachtgever.⁸² In casu een opdrachtgever die niet voor normale verlichting gezorgd heeft, maar met een brandgevaarlijke halogeenlamp komt, terwijl als bescherming van op het werk aanwezige zaken van de opdrachtgever een stuk karton gebruikt wordt. Het hof had van belang geacht dat onder dit beding toezicht op de zaken van de opdrachtgever (in de clause niet-NBW conform 'goederen' genoemd) niet voor rekening van de installateur zou komen, terwijl dit voor de opdrachtgever weinig risico met zich brengt, maar wel het daadwerkelijk uitoefenen van toezicht en het nemen van maatregelen, indien nodig. Men kan over deze zienswijze van mening verschillen, maar het heeft niet te maken met een daadwerkelijke afspraak die partijen daarover gemaakt zouden hebben. Indien een installateur, schilder of loodgieter komt, weet iedereen toch dat men schadegevoelige zaken of moet verwijderen, of moet beschermen; indien de werklieden dat doen, moet men daarop toezicht houden. Feiten van algemene bekendheid, zou ik zeggen. Aldus niet de hoge raad.

De verzekeringsvraag heeft a-g Hartkamp tot een interessante beschouwing bewogen, die in onze context niet misstaat, en die ik hier laat volgen:

'ad f) (het verzekeringsargument) Het enkele feit dat Peeten een aansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten, maakt zijn beroep op de exoneratieclausule niet onaanvaardbaar (noot 3), te meer niet nu bij de berekening van de hoogte van de premie rekening zal zijn gehouden met het feit dat Peeten de ALIB-voorwaarden met de daarin opgenomen exoneratie hanteerde. Dit laatste blijkt al uit de eigen stelling van eiseressen dat Peeten tegen een - geringe - meerpremie tegenover de verzekeraar de vrijheid zou hebben gehad geen beroep op het exoneratiebeding te doen. In de literatuur wordt wel aangevoerd dat, waar een risico redelijkerwijs verzekeraar is, een exoneratiebeding in beginsel niet nodig en derhalve al snel onredelijk bezwarend is, zodat een beroep op een zodanig beding derhalve al snel in strijd met de redelijkheid en billijkheid (noot 4) zal zijn. Daar staat echter tegenover dat een bepaald risico voor beide partijen redelijkerwijs verzekeraar kan zijn (zoals ook in casu, nu Peeten beschikte over een aansprakelijkheidsverzekering en Van den Heuvel over een brandverzekering), zodat een exoneratiebeding slechts een verschuiving van de "verzekeringsplicht" tot gevolg heeft. In die laatste situatie zal een beroep op zo'n beding dan ook niet snel in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid. Partijen zijn immers vrij een contractuele risikoverdeling tot stand te brengen. Het hof heeft kennelijk in deze omstandigheden - met name het feit dat beide partijen verzekerd waren - geen reden gezien om het beroep van Peeten op de clause naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten. Die beslissing acht ik niet onbegrijpelijk.

Noten:

82. Het hof had bovendien overwogen dat 'ten processe niet is gesteld of aannemelijk geworden dat een en ander anders zou zijn'.

§2. EXONERATIECLAUSULES

3. Zoals verzekering geen aansprakelijkheid creëert (aldus onder meer Hartlief en Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, 1999, p. 22) kan verzekering op zichzelf ook niet het beroep op een exonerationclausule onaanvaardbaar maken.

4. Zie Wessels en Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, Studiepockets Privaatrecht nr. 48, 1997, p.197.⁷

Ik dacht aanvankelijk bij lezing van het arrest van 12 mei 2000 dat de hoge raad vooral op dit punt, de verzekeringskwestie, meer duidelijkheid, en meer motivering van het hof eiste. Bij nader inzien weet ik dat nog niet zo net, vooral omdat de cassatierechter zo hamerde op de concrete omstandigheden, waaronder je ook de kleine ondernemer in de boze grote wereld kunt verstaan. In ieder geval valt op dat de hoge raad geen leiding geeft bij de gedachtevorming hierover.

Wat is het vervolg op dit arrest? Na verwijzing heeft het Hof Arnhem het beroep op de exonerationclausule in strijd met de redelijkheid en billijkheid geacht.⁸³ Bij de afweging van de omstandigheden acht het hof onder meer van belang dat het exonerationbeding eenzijdig was opgesteld, dat het een niet-geringe contractssom betrof (f 95.000,-) die ‘een beeld van “kwaliteit” kan oproepen’ en bij een startende ondernemer niet de vraag doet rijzen of wellicht nadelige bedingen in de algemene voorwaarden opgenomen zijn, de brand grotendeels te wijten was aan ‘aanmerkelijke achteloosheid’ van de monteur, het installatiebedrijf tegen deze schade verzekerd was, met een eigen risico van f 500,-. Het hof acht niet van belang dat de opdrachtgever een brandverzekering had, waaronder ruim 93% van de schade vergoed was, aangezien dat geen onderwerp van overleg tussen partijen geweest was omtrent de verdeling van risico’s, waaronder het brandrisiko, bij uitvoering van de overeenkomst; het was een toevallige omstandigheid, die geen relevante factor is, laat staan een doorslaggevende factor in het voordeel van de exonerant, oordeelde het hof. Dat geldt eveneens voor de omstandigheid dat het een fout van niet-leidinggevend personeel van de exonerant betrof. Daarover stelt het hof dat dit onverlet laat dat ‘de – als “aanmerkelijke achteloosheid” te kwalificeren fout van de niet-leidinggevende lassers als een der relevante omstandigheden in de totaalbeoordeling dient te worden meegewogen’ (ov. 2.5).

De uitslag is weinig aansprekend, en de motivering van het hof weinig overtuigend. De relatie tussen de aansprakelijkheidsverzekering van de installateur en de brand(opstal)verzekering van de opdrachtgever blijft onbelicht, terwijl het hier om twee ondernemers gaat die zaken met elkaar doen. Waarom een brandverzekering ‘toevallig’ zou zijn, terwijl iedere eigenaar van een pand, zeker een ondernemer, ‘startend’ of niet, een opstalverzekering heeft waarin het brandrisiko opgenomen is, valt minder goed te volgen. Verder lijkt het arrest van het Hof Arnhem moeilijk te verenigen met de vaste rechtspraak ten aanzien van het uitsluiten van aansprakelijkheid voor ernstige fouten van niet-leidinggevend personeel die eerder ter sprake kwam, met vele voorbeelden van sterkere gevallen van ‘aanmerkelijke achteloosheid’ dan het voorval in de champignonkwekerij van Peeten.⁸⁴ Dat is nog minder begrijpelijk indien de

83. Hof Arnhem 22 okt. 2002, rolnr 2000/473; niet gepubl., zie www.rechtspraak.nl.

84. Zoals in het eerder genoemde arrest *Océ-Technologies – ABB*, 2001. Zie ook de verwijzing naar verzekeringsrechtelijke aspecten in de concl. a-g-Spier voor dat arrest.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

wederpartij van de exonerant verzekeringsdekking heeft, en bovendien een belangrijk aandeel in de schade gehad heeft, zowel wat de oorzaak, als het achterwege laten van maatregelen, en toezicht betreft.

Hoe kan het toch zijn, dat voor de hoge raad in 1960 ene Mozes nul op het rekest krijgt tegenover een garage met een falende monteur, omdat Mozes tegen die schade verzekerd was, een bedrijf als Fokker in 1968 hetzelfde overkomt tegenover een kraanbedrijf met een gebrekkige kraan, en in 2002 de ondernemer Peeten een door hem verzekerde schade zou kunnen verhalen op een installateur met falende monteurs (bij welk falen Peeten ook zelf boter op het hoofd heeft)? En wat de brandverzekering in het laatste geval betreft, dat is toch het terrein van de *knock for knock* regeling, zelfs ten aanzien van particulieren? Onder zo'n regeling laten assuradeuren verhaal op elkaar achterwege, en dient de schadelijdende partij zich bij zijn eigen assuradeur voor uitkering te melden. Dergelijke regelingen zijn ook gangbaar in de binnenvaart en bij grote bouwprojecten, zoals in de off-shore.⁸⁵ Bij verkeersschade heeft de verzekeringsindustrie dat in ons land buiten de deur weten te houden (al sinds het plan-Bloembergen, uit de jaren '60). Waarom speelde dat niet in het geval van onze beginnende champignonkweker Peeten? Dat is toch een modaal schadegeval, installatiewerkzaamheden waarbij brand ontstaat, is dat niet geregeld, en waarom weten wij (lees: de rechter) hier niets van? Hoe zit het met de vooruitgang in het denken over dit onderwerp, aansprakelijkheid en verzekering? Wie is hier de 'cheapest cost avoider', in de terminologie van de Chicago School? Auteurs die roepen dat eerst aansprakelijkheid komt, en dan pas de verzekeringsvraag – a-g Hartkamp haalde enkele prominente schrijvers aan, een lijn die teruggaat tot H. Drion⁸⁶ – zijn ben ik bang geen grote steun op dit terrein, terwijl initiatieven uit de verzekeringswereld zelf alleen levensvatbaar zijn indien er voor die branche zelf voordeel in zit (besparing op administratieve kosten, juridische advies- en transactiekosten, e.d.). Men verkoopt graag veel verzekeringen, aan veel personen, is mijn indruk. Het denken over de economische merites daarvan dient in andere sferen te gebeuren. Heeft de universiteit hier wellicht een taak?

Het is opvallend dat de verzekeringsindustrie op sommige terreinen, zoals in de bouw, de rangorde van verzekeringen voor hetzelfde schadevoorval geregeld heeft. Een goed voorbeeld is de verhouding van de aansprakelijkheidsverzekering van de aannemer tot de garantieverzekering van de toeleverancier. De eerste is een dekking in de vorm van de CAR-verzekering, 'Construction All Risk' (waarvan de premie door de aannemer gedragen, en doorberekend wordt aan de opdrachtgever, of door de laatste voor zijn rekening genomen kan zijn).⁸⁷ De eerste verzekering kent vaak een zogenaamde 'primary

85. Zie hiervoor boven nr 4, Deel 2, Hfdst. 12, § 5, nr 8

86. Vgl. bovengenoemde auteurs, noot 31 en bijbehorende tekst. Kenmerkend voor die zienswijze is de opmerking van bewerker Oldenhuis in de losbl. Bundel *Onrechtmatige daad*, art. 6:170, aant. 75.2, febr. 2003: 'Uitgangspunt is zoals H. Drion eens verwoordde – dat aansprakelijkheid aan de verzekeringsvraag vooraf gaat' (inzake invloed van WA-verzekering).

87. Het komt regelmatig voor dat de opdrachtgever een verzekering sluit om (mede) voor de aansprakelijkheidsrisiko's van de aannemer dekking te verkrijgen; zo bijv. de bodemsaneringsverzekering in de RAW-regeling (wegenbouw), art. 01 16.01 (RAW 1995; zie

§2. EXONERATIECLAUSULES

clause', waarmee de hegemonie van de CAR-polis vastgesteld wordt, bijvoorbeeld als volgt:

'Uitdrukkelijk wordt hierbij overeengekomen, echter zonder terzijde stelling van de clausule WA-secundair, dat in geval van schade deze verzekering zal voorgaan boven eventuele andere bestaande verzekeringen, ongeacht van welke datum'.

In een garantie-polis van een toeleverancier werd de volgende, zogenaamde 'harde na U-clausule' opgenomen:

'Alle schade die onder enige andere verzekering is gedekt of zou zijn gedekt indien deze verzekering niet zou hebben bestaan, is uitdrukkelijk van deze verzekering uitgesloten'.

Aldus is duidelijk dat gedurende de looptijd van de CAR-polis, doorgaans tot het einde van de opleveringstermijn, deze polis alle schade dekt, terwijl na afloop van de opleveringstermijn de garantie-polis alle schade terzake van de geleverde materialen dekt.⁸⁸

Daarnt kwam ter sprake dat een contractspartij een verzekering kan nemen voor schade door de wederpartij veroorzaakt en waarvoor de laatste aansprakelijkheid draagt. Deze figuur is naar ik begrijp uit recente artikelen over aansprakelijkheid en verzekering in een meer rechtseconomische context, de nieuwe trend, ter vervanging van het ideaal-beeld van progressieve juristen, de *first party*-verzekering (schadelijdende partij dient bij eigen assuradeuren uitkering te vragen, ongeacht de aansprakelijkheidsvraag). Het gaat om *third party insurance*, dat wil zeggen, geen aansprakelijkheidsverzekering (in de gangbare betekenis van de term), maar om een verzekering gesloten tot dekking niet of niet alleen van een eigen verzekeraar belang (namelijk om niet aansprakelijk gesteld te worden), maar (mede) tot vergoeding van een (nader bepaalde) door derden geleden schade, waarvoor de verzekerde niet aansprakelijk is. Het is een zogenaamde 'verzekering voor rekening', in België ook bekend als 'une assurance pour compte d'autrui'. Cousy heeft hier onlangs de aandacht op gevestigd; de voorbeelden uit het belgische recht zijn de arbeidsongevallenwetgeving van 1971 en de in 1995 ingevoerde regeling van automatische vergoeding van niet-gemotoriseerde verkeersdeelnemers; voorbeelden uit andere landen zijn verkeersverzekering, 'patient insurance' en milieuverzekering.⁸⁹ Men kan die verzekering badinerend noemen, aldus Cousy: 'een "third party insurance without liability", een soort aansprakelijkheidsverzekering maar zonder aansprakelijkheid'. De eerder door mij genoemde 'knock for knock'-regelingen en het uitsluiten van regres op een

ook latere editie). Zie voor deze figuur van verzekering ten behoeve van de wederpartij ook nog onder, nr 15, inzake Duits recht.

88. Dit voorbeeld is ontleend aan het dossier inzake Hof Arnhem 28 febr. 1995, inzake Stichting Chr. Bejaardenzorg (niet gepubl.); het geschil betrof de bouw van een bejaardentehuis en kozijnen die gebreken vertoonden. Overigens is hier de regel van belang dat bij dubbele verzekering de als tweede gesloten verzekering nietig is.

89. H. Cousy, 'Over aansprakelijkheidsrecht en verzekering: living together apart?', *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Kluwer: 2000, p.203, op p.220 v.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

contractspartij (naar aanleiding van de Fokker-zaak) zijn in wezen voorlopers van deze rechtsfiguur, die bepaald de aandacht verdient bij ons onderwerp.

In zijn recente proefschrift heeft Duyvensz bepleit om bij de toetsing van exoneratieclausules een belangrijke plaats toe te kennen aan verzekering en verzekerbaarheid van het risico, daartoe vooral geïnspireerd door de ontwikkelingen in het engelse en duitse recht, die hieronder nog aan de orde zullen komen, en een aantal nederlandse schrijvers. Het is opmerkelijk dat in dat betoog de *Bovag*-arresten en *Fokker vliegtuigvleugel* niet voorkomen.⁹⁰

Merkwaardigerwijs combineert Duyvensz deze visie met een stellige afwijzing van de 'assurance oblige'-gedachte, in het voetspoor van Hartlief en Tjittes. Wat daarvan zij, verheugend is dat hij exoneratie in beginsel geoorloofd acht 'indien van de afnemer redelijkerwijs kan worden verwacht dat hij tot verzekering overgaat'. Voor het aannemen van redelijke verzekeringsmogelijkheden stelt hij niet alleen de eis dat 'een verzekeringsdekking verkrijgbaar is, maar ook dat het risico zodanig is dat van de afnemer kan worden verwacht dat hij het door middel van een schadeverzekering opvangt'. Bepalend is of exoneratie 'gelet op de voordelen van verzekeren op eerste partij basis – voor de grootste groep van afnemers tot de meest wenselijke oplossingen leidt'.⁹¹ Dit uitgangspunt leidt Duyvensz tot een analyse van verschillende contractsvormen, zoals varianten op bewaarneming en bewaking, bewerking van zaken, e.d. Van de eigenaar van een pand dat bij werkzaamheden betrokken is mag verwacht worden dat hij over een brandverzekering beschikt, evenals een inboedelverzekering, en wanneer daar aanleiding toe is, een kostbaarhedenverzekering. Van een ondernemer mag verwacht worden dat hij opstal en inventaris verzekerd heeft tegen brand en diefstal; bij machines ligt behalve een brandverzekering, een all risk-verzekering in de rede.⁹² In dergelijke situaties acht Duyvensz exoneratie door een dienstverlener geoorloofd. De economische voordelen van een dergelijke benadering, schadeverzekering boven aansprakelijkheidsverzekering, worden door hem benadrukt. In navolging van Hartlief en Tjittes houdt hij echter een slag om de arm, want rechtsethische en preventiemotieven kunnen ertoe leiden dat een exonerant toch aansprakelijk dient te zijn. Ook is denkbaar dat daartoe slechts een gedeeltelijke exoneratie toegestaan kan worden.

In elk geval blijkt uit de hier besproken jurisprudentie dat verzekeringsaspecten, en daarmee de economische context van de overeenkomst, meegewogen moeten worden bij de toetsing van een beroep op exoneratie, en daarbij zelfs een doorslaggevende rol heeft, al gebeurde dat in de als laatste besproken zaak van de champignonkwekerij op weinig inspirerende wijze. Gebleken is ook dat veel auteurs deze ontwikkeling van 'assurance oblige' in de jurisprudentie hoofdschuddend gadeslagen hebben, al is er de laatste jaren een kentering in zicht. Daarmee is het moment gekomen om na te gaan hoe het op dit terrein in

90. J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exoneratieclausule*, diss. Tilburg 2003.

91. T.a.p., p.66 v. Schr. is hierbij vooral beïnvloed door Kötz, Wessels en Jongeneel, en a-g Spier, concl. voor HR 30 nov. 2001, *JOL* 710, *Océ-Technologies – ABB* (zie ook nog onder, nr 7).

92. Vgl. p.70; en voor bewakingsovereenkomst: p.123 e.v.; voor bewerking van zaken: p.151 e.v. Zie voor de relatie schadeverzekering – aansprakelijkheidsverzekering ook: Hartlief en Faure, *NJB* 1998, p.1141; Bergkamp, *NJB* 2000, p.275.

§2. EXONERATIECLAUSULES

omringende landen gesteld is; eerst zal nagegaan worden of het engelse recht ons meer te bieden heeft. Daarna volgt een bespreking van Duits recht.

Verzekeringsdekking van belang in het arrest Kuunders – Swinkels Techniek (2004)

Alvorens ons in de rechtsvergelijking te begeven, nog een laatste blik op ons eigen recht. Bij het ter perse gaan van dit boek verscheen namelijk het arrest van de hoge raad van 18 juni 2004, inzake *Kuunders – Swinkels Techniek*, waarin de eerder beschreven lijn van de cassatierechter waarbij verzekering van aansprakelijkheid van de exonerant zo'n centrale plaats inneemt, met grote stelligheid doorgetrokken wordt.⁹³ Daarmee wordt het zojuist besproken arrest van het Hof Arnhem in de champignonkwekerij-zaak in een kritisch licht geplaatst. Het arrest van 18 juni 2004 verdient hier om besproken te worden. Het betreft eveneens een installatiefout, dit keer bij een varkensmester, waarbij de installateur ook onder de ALIB-voorwaarden werkte, en zich na een fatale fout (voor de varkens, dan) op het exoneratiebeding beroept.

De casus komt, kort gezegd, hierop neer dat Swinkels Techniek in een varkensstal van Kuunders werkzaamheden heeft uitgevoerd, waarbij o.m. een defecte zekering vervangen werd. Aangezien de monteur niet de juiste zekering bij zich had, zette hij er voorlopig een zwaardere zekering in, met de mededeling dat hij nog een keer zou terugkomen wanneer hij in de buurt was om de zekering te vervangen. Dat laatste gebeurt enkele dagen later op een avond, echter zonder dat Kuunders daar weet van heeft. De monteur vertrekt weer, zonder het door hem tijdelijk uitgeschakeld alarm in weer werking te stellen (hij verklaart naderhand dat hij door een binnenkomend telefoontje op zijn mobiele telefoon afgeleid moet zijn geweest).

De volgende dag treft Kuunders het merendeel van de 900 varkens dood in de stal aan, wegens verstikking; de ventilatoren waren uitgevallen door een aardlek, en het alarm was niet afgegaan. Na enig onderzoek blijkt dat het alarm uitgeschakeld stond, zonder dat de varkensmester daar erg in had gehad.

Het Hof Den Bosch was oordeel dat het nalaten van het (wederom) inschakelen van het alarm door de monteur van Swinkels niet als grove schuld aangemerkt kan worden, en dat haar derhalve een beroep op de exoneratie toekomt; aansprakelijkheid derhalve voor 15% van het factuurbedrag, dat overigens gerekend wordt uitsluitend over het onderdeel 'zekering vervangen', ad f 200,-, zodat f 30,- aan Kuunders als schadevergoeding betaald moet worden.

De laatste gaat in cassatie, met succes. Hier volgen de kernoverwegingen van de hoge raad:

'3.4 In de inleiding van het middel wijst Kuunders erop dat hij in grief VII heeft aangevoerd dat een beroep op het exoneratiebeding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en wijst hij op de volgende omstandigheden.

- (a) Het goed functioneren van het alarm is van levensbelang voor de in de stal verblijvende varkens.
- (b) Swinkels heeft het alarm uitgeschakeld en had zich ervan moeten overtuigen dat na afloop van de werkzaamheden het alarm weer was ingeschakeld en hij had de werking ervan moeten controleren.
- (c) Swinkels had het volledig zelf in de hand om een grove fout als het niet opnieuw inschakelen van het alarm te voorkomen.
- (d) Met Kuunders is niet over het exoneratiebeding onderhandeld en het fenomeen leveringsvoorwaarden is in de sector relatief onbekend.

93. HR 18 juni 2004, *JOL* 339.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

- (e) Het exoneratiebeding staat op de grijze lijst van art. 6:237, onder f, BW.
- (f) Kuunders was niet bekend met de komst van Swinkels op 13 juni 1997.
- (g) Swinkels heeft een aansprakelijkheidsverzekering.

3.5 Onderdeel 1 van het middel bevat de klacht dat het hof zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd door te volstaan met de beoordeling van de vraag of al dan niet sprake is van grove schuld en niet aan te geven in hoeverre de hiervoor in 3.4 onder (c), (d) en (g) vermelde omstandigheden een rol spelen. Onderdeel 3 wijst in aanvulling daarop nog op de onder (a) en (b) vermelde omstandigheden en op het feit dat het beding voor Kuunders onevenredig bezwarend is, mede in aanmerking genomen dat Swinkels was verzekerd.

3.6 Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat een exoneratiebeding buiten toepassing dient te blijven voor zover die toepassing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, hetgeen in het algemeen het geval zal zijn als de schade is te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid van de schuldenaar of van met de leiding van zijn bedrijf belaste personen (HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 208 (d.i. *Gemeente Stein – Driessen*, JMvD)). Daarbij zal de rechter rekening moeten houden met alle omstandigheden waarop door de partij die het beding buiten toepassing gelaten wil zien, zich heeft beroepen. In het bijzonder zal in een geval als het onderhavige in aanmerking moeten worden genomen hoe laakbaar het verzuim dat tot aansprakelijkheid zou moeten leiden, is geweest, wat de gevolgen van dit verzuim zijn en in hoeverre de daardoor ontstane schade eventueel door verzekering is gedekt.

3.7 Gelet op de hiervoor in 3.6 vermelde maatstaf geeft het oordeel van het hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting dan wel is dit oordeel ontoereikend gemotiveerd. Van een onjuiste rechtsopvatting is sprake indien het hof heeft geoordeeld dat het kon volstaan met een beantwoording van de vraag of sprake was van grove schuld van Swinkels zonder daarbij alle omstandigheden als vorenbedoeld in aanmerking te nemen. Mocht het hof wel van de juiste maatstaf zijn uitgegaan, dan had het in zijn motivering moeten betrekken waarom de door Kuunders aangevoerde omstandigheden niet tot het oordeel kunnen leiden dat een beroep op het exoneratiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het hof heeft echter een aantal van deze omstandigheden niet in zijn motivering betrokken. De hiervoor in 3.4 en 3.5 vermelde stellingen van Kuunders hielden niet alleen in dat het functioneren van het alarm van levensbelang was voor de in de stal verblijvende varkens, maar ook dat Swinkels zich had moeten realiseren dat hij - omdat Kuunders niet ervan de op de hoogte was dat Swinkels werkzaamheden uitvoerde - niet mocht verzuimen erop te letten dat het alarm weer werd ingeschakeld en goed functioneerde omdat Kuunders niet erop bedacht zou (behoeven te) zijn dat daarop extra zou moeten worden gelet. Op Swinkels rustte dus volgens de stellingen van Kuunders een bijzondere zorgplicht, waaraan het hof geen aandacht heeft besteed. Het hof had voorts aandacht moeten besteden aan de door Kuunders met betrekking tot het exoneratiebeding aangevoerde omstandigheden, waaronder in het bijzonder het feit dat de aansprakelijkheid van Swinkels, in beginsel, door verzekering was gedekt. De hierop gerichte klachten van de onderdelen 1 en 3 treffen doel, zodat onderdeel 2 geen behandeling meer behoeft.⁷

A-g Verkade had in dezelfde zin geconcludeerd. Hij doet daarbij enkele opmerkelijke uitspraken, allereerst dat het hem niet nodig lijkt om ten principale in te gaan op 'de overbekende problematiek van de invloed van verzekering/verzekeraarbaarheid op de omvang van aansprakelijkheid'. Hij concludeert, na het arrest *Zwaantje van Delft* van 1936 (*NJ* 420) aangehaald te hebben, dat 'heden ten dage (niet tegenstaand ... de beduchtheid voor als maar uitdijende aansprakelijkheid, maar dankzij de rechtseconomische risicospreidingsgedachte) de invloed van verzekering respectievelijk

§2. EXONERATIECLAUSULES

verzekeraarheid op aansprakelijkheid óók in de literatuur over onredelijk bezwarende bedingen respectievelijk exoneratieclausules vrijwel algemeen aanvaard is' (sub nr. 4.8, noten weggelaten). In een noot wijst de a-g erop dat in door hem aangehaalde literatuur verzekering/verzekeraarheid 'vrijwel unaniem als relevante faktor wordt genoemd'. Ook wordt het *champignonkwekerij*-arrest van 12 mei 2000 ter ondersteuning genoemd, alsook Hof Arnhem 10 nov. 1998, *NJ* 2002, 264, *SSM – Faber*. In dat laatste arrest was de exonerant een organisator van skeelerwedstrijden; het hof overwoog dat wanneer de exonerant een verantwoord verzekeringspakket had dat aan rechtvaardiging van het exoneratiebeding in de weg staat, voor zover de schade niet meer beloopt dan het bedrag waarvoor zij zich heeft verzekerd en redelijkerwijs kon verzekeren.

In deze zaak kwam niet aan de orde of de schade van varkensmester Kuunders door eigen verzekering gedekt was; ik neem aan dat dit niet het geval was, aangezien het gevolgschade betreft van gebreken aan opstallen, en dit aan partijen, evenals de rechters, bekend was (in de procedure treden dan ook geen assuradeuren van Kuunders op). De casus is niet geheel vergelijkbaar met die van *Interpolis – Peeten*, inzake de champignonkwekerij, maar bevestigt wel het belang van verzekeringsdekking aan de zijde van een exonerant, in de situatie dat de gelaedeerde kennelijk geen verzekeringsdekking voor zijn schade (aan de varkens) had.

Een saillant verschil in beide casusposities is dat de champignonkweker, anders dan de varkensmester, actief betrokken was bij de reparatie (hetgeen het element van toezicht houden, c.q. kennis hebben van de gang van zaken inhoudt) en bovendien de noodlottige halogeenlamp ter beschikking gesteld had, in plaats van een minder risikovolle verlichting, zeker in combinatie met stukken karton die op het werk lagen. De varkensmester wist niet eens dat de monteur bezig was geweest.

12. 'Restatement' van het rechtersrecht inzake de toetsing van een beroep op exoneratie

Aldus het tableau van de jurisprudentie van de hoge raad inzake de exoneratieclausules. Het is duidelijk een open normensysteem dat de raad hanteert; de *pseudo-vogelpest*-zaak gaf ook aan, dat het rechtskarakter van de beoordeling niet uit het oog verloren moet worden: men roept als wederpartij van de exonerant het beginsel van de goede trouw te hulp, dan dient men zelf ook schone handen, of relatief schone handen, te hebben.⁹⁴ Indien de cassatierechter op deze weg doorgaat, hetgeen gezien de positieve reacties in de doctrine waarschijnlijk is, kan men een verlanglijstje opstellen van criteria die in de reeks niet zouden misstaan. Na het eerder betoogde zal het niet als een verrassing komen dat wat mij betreft op een verkiesbare plaats gezet zou kunnen worden:

94. Vgl. ook boven, pp. 53, 68. Het zelfde beginsel vindt men gehanteerd in RvA metaalnijverheid 24 sept. 1981, *BR* 1983, p. 73.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

a. welke partij, gezien de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid, het meest geëigend was om zich tegen mogelijke schade als gevolg van het onzorgvuldig handelen van de andere partij door middel van verzekering te dekken.

Hieraan zou toegevoegd kunnen worden, na *Heeren - Mertens* (1995): ‘*of verhaal op derden*’. Het criterium *b* zou iets uitgewerkt kunnen worden, bijvoorbeeld in deze zin:

b. aard en verdere inhoud van de overeenkomst (mede op grond van uitdrukkelijke toezeggingen over de wijze van uitvoering) en de risikoverdeling die op basis daarvan en van de verkeersopvattingen en de redelijkheid aangenomen kan worden.

Aan criterium *c* zou nog de mate van deskundigheid van partijen toegevoegd kunnen worden; aan *e*: in het licht van de onderhandelingen en de mededelingen daaromtrent door de exonerant gedaan. Criterium *a* zou verduidelijkt en in modernere bewoordingen gesteld kunnen worden. In navolging van het arrest *De Boer - Wittenberg* zou een plaats voor de betekenis van veranderde omstandigheden kunnen worden ingeruimd.⁹⁵ Tenslotte werd een criterium (*l*) toegevoegd naar aanleiding van *Matatag - De Schelde* (1993). Mijn lijstje zou er als volgt uitzien, in een nieuwe volgorde:

De beoordeling of een beroep van een partij op een contractueel beding waarbij aansprakelijkheid uit wanprestatie of onrechtmatige daad uitgesloten of beperkt wordt haar vrijstaat, dient te geschieden aan de hand van de eisen van de goede trouw, die met zich brengen dat men rekening dient te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. De beoordeling is afhankelijk van de waardering van tal van omstandigheden, zoals:

- a.* de mate van onzorgvuldigheid, mede in verband met de aard en ernst van de toegebrachte schade (zaaksschade of letselschade);
- b.* de aard en verdere inhoud van de overeenkomst (mede op grond van het verwachtingspatroon en uitdrukkelijke toezeggingen ten aanzien van de wijze van uitvoering) en de risikoverdeling tussen partijen die op basis daarvan en van de verkeersopvattingen en de redelijkheid aangenomen kan worden;
- c.* de maatschappelijke positie, de deskundigheid en de onderlinge verhouding van partijen;
- d.* de wijze waarop het beding is totstandgekomen;
- e.* de verandering in de omstandigheden sinds de totstandkoming van de overeenkomst;
- f.* de strekking van het beding en de reden waarom het in de overeenkomst werd opgenomen;
- g.* de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest, in het licht van de onderhandelingen en de mededelingen daaromtrent door de exonerant gedaan;
- h.* het gedrag van de wederpartij van de exonerant met betrekking tot de gebreken of de daarvoor ontstane schade;

95. HR 14 dec. 1973, NJ 1974, 127, nt GJS.

§2. EXONERATIECLAUSULES

- i. *de verhouding tussen de beperking van de schade en de omvang van de voorzienbare schade;*
- j. *de lage prijs van geleverde goederen of diensten tegenover de in verhouding grote omvang van mogelijke schade bij onzorgvuldige uitvoering van de overeenkomst;*
- k. *welke partij, gezien de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid, het meest geëigend was om zich tegen mogelijke schade als gevolg van het onzorgvuldig handelen van de andere partij door middel van verzekering of verhaal op derden te dekken.*
- l. *er sprake is van professionale partijen, behorend tot bedrijfstakken die regelmatig met elkaar te doen hebben, waarin algemene voorwaarden en exonertes gebruikelijk zijn; in dat geval kan het redelijk zijn om aansprakelijkheid voor ernstige fouten van tewerkgestelde personen die niet tot de bedrijfsleiding behoren geheel of ten dele uit te sluiten.*

Men zie ook het boven, § 1, nr 11, gestelde over de regels inzake de toetsing van het beroep op een *contractsbeding in het algemeen*, de uitleg van een beding, en de mogelijkheid van omkering van de bewijslast in de leer van de hoge raad.⁹⁶

13. *Bewuste roekeloosheid bij exonertie in het vervoersrecht en de verzekeringsaspecten*

Hierboven, bij de bespreking van het standaard-arrest *Codam – Merwede* (1954) en recente rechtspraak over exonertie in vervoerscontracten in geval van grove schuld in de vorm van ‘bewuste roekeloosheid’, kwam de nieuwe formule aan de orde die de hoge raad daarbij hanteerde (zie nr 7, in fine). De grens met opzet was altijd al in beeld, maar met de frase dat het moet gaan om ‘bewustheid van de kans op schade die aanzienlijk groter is dan de kans dat de schade zich niet zal voordoen’, lijkt een nieuwe invulling gegeven te zijn aan grove schuld. In het vervoersrecht heeft deze rechtspraak de nodige stofwolven op geworpen, en werd de vraag gesteld of hiermee de hoogste rechter een nieuwe invulling van grove schuld gegeven heeft die ook op andere rechtsgebieden van toepassing is.

Die vraag wordt door mij ontkennend beantwoord; voor een motivering verwijs ik naar de bovenstaande beschouwingen. In de recente arresten die betrekking hebben op koop, dienstverlening, e.d., komt men de nieuwe formule namelijk niet tegen, terwijl ook het O.M. er geen aandacht aan besteedt in de genomen conclusies. Intussen kan wel de vraag gesteld worden waarom in het vervoersrecht behoefte bestaat aan die nieuwe formulering van grove schuld/bewuste roekeloosheid; daarbij dient ook ingegaan te worden op de verzekeringsvraag, en haar relevantie voor de vervoersovereenkomst.

Een opmerking vooraf. In de hierboven gegeven analyse van de stand van zaken onder het algemene contractenrecht, speelde telkens de eigen geaardheid

96. Zie voor de vraag of een exonertie gecombineerd is met een *verplichting tot vrijwaring* de discussie tussen W.H. van Boom en L. Groefsema in *WPNR* 6235 en 6260 (1996). Het gaat hier om de vraag of de wederpartij van de exonertant moet voorkomen dat een derde die hij tot schadevergoeding zou kunnen aanspreken weer verhaal zoekt op de exonertant. Zie ook de daar aangehaalde lit. Voor de relatie tussen exonertie en garantie, zie onder, § 3, nr 7.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

van de betreffende overeenkomst een belangrijke rol. Anders gezegd, er zijn natuurlijk algemene regels te geven over hetgeen bij een beroep op exoneratie verstaan wordt onder grove schuld, en in dat verband (bewuste) roekeloosheid, maar daarbij moet al meteen een plaats ingeruimd worden voor de aard van de overeenkomst in kwestie. Dat laatste is veelal verbonden aan een bijzondere overeenkomst, meestal een benoemde overeenkomst, dat wil zeggen, door de wetgever in kaart gebracht. Mijn standpunt ten aanzien van de betekenis van de zienswijze van de cassatierechter in de recente vervoerszaken is mede daarop gebaseerd. Om op de ontknoping vooruit te lopen, naar mijn mening laat de formule die de hoge raad de laatste jaren hanteert bij 'bewuste roekeloosheid' zich verklaren door de bijzondere geaardheid van de vervoersovereenkomst, de belangen en risico's die op dat gebied spelen, in een internationale context, waarbij het contract in kwestie slechts een schakel van een wereldwijde keten is. Dat heeft tot gevolg dat een rechtstreekse toepassing van die formule in andere delen van het contractenrecht daardoor niet voor de hand ligt.

De recente rechtspraak van de hoge raad op dit terrein, waarin de figuur van 'bewuste roekeloosheid' op een bijzondere wijze wordt ingevuld, kan hier niet in extenso besproken worden.⁹⁷ Het gaat daarbij om diefstal van de lading van vrachtwagens tijdens transport (sigaretten, kleding, e.d.) als gevolg van onzorgvuldigheid en onoplettendheid van de chauffeur bij het parkeren voor de nacht, of het nemen van een lunch, in strijd met instructies van de werkgever. In een van de zaken is illustratief voor deze categorie. Een chauffeur ging aan het eind van de dag thuis slapen, in een rustig dorpje, en zette de vrachtwagen op een plaatselijke parkeerplaats (dus niet op een voorgeschreven, beveiligde parkeerplaats), wel met de laadklep dicht tegen een boom, want je wist maar nooit. De dieven hadden daar geen moeite mee, en de volgende ochtend trof de chauffeur zijn vrachtwagen zonder lading aan. Heeft de optimistische chauffeur schuld?, ja; ook grove schuld, in de zin van bewuste roekeloosheid? Daar valt over te twisten.

Aldus de hoofdlijnen van de problematiek in het vervoersrecht. Ik concentreer mij nu op het thema van de rechtseconomische aspecten van exoneratie, en de vraag naar de rol van verzekeringsdekking.

De betekenis van het begrip 'bewuste roekeloosheid' voor de aansprakelijkheid bij vervoersovereenkomsten wordt op heldere wijze uiteengezet door a-g Strikwerda, in zijn conclusie voor het arrest *Van der Graaf - Philip Morris*, HR 5 jan. 2001, NJ 392, onder nrs 12 en 14. Een passage die de noot van Hijmans van den Bergh uit 1955 in herinnering roept, en de beschouwingen van Lord Wilberforce in *Photo Production*. Ik laat dat hier volgen:

(12.) 'Een helder uitgangspunt voor het begrip bewuste roekeloosheid in de vervoerrechtelijke context biedt naar mijn oordeel de conclusie van A-G Koopmans voor HR 7 december 1990, NJ 1991, 596. Onderstreept wordt dat het verschil tussen grove schuld en bewuste roekeloosheid schuilt in het toegevoegde subjectieve element. Van bewuste roekeloosheid is sprake "wanneer de dader de gevaren die zijn handelen oproept niet afweegt tegen datgene wat hij met dat handelen wil bereiken. Hij gaat niet over tot een verkeerde, of zelfs evident

97. Zie hiervoor uitvoerig de bijdrage van K.F. Haak en F. Koot aan: K.F. Haak (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2004 (te verschijnen).

§2. EXONERATIECLAUSULES

verkeerde afweging (dat kan grove schuld opleveren), maar hij verdisconteert de risico's eenvoudigweg niet in zijn oordeel. Bewuste roekeloosheid ontstaat wanneer de dader dat willens en wetens doet, dat wil zeggen wanneer hij, die risico's kennend, zijn handeling verricht in de wetenschap dat het mis kan gaan. Deze (subjectieve) wetenschap is een afzonderlijk bestanddeel van de bewuste roekeloosheid", aldus Koopmans.
(.....)

14. Waar het in art. 8:1108 BW neergelegde criterium is ontleend aan de jongste ontwikkelingen op het terrein van het vervoerrecht, verdient het aanbeveling bij de toepassing van dat criterium in het kader van art. 29 CMR, zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij die ontwikkelingen. Het criterium vindt zijn oorsprong, zoals gezegd, in het bij het Haagse Protocol van 28 september 1955 gewijzigde art. 25 van het Verdrag van Warschau, dat uitdrukkelijk het waarschijnlijkheidsbewustzijn als zelfstandig element naast roekeloosheid postuleert om aan te geven dat doorbreking van de aansprakelijkheidsbeperking van de vervoerder, die zijn diensten doorgaans verricht voor een vergoeding die in geen verhouding staat tot de waarde van de door hem vervoerde goederen, alleen in uiterste gevallen plaats mag vinden. Zie F. de Vries, *Wettelijke limitering van aansprakelijkheid*, 1990, blz. 165 e.v. Zie ook Haak, a.w., blz. 283/284. Met de objectiverende benadering van het "grote schuld"-begrip van het Codam/Merwede-arrest kan naar mijn mening dus niet meer worden volstaan. Aan het subjectieve element in het doorbraakcriterium ("roekeloos en met de wetenschap dat die schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien") zal zelfstandige betekenis moeten worden toegekend. Dit sluit overigens niet uit dat een handeling zo volstrekt roekeloos kan zijn, dat daaruit het vermoeden van wetenschap van de kans op schade mag worden afgeleid. Vgl. De Vries, a.w., blz. 172. Een beweerdelijk ontbreken van subjectieve wetenschap kan de vervoerder, die zijn zorgverplichtingen met voeten treedt, niet baten.

Men ziet dat A-G Strikwerda op de lijn van het standaardarrest *Fokker – Zentveld* van 1968 zit, met de nadruk die door hem gelegd wordt op de wanverhouding tussen de lage vergoeding voor de transportdiensten enerzijds, en de hoge waarde van de vervoerde goederen anderzijds. Het is jammer dat hij de verzekeringsaspecten niet in zijn beschouwingen betrokken heeft, zoals zijn collega Spier dat in hetzelfde jaar nadrukkelijk wel gedaan had bij toetsing van een exoneratiededing in het arrest *Océ-Technologies – ABB*, dat eerder genoemd werd. Zijn betoog zou, mutatis mutandis, goed op de vervoersovereenkomst passen:

'Maatschappelijk – en vooral ook rechtseconomisch – beschouwd, zou het m.i. het beste (want goedkoopste) zijn wanneer de afnemer zich voor dit soort gevallen adequaat zou verzekeren en de leverancier een sluitende exoneratiededing zou hanteren. De schade wordt dan gedekt en de leverancier loopt bij massaschades geen risico op een deconfiture. Bovendien worden de kosten van dit soort – nogal bewerkelijke – procedures bespaard' (nr 3.10, *JOL* 2001, 710).

Bij vervoer hebben wij een situatie waarin de ladingbelanghebbende verzekerd is; het gaat hier weer om de eerder besproken afweging tussen een dergelijke schadeverzekering enerzijds, en de aansprakelijkheidsverzekering van de vervoerder, anderzijds. Hier komt nog bij, zoals in mijn inleiding al opgemerkt, dat bij internationaal vervoer de goederen door vele handen gaan voor zij hun eindbestemming bereikt hebben. Dit is voer voor rechtsekonomen. Men hoeft echter geen groot ekonom te zijn om te beseffen, evenals dat eerder ter sprake kwam bij overeenkomsten van dienstverlening of aanneming van werk dat het ekonomischer is om het risico te leggen bij de eigenaar van de bewerkte, hier: vervoerde zaak, die voor dat risico op de meest goedkope en efficiënte manier

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

(namelijk toegespitst op de aard en waarde van de lading) verzekeringsdekking kan verkrijgen voor de gehele vervoersketen (over land, water en lucht).

Ramberg heeft gewezen op de betekenis van de verdeling van het economische risico tussen partijen, de vrachtvervoerder en verzender, derhalve tussen aansprakelijkheids- verzekering en een goederenverzekering; op de vervoerder rust een strenge aansprakelijkheid, echter met het recht die te begrenzen.⁹⁸ De aanleiding voor deze beschouwing was een arrest van de Zweedse hoge raad uit 1986 waarin geen grove schuld aangenomen werd in een geval van vervoer van een dragline per oplegger die beschadigd raakte bij het passeren van een viaduct dat te laag bleek te zijn, ondanks dat de chauffeur informatie verkregen had van schilders die ter plekke werkzaam waren. Ook in het Zweedse recht geldt dat de hoogste rechter andere maatstaven hanteert in de civielrechtelijke sfeer, bijvoorbeeld aanneming van werk; in een arrest van 1992 werd grove schuld aangenomen in geval van een dak dat instortte, waarbij gebleken was dat de aannemer in het dakwerk slechts iedere tweede spijker ingeslagen had.

Ik kan in het bestek niet nader ingaan op de toepassing van hetgeen hierboven verdedigd werd met betrekking tot toetsing van exoneratiebedingen op het terrein van het vervoersrecht, waar dat overigens gebeurt in de vorm van het stellen van een (wettelijke) limiet aan de aansprakelijkheid van de vervoerder. Wel zou ik de kanttekening willen maken dat een betoog om de vervoerder op economische gronden te ontzien, en hem een vergaand beroep op exoneratie (limitering van aansprakelijkheid) te geven, sterkere argumenten verdient dan men in onze literatuur doorgaans tegenkomt.⁹⁹ Zo heeft Wijngaards daartoe aansluiting gezocht bij de jurisprudentie in het arbeidsrecht, met het argument dat de term bewuste roekeloosheid 'binnen het Nederlandse rechtssysteem *éénduidig* geïnterpreteerd dien te worden', met het gangbare Germanisme.¹⁰⁰ Ik geloof daar niets van. Al sinds het arrest *Codam – Merwede* van 1951 hamert de hoge raad erop dat de *aard van de overeenkomst* bepalend is voor de wijze waarop exoneratieclausules beoordeeld moeten worden. Dat moet toch consequenties hebben voor de toepassing van normen, bij de vraag wat in casu als grove schuld/opzet te gelden heeft. Daar staat tegenover, dat de situatie in het arbeidsrecht, de zwakke maatschappelijke en economische positie van de werknemer tegenover de werkgever, een analogie heeft in de verhouding

98. J. Ramberg, 'Ansvarsbegränsning – en fråga om skälighet eller praktikabilitet?', in: Festschrift till Nordenson, Stockholm 1999, p.383, te kennen uit: J. Schelin, 'Haftungsbegrenzung und ihre Durchbrechung nach der CMR in den skandinavischen Staaten und Finnland', 27 *Transportrecht* 2001, p.107 e.v.

Vgl. ook J. Ramberg, *International Commercial Transactions*, 2e dr. 2000, Kluwer/ICC, p.59 v. Zie ook reeds: H. Kötz, 'Unfair Exemption Clauses. An Economic Analysis', *Svensk Juristtidning* 1987, p.473 v.

99. Overigens maak ik uit het in de vorige noot genoemde artikel van Schelin op dat in de Engelse jurisprudentie dezelfde benadering van bewuste roekeloosheid gevolgd wordt, subjectief en psychologische van aard, als die van onze hoge raad, zie p. 108. Dit in tegenstelling tot de Duitse jurisprudentie, zie Haak en Koot, t.a.p.

100. M.J.P.M. Wijngaards, *De Beursbengel* 1999, p.10. Zie voor de arbeidsrechtelijke problematiek: Deel 2 van dit boek, Hfdst. 12, § 10, Aansprakelijkheid van werkgevers en opdrachtgevers.

§2. EXONERATIECLAUSULES

vervoerder – ladingbelanghebbende. Met andere woorden, de overeenkomsten die men kan aantreffen in de rechtspraak inzake het arbeidsrecht en het vervoersrecht, met ‘bewuste roekeloosheid’ als sterk psychologisch aangezet begrip, vindt zijn grondslag in de behoefte om de betrokken partij (ondergeschikte, resp. vervoerder) bescherming te bieden tegenover een economisch veel sterkere wederpartij, met meer mogelijkheden om risico’s af te dekken. Een bescherming die echter eindigt - het eerder genoemde rechtsethische aspekt - wanneer sprake is van het ‘willens en wetens’ een ander schade toebrengen, *pour besoin de la cause*.

14. Rechtsvergelijkende beschouwingen. De common law-benadering van exonering en verzekeringsmogelijkheden

De jurisprudentie van de hoge raad sinds de jaren ’50 en ’60 over het belang van de verzekeringsdekking voor aansprakelijkheidsbeperking, houdt een koerswending in waarvan het belang niet genoeg onderstreept kan worden. Dat deze ontwikkeling geen typisch nederlandse aangelegenheid is, blijkt uit kennisname van de engelse rechtspraak. Twee standaardarresten die al sinds begin jaren ’80 de toon aangeven: *Photo Production Ltd v. Securicor Transport*, uit 1980, en *Ailsa Craig Fishing Co Ltd v. Malvern Fishing Co Ltd*, uit 1981, zijn hierboven aan de orde gekomen (nr 5). De casus waren, respectievelijk, de Securicor-bewaker die het koud heeft en 's nachts een vuurtje van kartonnen dozen op de binnenplaats van een fabriek stookt dat uit de hand loopt, en het geval van het afmeren van schepen aan een kade in Aberdeen zonder rekening te houden met extreem verval bij eb, met aanzienlijke schade aan de schepen tot gevolg. Lord Wilberforce had in het eerste arrest, *Photo Production*, een kernachtige uitspraak gedaan die veel aangehaald zou worden, in literatuur en rechtspraak, waarin de partij-autonomie benadrukt wordt, indien partijen tenminste van gelijke sterkte zijn:

[in the light of the 1977 Act] ‘in commercial matters generally, when the parties are not of unequal bargaining power, and when risks are normally borne by insurance, not only is the case of judicial intervention undemonstrated, but there is everything to be said ... for leaving the parties free to apportion the risks as they think fit and for respecting their decisions’.

De overwegingen van Lord Wilberforce hebben sindsdien de engelse jurisprudentie ingrijpend beïnvloed; het is standaard dat in elke nieuwe zaak nagegaan wordt hoe voldaan kan worden aan *Photo Production* als precedent. In het boek van Lawson, vindt men die rechtspraak in kaart gebracht; daarbij komen niet alleen de onderscheidingen die het common law recht op dit gebied maakt aan de orde (zoals de vraag wanneer een exonering behalve contractuele ook delictsacties uitsluit), maar ook de Unfair Contract Terms Act van 1977, met zijn redelijkheidstoetsing.¹⁰¹ Ik neem hieruit enkele sprekende gevallen.¹⁰²

Allereerst een voorbeeld van een toetsing waarbij de garantie, het doel van de overeenkomst de doorslag geeft. In het *Edmund Marray*-arrest ging het om de

101. R. Lawson, *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, 7e druk 2003, London.

102. Zie voor die wet ook: Cheshire, Fifoot and Furmston, *Law of Contract*, 14e dr., p.197 e.v.; Lawson, t.a.p., p.167 e.v. (business contracts).

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

koop van een platform ('rig') die aan bepaalde specificaties en technische eisen moest voldoen, waarbij de verkoper had bedongen dat hij geen enkele garantie verstrekte of aansprakelijkheid aanvaardde, maar uitsluitend de rechten die hij op zijn leverancier had, overdroeg aan de koper.¹⁰³ Nu had die leverancier aansprakelijkheid voor gevolgschade uitgesloten, evenals schade vanwege het niet voldoen aan de specificaties of aan een stilzwijgende garantie van 'fitness for purpose'; uitsluitend herstel van schade als gevolg van gebrekkig materiaal of vakmanschap werd geboden. De rechtbank (High Court) had de exoneratie redelijk gevonden, het Court of Appeal was daarentegen van oordeel dat weliswaar de uitsluiting van gevolgschade aanvaardbaar was, aangezien partijen de overeenkomst 'at arm's length' gesloten hadden, maar verwierp de vrijtekening van aansprakelijkheid voor wanprestatie als gevolg van het niet voldoen aan de specificaties en 'fitness for purpose' als 'unreasonable'. Het hof overwoog dat ingevolge de wet van 1977 de redelijkheid van een exoneratieclausule beoordeeld moest worden aan de hand van 'circumstances which were, or ought reasonable to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made'. De rechtbank had dit subjectief, en feitelijk opgevat ('hoe had de wederpartij de clausule opgevat?'), het hof volgde daarentegen een normatieve benadering.

In een veel recentere uitspraak van het Court of Appeal, inzake *Watford Electronics* staat de verzekeringsvraag à la Lord Wilberforce centraal.¹⁰⁴ Het betrof de koop van een software package waarbij elke aansprakelijkheid uitgesloten werd, en bovendien de contractprijs als limiet werd aangegeven. De rechtbank had de clausule onredelijk gevonden, gezien de onderhandelingen van partijen, de mogelijkheid voor de verkoper om verzekeringsdekking te krijgen, en het vereiste dat 'merchantability and quality' geboden moesten worden door verkoper. Het hof, in de wetenschap dat de appelrechter slechts bij uitzondering de toetsing van de lagere rechter dient te verwerpen, kwam toch tot een ander oordeel. Van de uitvoerige motivering (kom daar eens om, in ons land) haal ik enkele sprekende passages aan, die instruktief zijn wat het denken over aansprakelijkheid en verzekering betreft (*Watford* is koper, *Sanderson* verkoper):

- i. 'there was a 'significant risk' that a non-standard software product, "customised" to meet the particular marketing, accounting or record-keeping needs of a substantial and relatively complex business, such as that carried on by *Watford*, might not perform to the customer's satisfaction;
- ii. if the products do not perform, there would be a further "significant risk" that the customer might not achieve the profits or savings it hoped to make, and may also incur consequential losses from the failure to perform;
- iii. such risks were, or at any rate should have been, known to both parties when the contract was made;
- iv. *Sanderson* was in the better position to assess the risk that the product would fail to perform;
- v. *Watford* was in the better position to assess the amount of the potential loss if the product did fail to perform;

103. *Edmund Murray Ltd v. BSP International Foundations Ltd*, (1992) 33 *Con.L.R.* 1; *Lawson*, t.a.p., p.169.

104. *Watford Electronics Ltd v. Sanderson CFL Ltd*, (2001) *EWCA Civ.* 317; *Lawson*, p.173.

§2. EXONERATIECLAUSULES

- vi. the risk of loss was likely to be such as could be covered by insurance, at a cost;
- vii. both the parties would have known, or ought reasonably to have known, at the time the contract was made, that the identity of the party who was to bear the risk of loss, or the cost of insurance, was a factor which would be taken into account when working out the price at which the customer was willing to purchase.’

Het hof overwoog vervolgens dat het redelijk is te verwachten dat in de overeenkomst een keuze gemaakt wordt voor welke partij het risico komt. Wanneer partijen met gelijke ‘bargaining power’ een prijs voor een product overeenkomen onder een contract dat een dergelijke risikoverdeling inhoudt, dient de rechter zeer behoedzaam te zijn in zijn oordeel dat de bereikte overeenkomst niet ‘fair and reasonable’ zou zijn. In aansluiting op Lord Wilberforce vervolgt het hof:

‘Where experienced businessmen, representing substantial companies of equal bargaining power negotiate an agreement, they may be taken to have had regard to the matters known to them. They should ... be taken to be the best judge of the commercial fairness of the agreement which they have made, including the fairness of each of the terms in that agreement. They should be taken to be the best judge of the question whether the terms of the agreement are reasonable.’

Lawson wijst erop dat deze benadering à la Lord Wilberforce slechts een veronderstelling inhoudt, en de rechter iedere zaak toch op haar merites moet beoordelen. Het voorbeeld dat gegeven wordt, is een goede illustratie daarvan. In de *Salvage Association*-zaak, een uitspraak van de ‘official referee’ (een afdeling van de High Court, tegenwoordig het Technology and Construction Court genoemd), ging het om de koop van te ontwikkelen computer software, waaraan een aansprakelijkheidsbeperking tot GBP 25.000,- verbonden was.¹⁰⁵ Partijen waren van gelijkwaardig niveau, het contract was voorwerp van uitvoerige onderhandelingen geweest en er waren commerciële alternatieven. Bovendien waren advocaten, accountants en verzekeringsmakelaars erbij betrokken geweest. Op het eerste gezicht is er niets tegen de exoneratieclausule, partijen hadden bewust een overeenkomst aanvaard waarin bepaalde financiële risico’s vastgelegd waren. Toch komt de official referee tot een ander oordeel: het bedrag van GBP 25.000,- was geheel arbitrair, had geen relatie tot de omzet van het bedrijf van verkoper, de omvang van verzekeringsdekking die beschikbaar was, de waarde van het contract of het financiële risico waaraan de wederpartij blootgesteld was en waarvoor deze geen verzekeringsdekking kon krijgen. Er was overeenstemming tussen partijen dat de limiet verhoogd zou worden tot GBP 1 miljoen, maar er was geen reden gegeven waarom deze niet in het onderhavige contract opgenomen was.

Voor de official referee zijn deze omstandigheden echter niet voldoende om tot het oordeel te komen dat de exoneratie niet redelijk was; daartoe zijn ook andere factoren van belang. Er was allereerst geen enkele aanwijzing geweest dat de exonerant wanprestatie zou plegen; de uitvoering van de overeenkomst was niet gecompliceerd en lag binnen de ervarings sfeer van de exonerant, beide partijen verwachtten dat het software systeem binnen korte tijd gerealiseerd zou

105. *The Salvage Association v. CAP Financial Services Ltd*, (1995) *F.S.R.* 654; Lawson, t.a.p., p.177 v.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

worden. De wederpartij kon geen verzekeringsdekking voor het geval van wanprestatie van de exonerant tegen redelijke prijs verkrijgen; gezien het weinig gecompliceerde karakter van de overeengekomen prestatie was dat laatste geen reden tot zorg. De exonerant had voldoende middelen om mogelijke aansprakelijkheid het hoofd te bieden; bovendien had hij verzekeringsdekking van GBP 5 miljoen (met een benedengrens van GBP 500.000,-). Op grond van al deze omstandigheden was het oordeel dat de exoneratieclausule niet redelijk was.

15. *Rechtsvergelijkende beschouwingen. Exoneratie en verzekering in het duitse recht*

De wijze waarop de duitse rechter omgaat met verzekeringsaspecten bij exoneratiebedingen wordt op fraaie wijze geïllustreerd in het arrest *Werftwerkverdrag* uit 1988, dat een tegenhanger is van onze *Matatag – De Schelde* zaak.¹⁰⁶ Ook hier gaat het om schade toegebracht aan een schip door een werf tijdens reparatiewerkzaamheden, als gevolg van grove schuld van lager personeel, dat van derden betrokken was ('Erfüllungsgehilfe'). Het schip 'Brussel' ligt in dok voor een ombouw waarbij de laadcapaciteit vergroot werd. De bemanning was aan boord gebleven; achterin de machinekamer moesten twee arbeiders van de werf (nachtploeg) gaten in een luchttoevoerkanaal maken met snijbranders, waarbij tevoren gecontroleerd was of geen vluchtige gassen in de machinekamer achtergebleven waren. De werf had één brandweerpost ingesteld, die echter ook een andere plaats van werkzaamheden met snijbranders moest bewaken, waar 'Schweissarbeiten' uitgevoerd werden. Verder had men van de brandweer blusmateriaal gekregen. Bij de laatstgenoemde werkzaamheden hebben vonken resten olie in machinekamerbilg (kielruimte) tot ontbranding gebracht; na vergeefse pogingen van de opgestelde brandweerpost en de bedrijfsbrandweer van de werf heeft de te hulp geroepen bemanning het eigen CO₂-systeem ingezet, waarmee de brand geblust werd. De eigenaar van de 'Brussel' heeft DM 418.000,- aan directe en indirecte (vertrags-) schade, waarvoor de werf aansprakelijk gesteld wordt; deze stelt een tegenvordering in van ruim DM 1,8 mln voor de reparatie- en ombouwwerkzaamheden en een bedrag van DM 900.000,- voor herstel van de brandschade.

De werf had zich ter afwering van aansprakelijkheid beroepen op een exoneratieclausule uit de Conditions for Docking and Repairs, de algemeen gangbare voorwaarden die werven in Duitsland hanteren. Die bepaling luidt als volgt:

'(3) The shipyard accepts no responsibility for any damage which may be caused to or by the ship and its cargo by the intended docking neither when entering nor leaving dock, nor during the time of vessel's stay in dry-dock nor at the shipyard nor any damage caused by reason of the work carried out. Such liability is also not accepted by the shipyard if such damage is revealed later or by the occurrence of other events. The ship is responsible for guarding and all

106. BGH NJW 1988, 1785, waarover ook Duyvensz, p.154. Het arrest geldt nog steeds als standaardarrest, vgl. *Münchener Kommentar zum BGB*, 1, AGB-Gesetz, 4e dr., 2001 (Basedow), § 9 AGBG, nr 21.

§2. EXONERATIECLAUSULES

insurances. The shipyard has no custody or other secondary obligations which would create liability in the case of non-observation.

(4) The shipyard, however, accepts responsibility for any damage which can be attributed to severe faults on the part of its executives. In this connection executives are members of the board of directors and the yard's executive managers only.'

Opvallend is de verzekeringsplicht van de scheepseigenaar in lid 3, en de op het Matatag-arrest lijkende bepaling in lid 4, ten aanzien betrokkenheid van leidinggevend personeel bij ernstige fouten.

Het hof had de werf in het gelijk gesteld, hetgeen in cassatie ('Revision') betwist wordt, maar door het Bundesgerichtshof, met de zoals gebruikelijk, zeer uitvoerige en goed gedocumenteerde overwegingen verworpen wordt. De behandeling van de verzekeringsaspecten vragen hierbij onze aandacht, de desbetreffende overweging laat ik hier volgen.

Het hof ('Berufungsgericht', in de tekst) had, kortgezegd, allereerst vastgesteld dat de fouten van ingeschakeld personeel van derden ('Erfüllungsgehilfe') niet op een fout in de organisatie van de werf gebaseerd was, en had verder bepaald dat de klant van de werf het risico dat optreedt bij brand- en laswerkzaamheden op de werf in vergaande mate mede kan beheersen. Daarnaast werd het belang van de eigenaar bij de bescherming van zijn schip door een gangbare casco-verzekering gedekt die een door beschadiging aan het schip veroorzaakte zaaksschade dekt. Derhalve kan de klant van de werf niet alleen de schade aan zijn schip zelf voorkomen, maar heeft hij reeds voor het geval schade intreedt voorzorgsmaatregelen getroffen, met het gevolg dat de vooraf vastgestelde uitsluiting van aansprakelijkheid van de werf geen 'für die Erreichung des Vertragszwecks wesentliche Pflicht einschränke'.

Het BGH gaat eerst in op de toedracht van het schadevoorval, en de rol van de scheepseigenaar daarbij. Vastgesteld wordt dat de eigenaar zijn aandeel in de bescherming van de aan reparatie onderworpen zaak niet verliest, en de risico's die daarbij ontstaan ingrijpend kan beïnvloeden; de eigen brandbeveiliging dient daartoe paraat gehouden te worden, zodat schade direct beperkt kan worden. De eigenaar kon niet volstaan door op de brandwerende maatregelen van de werf te vertrouwen. Dan komt de belangrijke overweging met betrekking tot de verzekeringsaspecten, die ik hier integraal laat volgen:

'(b) Dem BerGer. is auch darin beizupflichten, daß der allgemeiner Branchenübung, entsprechende, praktisch lückenlose und auch im vorliegenden Fall bestehende Kaskoversicherungsschutz des Schiffseigners ein entscheidender weiterer Gesichtspunkt für die Beurteilung ist, ob durch eine Freizeichnung wesentliche Rechte des Vertragspartners in einer die Erreichung des Vertragszwecks gefährdenden Weise eingeschränkt werden. Im Streitfall geht es nicht um die – im allgemeinen kritischer zu bewertende – bloße Versicherbarkeit des dem Schiff durch gefahrgeneigte Arbeiten drohenden Schadenrisikos, sondern um einen entsprechend allgemeiner Branchenübung tatsächlich bestehenden Versicherungsschutz, der das Risiko eines Sachschadens am Schiff abdeckt. Auf die – ihm bekannte – Üblichkeit eines solchen Versicherungsschutzes kann und darf der Werftunternehmer sich billigerweise einstellen. Und für den Schiffseigner macht es keinen ins Gewicht fallenden Unterschied, ob im Falle einer Beschädigung seines Schiffes sein Kaskoversicherer oder etwa ein Haftpflichtversicherer der Werft den Schaden deckt. Wäre die Werft gezwungen, trotz des auf Seiten des Schiffseigners bestehenden Kaskoversicherungsschutzes ihrerseits eine Haftpflichtversicherung für das volle Sachschadenrisiko abzuschließen, müßte der Schiffseigner, nicht nur seine Prämie für die

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

eigene Kaskoversicherung aufbringen, sondern im Hinblick auf die von der Werft zusätzlich abzuschließende umfassende Haftpflichtversicherung auch eine entsprechende Erhöhung des von ihm zu entrichtenden Werklohns in Kauf nehmen vgl. Hierzu BGHZ 33, 216, (220) = *NJW* 1961, 212 = *LM* § 67 VVG Nr. 16). Angesichts der außerordentlich hohen Versicherungswerte von Seeschiffen kommt diesem Gesichtspunkt im Rahmen eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen Schiffseigner und Werft eine nicht unerhebliche wirtschaftliche Bedeutung zu. Daß etwa der Kl. wegen des hier eingetretenen Schadenfalls eine unverhältnismäßige Erhöhung ihrer Kaskoversicherungsprämie droht, wie die Revision in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht hat, ist in den Tatsacheninstanzen nicht vorgetragen worden.

Als weiteren Gesichtspunkt für seine Auffassung führt das BerGer. unter Hinweis auf BGHZ 77, 126 (133) = *NJW* 1980, 1953 = *LM* § 635 BGB Nr. 55 mit Recht an, daß der Werft durch den Anschluß einer umfassenden Haftpflichtversicherung entstehende zusätzliche Prämienaufwand die Eigner unterschiedlich risikogefährdeter Schiffe gleichermaßen treffen würde. Dadurch würden nicht nur solche Kunden zusätzlich belastet, deren Interessen bereits ausreichend gewahrt seien, diese Kunden müßten vielmehr einen Teil der Reparaturkosten für besonders risikogeneigte Schiffe mittragen, während die Eigner dieser Schiffe dadurch einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorteil hätten.'

[afkorting: 'BerGer.' = Berufungsgericht, hier: hof; 'Kl. = 'Kläger', eiser]

In het vervolg gaat het BGH nog na in hoever de jurisprudentie van voor invoering van het AGB-Gesetz van belang is, en bespreekt enkele bijzondere vereisten van die wet, hetgeen geen invloed heeft op het boven weergegeven standpunt. Daarbij komt de verzekeringdekking, met de casco-verzekering wederom ter sprake. Een interessante overweging hierbij, is de volgende:

'Die Werftkunden (Reder und Schiffseigner) sind ihrerseits darauf eingerichtet, daß der bestehende Kaskoversicherungsschutz, die Risiken von Sachschäden an ihren Schiffen auch insoweit abdeckt, als solche Schäden anlässlich von Schiffsreparaturen auf der Werft entstehen. Ihnen ist bekannt, daß die Schiffswerften nicht zuletzt aus diesem Grunde ihre Haftung für derartige Schäden, soweit sie auf einer Verletzung von Obhuts- und Schutzpflichten der Werft beruhen, weitgehend auszuschließen pflegen. Dabei macht es für sie – wie bereits erwähnt – keinen gravierenden Unterschied, ob solche Schäden nun von ihrem Kaskoversicherer oder von den Haftpflichtversicherern der Werften reguliert werden. Die Werftkunden haben es schließlich mit in der Hand, der Verwirklichung von Risiken, wie sie ihren Schiffen durch gefahrenegte Schweiß- und Brennarbeiten der Werft drohen, durch die Bereitstellung ihrer Schiffsmannschaften und der bordeigenen Löscheinrichtungen weitgehend entgegenzuwirken und dadurch das Entstehen von Brandschäden an ihren Schiffen zu verhindern. Wenn unter diesen Umständen die Werften sich von ihrer Haftung für die Verletzung von Obhuts- und Schutzpflichten durch einfache Erfüllungsgehilfen, die nicht leitende Angestellte sind, auch in Fällen schwerwiegenden Verschuldens freizeichnen, ohne daß den Werftkunden dadurch im Ergebnis nennenswerte Nachteile entstehen, dann läßt sich nicht feststellen, daß die Freizeichnung einer mißbräuchlichen, allein den Geschäftsinteressen der Werften nützlichen Zielrichtung dient und die schutzwürdigen Belange der Werftkunden außer acht läßt. Es stellt demzufolge keine unvertretbare, mit den Geboten von Treu und Glauben nicht zu vereinbarende Regelung i.S. des § 9 AGB-Gesetz dar, daß die bekl. Werft das Risiko für Schäden, die dem Schiff der Kl. auch durch schwerwiegende Nachlässigkeiten und Verschwen der mit den Arbeiten am Schiff befaßten Hilfspersonen der Werft drohten, auf die Kl. abgewälzt hat.'

Het bovenstaande arrest is voor het duitse recht van groot belang en is een bevestiging van de rechtseconomische benadering van de exoneratiefiguur in

§2. EXONERATIECLAUSULES

rechtspraak en doctrine van de voorafgaande decennia.¹⁰⁷ In de behandeling die Basedow in zijn bijdrage aan het *Münchener Kommentar zum BGB* geeft van de rechtseconomische grondslag van de toetsing van exoneratiebedingen op grond van de AGB-Gesetz, met als belangrijk punt de verzekerbaarheid van het risico door de meest gereede partij, staat het arrest van 1988 centraal.¹⁰⁸ De kern hiervan is deze, dat de AGB-wetgever wilde optreden tegen het falen van de markt ('Marktversagen') en dat toetsing derhalve gebeurt aan de hand van een analyse op grond van rationeel handelende partijen die trachten transactiekosten te minimaliseren. Vastgesteld moet worden welke partij zich met de minste kosten tegen verwezenlijking van een risico kan beschermen, met name zich met lagere kosten tegen het ontstaan van mogelijke schade kan verzekeren (nr 18). De rechter zal een te beoordelen exoneratiebeding vergelijken met die ideale situatie; indien het verschil in het nadeel van de wederpartij van de exonerant uitvalt, is het beding in kwestie niet rechtsgeldig, aangezien het falen van de markt gecorrigeerd dient te worden.

Basedow geeft in dit verband aandacht aan overeenkomsten waarbij de bewaking van schepen, auto's en vliegtuigen aan de orde is; volgens een vaste rechtspraak dient het risico voor diefstal of beschadiging door de eigenaar gedragen te worden, die een casco-verzekering afgesloten heeft. Die laatste verzekering is gebruikelijk in de branche, en bovendien is de eigenaar de 'betere' verzekeringnemer, aangezien deze de omvang van het verzekerde belang beter kan beoordelen en het economisch efficiënter is om *één* schadeverzekering te hebben tegenover *een aantal* aansprakelijkheidsverzekeringen van verscheidene bewakingsbedrijven die ingeschakeld worden. Daar staat tegenover dat in geval van diefstal of beschadiging van kledingstukken die in bewaring gegeven zijn aan een stomerij of garderobe, e.d., het risico uitsluitend aanwezig is wanneer die kledingstukken zich onder de bewaarnemer bevinden; verzekering van zijn risico door de eigenaar is hier niet-economisch (en niet gebruikelijk), en daarentegen voor de bewaarnemer-ondernemer niet bezwaarlijk. Vrijtekening van die risico's door de laatste wordt derhalve niet toelaatbaar geacht onder het AGB-Gesetz. Dat geldt ook voor zuivere vermogensschade toegebracht door wanpresterende belastingadviseurs, accountants, raadgevend ingenieurs, e.d.; deze kunnen aan dat negatieve oordeel ontkomen door ten gunste van de cliënt een vervangende schadeverzekering (voor zaaksschade) te sluiten. Dat laatste wordt overigens veelal door de wetgever voorgeschreven.

Men ziet dat de duitse rechtspraak en doctrine al geruime tijd aan de verzekeringsdekking een majeure plaats toegekend heeft bij de aansprakelijkheidsvraag in de contractuele sfeer, waarbij opvallende overeenkomsten met de engelse rechtspraktijk aanwezig zijn. Dat zou de nederlandse juridische wereld tot nadenken kunnen stemmen. Goed voorbeeld doet goed volgen.

107. Zie daarvoor de gezaghebbende artikelen van H. Kötz, 'Eine juristisch-ökonomische Analyse', in: 25 Jahre Karlsruher Forum, *Beiheft zu VersR* 1983, p.145; 'Zur Effizienz von Haftungsausschlussklauseln', in: Ott/Schäfer, Red., *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung*, 1989, p.189.

108. T.a.p., nrs 18; 21 e.v.; 41.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

16. Conclusies

Wij komen tot een afronding. De kern van mijn betoog is, dat bij toetsing van exoneratiebedingen een beoordeling op maat geboden is, rekening houdend met de kenmerken van de rechtsverhouding in kwestie (koop, dienstverlening, arbeid, vervoer, etc.), en evenzeer met de maatschappelijke omstandigheden. Naast de rechtsethische aspecten, zijn vooral de rechtseconomische aspecten maatgevend, dat wil zeggen de vraag welke partij het risico dat zich verwezenlijkt heeft redelijkerwijs het beste kon dragen, aangezien dat risico door verzekering gedekt kon worden (of anderszins afgewenteld kon worden). Als altijd, is rechtsvergelijking inspirerend. Het engelse en duitse recht is op dit punt in overeenstemming gebleken met de hierboven door mij verdedigde opvatting.

De cruciale plaats die de verzekeringsvraag bij exoneratie inneemt, krijgt steeds meer erkenning, in rechtspraak en literatuur, ook in ons land. In onze vaderlandse doctrine is het echter hiermee vreemd gesteld: de figuur van 'assurance oblige' is voor veel auteurs nog steeds van uiterst verdachte signatuur, en dus een brug te ver, met bekende schrijvers als H. Drion, Brunner en Nieuwenhuis aan het hoofd, en een grote schare volgelingen. Niettemin, zo constateerden wij, heeft die ferme geloofsbelijdenis in de laatste jaren opmerkelijk weinig consequenties wanneer men dit probleem herleid heeft tot de aansprakelijkheidsvraag in tweede instantie, namelijk de vraag naar het toelaatbaar zijn van exoneratie. Dat is verheugend, want zoals wel meer, is het toch het resultaat dat telt.

Wij kunnen vaststellen dat de hoge raad nog steeds blijk geeft van het hanteren van een gedifferentieerde behandeling van het begrip grove schuld, annex bewuste roekeloosheid, waarbij de aard van de overeenkomst van groot gewicht is. Indien het om koop/dienstverlening gaat, is de invulling van het begrip 'bewuste roekeloosheid' zoals wij die uit het vervoersrecht kennen, ver te zoeken, zowel in de conclusie van het OM als in de overwegingen van de cassatierechter. Een goed voorbeeld daarvan is het arrest *Koeltechnisch Bureau Brabant* uit 2002 (inzake verkoop en installatie van een gebrekkige koelinstallatie), dat eerder ter sprake is gekomen.¹⁰⁹ Wanneer de term 'bewuste roekeloosheid' wel gebruikt wordt, zoals in het arrest *Gem. Stein – Driessen* van 1997 (inzake een havenkraan zonder beveiliging), heeft dat een vrij objectieve inhoud; de gevaarsituatie die ontstaan was door onzorgvuldig handelen van de exonerant met mogelijke ernstige schade aan personen en zaken tot gevolg, werd op tamelijk normatieve wijze behandeld. De toerekening van aansprakelijkheid waarvan hier sprake was had weinig uitstaande met subjectieve elementen van het bewust zijn van gevaar en een verkeerde mentale instelling daaromtrent.

Uit de hier genoemde rechtspraak blijkt reeds dat er momenteel geen sprake is van een nieuw begrip van grove schuld, 'bewuste roekeloosheid' in de zin van handelen met wetenschap van toebrengen van schade en onverschilligheid ten aanzien daarvan, die een schabloon zou zijn voor alle vormen van exoneratie.¹¹⁰

109. Zie boven, nr 10. Men zie ook de uitvoerige conclusie van a-g Bakels.

110. In het onrechtmatige daadsrecht komt het thema van 'bewuste roekeloosheid' ook op de agenda voor. Een opvallende, en m.i. onjuiste hantering van dat begrip - op (rechts)politieke

§2. EXONERATIECLAUSULES

Het heeft derhalve mijns inziens weinig zin om exegetische hoogstanden uit te halen bij de uitleg van het begrip ‘bewuste roekeloosheid’ in verhouding tot ‘opzet’ en ‘met opzet gelijk te stellen schuld’. Zoals elk rechtsbegrip, is het een instrument dat op verschillende wijze ingezet kan worden om een maatschappelijk resultaat te bereiken. En daar is het toch om te doen bij de rechterlijke rechtsvinding, evenals trouwens in de rechtswetenschap.

gronden - bij bodemverontreiniging vindt men in het arrest HR 25 okt. 2002, *NJ* 2004, 211, *Total – Staat*. Dit arrest en andere toepassingen van het begrip (zoals bij art. 185 WvW) worden besproken door I. Haazen, *WPNR* 6569/70 (2004). Voor mijn kritiek op dit arrest, die samenhangt met een selectief gehanteerde parlementaire geschiedenis van art. 75, lid 6 Wbb, verwijs ik naar *Deel 2*, 5e dr., 2004, Hfdst. 12, § 8, in fine.

§ 3. Garantiebepdingen

A. RECHTSKARAKTER VAN DE GARANTIE. VERSCHILLENDE TYPEN VAN GARANTIES

1. *Inleiding. Kenmerken van garantievoorwaarden*

‘Veel beloven, weinig geven’. Dat lijkt een karakteristiek van de garantie te zijn, die met betrekking tot het voorwerp van de overeenkomst in de vorm van een ‘garantiebewijs’ gegeven wordt, doorgaans op het moment van contractssluiting.¹ Bij koopovereenkomst is deze figuur niet meer weg te denken, doch zij komt ook bij vele andere typen overeenkomsten steevast voor, met name bij aanneming van werk, verrichten van enkele diensten (advieswerkzaamheden; reparatie, e tutti quanti). De garantie speelt een belangrijke rol als verkoopsargument, waarbij de concurrenten tegen elkaar opbieden om de consument gunstig te stemmen, en de garantietermijn met het toenemen van de technische mogelijkheden aan lengte wint (was 1 jaar vroeger uitzonderlijk, thans zien wij termijnen van 2-5 jaar, of zelfs 10 jaar verschijnen). Deze vorm van garantie, ook wel ‘garantiebewijs’ of ‘garantieverklaring’ genoemd, wordt soms als certificaat uitgevoerd.

Hierboven kwamen wij deze figuur al tegen, en zagen dat zij meestal een verkapt exoneratiebeding is; de garantiegever beperkt zijn normaal geldende verplichtingen tot die welke in de garantieverklaring opgenomen zijn, die doorgaans een fractie van de eerste zijn. Als rechtsfiguur is de garantie wat tussen wal en schip gevallen (respektievelijk wanprestatie en borgtocht) en heeft, niettegenstaande haar belang voor de praktijk, weinig aandacht in de doctrine gekregen. Het was zelfs geruime tijd onduidelijk wat het rechtsgevolg van het breken van een garantieverplichting is, tot de hoge raad in 1951 daarover een uitspraak deed. In deze paragraaf worden de hoofdlijnen van de garantieverplichting behandeld, zoals zij als contractuele nevenverbintenis voorkomt. Dat is niet de enige verschijningsvorm van de garantie, partijen kunnen ook een garantie-overeenkomst sluiten, die uitsluitend de garantie tot onderwerp heeft. Voor de volledigheid zal hieronder naar die figuur, die verwant is aan de borgtocht, verwezen worden.

Wat zijn eigenlijk de voordelen en nadelen van een verleende garantie (‘garantiebewijs’)? De voordelen zijn allereerst, dat de garantierechtigde bij het ontbreken van de gegarandeerde eigenschap, kwaliteit of hoedanigheid, de garantie-plichtige partij (verder ook garant te noemen) kan aanspreken tot de

1. Het onderhavige onderwerp werd eerder door mij behandeld in *Garanties in de bouw*, BR 1985, p. 713. Vandaar de voorbeelden in de tekst die aan het bouwrecht ontleend zijn. De terminologie op het gebied van de garanties is onvast; een ‘garantie’ kan nl. enerzijds een versterking van een contractuele toezegging zijn, anderzijds een verkapte exoneratie, waarin de verleende garanties ten aanzien van bepaalde eigenschappen of kwaliteiten van een zaak naar hun inhoud en geldingsduur beperkt worden in vergelijking tot het geldende contractenrecht. In het laatste geval spreekt men ook wel van ‘garantiebewijs’. Het is een vraag van uitleg of een ‘garantie’ die laatste betekenis heeft. Vgl. nog onder. In de tekst komt de term garantie in beide betekenissen voor; soms wordt voor de duidelijkheid ‘garantiebewijs’ toegevoegd.

Zie voor de figuur van de garantie: Asser-Hartkamp I, nr 210; *Verbintenissenrecht* I (Broekema-Engelen), art. 75, aant. 41 v. (1996).

§3. GARANTIEBEDINGEN

toegezegde vorm van schadevergoeding; met andere woorden, de wanprestatie staat vast en hoeft niet meer door benadeelde partij aangetoond of vastgesteld te worden. Zij heeft geen stelplicht en bewijslast daaromtrent en er hoeft evenmin een rechterlijke instantie ingeschakeld te worden om haar aan haar trekken te laten komen. Zo idyllisch is het echter meestal niet: de garant heeft vaak bepaald dat het aan zijn oordeel onderworpen is of de geleverde zaak niet aan de garantievoorwaarden voldoet; bovendien kan hij opwerpen dat de gebreken door onoordeelkundig gebruik veroorzaakt zijn, waarvoor hij niet hoeft in te staan (tenzij natuurlijk de gebruiksaanwijzing tekort schoot). Genoeg mogelijkheden dus om niet zomaar de garantierechtigde in zijn eis tegemoet te komen. Bij dat laatste punt zullen toch bewijsperikelen kunnen ontstaan.

Als voordeel van de garantie is ook wel genoemd, dat bijvoorbeeld bij verkoop van een produkt de fabrikant nader omlijnt welke goede eigenschappen van zijn produkt hij waarborgt, hetgeen van nut kan zijn indien de grens tussen normale slijtage en een gebrek moeilijk valt te trekken. Dan weet de wederpartij waar zij aan toe is, en welke verwachtingen zij van het produkt kan hebben.²

De nadelen van de garantie zijn het gevolg dat de garant daarmee afwijkt van de regels inzake wanprestatie en verborgen gebreken (artt. 6:74 BW en 7:17 BW; artt. 1302, 1540 v. oud BW). Dat betreft met name de regeling van de schadevergoeding en van de verjarings- en vervaltermijnen. Kenmerkend zijn de volgende garantievoorwaarden:

- a. de garant neemt slechts de verplichting op zich tot reparatie van de gebrekkige zaak of vervanging van defekte onderdelen. Er is geen sprake van terugname van de zaak met restitutie van de koopprijs of vermindering van de koopprijs (vgl. de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris* bij verborgen gebreken, artt. 1540 v. oud BW; ook bij dwaling is de aanpassing van de koopprijs in de literatuur mogelijk, art. 6:230 BW.³
- b. geen andere vorm van schadevergoeding wordt geboden, met name wordt geen gevolgschade vergoed (materiële en bedrijfsschade die ex artt. 6:74 BW of 7:24 BW gevorderd kan worden).
- c. De termijn waarin een beroep op de garantie gedaan kan worden is uiterst kort, veelal 8 dagen of enkele weken (vgl. verborgen gebreken, ong. 6 weken; dwaling en bedrog, 5 jaar; wanprestatie, 20 jaar, zij het beperkt door de goede trouw, via rechtsverwerking).

De termijn gaat in op het moment van contractssluiting en niet op het moment van de constatering van het gebrek (in de laatste zin de regeling van dwaling en bedrog).

De grote vraag is, of de garantierechtigde partij zich behalve op de garantie ook op art. 6:74 BW, wanprestatie, kan beroepen. Algemeen wordt aangenomen dat dit het geval is, tenzij het tegendeel uit de garantievoorwaarden blijkt, hetgeen doorgaans zo is. In die laatste situatie heeft de garantie immers het karakter van een exonerationbeding. Het is een vraag van (normatieve) uitleg, of een garantiebeding dat karakter heeft, waarbij het bekende scala van mogelijkheden van de rechter of arbiter bij uitlegvragen in zicht komt. Enerzijds kan hij op de *Shylock*-toer gaan, en zeer strenge eisen aan de tekst van de

2. In deze zin Köster, AA 1971, p. 458 (noot *warme-drinkautomaten en wasautomaten*).

3. Vgl. Hfdst. 5, § 1.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

garantieverklaring stellen: 'Indien een garantiebepaling tevens dient om de normale aansprakelijkheid uit te sluiten, behoort zulks duidelijk tot uitdrukking te komen in de bewoordingen van de garantiebepaling'.⁴ Anderzijds kan hij gebruik maken van de redelijkheid en billijkheid, onder meer door de *contra proferentem* regel te hanteren, (vermeende) onduidelijkheid werkt ten nadele van de garant.⁵ De gelijkstelling met exoneratiebedingen brengt overigens met zich, dat de garant niet vrijuit gaat bij opzet en grove schuld (zie § 2). Dat als troost voor zijn wederpartij.

Juist omdat de modale garantiegerechtigde in de waan verkeert dat hij met de garantie meer gekregen heeft dan waar hij normaal, naar regels van contractenrecht, recht op had, is de rechter of arbiter gemotiveerd om hem bij de uitleg van het garantiebeding terwille te zijn. Want het zal duidelijk zijn dat bij een afweging van voordelen en nadelen van de verleende garantie voor de garantiegerechtigde, de nadelen sterk overheersen. Zelfs bij de verborgen gebreken-regeling bij koop, ooit tot bescherming van de koper opgezet doch diens valkuil geworden, althans in de leer van de hoge raad, komt de koper er beter van af, zoals wij boven zagen. Om dan nog maar te zwijgen van de gewone wanprestatie-regeling.

Desondanks is er een hardnekkig misverstand, ik ben bang zelfs onder juristen, dat een garantie een gunst is die verleend wordt, iets waar je als koper beter van wordt. Hieronder zal nog ingegaan worden op de economische factoren die tot de bloei van deze rechtsfiguur geleid hebben; ook hier doemt de verzekeringsproblematiek op.

2. *Typen van garantieverplichtingen. Het rechtskarakter van de garantie. De Vries - Gielen (1951)*

De term 'garantie' heeft geen vaste betekenis; in de praktijk dekt de vlag de lading meestal niet.⁶ Het volgende schema is dienstig om het terrein in kaart te brengen.⁷ Er zijn twee typen garanties die ik zal noemen:

A. *kwaliteits- of deugdelijkheids garanties.*

Hierbij wordt ingestaan voor de kwaliteit of deugdelijkheid van een prestatie of produkt; kan wettelijk (art 7:17 BW; art. 1540 v. oud BW) of contractueel zijn, uitdrukkelijk of stilzwijgend (rechtersrecht);

B. *zekerheids garanties.*

Hierbij wordt ingestaan voor het intreden van een bepaalde gebeurtenis (prestatie) op een bepaald tijdstip (vgl. art. 1352 oud BW).
Beide garanties kunnen betreffen:

4. RvA 4 jan. 1980, BR p. 299. Voor verdere jurisprudentie en lit., zie mijn in nt 224 genoemde artikel, p. 715.

5. RvA 29 juli 1983, BR p. 934, *asfaltbeton*. Vgl. in het algemeen boven, Hfdst. 2, § 2, nr 10.

6. Dat de 'garantie' geen vaste betekenis heeft wordt ook betoogd door a-g Hartkamp in zijn conclusie voor *Hoog Catharijne*, NJ 1996, 300; vgl. ook Asser-Hartkamp I, nr 21, waar overigens niet ingegaan wordt op het hier door mij gestelde. Hartkamp onderscheidt vijf betekenissen die in de praktijk aan 'garantie' gegeven worden.

Zie voor het arrest *Hoog Catharijne* nog onder, nr 8, in fine.

7. De voorbeelden zijn ontleend aan het bouwrecht.

§3. GARANTIEBEDINGEN

- I. handelingen van derden;
- II. eigen handelingen.

De garanties kunnen gelden (d.m.v. aanbod-aanvaarding; overeenkomst) tussen:

- X. contractspartijen (aangegaan bij contractssluiting, tijdens, of na beëindiging van het contract)
- Y. een contractspartij en een derde.

Enkele illustraties aan de hand van dit schema:

A I - X: Aannemer staat garant tegenover opdrachtgever voor prestatie onderaannemer of toeleverancier, voor ontwerp van derde;

A I - Y: *a.* Fabrikant/leverancier garandeert kwaliteit van produkt aan aannemer ('garantiebewijs'), kenmerkbladen, kwaliteitsverklaringen KOMO, Ratiobouw; GIW-garantie;

b. Leverancier/onderaannemer garandeert opdrachtgever kwaliteit van produkten (vgl. par. 22 lid 2 UAV garantieverklaring);

A II - X: Aannemer garandeert opdrachtgever kwaliteit/deugdelijkheid van eigen werk; vgl. par. 22 lid 2 UAV, garantieverklaring;

A II - Y: Idem garantie aan derde.

B I - X: Casus *De Vries - Gielen*, NJ 1952, 129: verkoper maakt zich sterk dat pacht op koper van grond zal overgaan;

B I - Y: Bankgarantie bank-opdrachtgever; afroepgaranties; GIW-garantie; ACI-garantie;

B II - X: Aannemer garandeert opdrachtgever tijdstip van oplevering;

B II - Y: Idem garantie aan derde.

Hier worden voornamelijk de *kwaliteitsgaranties* besproken: over de zekerheidsgaranties worden tot slot nog enkele opmerkingen gemaakt (sub nr 5).

Het rechtskarakter van de garantieverplichting is lange tijd schemerig gebleven. In 1951 was de hoge raad in de gelegenheid om duidelijkheid te verschaffen. In art. 1352 oud BW is bepaald dat men zich kan 'sterk maken' of 'ervoor instaan', door 'te beloven dat een derde iets doen zal'; indien de derde weigert 'de verbintenis na te komen' ontstaat een vordering tot schadevergoeding jegens de belover (het artikel is nogal krom geredigeerd). Is hiernaast een beroep op art. 6:74 BW (vgl. 1302 oud BW) mogelijk? In de zaak *De Vries - Gielen* had het hof deze vraag ontkennend beantwoord en eiser met lege handen weggezonden aangezien deze geen beroep op art. 1352 had gedaan.⁸

Het betreft de verkoop van boomkwekerijen te Oudenbosch op gepachte grond, waarbij de verkoper, VOF Gielen zich sterk had gemaakt en ervoor instond dat de pacht van de grond

8. HR 4 mei 1951, NJ 1952, 129, nt PhANH. Het arrest betrof een zekerheidsgarantie, het wordt echter algemeen van toepassing geacht op kwaliteitsgaranties. Overigens had de HR deze vraag al in dezelfde zin beslist, zij het impliciet, in 1938, vgl. de noot van Paul Scholten in NJ 1938, 1094.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

waarop de kwekerijen werden geëxploiteerd op de koper De Vries zouden overgaan. De verpachter, M.J. Gielen, werkte echter niet daaraan mee. De hoge raad overweegt:

‘O. dat ‘s hofs opvatting blijkbaar deze is, dat, indien een partij bij een wederkerige overeenkomst jegens haar wederpartij zich sterk maakt of er voor instaat, dat een derde een bepaalde handeling zal verrichten, het enkele feit, dat deze gebeurtenis uitblijft, geen grond kan zijn de overeenkomst ontbonden te verklaren wegens wanprestatie van den garant, vermits op hem uit hoofde van de gegeven garantie geen rechtstreekse verplichting tot een doen of nalaten is komen te rusten en hem mitsdien niet kan worden verweten zijn verplichting niet te zijn nagekomen;

dat deze opvatting niet kan worden aanvaard;

dat toch onder het niet voldoen door partij aan haar verplichting in den zin van art. 1302 BW mede is begrepen het geval dat een gebeurtenis, voor het plaats grijpen waarvan een partij instaat en welk plaatsgrijpen zij aldus tegenover de wederpartij voor haar rekening neemt, uitblijft, terwijl daarbij de vraag, of haar te dier zake enig verwijt treft, buiten beschouwing blijft.’

Met name het slot van de laatste overweging trekt de aandacht: het is een aansprakelijkheid zonder schuld. Hetgeen wij tegenwoordig risico-aansprakelijkheid zouden noemen. Men kan het ook vanuit een andere gezichtshoek bekijken; Houwing wijst er in zijn noot op, dat Paul Scholten al lang geleden betoogd heeft dat de verbintenis uit art. 1352 oud BW afwijkt van de gewone verbintenis waarbij de debiteur het verrichten van een daad van zichzelf belooft, doordat hier een *resultaat* beloofd wordt. Later zal Houwing dit thema uitwerken in een bekend geworden *WPNR*-artikel waarin het onderscheid tussen inspannings- en resultaatverbintenissen bepleit wordt, waardoor naar mijn mening echter de verwarring onnodig vergroot is.⁹ Het schema van Houwing ziet er als volgt uit:

Men kan zich met betrekking tot het ontstaan van een zekere toestand op de volgende wijzen verbinden:

1. zich verbinden tot het verrichten van handelingen om die toestand te doen ontstaan (*inspanningsverbintenis*);
2. zich verbinden die toestand te doen ontstaan (*resultaatsverbintenis*);
3. garanderen dat die toestand zal ontstaan (*garantieverbintenis*);
4. zich verbinden tot vergoeding van de bij niet-intreden van die toestand ontstane schade (*verzekeringsverbintenis*).

De theorie van Houwing werd opgezet om op twee terreinen duidelijkheid te scheppen: de overmachtsvraag en de bewijslastverdeling. Het gepropageerde onderscheid zou op beide punten een eenvoudige oplossing mogelijk maken. Het probleem is echter, dat het duidelijke heldere onderscheid een *fata morgana* blijkt als men dichterbij komt, en concrete voorbeelden aandraagt. Het is de verdienste van Schoordijk dat (al in 1969) aan de kaak gesteld te hebben, als meester van het bedenken en moduleren van casusposities.¹⁰ Een even zwakke stee in Houwings leer is, dat het recht op het gebied van de overmacht en de bewijslastverdeling in ontwikkeling is en minder star dan Houwing voor ogen stond; met de ontwikkeling van regels van goede trouw zijn die leerstukken veel

9. Ph.A.N. Houwing, *De inhoud van de verbintenis en de overmacht*, *WPNR* 4316/24 (1953). Vgl. ook nog onder, Hfdst. 6, § 1.

10. Vgl. *BR* 1969, p. 65, en meer recent, *Alg. gedeelte verb.recht NBW*, 1979, p. 182 v.

§3. GARANTIEBEDINGEN

genuanceerder en soepeler geworden, en heeft men kunstmatig aandoende onderscheidingen met zwart-wit oplossingen niet meer nodig.¹¹ In Hoofdstuk 6 zal uitvoeriger op deze materie ingegaan worden.

Voor ons onderwerp is van belang, dat in de visie van Houwing de garant geen beroep op overmacht kan doen, hetgeen bij een resultaatsverbintenis wel het geval is (aldus ook de hoge raad in het *Van der Spek*-arrest¹²). Dit lijkt mij te ongenuanceerd; bij zekerheidsgaranties valt dit standpunt aan te nemen, bij kwaliteitsgaranties hangt dat mijns inziens van de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid af, om het befaamde drietal weer eens te noemen. In sommige garanties, bijvoorbeeld in de bouw, worden de overmachtsgronden in de garantie vermeld. Er zou nader onderzocht moeten worden of in een bepaalde tak van handel een beperkt beroep op overmacht aanvaard wordt. Wij hebben immers niet met een verzekeringsverbintenis te maken waarbij het simpele intreden van een bepaalde schadeveroorzakende gebeurtenis de verplichting tot schadevergoeding doet ontstaan. Dat is de uiterste kant van de schaal van verbintenissen, met aan de andere zijde de zgn. inspanningsverbintenis (waarbij overigens steeds van een redelijke inspanning sprake is). Zoals wij hieronder nog zullen zien, is het een trend van de laatste tijd om de wederpartij een garantie annex verzekering aan te bieden. Wat de overmachtsvraag betreft, voor de mogelijkheid, in beginsel, van een beperkt beroep op overmacht bij kwaliteitsgaranties pleit de omstandigheid dat in ons rechtssysteem wanneer sprake is van risico-aansprakelijkheid buiten contract, steeds een beperkt beroep op overmacht openstaat. Men zie de aansprakelijkheid voor gebouwen (art. 6:174 BW), verkeersaansprakelijkheid (art. 31 WVV), etc.

Gezien het beperkte beroep op overmacht dat in beginsel bij kwaliteitsgaranties mogelijk is, valt de reden weg om deze figuur te onderscheiden van resultaatsverbintenissen. Als men, met Schoordijk, ook al niet gelooft in het heil van het onderscheid inspannings- contra resultaatsverbintenis, blijft er weinig van de theorie van Houwing over.¹³ Ik kan niet nalaten Scholten te citeren, op de door Houwing aangehaalde plaats, aangezien die opmerking een tijdbom onder de leer van Houwing gebleken is. Scholten zegt in een artikel uit 1917 met betrekking tot de garantieverplichting ex art. 1352 oud BW:

‘In iedere contractuele verbintenis zit tweeërlei, de belofte tot krachtsinspanning, het op zich nemen van een plicht en het instaan voor een resultaat, het aanvaarden van een risico, het ethische naast het economische element als men wil. De verkoper is verplicht moeite te doen om de koper het verkochte te verschaffen, hij aanvaardt tevens een risico, voor het geval de koper niet krijgt wat hem beloofd is.

Bij een beding als art. 1352 bedoelt, is er niet anders dan het laatste ... hij belooft een resultaat: een prestatie.’

Een van de grote misverstanden op dit terrein, is dat men meent dat onder inspanning een subjectief begrip verstaan moet worden, dat aan het oordeel van

11. Vgl. voor de overmacht Hfdst. 6, § 2. Voor het bewijsrecht vgl. mijn in nt 224 genoemde artikel, p. 716, en Deel 2, Hfdst. 12, § 1, nr 6, in fine.

12. HR 23 febr. 1968, *NJ* 103, nt GJS, waarover Schoordijk, t.a.p.

13. Vgl. voor deze problematiek in het vervoersrecht, J. van der Meer, *WPNR* 5706 (1984), p. 458 v.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

de debiteur onderworpen is. Doorgaans wordt hier teruggegrepen op de schrijver die op het gebied van de overmacht het begrip inspanning geïntroduceerd heeft, en daarmee de zgn. subjektieve overmachtsleer (als correctie op objectieve leer waarbij alleen overmacht als van buiten komend geweld, *vis maior*, als overmachtsgrond aanvaard werd), J.F. Houwing (de zgn. 'oude Houwing', leermeester van het illustere drietal Meijers, Paul Scholten en J.C. van Oven, niet te verwarren met diens zoon, Ph.A.N. Houwing), normatieve uitlegger als hij was, heeft echter aan 'inspanning' nimmer een subjektieve betekenis gegeven. Sterker nog, zijn omschrijving is hoogst modern en loopt vooruit op het *vliegtuigvleugel*-arrest van 1968.

In een belangrijk artikel uit 1904 (*Rm* 1904, *Rechtskundig Opstellen*, 1921, p. 124 v.) omschrijft J.F. Houwing de overmacht op grond van de artt. 1280 en 1281 oud BW als volgt. Het begrip overmacht geeft aan wanneer de debiteur aan het uitblijven van het met de verbintenis beoogde gevolg geen schuld heeft. 'De overmacht begint derhalve, zodra de toerekening ophoudt', d.w.z. 'waar de zorg van een goed huisvader een einde neemt'. Hoe te bepalen hoever die zorgt reikt? 'Men zal de omstandigheden van elk concreet geval in aanmerking moeten nemen, en daarbij dienen te letten op het feit, dat de overeenkomsten naar art. 1374 te goeder trouw moeten worden tenuitvoergelegd, terwijl zij naar art. 1375 verbinden niet alleen tot datgene wat uitdrukkelijk is bepaald en door het gebruik of de wet wordt gevorderd, maar ook tot datgene - en daarop komt het ons aan - wat door de billijkheid wordt geboden' (p. 132). Houwing vat zijn visie samen in één regel ter vervanging van genoemde wetsartikelen: 'De schuldenaar moet veroordeeld worden tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, zo dikwijls hij niet bewijzen kan, dat hij ter uitvoering der verbintenis alles heeft gedaan, waartoe hij *naar de opvatting van het verkeer en de redelijke zin der overeenkomst gehouden was*'¹⁴ (mijn curs., p. 139). Dan zou de aanleiding vervallen om zich in 'de scholastieke onderscheiding tussen objectie en subjektieve onmogelijkheid te verdiepen', in navolging van Hijmans zou schr. zelfs de term 'overmacht' kunnen missen. Ten onrechte geeft Rutten de leer van Houwing weer als 'overmacht begint waar de schuld ophoudt' (Asser-Rutten I (1981, p. 248)); eveneens ten onrechte wordt betoogd dat de 'inspanningsleer' het gericht zijn op een resultaat, de garantieplicht, verwaarloost. Die mening kan alleen postvatten als men Houwing met een subjektieve bril leest.

De tekst van Rutten werd door Hartkamp gehandhaafd in zijn bewerking, 7e tot en met 9e dr. van 1992, zie Asser-Hartkamp I, nr 313 v. In de 10e dr., 1996, schrapt Hartkamp enkele passages; wat overblijft is echter nog steeds een *onjuiste* weergave van Houwing Sr's leer.

Een verdere uitdieping van deze materie moet echter aangehouden worden tot de behandeling in Hoofdstuk 6.

Tenslotte nog een blik op een situatie waar het vragen om moeilijkheden lijkt om een kwaliteitsgarantie af te geven, te weten die, waarin zgn. ontwerpgaranties in de bouwwereld afgegeven worden. Een bekend strijdpunt is daarbij wat men in dit verband met ontwikkelingsrisiko's aan moet, en welke invloed de huidige stand van de techniek en wetenschap heeft. Het is een typische situatie waar de garant er wijs aan doet om onbekende risico's van de bekende te scheiden en met zoveel woorden in de garantieverklaring te verwerken. Een minimum is het opnemen van een 'considerans' voorafgaand aan het contract waarin men deze kwestie aan de orde stelt (bijv. dat men geen ervaring met een nieuw materiaal of nieuwe verwerkingsmethode of constructie heeft, afgaat op het advies dat namens de opdrachtgever is gegeven, etc.).

14. Mijn curs., p. 132. Vgl. in deze zin ook Suijling, *Inleiding Burg.recht*, 1923, p. 176.

§3. GARANTIEBEDINGEN

B. HET TOTSTANDKOMEN VAN GARANTIEVERBINTENISSEN

3. *De verhouding tot andere (precontractuele) verklaringen. Stilzwijgende garantie: versche koe (1941)*

Bij het behandelen van de vraag hoe (kwaliteits-)garantieverbintenissen ontstaan, beperken wij ons tot de precontractuele fase; garanties kunnen echter ook tijdens het bestaan van de overeenkomst of zelfs na afloop verleend worden. Hierbij doen zich de volgende vragen voor:

- a. in hoever onderscheidt een garantieverklaring zich van andere mededelingen tijdens de onderhandelingen gedaan?
- b. is er sprake van een *stilzwijgende* garantie op grond van de aard en strekking van de overeenkomst?
- c. wat is de inhoud van een garantieverklaring, hoever strekt de garantie?

Voor de beantwoording van deze vragen, die overigens al door Meijers in 1941 in zijn noot onder het *versche koe*-arrest opgeworpen werden, dient men te rade te gaan bij de jurisprudentie van de afgelopen halve eeuw.¹⁵ Erg overzichtelijk en consequent kan men deze niet noemen; de hoge raad heeft hier bij de rechtsvorming bepaald verstek laten gaan. Zoals duidelijk zal zijn, hangen de drie vragen sterk met elkaar samen. Al in 1932 had Paul Scholten erop gewezen dat het voor een teleurgestelde koper aantrekkelijk is om bij de niet-aanwezigheid van een *toegezegde* eigenschap uit wanprestatie te ageren, om niet op de verraderlijke verborgen gebrekenregeling aangewezen te zijn.¹⁶ Welke rechtsbetekenis kunnen verklaringen, in de precontractuele fase afgelegd, hebben?

Zoals elders besproken¹⁷, kunnen precontractuele verklaringen vier betekenissen in rechte hebben:

1. een *aanprijzing* (geen aktie);
2. een *misleidende verklaring* (aktie uit dwaling, bedrog of misbruik van omstandigheden);
3. een *toezegging* (aktie uit wanprestatie);
4. een *garantie* (beperkte aktie uit wanprestatie, afhankelijk van inhoud van de verklaring).

Allereerst moet geconstateerd worden, dat de grens tussen de categorieën 3 en 4 vloeiend is; indien een garantieverklaring niets naders bepaald over vorm en hoogte van schadevergoeding en termijn waarbinnen een vordering ingesteld moet worden, *valt de garantie samen met de toezegging*. Dat zal veelal het geval zijn bij een mondeling gegeven garantie. Veel problematischer zijn echter de grensgeschillen tussen de toezegging en de verklaringen uit de categorieën 1 en 2, respectievelijk aanprijzingen en misleidende mededelingen. Overigens dient vooraf opgemerkt te worden dat alle verklaringen ook 'stilzwijgend' gedaan kunnen worden, of te wel uit een niet-doen kunnen bestaan (zwijgen waar spreken plicht is; in standhouden van een onjuiste voorstelling van zaken bij de

15. *NJ* 1941, 781.

16. Zie zijn noot onder *NJ* 1932, 399.

17. Vgl. voor deze materie ook boven, Hfdst. 3, § 1, nr 2.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

wederpartij); het doen hoeft ook niet uitsluitend met woorden te geschieden, het maken van gebaren, instemmend knikken, etc. telt ook mee. Voor de grens met mededelingen die een aktie uit dwaling rechtvaardigen - in mijn opvatting liever 'misleiding' te noemen - of bedrog etc., verwijs ik naar het elders betoogde.¹⁸ Men kan in ieder geval in die categorie nog in de prijzen vallen, als teleurgestelde contractant. Dat ligt anders als men uitsluitend in categorie 1 terecht kan, de aanprijzingen, die hier aan de orde gesteld wordt. Een complicerende faktor hierbij is, dat ook het leerstuk van de verborgen gebreken een rol speelt. Wij kunnen er niet omheen om ook daaraan aandacht te besteden.

Als men staken tracht uit te zetten op het onherbergzame terrein van precontractuele aanprijzingen en toezeggingen - reminiscenties aan de Llano Estacado uit de boeken van Karl May zijn op hun plaats - is een goed vertrekpunt het *versche koe*-arrest uit 1941. Inderdaad, 'wie pleit om een koe, legt er een op toe', maar er is meer aan de hand. Eigenlijk vindt men de hele problematiek hier in een notedop, zoals ook uit de belangrijke noot van Meijers, die al eerder aangehaald werd, blijkt. Poot had van Kastelein een 'verse koe' gekocht voor f 250,-. 'Vers zijn' betekent dat de koe pas gekalfd heeft en daarom een rijke melkopbrengst geeft. Na levering blijkt de koe te lijden aan een baarmoederontsteking, waardoor de grote melkproduktie uitbleef, door dit gebrek acht Poot het dier niet geschikt waarvoor het bestemd was, namelijk melkkoe, en eist vernietiging, c.q. ontbinding van de overeenkomst met schadevergoeding. Die koe was overigens in overleg tussen partijen geslacht, waarbij het gebrek geconstateerd werd, dat van voor de koop afkomstig was, als gevolg van het kalveren (de afspraak, dat in dat geval het risico voor de verkoper was, werd beweerdelijk niet nagekomen).

Het arrest is de eerste van een treurige serie over de samenloop tussen de aktie uit verborgen gebreken en die uit wanprestatie, welke samenloop door de hoogste rechter afgewezen wordt. Indien men zoals Poot, de korte termijn van art. 1547 oud BW heeft laten verlopen, dan kan men niet op de algemene aktie ex 1302 BW terugvallen (hetgeen het hof in casu had toegestaan). In verschillende opzichten is de jurisprudentie over dit onderwerp treurig te noemen: voor het afwijzen van de samenloop zijn geen steekhoudende argumenten te noemen, behalve wellicht wetshistorische.¹⁹ De reparatie die de hoge raad later aanbrengt in het *warmedrankautomaten*-arrest uit 1970 door aan de hand van 'redelijke wetstoepassing' de regeling van de artt. 1540 v. oud BW uitsluitend op species-koop van toepassing te verklaren in onze wereld van genus-koop, is een lapmiddel. Niet valt in te zien waarom de jurisprudentie in ons tijdperk vasthoudt aan de korte termijn die voor de *koop van vee* gebruikelijk is, namelijk niet meer dan 6 weken. Het artikel spreekt van 'overeenkomstig den aard dier gebreken, en met inachtneming der gebruiken van de plaats alwaar de koop gesloten is', dat hoeft voor een koffie-apparaat of een rekenmachine niet hetzelfde te zijn als voor een melkkoe? Dat is toch gewoon je boerenverstand gebruiken? De franse rechter heeft dat wel gedaan, bij dezelfde wetstekst, en acht termijnen van 9 maanden, ingaand bij de levering (niet de koop), geen

18. Zie Hfdst. 5, § 1, nr 3.

19. Met het verdwijnen van de verborgen-gebrekenregeling in het huidig BW (zie thans: art. 7:17 BW) is aan deze historie een eind gekomen.

§3. GARANTIEBEDINGEN

problemen bij het hanteren van deze aktie.²⁰ De bekendheid met het gebrek, waarover Poot ook struikelde, want hier was pas na slachting te constateren welk gebrek het beest had - operatie geslaagd, patiënt overleden, de koe kon dus niet meer teruggegeven worden bij wege van *actio redhibitoria*, - is voor de franse rechter in tegenstelling tot zijn nederlandse collega evenmin een probleem. Een professionele verkoper wordt door hem per definitie te kwader trouw in de zin van de wet geacht, dat wil zeggen er is een, onomkeerbaar, wettelijk vermoeden dat de professionele verkoper op de hoogte was van het gebrek in kwestie.²¹ Daarmee is deze bepaling een belangrijk wapen geworden bij de consumentenbescherming. Niet valt in te zien waarom onze rechtspraak niet dezelfde weg had kunnen bewandelen; wij worden nu zoet gehouden met de mededeling dat de verborgen gebreken niet in het Nieuw BW terugkomen; al enkele decennia, met nog een in zicht, moeten wij het zonder goede regels van rechtersrecht op dit punt doen.

Goed, het is dus slecht afgelopen met Poot, onze koper van de koe. Hij moest er trouwens niet één koe op toeleggen, met deze procedure, maar gezien zijn kostenveroordeling wel zeven! Zijn bijdrage aan de rechtswetenschap is echter dat hij de hoge raad tot een obiter dictum (overweging die als losse flodder geldt) verleidt, die zo onjuist is dat zij Meijers tot een fraaie beschouwing in zijn noot beweegt. Want waar gaat het in deze casus om, wat de toezeggingsproblematiek betreft? Zoals de annotator terecht opmerkt gaat het om de rechtsbetekenis van de term 'verse koe'. De raad had overwogen:

'dat eigenlijk in het midden kan blijven, wat rechtens zou zijn, indien bij de koop een beding ware gemaakt, waarbij de verkoper de afwezigheid van het meergemelde gebrek zou hebben toegezegd, daar ten deze dit geval zich niet voordoet, immers de verkoper slechts had toegezegd, dat de koe vers was, en zij dit, naar tussen partijen onbetwist is, ook inderdaad is geweest'.

De cassatierechter meent dus dat 'vers' uitsluitend (letterlijk) betekent 'een koe die pas gekalfd heeft'; hof en p-g menen anderzijds dat dit begrip *naar de aard dier overeenkomst* moet betekenen, dat deze koe een rijke melkproduktie

20. De rechter heeft discretionaire bevoegdheid bij het vaststellen van de termijn, zie daarvoor Köster, AA 1971, 456 v., en uitvoerig Jacques Ghestin, *Conformité et garanties dans la vente*, 1983, p. 33 v. Zie ook Ghestin et Desché, *Traité des contrats, La vente*, Paris 1990, nr 737 v. In het duitse recht is de termijn een half jaar, in het zwitserse een jaar. Vgl. ook de door Köster besproken regelingen van het Benelux-ontwerp en de LUVI.

21. Vgl. behalve de in de vorige noot genoemde lit.: Wachter, noot NJ 1974, 109, sub 8d (*Van Kessel - Werklust NV*). Het is wonderlijk dat Meijers in zijn noot onder *versche koe* kon schrijven dat hem geen enkel recht bekend was dat de verkoper voor een hem niet kenbaar gebrek volledig aansprakelijk stelt. Opmerkelijk is ook dat de exoneratie van deze garantieverplichtingen door een professionele verkoper in beginsel niet wordt toegestaan.

Vgl. verder nog W. van Gerven, *SEW* 1970, p. 276 v.; de franse rechter heeft ook de schadevergoeding gelijk getrokken, en kent bij een verkoper te goeder trouw (geen professionele partij dus) volledige schadevergoeding aan de koper toe, met uitzondering van gederfde winst. Aldus staat de interpretatie die de franse rechter aan alle bepalingen van de afdeling verborgen gebreken geeft diametraal tegenover die van zijn nederlandse collega ten aanzien van de gelijkkluidende bepalingen. De belgische rechter zit er tussenin. Zie uitvoerig, Ghestin, p. 244 v. (1983); nr 740 v. (1990). Zie voor stilzwijgende garantie ook nog: Mazeaud-Chabas II, *Obligations*, 8e dr., Paris 1991, nr 402.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

behoorde te hebben, gelijk normaal verwacht kan worden' (aldus het hof). Meijers vraagt zich trouwens af of de raad niet is afgeweken van hetgeen het hof feitelijk had vastgesteld (de annotator geeft geen eigen mening op dit punt).

Al met al heeft de hoge raad hier geen bijdrage aan de rechtsontwikkeling gegeven; de visie van het hof ligt in de lijn van latere ontwikkelingen, onder meer van Beneluxontwerp en nieuwe BW waar de verwachte eigenschappen centraal staan (art. 7:17, zie nog onder).

4. *Stilzwijgende garantie: vouwapparaat (1963) en latere rechtspraak. Wasautomaten (1971)*

De volgende bijdrage van de hoge raad aan het onderhavige onderwerp is veel gelukkiger, zij het dat zij geen vervolg heeft gekregen, althans mondjesmaat. In het *vouwapparaat*-arrest uit 1963 was weer de samenloop van akties in het geding.²² De aktie uit verborgen gebreken lijdt schipbreuk aangezien de termijn verlopen is (met 5 jaar). Betwist was, of een mededeling van de verkoper als garantie opgevat kon worden, hetgeen het Hof Arnhem niet van belang acht gezien ook in dat laatste geval geen beroep op wanprestatie naast dat op verborgen gebreken zou openstaan. De hoge raad casseert dit arrest, in een belangwekkende uitspraak, die ik hier laat volgen:

'dat de wet in de artt. 1540 e.v. BW den verkoper, ook zonder dat partijen daaromtrent iets zijn overeengekomen, verplicht den koper te vrijwaren wegens gebreken van de verkochte zaak, doch uitsluitend in dier voege dat, indien de zaak een verborgen gebrek heeft als in die artikelen omschreven, de koper jegens den verkoper in de daar genoemde gevallen de daaromschreven rechten heeft;

dat partijen bij een overeenkomst, gelijk in het algemeen t.a.v. enig feit, zo ook bij den koop t.a.v. een eigenschap van de verkochte zaak uitdrukkelijk of stilzwijgend kunnen overeengekomen, dat de enkele afwezigheid van die eigenschap steeds wanprestatie van den verkoper zal opleveren en den koper de rechten zal geven, die in het algemeen uit wanprestatie voortvloeien; dat zij dit evenzeer vermogen te doen t.a.v. een eigenschap waarvan het ontbreken van verborgen gebrek in den zin van vorengenoemde artikelen zou zijn, en zij daarmede dan een andere aansprakelijkheid voor zodanig gebrek overeengekomen dan uit die artikelen zou voortvloeien;

dat alsdan de rechten van de ene partij berusten op hetgeen partijen daaromtrent zijn overeengekomen;

dat dit ook geldt voor het geval dat het ontbreken een verborgen gebrek zou zijn, en ook dan de aansprakelijkheid van den verkoper voortvloeit uit het tussen partijen daaromtrent overeengekomene en dus niet uit de artt. 1540 e.v., zodat deze artikelen dan toepassing missen;

dat de vraag of in een gegeven geval partijen de hiervoor bedoelde onbepaalde aansprakelijkheid van den verkoper voor de aanwezigheid van zekere eigenschap zijn overeengekomen, door uitlegging van hun wilsverklaringen beantwoord moet worden;

dat de enkele mededeling van den verkoper aan den koper, dat de zaak zekere eigenschap heeft, een overeenkomst als hier bedoeld nog niet behoeft in te houden en mitsdien nog niet de toepasselijkheid van de artt. 1540 e.v. behoeft uit te sluiten;

dat evenwel het hof ten onrechte heeft beslist dat die artikelen ook dan nog toepasselijk zouden zijn als de verkoper den koper de afwezigheid van het gebrek zou hebben gegarandeerd;

22. HR 10 mei 1963, NJ 288, nt HB, *Van den Hoek - Smit*.

§3. GARANTIEBEDINGEN

dat het hier tegen gericht middel dus gegrond is en 's hofs beslissing derhalve niet in stand kan blijven; dat verwijzing moet volgen.'

Een veelbelovende uitspraak, met name in de gelijkstelling van uitdrukkelijk en stilzwijgend gegeven garanties die een beroep op wanprestatie met vermindering van de valkuil van verborgen gebreken mogelijk maken, zij het met de aantekening dat volgens de raad de 'enkele mededeling dat de zaak zekere eigenschap heeft' nog geen 'garantie-overeenkomst' hoeft in te houden.

De casus was overigens deze, dat Van den Hoek in juni 1954 van Smit een vouwapparaat gekocht had dat moest passen achter een eerder door hem bij Smit gekochte snelpers. 'Na maandenlang gedokter' wordt het apparaat gedemonteerd en een jaar later ter beschikking van de verkoper gesteld. Van den Hoek eist de koopsom á f 1.500,- en reparatie- en montagekosten à f 675,- van Smit. De laatste ontkent de mededeling omtrent het aansluiten van beide apparaten gedaan te hebben, laat staan een garantie van die strekking gegeven te hebben. Volgens de stelling van Van den Hoek had Smit in een telefoongesprek op de vraag van de eerste, of het een wel aan het ander paste, geantwoord, dat dit zo was en dat de monteur van Van den Hoek van eenzelfde gevoelen was.

Na verwijzing van het Hof Arnhem loopt het voor Van den Hoek toch nog verkeerd af.²³ Het hof gaat aan het uitleggen van de telefonische mededeling van Smit (nog steeds door hem ontkend) en is van oordeel dat Smit 'niet meer dan een blote mededeling omtrent het passen van het vouwapparaat zou hebben gedaan en met name niet te dien aanzien uitdrukkelijk of stilzwijgend een garantieverplichting op zich zou hebben genomen'. Hieraan doen niet af de omstandigheden door koper gesteld, dat de verkoper wist dat Van den Hoek slechts het apparaat wilde kopen indien het op de snelpers paste. Het is mij volstrekt onduidelijk hoe het hof hier van een 'blote mededeling' kan spreken onder deze omstandigheden, terwijl de koper uitdrukkelijk daarnaar vraagt en te kennen geeft dat het anders niet hoeft. Het lijkt mij alleen verdedigbaar van een simpele mededeling te spreken indien de verkoper ongevraagd een technische mededeling van algemene aard doet, waarvan hij niet kan vermoeden dat deze, vanwege gewekte verwachtingen, voor de wederpartij van belang zijn.

Helaas staat deze uitspraak van het Hof Arnhem niet alleen. Hetzelfde hof volhardt bij zijn standpunt enige tijd later in een procedure die de verkoop van de dekhengst Sander van 't Hoenderbos²⁴ betreft. Het hof is van mening dat het verkopen van een hengst 'als dekhengst' onvoldoende is om daaruit af te leiden het (stilzwijgend) op zich nemen van enige garantie voor de vruchtbaarheid van de betrokken hengst. De mededeling van de verkoper als reactie op de eis van de koper dat de hengst goed moest kunnen dekken en bevruchten, dat dit goed was, acht het hof 'een op zich zelf staande, enkele mededeling' die geen garantie inhoudt. Vermoedelijk zou het hof alleen reageren op de woorden 'ik garandeer dat ...'.

Ook andere uitspraken uit die tijd zijn weinig hoopgevend. Het betreft met name de betekenis van algemene aanprijzingen in folders of bij de

23. Hof Arnhem 29 jan. 1964, *NJ* 1965, 405; deze materie wordt ook besproken door Ben van Soest, *AA* 1980, p. 329, op p. 331.

24. Hof Arnhem 1 dec. 1970, *NJ* 1971, 233, *Meynen - Roelofse c.s.*. Deze hengst zal nooit de bekendheid onder juristen halen die de Artist de Laboureur gekregen heeft (*NJ* 1923, 676).

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

onderhandelingen. In 1969 overweegt het Hof Den Haag met betrekking tot de woorden ‘absoluut betrouwbaar’ in een reclamefolder voor warme-drinkautomaten dat hierin geen speciale garantie gezien mag worden²⁵. Die woorden ‘betekenen niet anders dan de gehoudenheid van de verkoper tot wat naar de aard van de overeenkomst wordt gevorderd, daar immers een te leveren automaat uiteraard betrouwbaar moet zijn, terwijl het woord “absoluut” in dit verband als een gebruikelijke overdrijvende term zonder wezenlijke inhoud is op te vatten’. Waarom de aard van de overeenkomst niet tot de tegengestelde uitkomst zou moeten leiden is mij duister. Een automaat die niet betrouwbaar is, dat wil zeggen niet automatisch reageert en werkt op bepaalde impulsen, is gewoonweg geen automaat (het woord zegt het al, als het ware, evenals bij de dekhengst het geval is). Waarom van dat benauwde? Misplaatst legisme kan slechts het antwoord zijn, de dogmatische vooronderstelling dat dit nu eenmaal in het systeem van de wet zo moet. En dat terwijl de hoge raad zelf in het *vouwapparaat*-arrest de weg gewezen had, die met enige goede wil toch te bewandelen moest zijn. Helaas treedt de cassatierechter niet corrigerend op. In 1970 deed de mogelijkheid zich voor, toen het Hof Amsterdam mededelingen van een autoverkoper slechts als aanprijzingen zag waarop de koper niet mocht afgaan, ook al kocht hij een kat in de zak.²⁶ De raad was van mening dat het hier een feitelijk oordeel betrof dat niet voor toetsing in cassatie in aanmerking kon komen. Er zijn ook wel uitzonderingen op deze lijn in de rechtspraak te noemen, doch zij hebben geen fiat van de hoogste rechter gekregen, en blijven derhalve wat in een schemertoestand.²⁷

Een interessant intermezzo vormt een jaar later de *wasautomaten*-zaak (*Olde Wobbers*)²⁸, waarin de hoge raad de behandeling van de verborgen gebrekenproblematiek voortzet, zoals die met het *warme-drinkautomaten*-arrest in gang gezet was. In dit arrest werd de betekenis van de soortkoop voor het instellen van een aktie uit wanprestatie nader vastgesteld. Olde Wobbers had 6 Zanussi wasautomaten voor zijn wasserette gekocht in huurkoop van Electrotechniek. Na afloop van de garantie-termijn van 1 jaar kwamen ernstige gebreken aan de apparaten aan het licht, onder meer dat installatie en bedrading onvoldoende waren en het gehele samenstel ‘voor een wasserette voor dames-publiek minder geschikt’ was. Het gaat ons op deze plaats om de wijze waarop de cassatierechter het begrip wanprestatie omschrijft; hij overweegt daaromtrent:

‘dat de Rb. vervolgens heeft overwogen dat uit de door Olde Wobbers overgelegde schrifturen niet blijkt noch overigens door Olde Wobbers is gesteld dat Electrotechniek andere machines zou hebben geleverd dan besteld, of dat de geleverde machines in afwijking van andere machines van hetzelfde merk, soort, type en prijs als door Olde Wobbers besteld, bepaalde mankementen zouden vertonen, op welke grond de Rb. deze grief heeft verworpen;

25. Hof Den Haag, te kennen uit HR 3 april 1970, *NJ* 252, nt GJS, *warme-drinkautomaten*.

26. HR 12 juni 1970, *NJ* 383, *Van Baak - Van Heijningen*.

27. Van Soest wijst op de volgende rechtspraak: Hof Den Haag 19 okt. 1945, *NJ* 1946, 360 (hijsvermogen kraan behoort tot essentialia van de overeenkomst, mededeling is derhalve garantie); Rb. Amsterdam 18 okt. 1970, *VR* 1974, p. 103 (mededeling op rekening van geen bezwaar tegen ANWB-keuring); Hof Amsterdam 19 juni 1958, *NJ* 1959, 26 (schriftelijke verklaring dat auto goed was, gezien omstandigheden en prijs als garantie opgevat).

28. HR 29 jan. 1971, *NJ* 221, nt GJS; AA p. 440, nt Köster, *Olde Wobbers - NV Handelsonderneming Electrotechniek*.

§3. GARANTIEBEDINGEN

dat echter bij een overeenkomst tot levering van slechts naar de soort bepaalde zaken zoals de Rb. voor ogen stond, ook van wanprestatie sprake kan zijn, indien de geleverde zaken, al verschillen zij niet van andere tot die soort behorende zaken, niet aan de overeenkomst beantwoorden, omdat zij niet de eigenschappen bezitten die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten;

dat de Rb. mitsdien is uitgegaan van een te enge opvatting van hetgeen in een geval als dit als wanprestatie kan worden aangemerkt, en het middel in zoverre gegrond is.⁷

De hoge raad heeft hier als omschrijving van wanprestatie aanvaard, hetgeen ook van groot belang is voor de garantieproblematiek, het 'niet bezitten van de eigenschappen die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten'. De raad sluit hierbij aan op art. 10 Benelux Ontwerp inzake koop en ruil en art. 33 Uniforme Wet op de internationale koop.²⁹ Dit is later ook in de tekst van art. 7:17 BW opgenomen.

5. *De gemiste kans: Olivetti (1973). De doorbraak in Weissenbruch (1983)?*

Als wij de ontwikkeling van de figuur van de garantie in de rechtspraak verder volgen, stuiten wij op het *Olivetti*-arrest uit 1973.³⁰ Het betreft hier een bijdrage aan die ontwikkeling in negatieve zin; de hoge raad heeft in deze zaak de garantie-construktie van de rechtbank verworpen. Een gemiste kans.

Hogerheide koopt van Olivetti Nederland NV een tel-rekenmachine model 'Divisumma 24' voor f 2.050,- in nov. 1967. Een maand later worden ernstige rekenfouten geconstateerd; reparatie helpt niet en in april 1968 werd het apparaat onbruikbaar bevonden. Intussen had hij op de rekenmachine voor zijn constructiebedrijf enkele calculaties voor offertes gemaakt die hij uitgebracht heeft en welke achteraf verkeerd blijken te zijn. Het betreft offertes voor de bouw van 2 koelschepen, de inbouw van motoren in 3 tankers en de aanleg van pijpleidingen. Bij de eerste twee projecten wordt hij aan zijn te lage offertes gehouden, met een schade van resp. f 1.840.000,- en f 615.000,-; bij het laatste project rekende de machine te veel, en liep Hogerheide de opdracht mis. Zijn offerte lag ong. f 3 mln boven de prijs waarvoor het project aan anderen gegund werd; bij een juiste calculatie had hij f 0,5 mln onder dat bedrag gezeten en het werk gegund gekregen. Zijn winstderving stelt hij op f 2,5 mln. Voor die schade zoekt Hogerheide verhaal bij verkoper Olivetti, in totaal f 4.955.000,-.

Olivetti verweert zich met de stelling dat hier de verborgen gebreken-regeling van toepassing is, en dat eisers actie niet kan slagen aangezien deze te laat is ingesteld en bovendien de gevorderde schade uit meer bestaat dan de kosten op koop en levering gevallen waarin de wet voorziet. Voor de Rb. Den Haag heeft dit geen succes, aangezien het college het *vouwapparaat*-arrest eerst citeert en vervolgens toepast door hier een garantieverplichting aan te nemen, die recht geeft op een actie uit wanprestatie. De Rb. overweegt:

'dat accuratesse een zo essentiële eigenschap van een telmachine is dat, daargelaten welke bijkomstige eigenschappen daarvan door een koper verlangd mogen worden, waarvan het ontbreken wellicht van verborgen gebrek in de zin der voormelde wetsartikelen zou opleveren, bij een koopovereenkomst betreffende een dergelijke machine de partijen steeds geacht moeten worden - zij het stilzwijgend - te zijn overeengekomen dat, indien de machine zodanig werkt dat zij onjuiste calculaties oplevert, dit als wanprestatie aan de zijde van de verkoper zal worden beschouwd en de koper alsdan volgens de algemene regelen uit wanprestatie tegen de verkoper mag ageren.'

29. Zie voor die materie de noot van Köster, p. 446 v.

30. HR 1 dec. 1972, *NJ* 1973, 103, nt GJS.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

Het vonnis werd echter vernietigd door het Hof Den Haag, dat overweegt:

‘2. dat de eerste grief gegrond is, zijnde naar ‘s Hof’s oordeel de enkele omstandigheid, dat accuratesse een essentiële eigenschap is van een dergelijke machine, onvoldoende om daaruit een - stilzwijgende - overeenkomst als voormeld af te leiden;

3. a. dat door Hogerheide geen andere omstandigheden zijn gesteld waaruit i.c. een zodanige overeenkomst - mede - zou kunnen worden afgeleid;

b. dat Hogerheide wel heeft aangevoerd, dat Olivetti de litigieuze machine heeft gegarandeerd - welke garantie volgens mededeling van Hogerheide bij pleidooi mondeling is gegeven - doch Hogerheide niet heeft gesteld wat toen van de zijde van Olivetti is gegarandeerd.

De hoge raad desavoueert de doorbraakpoging van de Rb.:

‘dat dit middel, er van uitgaande dat op de onderhavige overeenkomst in beginsel de artt. 1540-1547 BW van toepassing zijn en dat te dezen sprake is van een verborgen gebrek in de zin van art. 1540, strekt ten betoge dat, als de machine zodanig werkt dat zij onjuiste calculaties oplevert, dit in ieder geval als wanprestatie van de verkoper moet worden beschouwd, in dier voege dat de regeling omtrent verborgen gebreken niet van toepassing is doch dat alsdan aan de koper volgens de algemene regelen een vordering uit wanprestatie toekomt;

dat dit betoog in zijn algemeenheid niet kan worden aanvaard; dat toch bij toepasselijkheid van de artt. 1540-1547 de daarin gegeven regeling slechts opzij wordt gezet indien partijen zijn overeengekomen dat het ontbreken van de betreffende eigenschap als wanprestatie zal gelden;

dat voor zover het middel wil betogen dat een dergelijke overeenkomst steeds moet worden aangenomen met betrekking tot een eigenschap waarvan het ontbreken het verkochte goed ongeschikt maakt voor het gebruik waartoe het volgens de overeenkomst is bestemd, dit betoog faalt omdat bij aanvaarding daarvan voor toepassing van de artt. 1540-1547 geen plaats meer zou zijn;

dat zowel bij de toelichting als onder middel II nog is aangevoerd dat Olivetti bij monde van de verkoper van de machine een bepaalde garantie heeft gegeven en dat dit uitdrukkelijk door Hogerheide is gesteld;

dat dit betoog afstuit op ‘s Hof’s r.o. 3b, inhoudende dat Hogerheide niet heeft gesteld wat van de zijde van Olivetti is gegarandeerd; dat het Hof, aldus oordelend, een uitlegging heeft gegeven van de gedingsstukken, welke uitlegging, als van feitelijke aard, in cassatie moet worden geëerbiedigd, zijnde niet gebleken dat het Hof kennelijk een stelling van Hogerheide over het hoofd heeft gezien;

dat het middel derhalve tevergeefs is voorgesteld.’

De eerste overwegingen betreffen het leerstuk van de verborgen gebreken. Ook op dat punt doet de cassatierechter de deur met een ferme klap dicht. Het *warmedrankautomaten*-arrest bleek een zwaluw te zijn geweest die nog geen zomer gebracht heeft. In dat arrest had de cassatierechter immers met behulp van ‘redelijke wetstoepassing’ het toepassingsgebied van de artt. 1540 v. oud BW tot de marge teruggebracht, door namelijk te bepalen dat deze regeling uitsluitend voor species-koop bestemd was. Een voor de hand liggende volgende stap van redelijke wetstoepassing zou zijn, aangezien zoals de raad toen stelde ‘de wettelijke regeling van verborgen gebreken, in plaats van overeenkomstig hare strekking in de eerste plaats de koper te beschermen, hoofdzakelijk tot een beschermende regeling voor de verkoper is geworden’, om de koper die bescherming verdient een samenloop van acties toe te staan, dat wil zeggen een beroep op art. 1302 oud BW (art. 6:74 BW) te geven. Dat deze mogelijkheid verhinderd zou worden, zoals de raad in *Olivetti* stelt, omdat dan ‘voor toepassing van de artt. 1540-1547 geen plaats zou zijn’, is zoals licht valt in te

§3. GARANTIEBEDINGEN

zien, een weinig overtuigend argument. Niets belet een koper om als hem dat uitkomt uit verborgen gebreken te reageren, zeker als de nederlandse rechter bereid is de regeling à la française te interpreteren, en hij niet meer aan schadevergoeding beoogt te krijgen dan de oude romeinse akties al toestonden, namelijk het terugdraaien van de koop, of wel het aanpassen van de koopsom.³¹ En al zou dat niet gebeuren, is het zo'n ramp als deze regeling een dode letter zou worden, hetgeen met de invoering van het Nieuw BW daadwerkelijk gebeurd is? Qua rechtsvorming is dit een weinig geïnspireerd arrest.

Pikant is overigens, de a-g Berger wees ook al daarop, dat de koop van het rekentuij door Hogerheide volgens de maatstaven van *warme-drinkautomaten* niet onder de verborgen gebrekenregeling viel, hetgeen de raad weigerde te corrigeren. In 1970 werd immers overwogen dat het geval dat de wetgever voor ogen stond (en dat niet uitgebreid moest worden), is de reeds bij het sluiten van de koop individueel bepaalde zaak, 'en wel in dier voege dat naar de bedoeling van partijen de verkoper slechts aan zijn leveringsplicht kan voldoen door levering van die bepaalde zaak, en de koper ook geen andere zaak dan die kan vorderen'. Wel nu, ten onrechte heeft het hof aangenomen dat het op proef installeren van de Divisumma 24 de koop al tot een specieskoop maakte; zoals de a-g terecht zegt, zal het de koper onverschillig gelaten hebben of de verkoper het demonstratie-exemplaar of een ander identiek exemplaar geleverd had. Dat op de faktuur een serienummer van het apparaat stond (hetgeen de a-g kennelijk van groot belang vond - om onduidelijke, feitelijke redenen is hij van oordeel dat het cassatiemiddel op dit punt toch faalt) lijkt mij niet van belang, dan zou de *drinkautomaten*-regel op losse schroeven gezet worden en genus-koop niet meer van specieskoop te onderscheiden zijn.

Terug naar het garantie-vraagstuk. De hoge raad houdt, net als in 1970, halt bij het feitelijk karakter van de uitleg die het hof aan de gedingstukken gegeven heeft. Dat komt niet erg overtuigend over als men bedenkt dat de raad in 1941 een obiter dictum gegeven heeft, en in 1963 een instructie voor de bewijsvoering. De raad voelde er kennelijk weinig voor om de benadering van de rechtbank te volgen. Hieronder kom ik nog op deze materie terug, bij een beschouwing van wenselijke ontwikkelingen op dit terrein.

Overigens kan men zich afvragen of de hoge raad ervoor terugschrok in casu een garantie aan te nemen, gezien de hoogte van de geclaimde schade. Nog afgezien dat van dat miljoenenbedrag nog heel wat valt af te dingen - gederfde winst op een niet verkregen contract, en dergelijke - staat de rechter een aantal middelen ter beschikking volgens de regels van wanprestatie om de vergoeding binnen de perken te houden. Allereerst kan de schade gematigd worden, en daarnaast kan men het causaal verband met behulp van de redelijke toerekening vast stellen, en op die wijze een beleid voeren. Er moeten natuurlijk grenzen gesteld kunnen worden, wie zou anders ooit een computer voor een ruimtevaartprojekt durven leveren, om maar wat te noemen? Men kan zich trouwens in dit geval afvragen, of Hogerheide, deskundig als hij was, geen nattigheid had moeten voelen toen de calculaties zo hoog uitvielen. Het timmermansoog, of het Fingerspitzengefühl, kortom de zaak in de vingers

31. In casu oordeelde het hof dat zelfs al zou de termijn in april 1968 aangevangen zijn, zij per aug. 1968 in ieder geval verstreken zou zijn. Vgl. voor een andere regel naar frans (duits en zwitsers) recht, boven nt 243.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

hebben. Dat legt in ieder geval een deel van het risico bij hem. De juridische discussie had zich derhalve op dat vlak moeten afspelen, en niet uitgebannen moeten worden door aan de garantie niet toe te komen, zoals de hoge raad deed. Dit uiteraard als 'humble submission' mijnerzijds.

Het duurt tot 1983 voor er weer een poging te signaleren valt (althans in de *NJ*) om het *vouwapparaat*-arrest in de praktijk te brengen. Rechtbank en Hof Amsterdam hebben de constructie van de stilzwijgende garantie gehanteerd in een koopovereenkomst inzake kunst, het *Weissenbruch*-arrest.³² Er is geen cassatie ingesteld tegen het arrest van het hof, zodat wij een precedent op dit gebied hebben.

Mevrouw B heeft bij de goed bekendstaande (zichzelf prominent noemende) kunsthandel A te Amsterdam in de periode maart 1973 - mei 1974 6 schilderijen gekocht met taxatierapporten, waaronder enkele Weissenbruchs en Sluijters, voor in totaal f 110.750,-. Begin 1976 brengt zij een schilderij naar Christie's ter veiling, doch deze wil het niet veilen vanwege de slechte kwaliteit. Vervolgens gaat zij naar Sotheby; een medewerker van het laatste veilinghuis komt op haar verzoek haar aankoop taxeren. De onthutsende uitslag daarvan brengt haar ertoe bij de kunsthandel A tegen de koop te klagen. Deze geschiedenis is later van belang, als A het verweer voert dat B een redelijke termijn van reclame heeft laten verstrijken. Het aanbod van B tot teruggave van de schilderijen met resitutie van de koopprijs wordt door A afgeslagen; een proces is dan onvermijdelijk. De Rb. hoort deskundigen, die berichten dat de verkoopprijzen van de 3 schilderijen waar het hier om gaat, met inachtneming van een marge van 10%, resp. 40, 30 en 50% boven de door hen geschatte koopprijzen lagen, aangezien zij niet authentiek waren. B had het oordeel van de Vereniging van Handelaren in Oude Kunst in Nederland ingebracht, die stelt: 'De kunsthandelaar dient in te staan voor de door hem aangeboden voorwerpen, zowel wat betreft toestand en artistieke kwaliteit alsook voor derzelfver relatie tot de gevraagde prijs'. De Rb. leidt uit de juistheid van dat oordeel af, 'dat de kunsthandelaar (stilzwijgend) garandeert dat het door hem verkochte tenminste een (markt)waarde van om en nabij de door hem bedongen koopprijs heeft'. Het Hof Amsterdam overweegt met betrekking tot A's grief op dit punt:

'(7.2) Het hof is het in zoverre met A. eens, dat een dergelijke algemene garantieverplichting niet bestaat voor de kunsthandelaar. Immers, die zou er in feite op neerkomen dat voor de kunsthandelaar de leer van het *iustum pretium* zou gelden. Een goede reden om die leer wel voor kunsthandelaren te volgen en elders niet, is er echter niet.

(7.3) Dit sluit niet uit dat in een bepaald geval - ook zonder dat dit uitdrukkelijk is overeengekomen - uit de overeenkomst(en) kan voortvloeien dat de kunsthandelaar toch dient in te staan voor een relatie tussen prijs en waarde van een verkocht werk in die zin, dat de "werkelijke (markt)waarde" - hierna aan te duiden als de waarde - niet onaanvaardbaar veel lager mag zijn dan de koopprijs.'

De omstandigheden die het hof vervolgens de revue laat passeren zijn: het betreft de aankoop van een reeks unieke kunstwerken gedurende een periode van meer dan een jaar, terwijl de betreffende werken een aanzienlijk bedrag kosten; B is een onervaren kunst koper, hetgeen A bekend was; er waren taxatierapporten bij de werken afgegeven, terwijl daarin voor de verzekering aanzienlijk hogere bedragen genoemd waren. Aan A's stellingen ontleent het hof dat A als iedere kunsthandelaar tracht zijn klanten te leren kennen, zoveel mogelijk van dienst te zijn en als klant te binden, zodat het gebruikelijk is dat het contact uitgebreider is dan louter 'het gesprek over de toonbank'. Uit deze omstandigheden concludeert het hof:

32. Hof Amsterdam 24 nov. 1983, *NJ* 1984, 794, *kunsthandel A-B*. Vgl. voor de betekenis van mededelingen bij kunstkoop, en de grens tussen dwaling en wanprestatie, Hfdst. 5, § 1, nr 3.; A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, diss. Leiden, 1992, p. 106 v.

§3. GARANTIEBEDINGEN

‘Op grond van genoemde omstandigheden mocht B van A, die zichzelf aanduidt als prominente kunsthandel en met wie B blijkens het onder 7.4 en 7.7 gestelde een zekere vertrouwensrelatie had (opgebouwd), verwachten dat deze haar niet alleen zou voorlichten omtrent de artistieke waarde van de aan te schaffen werken, maar ook dat A haar geen schilderijen zou leveren, waarvan de waarde in verhouding tot de door haar betaalde koopprijs onaanvaardbaar laag was’ (ov. 7.9). Op grond van het deskundigenrapport meent het hof dat dat laatste hier het geval is. Het verweer tenslotte van A dat een ‘objectieve prijs’ niet mogelijk is, verwerpt het hof met de redenering dat de deskundigen naar verondersteld mag worden in hun taxatie de elementen ‘appreciatie’ van en dus ook ‘vraag naar’ werken als de onderhavige hebben verdisconteerd. Er is dus door A wanprestatie jegens B gepleegd, concludeert het hof. Verweren dat een redelijke termijn overschreden zou zijn en te laat gereklameerd zou zijn worden door het hof verworpen, onder meer met het argument, dat B, handelend met een prominente en bonafide kunsthandel, niet erop verdacht hoefde te zijn.

Als wij dit arrest analyseren, dan lijkt het hof een les uit het *Olivetti*-arrest getrokken te hebben, in die zin dat het wist dat een algemene garantie zoals door de rechtbank aangenomen, geen goed zou kunnen vinden in de ogen van de cassatierechter. Niet alleen de *aard van de overeenkomst*, ook de *verdere omstandigheden van het geval* zijn bepalend door de vraag of er sprake is van een garantieverplichting. Deze kunnen als volgt geïnventariseerd worden:

- a. *de bonafide naam en prominente positie van de verkoper, met andere woorden zijn grote deskundigheid;*
- b. *het gebrek aan deskundigheid bij de koper;*
- c. *het afgaan op de deskundigheid van de verkoper, in een vertrouwensrelatie die ontstaan is;*
- d. *het duurzame karakter van de relatie tussen partijen (course of dealing?);*
- e. *het versterken van het vertrouwen door het afgeven van taxatierapporten (of ander van deskundigen afkomstig materiaal);*
- f. *het betreft zaken met een aanzienlijke koopprijs;*
- g. *de waarde van de zaken is niet op eenvoudige wijze anderszins vast te stellen, noch is er sprake van een vaste marktwaarde.*

Als wij nu weer naar het andere criterium, de aard van de overeenkomst kijken, dan zien wij dat de inhoud daarvan afgeleid is uit de zoëven weergegeven, modale omstandigheden. Vandaar ook, dat de Vereniging uitging van een garantieverplichting van de bonafide (is: te goeder trouw zijnde - bona fides = goede trouw) kunsthandelaar (in dezelfde zin trouwens Hijmans van den Bergh naar aanleiding van het *valse Seghers*-arrest uit 1959).³³ Met andere woorden, in de doorsnee casus vallen de omstandigheden van het geval, die de hoge raad zo van belang vindt, samen met de aard van de overeenkomst. In ieder geval doet de feitelijke rechter er verstandig aan, zoals wij uit de jurisprudentie hebben kunnen leren, die omstandigheden goed te etaleren, om de hoge raad (en de hoven) te behagen. Concluderend kunnen wij stellen dat het *Weissenbruch*-arrest van het Hof Amsterdam een standaardarrest is voor het leerstuk van de garantie, een baken in zee voor de beduvelde koper.

33. Noot in *NJ* 1959, 179. Een tegengestelde visie is die van H. Drion, die stelt: ‘waar twee ruilen, moet er een huilen’. Vgl. voor de materie, Hfdst. 5, § 1, nr 3.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

6. *Stavenuiter - Oosterbaan (1985): geen occasion voor de garantie. Ommekomst in de jaren '90: Van Geest - Nederlof (1990), kilometerteller (1993), old-timer (1994) en Steendijkpolder (1992)*

Dat wij er nog niet zijn, bewijst het arrest uit 1985 van de hoge raad: *Stavenuiter - Oosterbaan c.s.*, alias *occasion*.³⁴ De casus lijkt op die van 1970 en betreft de verkoop van een tweedehands auto, die naderhand meer een wrak blijkt te zijn. Zoals wij zullen zien, is hier van belang dat de koper in een dergelijke situatie wél langs eenvoudige weg de kwaliteit van de zaak had kunnen onderzoeken. Maar alvorens commentaar te leveren, allereerst het arrest.

Stavenuiter koopt op 8 dec. 1980 in een perceel aan de Rozengracht in Amsterdam van Oosterbaan, die handelt onder de dekmantel van Ranton Inc., een rechtspersoon naar Amerikaans recht, een Renault 6 van 5 jaar oud die hij uitgezocht en bezichtigd had, voor f 3.000,-. De koop blijkt niet zo'n succes; Stavenuiter laat hem op 26 maart 1981 door de ANBW keuren, die tot de conclusie komt: '... dat onderhavige auto niet voldoet aan noodzakelijk te stellen veiligheidseisen. Deelname aan het verkeer achten wij in de huidige staat dan ook niet verantwoord. Voor eventueel herstel zullen ingrijpende werkzaamheden noodzakelijk zijn, de kosten hiervan zijn - gelet op het bouwjaar van de auto - om economische redenen niet verantwoord'. Volgens het rapport waren de afwijkingen in ieder geval ten tijde van de koop in gevaarlijke vorm aanwezig. Als moderne variant op de koe die geslacht wordt, de auto gaat naar de sloop voor f 200,- (dat de tijden veranderen blijkt ook hieruit dat zigeuners van de paardenhandel naar de autohandel zijn overgestapt; met eenzelfde expertise). Stavenuiter vangt bot aan de Rozengracht wanneer hij zijn koopprijs wil terugzien en een proces volgt. Zijn hoofdargument is, dat een auto onafhankelijk van de koopprijs, moet kunnen deelnemen aan het verkeer en voldoen aan 'noodzakelijk te stellen veiligheidseisen'. Oosterbaan laat zich leiden door het maxime 'Augen auf, Kauf ist Kauf!': er was geen garantie gegeven, en koper had door middel van eenvoudig onderzoek de staat van het vehikel kunnen vaststellen. Hij scoort daarmee voor kantongerecht, rechtbank en hoge raad, inclusief a-g. Het verloop van het geding wordt uit de volgende overwegingen van de raad duidelijk:

'Voor zover het onderdeel betoogt dat een gebruikte zaak, waarvan de verkoper weet dat zij met het oog op haar normale bestemming wordt gekocht, onder alle omstandigheden slechts dan aan de overeenkomst beantwoordt, indien zij ten tijde van de koop geschikt is voor een normaal gebruik en aan bestaande veiligheidseisen voldoet, berust het op een in zijn algemeenheid onjuiste stelling. Ook voor het overige faalt het. De Rb. heeft niet geoordeeld dat voor de vraag of de verkoper wanprestatie heeft gepleegd, een andere maatstaf moet worden aangelegd dan dat de zaak de hoedanigheden en eigenschappen heeft, die de koper mocht verwachten, doch slechts dat voor de vraag welke hoedanigheden en eigenschappen de koper mocht verwachten, mede van belang is welk 'normaal te achten onderzoek' van hem kon worden geveerd. Dit laatste onderdeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Hiervan uitgaande heeft de Rb. voorts geoordeeld: dat van een koper van een vijf jaar oude auto van het onderhavige merk en type in het algemeen mag worden verwacht dat, indien de verkoper, zoals hier, geen garantie ter zake geeft, hij zich ervan vergewist dat de auto niet zodanige gebreken heeft dat deze bijvoorbeeld een gevaar op de weg oplevert; dat de koper daartoe verschillende wegen openstaan; dat hij met name bij voldoende eigen deskundigheid de auto zelf kan inspecteren en dat hij, bij gebreke daarvan, dit door een meer deskundige derde, bijvoorbeeld de ANWB kan laten doen, alvorens tot de aankoop over te gaan. In het midden kan blijven of de Rb. aldus terzake van de omvang van deze onderzoeksplicht een juiste maatstaf heeft aangelegd, zulks mede in het licht van wat eventueel aan onderzoek en

34. HR 15 nov. 1985, NJ 1986, 213, nt G; AA 1986, p. 315, nt Nieuwenhuis; *Kwart. Ber. NBW* 1987, p. 98, nt Van Delft-Baas. Vgl. ook G. Oosterhout, AA 1986, p. 565, met naschrift Nieuwenhuis. Vgl. ook Castermans, diss. p. 103 v.

§3. GARANTIEBEDINGEN

informatie mag worden verwacht van een professionele verkoper, eer hij tot verkoop van een gebruikte auto aan een ondeskundige koper overgaat. Het middel bevat immers op dit punt geen klachten.’

Bij lezing van deze uitspraak wordt men geconfronteerd met flarden verborgen gebreken-, wanprestatie- en dwaling- en bedrog-problematiek. Kenbaarheid van het gebrek, onderzoeksplicht contra spreekplicht, invloed van deskundigheid, het is een pêle-mêle van rechtsregels uit wet en jurisprudentie. Twee dingen vallen op: de hoge raad acht de onderzoeksplicht van meer gewicht dan de spreekplicht van de wederpartij, hetgeen de laatste tijd bij dwaling ook het geval is.³⁵ Daardoor wordt het garantieaspect naar de achtergrond gedrongen, ten onrechte naar mijn mening (ook Nieuwenhuis toont zich in zijn noot verre van gelukkig met dit arrest). Het tweede opmerkelijke punt is, dat de raad niet ingaat op de omstandigheid dat het hier een professionele verkoper (qua rechtspersoon bedenkelijk opererend, zie noot Van der Grinten) betreft, omdat het middel daarover geen klachten bevatte. Men weet dat de raad het druk heeft, maar kon een obiter dictum, op dit zo belangrijke punt er niet af? Een gemiste kans om de kloof met het franse recht te dichten en een (onomkeerbaar) vermoeden van kwade trouw/bekendheid met het gebrek bij de professionele verkoper aan te nemen. Ook naar klassieke opvattingen is het arrest onbevredigd. ‘Domme mensen moeten beschermd worden, maar heel domme niet’ lijkt het arrest te leren. Het doet denken aan de arme domme August in *Beukinga - Van der Linden*³⁶, die zich bij de koop van een pension in Zandvoort van alles op de mouw liet spelden door zijn geslepen, bedrieglijke wederpartij, en die het haasje werd voor de hoge raad omdat hij een domme accountant (van de melkboer op de hoek, waarschijnlijk) bij zich had, op wiens advies hij was afgegaan. Ook in de onderhavige zaak loopt het met de bedrogsaktie niet goed af, maar dat terzijde.

Men houde in het oog dat het hier om essentiële kwaliteiten van de verkochte zaak gaat. Zoals een ‘verse koe’ een melkkoe is in de gangbare opvatting in de veewereld, is een auto een apparaat waarmee op de openbare weg gereden kan en mag worden, in de onder automobilisten gangbare opvatting. Dat hoeft natuurlijk in een concrete situatie niet zo te zijn, als men bijvoorbeeld een oude Spijker koopt om op te knappen, of een Volkswagenbusje om op het land te zetten om tegen de regen te schuilen bij het wieden, zoals je in Zeeland nog wel eens ziet. Zo’n auto hoeft zelfs geen meter op eigen kracht te kunnen rijden of hoogstens (stiekem) naar de plaats van bestemming. Als de koper echter kenbaar maakt dat hij geen verzamelaar is of een mobiel schuurtje zoekt, mag men uitgaan van de gangbare bestemming als vervoermiddel over de openbare weg. Naar mijn mening had hier de weg gevolgd door het Hof Amsterdam in de vorige zaak, *mutatis mutandis*, een garantie opgeleverd dat de auto geschikt was om aan het verkeer deel te nemen en de openbare weg onveilig te maken, in de gebruikelijke, overdrachtelijke zin. En niet in de letterlijke zin die Oosterbaan in gedachten had, voor zover die niet op oneindig (Amerika?) stonden. Kortom, de aard van de zaak, verkoop van een potentieel

35. Zie Hfdst. 5, § 1, nr 4. Een opmerkelijke, weinig aansprekende toepassing daarvan is HR 18 april 1986, *NJ* 747, nt 9, *Ernst - Crombag-Spaai Vastgoed*, zie t.a.p.

36. HR 2 mei 1969, *NJ* 1970, 334, nt GJS, zie Hfdst. 5, § 2.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

levensgevaarlijk produkt dat aan bepaalde vereisten moet voldoen om overeenkomstig zijn normale bestemming gebruikt te worden, levert, in samenhang met de omstandigheden, een garantie op van 'voldoend aan de veiligheidseisen voor autoverkeer gesteld'. Een belangrijke omstandigheid is dat de verkoper deskundig was en in auto's handelde. De R6 stond in de showroom voor de verkoop opgesteld. Het is immers denkbaar dat bij koop van een auto tussen twee particulieren met niet al te zeer afwijkende deskundigheid, men geen aanleiding vindt een garantie aan te nemen. Uit oogpunt van beleid zou ik het echter een goede zaak vinden als de rechter ook in die situatie een garantie zou aannemen, met het doel het aantal 'gevaren op de weg' te verminderen. Toegegeven, het doel heiligt hier de middelen. Maar is dat niet zo vaak het geval in het recht, waar de rechter rechtspolitiek bedrijft? Natuurlijk moet men het romeinsrechtelijke adagium *ius vigilantibus scriptum* in ere houden (het recht is voor de waakzamen geschreven), maar is de veiligheid van onze samenleving (\pm 1300 verkeersdoden en 50.000 verkeersgewonden per jaar) geen hoger goed dan het opvoeden van aspirant-kopers? Die kunnen hun les op andere terreinen leren (leren bankstellen, nep-vakanties, etc.).

Een parallel valt te trekken met de produktaansprakelijkheid buiten contract; men kan gezellig van mening verschillen of de arme consument beschermd moet worden tegen de meedogenloze producent. Indien het echter om *gevaarlijke* produkten gaat, moet men geredetwist staken en tot aansprakelijkheidsstelling op grond van risico-aansprakelijkheid overgaan (binnen redelijke grenzen), of minimaal de bewijslast omkeren. Op dat terrein is inmiddels consensus bereikt in rechtspraak en doctrine, zij het dat enige hulp van buiten af niet gemist kon worden (Europese Richtlijn van 1985).³⁷

De bovenstaande kritische beschouwingen over het *occasion*-arrest dateren van 1987. Intussen is de hoge raad in 1990 op zijn schreden teruggekeerd en heeft in een andere *occasion*-zaak het één en ander recht gezet. In het arrest *Van Geest - Nederlof* wordt de koper van een tweedehands auto in bescherming genomen in geval van door de verkoper verzwegen gebreken, ook al zouden deze bij een door de koper voor de koop ingesteld technisch onderzoek aan het licht gekomen zijn.³⁸ De hoge raad zette zijn beste beentje voor: het ging hier niet eens om een auto die 'een gevaar op de weg' was, maar die in 'matige staat' was als gevolg van verzwegen aanrijdingsschade. Het arrest is van 21 december, het lijkt een kerstgeschenk voor de goegemeente. Of is het een Christmas Carol, Mr Scrooge die zijn hand over zijn hart strijkt? De namen van partijen, alleen al de voornamen, moeten hier inspirerend gewerkt hebben: *Maria Johanna Rosalie van Geest* tegenover (de) *Engel Jacob Nederlof*. Maar zonder dollen, dit is een arrest waarop wij gewacht hebben.

Mevr. Van Geest koopt in 1985 van Nederlof in Dordrecht een anderhalf jaar oude Citroën Visa Club voor f 7.900,- (voor de inruil VW Golf kreeg zij f 100,-, melden de stukken). Zij kreeg bij de koop een garantie van 3 maanden voor 'het draaiend gedeelte van motorbak cardan niet op arbeidsloon'. Op de kwitantie die zij kreeg stond: 'voor geleverde Auto merk ..

37. Vgl. ook HR 21 dec. 1990, *NJ* 1991, 251, waarover R. Overeem, *Advoc.blad* 1991, p. 224.

38. HR 21 dec.1990 *NJ* 1991, 251, *Maria Johanna Rosalie van Geest - Engel Jacob Nederlof*. Vgl. over dit arrest ook Vranken, *WPNR* 5998, p. 198; Overeem, *Advoc.blad* 1991, p. 224; Castermans, diss. p. 125 v. Zie ook nog onder, Hfdst. 5, § 1, nr 4, inzake dwaling.

§3. GARANTIEBEDINGEN

zoals gezien, bereden en akkoord bevonden'. Van Geest voelt kennelijk toch wat nattigheid, want op de koopdatum laat zij de auto door de ANWB keuren, en het rapport valt niet bepaald mee. De carrosserie verkeert in matige staat, heeft V + LA vrij ernstige schade gehad; stuurinrichting en wielophanging draagarm onder ontzet, etcetera. De schade is matig zo niet slecht hersteld. De auto blijkt betrokken te zijn geweest bij een ernstige aanrijding, waarbij de schade op basis van total loss geregeld is door de verzekeringsmaatschappij. Nederlof was hiervan op de hoogte bij de verkoop. Van Geest stelt een actie tot ontbinding van de koopovereenkomst in, subsidiair vernietiging, met terugbetaling van de koopprijs. Zij beroept zich op wanprestatie, op verborgen gebreken en, naar de rechtbank uit haar stellingen heeft afgeleid, op dwaling. Die laatste figuur zal hier uitkomst gaan bieden, zoals zal blijken. Voor de rechtbank slaagt Nederlof niet in het bewijs van zijn stelling dat hij een mededeling gedaan heeft over het schadeverleden van de auto, en de dwalingsactie wordt toegewezen.

Voor het Hof Den Haag loopt het anders. Het hof heeft het *occasion*-arrest paraat, maar niet de vaste rechtspraak inzake dwaling van de hoge raad, zoals deze later zal vaststellen. Het hof volgt de volgende redenering. Op Nederlof rust inderdaad een mededelingsplicht, zoals ook de rechtbank aangenomen heeft; Van Geest heeft echter een onderzoeksplicht. Aangezien zij zelf stelt van auto's geen verstand te hebben, had zij de auto voor de koop moeten laten keuren door een deskundige. Bij aankoop van een tweedehands auto moet men nu eenmaal erop bedacht zijn dat hij ernstige mankementen kan hebben; bij behoorlijk onderzoek zou in casu het ontzet zijn van de draagarm-bevestigingspunten links achter aan het licht zijn gekomen (onderdelen waar Van Geest wel nooit van gehoord zal hebben, lijkt mij zo). Het hof weegt vervolgens af aan wie van beide partijen het meeste te verwijten valt, en dat is Van Geest, aangezien zij 'wel erg lichtvaardig gehandeld heeft door van een onbekende een ongeveer anderhalf jaar oude auto te kopen zonder deze vooraf te laten keuren en zonder behoorlijke garantie te bedingen (bijv. dat de auto "aanrijdingsvrij" was, en in tegendeel een kwitantie te accepteren die vermeldde dat de auto werd gekocht "zoals gezien, bereden en akkoord bevonden"'. Daaruit leidt het hof ook af dat 'Nederlof juist geen garanties wilde geven' afgezien van de garantie op het draaiende gedeelte. De verzwijging van Nederlof weegt volgens het hof minder zwaar, omdat in het ANWB-rapport niet vermeld is dat de auto onveilig zou zijn (ook al zou dat mondeling aan Van Geest meegedeeld zijn, zoals zij stelt). Van Geest heeft er ruim anderhalf jaar in gereden zonder dat gebleken was dat de auto onveilig was. Behalve het beroep op dwaling, wordt derhalve ook dat op wanprestatie en verborgen gebreken afgewezen.

De hoge raad overweegt als volgt:

(3.1.2) 'Ook het hof is ervan uitgegaan dat op Nederlof een mededelingsplicht rustte. Het heeft echter geoordeeld, kort samengevat, dat anderzijds op Van Geest een onderzoeksplicht rustte, dat aan Van Geest meer te verwijten valt dan aan Nederlof, en dat dus "geen sprake is van verschoonbare dwaling, zo al in de stellingen van Van Geest een beroep op dwaling kan worden gelezen"'.
Tegen deze oordelen richt zich het middel.

3.2. Wanneer een partij voor de totstandkoming van een overeenkomst aan de wederpartij bepaalde inlichtingen had behoren te geven ten einde te voorkomen dat de wederpartij zich omtrent het betreffende punt een onjuiste voorstelling zou maken, zal de goede trouw zich in het algemeen ertegen verzetten dat eerstgenoemde partij ter afwering van een beroep op dwaling aanvoert dat de wederpartij het ontstaan van de dwaling aan zichzelf heeft te wijten. De onderdelen 1 en 2 van het middel klagen er terecht over dat het hof deze in vaste rechtspraak van de HR aanvaarde regel heeft miskend en aldus een onjuiste maatstaf heeft aangelegd bij de beoordeling van het beroep op dwaling.

3.3. Onderdeel 3 bestrijdt 's hofs oordeel (r.o. 5) dat Van Geest de auto vòòr de koop had moeten laten keuren door een deskundige nu zij zelf stelt geen verstand van auto's te hebben.

Het onderdeel treft doel. Of van de koper van een tweedehands auto moet worden gevergd dat hij de auto door een deskundige laat onderzoeken alvorens tot aankoop over te gaan, hangt af van de omstandigheden van het geval. Anders dan het hof klaarblijkelijk heeft

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

aangenomen, brengt het enkele feit dat de koper ondeskundig is niet mee dat hij, op straffe van verlies van het recht zich op dwaling te beroepen, verplicht is een dergelijk onderzoek te doen verrichten.

3.4. Voor zover het hof de hiervoor in 3.2 vermelde regel wel voor ogen heeft gehad maar heeft geoordeeld dat de in r.o. 6 van zijn arrest vermelde, volgens het hof een “erg lichtvaardig” handelen van Van Geest opleverende, omstandigheden een afwijking van die regel rechtvaardigen, heeft het miskend dat die regel juist ertoe strekt ook aan een onvoorzichtige koper bescherming te bieden tegen de nadelige gevolgen van dwaling veroorzaakt door het verzwijgen van relevante gegevens.

Onderdeel 4 is dan ook terecht voorgesteld.

3.5. De onderdelen 5 en 6 treffen eveneens doel. Anders dan het hof in r.o. 7 heeft geoordeeld, is de omstandigheid dat de gevolgen van de verzwijging “niet al te bedenkelijk zijn” - waarmee het hof kennelijk bedoelt dat de auto niet onveilig noch onbruikbaar was - niet van belang voor het antwoord op de vraag of Van Geest zich op dwaling kan beroepen. Voor dat antwoord is slechts van belang of Van Geest van de koop zou hebben afgezien indien het schadeverleden van de auto niet zou zijn verzwegen’.

Zoals gezegd, een heel welkom arrest in donkere dagen voor onnozele consumenten. Het valt wel op dat de hoge raad niet echt wil weten dat hij zelf met het *occasion*-arrest van 1985 de aanstichter geweest is van de harde opstelling van het Hof Den Haag; de redenering dat de toepassing van de regel uit dat arrest ‘afhankelijk van de omstandigheden van het geval’ (aldus ook a-g Hartkamp) is wel een gotspe van formaat. In het geval van Stavenuiter en Oosterbaan ging het immers om een *gevaarlijke* auto, die van een *professionele* verkoper gekocht werd uit de showroom, waarbij de hoge raad bikkellhard de onderzoeksplicht op de arme koper legde. Leuk dat de cassatierechter omgegaan is, maar de wijze waarop is niet erg elegant. De verwijzing naar de ‘vaste rechtspraak’ van de hoge raad inzake dwaling roept bij de *NJ*-lezer trouwens ook gemengde gevoelens op; het ging de laatste jaren toch ook nog wel eens wel fout, althans voor de goedgelovige koper die afging op de mededelingen van de verkoper, *Crombag-Spaai*, en dergelijke.³⁹ Maar de vreugde over het arrest van Kerst 1990 overheerst, je moet trouwens een gegeven paard niet in de bek kijken (zoals de dekhengst zei). Het is overigens een soort Paard van Troje dat hier aangeboden wordt: het arrest heeft wel degelijk ook betekenis voor het dwalingsleerstuk, ondanks de wat railerende opmerking van de hoge raad zelf, en het is voor het wat kwijnende leerstuk van bedrog zelfs van zeer groot belang. Op dat terrein is de onnozele partij die zich laat bedriegen in de rechtspraak van de hoge raad vrijwel vogelvrij, sinds *Beukinga - Van der Linden* (1969), zie nog onder.⁴⁰

De les uit dit alles is dat ook bij het ontbreken van garanties bij de koop ten aanzien van essentiële eigenschappen van de verkochte zaak, de teleurgestelde koper toch bescherming vindt via de figuur van dwaling, annex verborgen gebreken. De kans om het franse recht op dat laatste gebied te volgen (stilzwijgende garantie, verbonden met de verkochte zaak) heeft de

39. Zie nog onder, Hfdst. 5, § 1, nr 4, bij de behandeling van de dwalingsrechtspraak.

40. Zie daarvoor Hfdst. 5, § 2, nr 1. Wat de dwaling betreft, ook Castermans vindt het onderhavige arrest ‘belangwekkend’, diss. p. 125.

In de slotoverweging (ov. 4) erkent de HR overigens de mogelijkheid van samenloop van akties uit verborgen gebreken (art. 1540 v. oud BW) en dwaling, conform de conclusie van Hartkamp, die daarbij wijst op de franse jurisprudentie in deze zin.

§3. GARANTIEBEDINGEN

cassatierechter laten lopen, maar daarom niet al te veel getreurd. De nieuwe gebreken-regeling van art.7:17 BW wacht nog op verdere ontwikkeling in de rechtspraak. Op ander terrein heeft de hoge raad onlangs op even spectaculaire wijze een stilzwijgende garantie aanvaard (*Steendijkpolder* (1992), vgl. nog onder).

In de jaren die volgen is die ontwikkeling met rasse schreden verder gegaan. In 1993 biedt de verkoop van een tweedehands auto de hoge raad de gelegenheid om zijn visie te verduidelijken, waarbij de figuur van een stilzwijgende garantie centraal gesteld wordt. Het Hof Den Haag had namelijk aangenomen dat bij de verkoop van een tweedehands auto de kilometerstand van essentieel belang is; het hof neemt een stilzwijgende garantie aan dat de kilometerstand ten tijde van de verkoop in overeenstemming met de werkelijkheid is. Ook indien de verkoper te goeder trouw is, kan hem dat niet baten: de foute meterstand komt voor zijn risico.⁴¹ Ook dit keer kan een exoneratiebeding (koop 'op eigen bate en schade') daaraan niet afdoen. De hoge raad overweegt als volgt:

'Anders dan in het middel wordt aangevoerd, behoeft het hof zich van zijn oordeel dat Vijverberg met succes een beroep op dwaling kan doen niet te laten weerhouden door het in de koopovereenkomst opgenomen beding: "Koper koopt de auto op eigen bate en schade". De gedachtengang van het hof moet klaarblijkelijk aldus worden verstaan dat de door het hof aangenomen garantie door Gerards, dat de kilometerteller ten tijde van de verkoop het met de auto gereden aantal kilometers juist weergaf als een zo wezenlijk onderdeel van de koopovereenkomst moet worden beschouwd, dat de redelijkheid zich ertegen verzet aan het bedoelde beding, dat in algemene termen het instaan voor verborgen gebreken uitsluit, nu zij voorkomt in de gedrukte tekst van de koopovereenkomst, als standaardbeding is te beschouwen, de betekenis toe te kennen dat het door het hof aangenomen garantie en daarmee het beroep op dwaling, uitsluit. Aldus oordelende heeft het hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting' (ov. 3.3.).

Het arrest is een interessante combinatie van de figuren stilzwijgende garantie, dwaling en non-conformiteit. Op dit arrest wordt bij de behandeling van de dwaling in Hoofdstuk 5 nog teruggekomen.

De benadering van de garantie in de rechtspraak sinds *Van Geest - Nederlof* werd bevestigd in een arrest uit 1994, *oldtimer*, dat eveneens bij de dwaling nog ter sprake zal komen.⁴² De hoge raad neemt in die uitspraak het 'gevaar op de weg'-aspect uiterst serieus, ook bij een oldtimer (Citroën DS) van 22 jaar oud die uit Frankrijk gehaald was en onder partikulieren verkocht werd. Het lijkt haast wel freudiaans, een overreactie op het *occasion*-arrest van 1985 (waar het om een professionele verkoper ging); het Kerstgeschenk van 1990 was kennelijk niet voldoende voor de hoogste rechter om dat arrest uit te wissen. De kernoverweging in het arrest van 1994 luidt:

41. HR 25 juni 1993, *NJ* 1994, 291, nt CJHB, *Gerards - Vijverberg (kilometerteller)*. De Rb. had in franse stijl de professionele verkoper te kwader trouw geacht, aangezien de juiste km-stand (meer dan het dubbele dan aangegeven stond) aan de hand van het serviceboekje vastgesteld had kunnen worden (hetgeen de koper een jaar later zelf gedaan had). Het hof gaat er echter van uit dat de verkoper te goeder trouw was en dat van wederzijdse dwaling sprake was.

42. HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 614, nt CJHB, *Schirmeister - De Heus*; zie onder, Hfdst. 5, § 1, nr 7, in fine (dwaling).

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

'Indien een (tweedehands) auto wordt gekocht om daarmee, naar de verkoper bekend is, aan het verkeer deel te nemen, zal als regel moeten worden aangenomen dat de auto niet beantwoordt aan de overeenkomst, indien als gevolg van een eraan klevend gebrek dat niet op eenvoudige wijze kan worden ontdekt en hersteld, zodanig gebruik van de auto gevaar voor de verkeersveiligheid zou opleveren. Niet uitgesloten is dat deze regel uitzondering lijdt, bijvoorbeeld wanneer de koper het risico van zodanig gebrek had aanvaard. Hierbij valt, wanneer het gaat om een transactie en een auto als de onderhavige, onder meer te denken aan de situatie dat voor de koper de authentieke staat van de carrosserie belangrijker was dan de verkeerstechnische conditie van de auto. Daarbij dient er echter rekening mee te worden gehouden, dat uitlatingen van de verkoper over die conditie, afhankelijk van hun inhoud aan het aannemen van een dergelijke aanvaarding van het risico van gebreken in de weg kunnen staan' (ov. 3.3.2).

Het arrest van het hof wordt vernietigd.

De garantieverplichting in de jurisprudentie inzake onroerend goed en overheid: Brabants Vastgoed (1988) en Steendijkpolder (1992)

De laatste jaren ook op het terrein van onroerend goed transacties is de ontwikkeling van de garantie in de rechtspraak in een stroomversnelling gekomen, met name de figuur van de 'stilzwijgend' verleende garantie ten aanzien van een essentiële eigenschap van de zaak die voorwerp van de transactie is. In het arrest *Gem. Den Bosch - Brabants Vastgoed*, HR 10 aug. 1988, *NJ* 1989, 157, nt G, was al een zwaluw te bespeuren, het arrest *Steendijkpolder* van 1992 heeft zomer gemaakt (HR 9 okt. 1992, *NJ* 1994, 289 - één uit een reeks van vier uitspraken, nrs 286-289; *TMA* 1993, p. 59, nt Kottenhagen).

In de eerste zaak, die nog uitvoeriger aan de orde komt bij de bespreking van het leerstuk van veranderde omstandigheden (Hfdst. 6, §4), ging het om een project dat de Gemeente Den Bosch met de projektontwikkelaar Brabants Vastgoed opgezet had in 1971. De gemeente wijzigt enkele jaren later het bestemmingsplan van het gebied waar het project gerealiseerd zou worden, en geeft het de bestemming natuurgebied. Daarmee valt het project in duigen, en Brabants Vastgoed blijft met een aanzienlijke schade zitten. Het Hof Den Bosch had hier aangenomen dat in een dergelijk samenwerkingsproject van gemeente en projektontwikkelaar, ervan uitgegaan moet worden dat de gemeente bij het sluiten van de overeenkomst een stilzwijgende garantie heeft gegeven dat het bestemmingsplan ongewijzigd zou blijven. De hoge raad laat dit oordeel in stand (hetgeen bij arresten uit Den Bosch geen vanzelfsprekende zaak is, maar dit terzijde), en laat daarmee blijken tegen het in casu construeren van een garantie geen bezwaar te hebben.

Enkele jaren later heeft het college de gelegenheid om zelf tot een dergelijke uitspraak te komen, in *Steendijkpolder*. Het betreft een bodemgif-affaire in Maassluis, de Steendijkpolder. De gemeente had in de periode 1962-64 terrein opgespoten met rotterdams havenslib, dat naderhand giftig bleek te zijn; in de jaren tachtig wordt tot sanering van de grond overgegaan, waarop intussen huizen gebouwd zijn door Pakwoningen, een projektontwikkelaar (v/h Eurowoningen) met wie Maassluis samenwerkte. De eigenaren spannen procedures aan tegen de Gemeente Maassluis en tegen de verkoper van de huizen, Pakwoningen, en de laatste spreekt de gemeente aan (en deze weer Rotterdam, en Pakwoningen). De hoge raad wijst vier arresten op één dag (de

§3. GARANTIEBEDINGEN

DES-dag, trouwens), waarvan nr 289 eerst besproken zal worden. Het ging hier om de verkoop aan particulieren van bouwgrond, waarop een door de verkoper, Pakwoningen, opgelegde bouwplicht rustte. Zoals de hoge raad overweegt, gaat het derhalve hier niet om een eenvoudige koop van onroerende zaken, maar om de koop van ‘specifiek voor woningbouw bestemde percelen’. Het hof had een garantieverplichting ten aanzien van Pakwoningen aangenomen, een opvatting die door de hoge raad gesteund wordt met de volgende overweging:

‘Bij de beoordeling van deze klachten moet worden vooropgesteld dat een garantieverplichting als door het hof aangenomen niet wordt uitgesloten door de omstandigheden dat de overeenkomst niet met zoveel woorden een zodanige verplichting tot uitdrukking brengt en bovendien een beding bevat dat iedere vrijwaring voor zichtbare en verborgen gebreken uitsluit. Voor zover de klachten in onderdeel 1 van een andere opvatting uitgaan, falen zij derhalve. Ook de in dit onderdeel opgeworpen klacht dat het hof heeft miskend dat in het algemeen een verkoper niet ervoor behoeft in te staan dat de afgeleverde zaak aan de overeenkomst beantwoordt, kan Pakwoningen niet baten; het hof heeft zich niet uitgelaten over wat in het algemeen tussen een verkoper en een koper geldt, maar over de inhoud van de onderhavige overeenkomsten’ (ov. 3.3).

Dit is een belangrijke doorbraak in de jurisprudentie; tot dusver was de hoge raad zoals wij gezien hebben niet erg geneigd om garanties in contracten te lezen, die stilzwijgend gegeven zouden zijn. Bij aanvaarding van normatieve uitleg, kan het niet anders dan dat men ook tot het toerekenen van garantieverplichtingen komt. Het is in wezen niet zo moeilijk: als men grond als *bouw*grond verkoopt, moet er op te bouwen zijn, en als het om woonhuizen gaat, om het bouwen van woningen waarin te wonen valt (het woord zegt het al, als het ware). Als de grond wegens de giftige samenstelling niet geschikt is voor dat doel, is dat in strijd met de zin en strekking van de overeenkomst. Een auto moet geschikt zijn om in te rijden, en niet direkt als gevaar van de weg gehaald worden, als je bij de verkoper de straat uit bent. Zo simpel is dat. Van groot belang is ook dat de hoge raad van oordeel is dat de garantieverplichting die aldus de verkoper toegerekend wordt, niet door een exoneratiebeding van algemene strekking getroffen kan worden, en aldus ongedaan gemaakt kan worden. Daarmee wordt het normatieve karakter van deze toerekening onderstreept, het gaat hier niet om een feitelijke kwestie, of een verplichting van ondergeschikte aard, waarvoor men zich zou kunnen vrijtekenen.

Nu was de bouwplicht niet door Pakwoningen bedacht, maar haar door de Gemeente Maassluis opgelegd. Het is dan ook begrijpelijk dat de eerste in haar procedure tegen de gemeente, eenzelfde claim instelt die de bewoners tegen haar hadden aangevoerd: de gemeente kan geen bouwgrond uitgeven en daaraan een bouwplicht verbinden (die doorgegeven moet worden aan rechtsopvolgers), indien die grond naar zijn aard niet geschikt is voor woningbouw. Ook die vordering slaagt, dankzij de aanvaarding van een garantieverplichting aan de zijde van de gemeente (*NJ* 1994, 287). De verborgen gebreken-regeling van art. 1542 oud BW kan daaraan niet in de weg staan; de garantieverplichting betreft ‘een zo wezenlijke eigenschap’ dat de redelijkheid er zich tegen verzet dat deze door een algemeen beding inzake verborgen gebreken uitgeschakeld zou kunnen worden. Dat is niet anders omdat Pak-woningen een professionele wederpartij van Maassluis is. Dit geldt ook voor de contractuele bedingen waarbij de grond

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

voor rekening en risico van Pakwoningen verkocht werd, in de staat waarin zich deze bevond en zonder dat voor verborgen gebreken ingestaan werd.

Als Maassluis daarop verhaal zoekt op Rotterdam, loopt het minder goed af (*NJ* 1994, nr 288). De hoge raad neemt hier geen garantieverplichting voor Rotterdam aan ten aanzien van de geleverde baggerspecie, ook al wist Rotterdam dat het diende ter ophoging van grond die voor de woningbouw bestemd was. Er werd van uitgegaan dat in die tijd, eerste helft jaren zestig, de vervuiling van het baggerslib ook in wetenschappelijke kringen onbekend was. Toen Maassluis de bouwgrond uitgaf, in 1976, was dat anders; er waren diverse signalen, ook uit Rotterdam, dat de grond vervuild kon zijn, hetgeen Maassluis niet ervan weerhouden heeft de grond als bouwgrond uit te geven. Dat laatste doet Maassluis de das om; de omstandigheid dat Pakwoningen als projektontwikkelaar een professionele wederpartij was, en dus deskundigheid bezat, kan haar niet baten. In de vierde uitspraak wordt het handelen van Maassluis jegens de bewoners onzorgvuldig geacht, waarbij hun schade volgens abstracte schadeberekening vastgesteld mag worden (*NJ* 1994, 286). Men zie voor deze problematiek ook de genoemde noot van Kottenhagen.⁴³

7. *Conclusies uit de jurisprudentie. De stand van het recht inzake garanties. Van Kessel - Werklust NV (1973): bewijslastverdeling à la Jumbo*

Het is inmiddels hoog tijd om tot conclusies te komen. Het arrest van de hoge raad uit 1985 inzake *occasion* is een domper op de vreugde die de zaak Weissenbruch voor het Hof Amsterdam ons bereidde. Gelukkig bracht het arrest van 1990, met de toepassing van het dwalingsleerstuk, hier verandering. In een combinatie van deze uitspraken zal men het geldend recht moeten zoeken; wij zullen 'distinguishing' moeten plegen, zoals de engelse jurist gewend is. Als *caveat* dient gemeld te worden dat ook de engelsen inmiddels begrepen lijken te hebben dat dit geen waarde vrije, logische exercitie is, maar dat een rechtsopvatting hierin moet doorklinken. Het is immers een kwestie van rechtsvinding, en dan zingt ieder vogeltje zoals het gebekt is.

Uitgaande van mijn voorkeur voor de benadering van Hof Amsterdam in deze, meen ik te kunnen stellen dat naar geldend recht aan de hand van de *aard van de overeenkomst* en de relevante *omstandigheden van het geval* bepaald moet worden of in een gegeven geval sprake is van een garantie die door een der partijen verleend is.⁴⁴ In de opvatting van de hoge raad is echter nog steeds van belang of de wederpartij van de eventuele garant middelen ten dienste hebben gestaan om de kwaliteiten van het voorwerp van de overeenkomst te onderzoeken. Op de laatste partij rust derhalve in beginsel een onderzoekplicht. Wil men derhalve in de pas lopen met de jurisprudentie van de hoge raad, hetgeen niet in het minst voor de advocatuur van belang lijkt, dan dient men aan

43. Zie voor een recente geval van grond door een gemeente verkocht met bouwplicht en de daaraan verbonden impliciete garantie, die ook jegens derden gelding heeft: HR 14 juni 2002, *NJ* 2004, 127, nt WMK, *Gem. Boarnsterhim – Heideveld c.s.*, waarover G. Raaijmakers, *WPNR* 6507 (2002), p.729.

44. Zie het boven gegeven overzicht, nr 5 in fine.

§3. GARANTIEBEDINGEN

te geven in hoever de aard van de overeenkomst, of wel de omstandigheden die onderzoeksverplichting opheffen.

Terugziend over dit terrein, lijkt het mij een goede zaak om de verborgen gebreken-regeling in zoverre in ere te herstellen, dat men de kern daarvan behoudt, en de ballast overboord werpt, hetgeen de hoge raad in het verleden slechts gedeeltelijk (te weinig, helaas) gedaan heeft. Het mallotige verbod van samenloop met de wanprestatie-actie kan gelukkig geen kwaad meer doen. Wat is die kern? Ongeveer wat in art 7:17 BW in minder fraai nederlands verwoord is in navolging van het Benelux-Ontwerp, maar wat de Romeinen beter onder de knie hadden. Het gaat om de volgende regels, die in de vorm van garanties van de verkoper (ik neem koop als uitgangspunt) uitgekristalliseerd worden:

- a. de verkoper staat in voor de kwaliteit van de verkochte zaak, conform de naar de aard van de overeenkomst gangbare eisen;*
- b. de verkoper staat ervoor in dat de verkochte zaak geschikt is voor het gebruik waartoe deze (naar haar aard of zoals door partijen overeengekomen) op grond van de overeenkomst bestemd is;*
- c. de verkoper staat in voor zijn deskundigheid en vakmanschap indien de wederpartij daarop vertrouwd heeft en redelijkerwijze daarop mocht vertrouwen. Indien de laatste niet deskundig, en de eerste een professionele verkoper is, wordt die deskundigheid en het vertrouwen daarop voorondersteld, zonder dat tegenbewijs mogelijk is.⁴⁵*
- d. indien de garantieverplichting een wezenlijke eigenschap van de verkochte zaak betreft, kan deze niet door een exoneratiebeding ongedaan gemaakt worden.*

Deze regels zijn in beginsel ook te gebruiken bij andere overeenkomsten dan koop, bijvoorbeeld bij aanneming van werk. Veelal zijn zij al in de standaardvoorwaarden, zoals in de UAV, verwerkt.⁴⁶ Voor de koop kent art.7:17 BW een gebreken-regeling die gebaseerd is op ‘conformiteit’: zoals lid 1 zegt, moet ‘de afgeleverde zaak aan de overeenkomst beantwoorden’. Het tweede lid geeft aan wanneer dit niet het geval is: indien ‘de zaak niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten’. Dat zijn de eigenschappen van de zaak ‘die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen’ en verder ook ‘de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de

45. In de vorige drukken werd betoogd dat het te overwegen zou zijn om, in navolging van het franse en belgische recht, de exoneratie van deze garantieverplichtingen, in ieder geval bij koop, niet toe te staan aan de professionele verkoper (vgl. boven, nt 244; dit betreft in ieder geval opzet en garanties die het ‘wezenlijk objekt van de verplichting’ aantasten, dat laatste treft met name de producent van een produkt, een produkt zonder gebreken is immers essentieel). Voor de consumentenkoop zie men art. 7:6, j^o 7:17 BW.

Voor het franse recht, zie Ghestin, t.a.p. (nt 244), p. 274 v. (1983); nr 854 v. (1990). Zie thans regel *d*.

46. Zie voor die materie mijn boven § 2, in nt 24 genoemde artikel p. 311 (resp. p. 201), waar ook het engelse recht besproken wordt, en nog *BR* 1984, p. 649. De Sale of Goods Act 1983, s. 14, is geamendeerd door de Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973. Zie ook de tekst die volgt.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

overeenkomst is voorzien'.⁴⁷ Hierboven kwamen wij deze benadering via het verwachtingspatroon van de koper al tegen bij het arrest *Olde Wobbers* (1971). Nog afgezien van het wat wollige taalgebruik van de wetgever, heeft het gebruik van de figuur van garanties mijn voorkeur; deze heeft een veel langere staat van dienst, met name in het buitenland.

Het is nuttig om de zoëven geformuleerde garanties te vergelijken met die in het engels recht; daar kent men op grond van de Sale of Goods Act uit 1893 de volgende 'warranties':⁴⁸

- a. *warranty of merchantable quality*;
- b. *warranty of fitness for purpose*;
- c. *warranty of care and skill* (ook wel: *skill and judgment*).

Wachter heeft al eerder op het belang van deze engelse garanties voor ons kooprecht gewezen. Zijn noot stond overigens onder een, naar mijn indruk, te weinig gekend arrest, *Van Kessel - Werklust NV* uit 1973.⁴⁹ Het arrest heeft een betekenis voor de wanprestatie die vergelijkbaar is met die van het *Jumbo*-arrest voor de produktenaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad op het punt van de bewijslastverdeling (in dat laatste arrest werd zoals bekend de bewijslast omgedraaid ten gunste van geledeerde en werd een waarschuwingsplicht voor de producent aanvaard). Het arrest was een voorloper op de jurisprudentie van de jaren '90 die eerder ter sprake kwam.

De casus is een combinatie van een aantal voorgaande gevallen. Van Kessel koopt in febr. 1969 van Werklust NV een Michigan wiel-loader voor f 37.000,-, bouwjaar 1966. Dat laatste was medegedeeld en in de financieringsovereenkomst schriftelijk vermeld, maar naar de verkoper later stelt, niet gegarandeerd. Na de koop blijkt de wiel-loader niet te voldoen, onder meer wegens onvoldoende trekkracht en overmatig oliegebruik in de versnellingsbak. Na reparatie door Werklust blijven de gebreken bestaan; als gevolg van onvoldoende trekkracht kan Van Kessel de machine slechts voor f 25,- in plaats van f 32,- per uur verhuren; het oliegebruik is 140 l per week in plaats van de gebruikelijke 30 l per jaar. Tot overmaat van ramp blijkt geen bijpassende puinbak leverbaar te zijn. Navraag bij de importeur in aug. 1969 leert dat de machine uit 1963 is, en voor dat bouwjaar een puinbak speciaal gemaakt zou moeten worden. Dat doet voor Van Kessel de deur dicht en hij sommeert Werklust de overeenkomst te ontbinden, waartoe deze niet bereid blijkt.

Van Kessel raakt in bewijsproblemen en kan niet aantonen dat de gedane mededelingen een garantie inhouden; hij laat dat punt in appel vallen. Nu was hier het probleem dat het bouwjaar bij dit soort machines op zich niet doorslaggevend voor de staat van de machine, doch het op de gemaakte draaiuren aankomt. De hoge raad overweegt als volgt:

'dat in cassatie behoort te worden uitgegaan van de veronderstelling dat bij de koop en verkoop van de onderhavige machine omstreeks december 1968 door de verkoopster als bouwjaar 1966 is genoemd, terwijl achteraf is gebleken dat de machine van 1963 was;

dat van Kessel had gesteld en te bewijzen had aangeboden, dat de machine ernstige gebreken vertoonde waarop hij bij een machine van 1966 niet behoefde te rekenen, doch die bij een machine van 1963 wel konden worden verwacht;

dat, indien van Kessel dit bewijs levert in die zin dat in het algemeen bij een machine als de onderhavige het bestaan van gebreken, als door van Kessel gesteld, bij een bouwjaar 1963

47. Bij consumentenkoop kan de verkoper de uit art. 17 voortvloeiende verplichtingen niet beperken of uitsluiten, vgl. art. 7:6 BW. De oude vrijwaringsregeling vindt men in art. 7:20 terug, het 'behept zijn van de zaak met een last of beperking die er niet op had mogen rusten'. Ook geen formulering die voor een taalprijs in aanmerking komt.

48. Vgl. tegenwoordig de Supply of Goods and Services Act 1982.

49. HR 11 mei 1973, *NJ* 1974, 199, nt BW.

§3. GARANTIEBEDINGEN

wel, en bij een bouwjaar 1966 niet behoefte te worden verwacht, daaruit zou volgen, dat van Kessel bij de koop op grond van hetgeen hem daarbij was meegedeeld met het bestaan van die gebreken in redelijkheid geen rekening had behoeven te houden, tenzij zou blijken dat in verband met andere omstandigheden, als de koopprijs, de uiterlijke staat waarin de machine verkeerde en of het aantal draaiuren van Kessel ook in de veronderstelling dat deze in 1966 was gebouwd, toch met zodanige gebreken had behoren te rekenen;

dat ten aanzien van die andere omstandigheden in dat geval echter de stelplicht op Werklust rustte en het niet op de weg van Kessel lag de afwezigheid daarvan te stellen;

dat het Hof mitsdien op onjuiste gronden van Kessel niet heeft toegelaten tot het in hoger beroep door hem aangeboden bewijs en het middel in zoverre gegrond is.⁷

Wij zien hier dat de hoge raad als uitgangspunt neemt de kwaliteit van de gekochte zaak die de koper redelijkerwijze mocht verwachten, gezien de aard van de overeenkomst (tweedehands machine voor de wegenbouw) en de omstandigheden, hetgeen tegenwoordig ‘conformiteit’ genoemd zou worden (art. 7:17 BW). Het interessante is nu, dat hij kan volstaan met het bewijs van de kwaliteitsverwachtingen in het algemeen, en dat op de verkoper de stelplicht (en naar wij mogen aannemen, zo nodig de bewijslast, of het ‘aannemelijk maken’ à la *Jumbo*) rust dat de bijzondere omstandigheden die verwachting van de koper in casu logenstraffen.⁵⁰ De raad noemt als omstandigheden, de uiterlijke staat, de koopprijs, het aantal te verwachten draaiuren van een machine uit 1966, zoals de zaak bij de koop omschreven was. Alles staat en valt natuurlijk met de vraag wat bij dit type overeenkomst het gewicht en de betekenis is van het bouwjaar, wil men kunnen bepalen of een mededeling daaromtrent als garantie opgevat dient te worden. Dat zal dus van de aard van de overeenkomst afhangen. Mij komt voor, indien Werklust gelijk zou hebben, en bij dergelijke koop het bouwjaar van ondergeschikt belang is, dit nog niet hoeft te betekenen, dat geen sprake zou kunnen zijn van een garantie. Ook ten aanzien van ondergeschikte eigenschappen kan immers een garantie verstrekt worden, bijvoorbeeld dat tentdoek niet alleen waterdicht, maar ook kleurvast is. De eerstgenoemde eigenschap is essentiëler bij een tent dan het tweede, althans in ons klimaat. Indien een garantie ten aanzien van een ondergeschikte kwaliteit van de zaak geschonden is, zou men, naar de regels van wanprestatie, kunnen volstaan met schadevergoeding toe te wijzen, en geen ontbinding van de overeenkomst. Dit komt intussen neer op een aanpassing van de koopprijs, hetgeen weer doet denken aan de oude verborgen gebreken-regeling (*actio quanti minoris*).

8. *Garanties bij koop en ‘conformiteit’ (art. 7:17 BW). Het Woonboerderij-arrest (2000). Uitleg van garantie en exonatie bij koop (NVM-akte)*

De laatste jaren doet zich in de rechtspraak regelmatig de vraag voor welke betekenis aan een bij koop verleende garantie toegekend moet worden wanneer sprake is van een dwalingssituatie, althans de omstandigheden anders blijken te

50. Vgl. in dit verband ook de omkering van de bewijslast met betrekking tot non-conformiteit bij consumentenkoop, indien het non-conforme gebrek binnen 6 maanden na de koop ingetreden is, art. 7:18, lid 2 BW (ingevoerd in 2003, ingevolge Europese Richtlijn 99/44/EG, garanties bij consumentenkoop).

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

zijn dan partijen voor ogen stond bij de contractssluiting. Soms is er sprake van veranderde ('onvoorziene') omstandigheden, maar het kan ook zijn dat partijen niet op de hoogte waren van de feitelijke situatie ten tijde van de koop en daarmee later op pijnlijke wijze geconfronteerd worden. Dan komen wij al vrij snel op de strijdvraag, bekend uit het leerstuk van de dwaling (dat hieronder nog aan de orde komt, Hfdst. 5), namelijk of hier niet van een onderzoeksplicht van de koper sprake is, ondanks een eventuele mededelingsplicht van de verkoper. Wanneer de koper echter stelt dat hij op de garantie is afgegaan en geen onderzoek behoefde te doen, heeft de verkoper een probleem. Tenzij hij zijn garantie zo opgesteld heeft, dat niet alle risico's daardoor gedekt zijn (met name niet het risico dat zich verwezenlijkt heeft) en er voor de koper nog een en ander overblijft om te onderzoeken als voorbereiding op het contract. Dat kan in de vorm van een beperkte garantie gedaan zijn, maar het kan ook zijn dat de garantie naast een exonerationclausule opgenomen is in de overeenkomst. De inhoud van de garantie moet dan door middel van uitleg vastgesteld worden.

Wij zijn hier op het snijpunt van enkele rechtsfiguren uit het contractenrecht die in het voorgaande al genoemd werden. Het probleem doet zich in de praktijk voor wanneer er in sterke mate sprake is van onzekere factoren die niet op eenvoudige wijze vast te stellen zijn. Dat is in het bijzonder het geval bij bedrijfsovernamen, de 'lijken in de kast' die men later aantreft, en bij verkoop van onroerend goed waarbij het risico van bodemverontreiniging werkelijkheid blijkt te zijn. Op het eerste terrein is het *Hoog Catharijne*-arrest van 1995 zeer spraakmakend geweest, terwijl een recent voorbeeld van het laatste onderwerp het arrest *Luycks - Kroonenberg* uit 1997 is, dat ook veel pennen los gemaakt heeft (op beide arresten wordt hieronder nog ingegaan).

De term 'risiko' is gevallen; zoals wij zullen zien is dat het kernbegrip waar het hier om gaat: toerekening van risico. Een begrip dat de kern vormt van figuren van uitleg, dwaling en onvoorziene omstandigheden. Indien men daar over eens kan zijn, wil dat nog niet zeggen dat men tot dezelfde uitkomst komt in een concreet geval. Dat bleek ook bij de zonet genoemde arresten, waarover de meningen zeer verdeeld zijn in de literatuur. In het *Woonboerderij*-arrest, van 28 jan. 2000, is dat niet anders: rechtbank en hof staan lijnrecht tegenover elkaar in deze zaak, terwijl de hoge raad de zijde van het hof gekozen heeft, naar mijn mening ten onrechte, in het licht van zijn eerdere jurisprudentie. Gezien de aandacht die de uitspraken van de Rb. Utrecht en het Hof Amsterdam in de afgelopen jaren getrokken heeft, zal dat met het arrest van de hoge raad niet anders zijn.⁵¹

51. HR 28 jan. 2000, NJ 575, nt WMK, *Christiaanse - Van Dijk*; AA 2000, p. 459, nt Van Dunné (hetgeen hier volgt is ten dele een aangepaste versie van die noot); TMA 2000, p. 73, nt Bierbooms; NTBR 2000, p.244, nt M.M. van Rossum; JM 2000, nr 106, nt Smale. Zie voor de Kg-procedure in deze zaak: Hof Amsterdam 17 nov 1994, TMA 1996, p.31, nt Klik; *Jurisprudentie Milieurecht* 1996, p.1, nt Bot. Voor de bodemprocedure: Rb. Utrecht 27 maart 1996, TMA 1997, 25, nt Mölenberg; Hof Amsterdam 27 maart 1997, TMA 1997, p.79; JM 1997, nr 29; *M & R Jurisprudentie* 1997, nr 101, nt Klik. Hierop zijn veel reacties in de literatuur gevolgd, zoals die van C.A. Kraan, WPNR 6262/63 (1997); vgl. ook M.M. van Rossum, WPNR 6331/32 (1998), toegespitst op olietanks. Het is opvallend dat A-G Hartkamp in zijn conclusie in het geheel niet ingaat op deze annotaties en literatuur, evenmin trouwens als eiser in cassatie. Het arrest is kort besproken door J. Dammingh, *Advoc.blad* 2000, p.338; vgl. ook Van Rossum, t.a.p., p.80, nt Hof Den Haag 8 juli 1999.

§3. GARANTIEBEDINGEN

Het arrest vormt een goed aanknopingspunt voor de bespreking van het onderwerp van deze paragraaf. Het is helaas geen echt standaard-arrest: veel vragen die de geesten al geruime tijd verdeeld hielden zijn onbeantwoord gebleven. Daarmee heeft de cassatierechter een kans laten voorbijgaan om de rechtsvorming een dienst te bewijzen, en dat is altijd jammer.

Het verschil van inzicht op dit gebied is vooral veroorzaakt door de onduidelijke relatie tussen het algemeen deel van het contractenrecht uit Boek 6 (wanprestatie en dwaling) en de bijzondere regeling van koop in Boek 7, met name art. 7:17 BW. Die laatste regeling, het 'conformiteitsvereiste', vormt de vervanging van de verborgen gebreken-regeling van art. 1540 v. oud-BW, die niet in Boek 6 opgenomen werd. De parlementaire geschiedenis heeft weinig te bieden op dit gebied en de schrijvers zoeken tastend hun weg. Hierbij wreekte zich dat de hoge raad op dit terrein de laatste decennia zo'n zwakke rol gespeeld heeft (het eigenlijk heeft laten afweten tot begin jaren '90) en er sinds 1936 geen fatsoenlijk proefschrift over wanprestatie verschenen was. Wanneer beroeps- en belangenorganisaties hun modelvoorwaarden aan art. 7:17 gaan aanpassen, zoals met de NVM-koopakte (Nederlandse Vereniging van Makelaars) het geval is die in het *Woonboerderij*-arrest gehanteerd werd door partijen, kunnen de problemen niet uitblijven. Dat blijkt ook nu weer. De casus is als volgt.

Christiaanse verkoopt op 13 september 1993 zijn woonboerderij met 2 hectare weiland en een grote vervallen schuur in Beesd aan Van Dijk voor f 375.000 k.k., levering op 1 juli 1994, naderhand vervroegd tot 19 april 1994. Op die datum verschijnt Van Dijk echter niet bij de notaris, hetgeen hij de dag tevoren aan Christiaanse liet weten. Hij had namelijk in de maanden maart en april een bodemonderzoek laten uitvoeren waaruit gebleken was dat de grond bij de vervallen schuur op het perceel vervuild was. Van Dijk had het plan opgevat, zoals hij ook aan Christiaanse bij de bezichtiging had laten weten, om de schuur door een nieuwe te vervangen in verband met zijn hobby om vee te houden. Voor het verkrijgen van een bouwvergunning was echter een schone grond-verklaring nodig, waartoe bodemsanering noodzakelijk was. Dat vereiste was door de gemeente Geldermalsen enkele weken na de koop ingevoerd.

Van Dijk eist dat Christiaanse op diens kosten tot bodemsanering overgaat (waarmee een bedrag van f 75.000 gemoeid zou zijn), hetgeen deze weigert; eerst na daartoe in kort geding (in twee instanties) gedwongen te zijn gaat hij daartoe over. Uiteindelijk wordt na een uitgelopen saneringsoperatie de boerderij in juli 1995 aan Van Dijk overgedragen, die geweigerd had om eerder de koopsom, of een gedeelte daarvan, te voldoen. Christiaanse was door dat laatste in financiële problemen gekomen: hij had een huis in Limburg gekocht dat nu op andere wijze gefinancierd moest worden. Beide partijen stellen over en weer vorderingen tot schadevergoeding in, die in een bodemprocedure behandeld worden.

De Rb. Utrecht ziet als centrale vraag of Van Dijk op grond van de koopovereenkomst mocht verwachten dat hij de schuur zou kunnen verbouwen en gebruiken voor het stallen van vee zonder dat hij daarvoor saneringskosten zou hoeven maken. In een uitvoerig en genuanceerd vonnis komt de rechtbank tot een negatieve beantwoording van die vraag en wijst de vordering tot schadevergoeding van Christiaanse toe. Daarbij wordt vastgesteld dat Christiaanse niet op de hoogte was van de bodemvervuiling op het perceel.

Het Hof Amsterdam komt tot een ander oordeel, waarbij een geheel andere uitleg gegeven wordt aan de kernbepaling van de overeenkomst, art. 5. In cassatie wordt dat oordeel aangevochten door Christiaanse. Aangezien de procedure voor de hoge raad toegespitst is op die contractsbepaling (in verhouding tot art. 7:17 BW) laat ik het artikel hier volgen, dat ontleend is aan de NVM-koopakte:

Artikel 5. Staat van de onroerende zaak, gebruik

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

5.1. De onroerende zaak zal aan de koper in eigendom worden overgedragen in de staat waarin het zich bij het tot stand komen van deze overeenkomst bevindt. (...)

5.3. De onroerende zaak zal bij de eigendomsoverdracht de feitelijke eigenschappen bezitten die voor een normaal gebruik nodig zijn. Koper is voornemens de onroerende zaak te gebruiken als: woonboerderij.

Indien de feitelijke levering eerder plaatsvindt, zal de onroerende zaak op dat moment de eigenschappen bezitten die voor een normaal gebruik nodig zijn.

Verkoper staat niet in voor andere eigenschappen dan die voor een normaal gebruik nodig zijn, noch voor gebreken die dat normale gebruik belemmeren en die aan koper kenbaar zijn op het moment van het tekenen van deze koopovereenkomst.

5.4. Aan verkoper is niet bekend, dat de onroerende zaak enige verontreiniging bevat die ten nadele strekt van het in lid 3 omschreven gebruik door koper of die heeft geleid of zou kunnen leiden tot een verplichting tot schoning van de onroerende zaak, dan wel het nemen van andere maatregelen. Voorzover aan verkoper bekend zijn in het verkochte geen ondergrondse olietanks voor het opslaan van (vloei-)stoffen aanwezig.

De rechtbank was van een samenhang tussen de leden van art. 5 uitgegaan, in de context van art. 7:17 en kwam tot de conclusie dat de in 5.3 gegeven garantie, als uitzondering op de algemene exoneratieclausule van 5.1, geen verwachting van Van Dijk rechtvaardigde dat de saneringskosten niet voor zijn rekening kwamen. Onderdeel 5.4 wordt door de rechtbank gezien in het licht van de op Van Dijk rustende onderzoeksplicht ten aanzien van voor verbouwing door de gemeente gestelde eisen (het gebruik van de schuur is een bijzonder doel waarvoor een verbouwing vereist is) en met betrekking tot de conditie van de grond, die in ons land naar algemeen bekend is op zoveel plaatsen vervuild is dat een koper niet zonder meer erop mag vertrouwen dat de door hem te kopen grond niet in enige mate of op enige plaats vervuild is.

Het hof was daarentegen van oordeel dat aangezien Christiaanse voor de koop ervan op de hoogte was dat Van Dijk de vervallen schuur wilde afbreken om daar een nieuwe schuur te bouwen, dat Van Dijk er redelijkerwijze van mocht uitgaan dat het in art. 5.3 bedoelde 'normaal gebruik' van het verkochte als woonboerderij mede omvatte het afbreken en herbouwen van de schuur met het oog op het houden van dieren. Verder mocht Van Dijk op grond van de in art. 5.3 vervatte garantie erop vertrouwen dat hij de schuur zou kunnen verbouwen zonder saneringskosten te maken. Op Van Dijk rustte geen onderzoeksplicht 'omdat art. 5.4 op geen enkele wijze afbreuk doet aan de in art. 5.3 vervatte garantie', concludeert het Hof.

Op dat laatste zijn Christiaanse's pijlen in cassatie gericht. Nu is het voor een cassatieadvokaat geen eenvoudige zaak om een arrest van een hof op het punt van uitleg van de overeenkomst gecasseerd te krijgen; uitleg is weliswaar een rechtsvraag (Haviltex-formule), maar daarnaast 'in hoofdzaak' een feitelijke vraag, zoals de hoge raad dat de laatste tijd formuleert (zie daaromtrent boven: Hfdst. 2). Aangezien het hof art. 5.4 weggeïnterpreteerd had, zodat daarvoor geen zinnige betekenis overbleef, en bovendien niet gemotiveerd had waarom lid 4 geen afbreuk doet aan de garantie van lid 3, leek dit een heel pleitbare zaak. Het pakte echter anders uit. Ik laat hier de weergave van het cassatiemiddel volgen en de visie van de hoge raad daarop, soberder geformuleerd kan haast niet:

3.4. 'Middel 1 komt met een motiveringsklacht op tegen hetgeen het Hof heeft geoordeeld met betrekking tot de verhouding tussen de bepalingen 5.3 en 5.4 van de koopovereenkomst. Het betoogt dat, nu in art. 5.4 met de zinsnede "het in lid 3 omschreven gebruik" naar art. 5.3 wordt verwezen, moet worden aangenomen dat met art. 5.4 is beoogd de betekenis en werking van art. 5.3 nader te bepalen, en dat, aangezien art. 5.4 blijkens zijn tekst in het belang van de verkoper is

opgenomen, dat artikel In redelijkheid dient te worden opgevat als strekkende tot inperking van het in art. 5.3 bepaalde. Het betoogt voorts dat niet valt in te zien dat, zoals het Hof overweegt, art. 5.4 op geen enkele wijze afbreuk doet aan de garantie in art. 5.3.

§3. GARANTIEBEDINGEN

Het middel is tevergeefs voorgesteld. Anders dan het onderdeel klaarblijkelijk betoogt, kan niet gezegd worden dat lid 4 van art. 5 geen andere uitleg toelaat dan dat de garantie, die in lid 3 van art. 5 wordt gegeven, niet zou gelden voor het geval van een aan Christiaanse niet bekende verontreiniging. 's Hofs oordeel, dat art. 5.4 op geen enkele wijze afbreuk doet aan de garantie in art. 5.3, is dan ook niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering'.

De overwegingen die volgen (ov. 3.5 v.) zijn gewijd aan de vordering tot schadevergoeding van Christiaanse. Het is een geschilpunt dat los staat van uitleg- en garantieproblematiek; het is overigens opvallend hoe uitvoerig de hoge raad op deze, niet majeure kwestie in het dispuut van partijen ingaat en welke hoge eisen ineens aan de motivering van het hof gesteld worden. Christiaanse krijgt alsnog een troostprijs, in de zin dat hij de door hem gemaakte extra financieringskosten in verband met zijn nieuwe huis vergoed krijgt, aangezien Van Dijk hem niet tijdig geïnformeerd heeft over geconstateerde bodemvervuiling, en dat eerst de dag voor het voorgenomen transport van het onroerend goed gedaan heeft. Een schade van Christiaanse die voorshands aannemelijk geacht wordt, hetgeen voldoende is bij een schadestaatprocedure, volgens vaste jurisprudentie. Het hof wordt op dit punt een verwijt gemaakt dat een nadere motivering ontbreekt.

Het arrest van het Hof Amsterdam wordt vernietigd, waarop verwijzing naar het Hof Den Haag volgt ter verdere afhandeling van het geschil.

Conformiteit en garantie

In mijn inleiding gaf ik al aan dat de onduidelijkheid die geleid heeft tot de rechtsvraag die hier aan de hoge raad voorgelegd werd in hoge mate veroorzaakt is door de ondoorzichtige relatie die tussen de regeling van art. 7:17 BW voor koop en en het algemene contractenrecht van Boek 6 (wanprestatie, dwaling, e.d.) bestaat. Het vereiste van 'conformiteit', het 'beantwoorden aan de overeenkomst' werd in art. 7:17 als volgt verwoord:

'Een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst indien zij niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak die eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien'.

Het is riskant om te denken dat dit vereiste nieuw is, naar vorm of inhoud, zodat men vergeet zich op het contractenrecht te oriënteren. De vorm is niet nieuw: zoals wij hierboven zagen paste de hoge raad het vereiste in deze vorm al toe in het *wasautomaten*-arrest van 1971, het werd toen overgenomen van art. 10 Benelux-ontwerp inzake koop en ruil en art. 33 Uniforme Wet op de internationale koop (LUVI), zoals Köster in zijn AA-noot vermeld heeft. De redelijke verwachting is ook de grondslag van het eveneens besproken arrest *Van Kessel - Werklust* (1973, met belangrijke noot van Wachter), met omkering van de stelplicht ten aanzien van gebreken van de verkochte zaak (wiel-loader), een miskend standaard-arrest.

Belangrijker is nog dat de inhoud van het conformiteitsvereiste evenmin nieuw is; *wanprestatie* heeft betrekking op de contractuele *prestatie*, en die moet nu eenmaal aan de hand van redelijke uitleg vastgesteld worden, hetgeen al jaar en dag in de normatieve methode beheerst wordt door de redelijke verwachtingen van partijen over en weer, en het opgewekte vertrouwen daaromtrent. Men zal hier het *Haviltex*-arrest van 1981 in herkennen, maar *Haviltex* is voor de laatbloeiers, de normatieve uitleg werd al in de arresten

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

rederij Koppe (1949), *misverstand* (1976) en *Ram - Matser* (1977) aanvaard (zie boven, Hfdst. 2). Dat betekent dat men de formule ‘de eigenschappen die de koper mag verwachten voor een normaal gebruik’ niet op zichzelf mag nemen; dat kan slechts opgevat worden in de context van de gehele overeenkomst en de omstandigheden die daarbij van belang zijn. Dat heeft betrekking op, allereerst de overige contractsbepalingen, het kan immers zijn dat de risico’s op een bepaalde wijze verdeeld zijn. Verder komen in het kader van de omstandigheden de mededelingen die gedaan zijn door partijen in beeld, bijvoorbeeld door de verkoper, of verzwijgingen waar spreken plicht was. Tegenover die spreekplicht van de verkoper staat weer de onderzoeksplicht van de koper; dat laatste blijkt reeds uit de zinsnede in art. 7:17 lid 2, dat de koper ‘de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen’ van eigenschappen van de zaak die voor normaal gebruik nodig zijn. Dit is blijkens de parlementaire geschiedenis en de *communis opinio* van de schrijvers het geval; het is des te wonderlijker dat dit aspect, dat in de woonboerderij-casus terug te vinden is, geen rol gespeeld heeft in de uitspraken van hof en hoge raad, in tegenstelling tot het (uitstekende) vonnis van de rechtbank. Dat aspect ziet men in de zinsnede van art.5.3 van het koopcontract: gebreken die het normale gebruik belemmeren en ‘die aan de koper kenbaar zijn’. In de literatuur over deze NVM-clausule (zie nog onder) wordt hierop in de regel gewezen.

Dit standpunt heeft de hoge raad met nadruk naar voren gebracht in het arrest van 9 jan. 1998, *NJ* 1998, 272, *Brok – Huberts* (inzake Basset-hond). De artt. 6:74 en 75 BW, inzake schadevergoeding bij wanprestatie, zijn hier van belang oordeelde de raad, het is onjuist om zoals de rechtbank gedaan had aan te nemen dat het enkele feit dat de afgeleverde zaak niet beantwoordde aan de overeenkomst tot aansprakelijkheid leidt. Volgens a-g Hartkamp vloeit dat ook niet uit de verkeersopvattingen voort, die in art. 6:75 als toerekeningsfactor genoemd worden.

Zoals wij hieronder zullen zien, is dit niet anders wanneer sprake is van een *garantie* die door de verkoper gegeven is: ook dan mag men de garantie niet op zich nemen, los van de contractuele context. In casu had het hof dat wel gedaan, door de in art. 5.3 koopcontract gegeven garantie inzake gebruik als woonboerderij absoluut te nemen, losgemaakt van het verband in de overeenkomst zelf, de verhouding van partijen en de omstandigheden van het geval.

Art. 7:17 vormt zoals gezegd de nieuwe verborgen gebreken-regeling. Het kan geen kwaad om de oude regeling in herinnering te roepen, althans dat deel dat naar het huidige recht overgegaan is, aangevuld met de wijze waarop men in het buitenland die regeling van het oud-BW toepast (en altijd toegepast heeft). Zoals zal blijken, zal dit een goede steun bieden bij het in kaart brengen van de jurisprudentie van de hoge raad van de laatste jaren over de relatie tussen garantie en exoneration.

Een verkoper diende in het stelsel van art. 1540 v. oud-BW in te staan voor verborgen gebreken, dat wil zeggen, gebreken die voor de koper niet kenbaar zijn. De toepassing van deze regeling, die wij nog aan de Romeinen te danken hebben, is zoals wij eerder zagen (nr 3 v.) in ons land in tegenstelling tot Frankrijk en België, hopeloos mis gegaan om een aantal redenen. Men nam in afwijking van die code civil-landen een zeer korte termijn aan die in de

§3. GARANTIEBEDINGEN

veehandel gebruikelijk was, van enkele weken, en stelde aan het vaststellen van kwade trouw bij de verkoper zware eisen, terwijl volgens de wet alleen in die situatie een aanpassing van de koopprijs mogelijk was. De Franse en Belgische rechter namen daarentegen kwade trouw aan indien van een professionele verkoper sprake was, als onweerlegbaar vermoeden. Köster heeft daarop gewezen in zijn AA-noot van 1971, evenals Wachter in zijn NJ-noot van 1974, maar dat heeft niet mogen baten. Wel werd de wettelijke regeling van verborgen gebreken door de hoge raad in het *warme drankautomaten*-arrest van 1970 zeer strikt uitgelegd en tot de species-koop beperkt, zodat zij vrijwel geen kwaad meer kon doen. Maar ook weinig goeds, en dat hebben wij geweten. Pas met het arrest *Van Geest - Nederlof* van 1990 werd orde op zaken gesteld, na onbevredigende uitspraken als *Olivetti* (1973) en rampzalige arresten als *occasion* (1985), door Nieuwenhuis aan de kaak gesteld in zijn noot van AA 1986.

Veelal was in die jurisprudentie sprake van het uitsluiten van de vrijwaring voor verborgen gebreken door de verkoper; de gehanteerde terminologie is niet voor iedereen direct duidelijk, en gaat onder de bewoordingen: 'voetstoots' of 'zoals het er staat'; 'koop op eigen bate en schade' (*kilometerteller*-arrest, 1993), 'zoals gezien, bereden en akkoord bevonden' (*Van Geest - Nederlof*, 1990), 'in de staat waarin het zich bevindt' (*Bloemendaalse olietank*, NJ 1997, 527; *woonboerderij*-arrest). Die laatste formulering vindt men in art. 5.1 van de koopakte, een gegeven dat in veel commentaren over het hoofd gezien werd, evenals door het Hof Amsterdam zoals wij hieronder nog zullen aantonen. Daarmee komen wij op de vraag hoe een dergelijk exoneratie zich verhoudt tot een garantie, die in dezelfde overeenkomst gegeven werd, uitdrukkelijk of stilzwijgend.

Zoals eerder besproken, heeft de garantie heeft in ons contractenrecht een enorme ontwikkeling doorgemaakt: na een kwijnend bestaan kwam de doorbraak toen de hoogste rechter bereid was om die figuur serieus te nemen, dat wil zeggen, door met behulp van normatieve uitleg een stilzwijgende garantie aan te nemen indien dat onder de gegeven omstandigheden redelijk was. Bij de 'versche koe' (1941) was het al misgegaan, en was lange tijd behelpen: indien men zich afvroeg of een drankautomaat niet een apparaat is dat automatisch werkt (indien een munt ingeworpen wordt), een dekhengst niet een hengst is die kan dekken (indien een merrie aangeboden wordt), een rekenapparaat niet iets is dat kan rekenen, een auto niet een automobiel, iets is dat zelfstandig over de wegen kan en mag bewegen, kreeg men hierop in de jurisprudentie van de jaren '70 en '80 steeds een negatief antwoord, indien tenminste een uitdrukkelijke garantie van die strekking ontbrak. Naar mijn mening was dit aan niemand uit te leggen; het waren zwarte bladzijden uit de NJ, en gelukkig verleden tijd, mede door toedoen van de hoge raad zelf. Tegenwoordig dreigt een andere gevaar, waarbij de slinger naar de andere zijde doorslaat als gevolg van consument-fetisjisme: zodra er sprake is van een verwachting met betrekking tot normaal gebruik, zou er aansprakelijkheid van de verkoper moeten zijn, ongeacht de verdere inhoud van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval. Maar er kan sprake zijn van een risikoverdeling tussen partijen die ten gunste van de verkoper is; er kan een exoneratie-clausule overeengekomen zijn die geldig is, de aard van de overeenkomst kan speculatief zijn, etc. Op die kwestie kom ik nog terug, de vraag wanneer de verwachting van

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

de koper ten aanzien van het gebruik van de zaak ongegrond is en dus geen bescherming krijgt.

Het op spectaculaire wijze omgaan van de hoge raad wat de aanvaarding van een stilzwijgende garantie betreft in de *Steendijkpolder*-arresten van 1992 (inzake de Gem. Maassluis) is van grote betekenis voor ons onderwerp. Het uitgeven van bouwgrond met een bouwverplichting tot woningbouw, houdt een stilzwijgende garantie in dat de grond geschikt is voor woningbouw (en dus niet verontreinigd met schadelijke stoffen waardoor bodemsanering vereist is); 'bouwgrond' is dus grond waarop je kunt (en mag) bouwen - het recht is niet zo moeilijk als het er uitziet. Er werd nog een schep bovenop gedaan in dat arrest door naast de aanvaarding van de ongeschreven garantie, de geschreven exoneratie-clausule voor ongeschreven te houden: het beroep van de gemeente op een beding waarbij iedere vrijwaring voor zichtbare en onzichtbare gebreken uitgesloten werd kan niet aan aanvaarding van de garantie in de weg staan. Dat beroep zou in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn.

Men kan hieruit afleiden dat wanneer de verkoper deskundig is en het een risico is dat hem maatschappelijk en economisch gezien toegerekend kan worden, er zowel grond is om een stilzwijgende garantie aan te nemen als om de mogelijkheid van een beroep op een exoneratieclausule te blokkeren. Wanneer het onbekende risico's betreft en geen grote ongelijkheid qua deskundigheid en economische macht tussen partijen bestaat, zoals in de casus *Christiaanse - Van Dijk*, doemt de vraag op welke partij ermee belast moet worden een onderzoek in te stellen om zekerheid te verkrijgen over mogelijke risico's. Heeft de partikuliere verkoper die grond (met bebouwing) op de markt brengt, in het algemeen de verplichting om zich tevoren te vergewissen of de grond schoon is, dat wil zeggen geen saneringskosten te verwachten zijn? Of ligt het op de weg van de koper om dat te doen? Het is een algemene vraag die de laatste jaren vaak gesteld is; de meerderheid van de schrijvers beantwoordt de vraag aldus dat geen algemene verplichting aangenomen wordt om uitsluitend schone grond in het verkeer te brengen.⁵² Dat uitgangspunt lijkt mij juist, om een aantal redenen die ik hier niet kan uitwerken; alleen al de gedachte dat een verkoper gedurende 20 jaar een aktie uit wanprestatie kan verwachten wegens bodemverontreiniging die naar dan geldende maatstaven een op dat moment voorgenomen gebruik van de grond belemmert, lijkt mij niet redelijk en op gespannen voet te staan met het beginsel van de rechtszekerheid. Voorstanders van de tegengestelde zienswijze, zoals Klik, blijken zich uiteindelijk te baseren op het gegeven dat de bodem 'multifunktioneel' moet zijn. Dat uitgangspunt wordt echter in milieukringen steeds meer verlaten, althans sterk genuanceerd.

Daar komt bij dat het partijen vrij staat om contractueel een risikoverdeling te aanvaarden die hun goedgevindt. Kan dat echter onbeperkt, en hoe verhoudt zich dat tot de beschermen verwachting van de koper dat de zaak (grond) geschikt is voor normaal gebruik? Wanneer de verkoper op de hoogte is van de bodemverontreiniging (c.q. behoorde te zijn) kan hij zich niet achter een exoneratiebeding verschuilen. Aldus de hoge raad onlangs in *Holvrieka - Brunink* (NJ 1998, 657), een lijn die teruggaat tot het bekende *pseudo-vogelpest-*

52. Aldus schrijvers als Davids, Tjittes, Kleijn, en Castermans, zie Klik in zijn noot in *TMA* 1996, alsook zijn artikel in *TMA* 1997, p.44, waar hij de argumenten op een rij zet. Klik neemt zelf een tegengesteld standpunt in. Vgl. ook Van Rossum, t.a.p. 1998, p.669 v.; 2000, p.80 v.

§3. GARANTIEBEDINGEN

arrest van 1976. In casu had de verkoper zelfs een opdracht voor een oriënterend bodemonderzoek gegeven vanwege een verhoogd risico, hetgeen hij voor de koper verborgen gehouden had. Indien gekozen moet worden wie de meest gereede partij is om bodemonderzoek in te stellen, wordt in de lagere rechtspraak meestal de koper daarmee belast.⁵³ Indien het om de aanwezigheid van olietanks in de bodem gaat, een potentieel gevaar voor bodemvervuiling, heeft de hoge raad met betrekking tot het tijdperk waarin dat gevaar niet van algemene bekendheid was (nl. medio 1990) aanvaard dat de verkoper geen mededelingsplicht tegenover de koper had (*Bloemendaalse olietank*, NJ 1997, 527). Onlangs werd door het college ook een stilzwijgende garantie met betrekking tot een olietank afgewezen, in *Durlinger - Bakens* (NJ 1998, 658, nt WMK); een soortgelijke casus was aan de orde in *Dohrman - Goorhuis* (NJ 1999, 584).

De hier besproken problematiek kwam in enkele andere recente arresten eveneens aan de orde. In HR 12 febr. 1999, NJ 584, *Dohrman - Goorhuis*, was bij de koop van een huis alles fout gegaan, niet alleen dat de bodem verontreinigd bleek door een lekkende olietank (bij uitbouw van de keuken), ook in het koopcontract stond van alles verkeerd: een clause die doorgehaald had moeten zijn, de notaris die zich verschrijft en 'grond' schrijft terwijl 'olietank' bedoeld werd, wanneer het over een uitgevoerde sanering gaat. Er zit een sanering-certificaat bij dat door de koper getekend was, maar niet gelezen, c.q. begrepen was. Daarin stond dat de grond rondom de gesaneerde tank vervuild was en dat het bevoegd gezag daarover gewaarschuwd was. De NVM-clausule schittert ook hier weer: art. 5.4 waarin staat dat verkoper niet bekend is met enige verontreiniging van het onroerend goed (dit is de clause die doorgehaald had moeten zijn). Dohrman stelt dat hij koper Goorhuis bij de koop meegedeeld heeft dat de tank gereinigd was en dat in de omgeving ervan verontreiniging was aangetroffen, hetgeen de laatste ontkent; Dohrman slaagt uiteindelijk niet in het bewijs daarvan, maar dan zijn wij al bij het Hof Arnhem; de rechtbank had Dohrman in het gelijk gesteld en had aangenomen dat het Goorhuis bekend was, gelet op de geringe omvang van de verontreiniging en de inhoud van het sanering-certificaat, en wees de dwalingsactie van koper af. Het hof gaat echter ervan uit dat een koper mag verwachten dat de bij een huis behorende grond niet verontreinigd is, althans niet zodanig dat het huis niet meer voor normaal gebruik geschikt is, hetgeen in casu het geval is. Het hof keert de bewijslast om en draagt aan Dohrman het bewijs op dat hij mededeling gedaan heeft van de bodemvervuiling; de betreffende bepaling van de transportakte en het sanering-certificaat acht het hof onduidelijk en tegenstrijdig er daardoor zonder bewijskracht. In het eindarrest komt het hof met behulp van redelijke uitleg van de contractsbepaling tot de slotsom dat de strekking ervan was dat een vastgestelde bodemsanering afdoende was hersteld, waarmee de vermelding van bodemvervuiling in het sanering-certificaat 'onderuit gehaald wordt', overweegt het hof. Het had op de weg van Dohrman gelegen om Goorhuis uitdrukkelijk erop te wijzen dat de in het certificaat bedoelde verontreiniging nooit verder was onderzocht en dat daaraan, anders dan Goorhuis mocht veronderstellen, ook niets was gedaan. Beroep in cassatie faalt, voornamelijk vanwege het feitelijk karakter van het oordeel van het hof, in een niet geheel overtuigende overweging van de hoge raad. In alle opzichten een ongelukkig verlopen zaak.

In een andere zaak had het hof het - wederom anders dan de rechtbank - opgenomen voor een koper die een huis zonder gebreken mocht verwachten. Hier grijpt de hoge raad gelukkig wel in; de koperbescherming was wel ver doorgesloten. In HR 2 april 1999, NJ 585, *Van den Broek - Van Dael*, was sprake van de koop van een huis waarin na de koop schimmel en huiszwam in de vloer aan het licht gekomen was. Nu gebeurde dat enkele jaren na de koop, na

53. Zie de rechtspraak genoemd door Klik, *TMA* 1997, p.46; P. Wanders, *Advoc.blad* 2000, p.336 v.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

twee natte winters en na het injecteren van muren op onjuiste wijze (waardoor het vocht niet wegkon); het was een huis uit 1920 met eensteens muren, in de buurt van een riviertje dat twee winters overstroomd was. Een deskundige (Dr Ir) had verklaard dat de huiszwam - die vloeren aantast - zijn werk razensnel doet, en binnen een half jaar de vloer doet verrotten. Koper had zijn hoop gevestigd op bouwpuin dat onder de vloer aangetroffen werd, waardoor het rottingsproces veroorzaakt zou zijn. Nu stond in de koopovereenkomst een verklaring van verkoper dat de kelder van het huis dichtgegooid was met bouwpuin, enkele jaren voor de koop; bovendien had koper zich door drie deskundigen laten bijstaan, waaronder een architect, en had hij het pand drie keer bezichtigd voor een bod uit te brengen. Het belangrijkste argument van koper was art. 7:17, 'normaal gebruik van de zaak': als koper hoeft hij geen huis met schimmel in de vloer te accepteren. Hij krijgt het Hof Den Bosch mee, maar de hoge raad steekt daar terecht een stokje voor. Het hof had niet mogen voorbijgaan aan de stellingen van verkoper, zonder enige motivering.

Uit dit arrest, en eerder het *Bassethond*-arrest van 1998, kan men afleiden dat kort door de bocht gaan en gewoon op de eis van 'normaal gebruik' gaan staan door een koper, los van alle omstandigheden van het geval, niet opgaat.

Terug naar de *woonboerderij*-zaak. Het stond vast dat de verkoper, Christiaanse, niet bekend was met de bodemvervuiling, dus te goeder trouw een beroep op de exoneratie-clausule deed. Maar hij had toch een garantie gegeven? Daarmee komen wij op de vraag op welke wijze de betekenis van een garantie vastgesteld moet worden. Het arrest *Hoog Catharijne* van 1995 is hierbij gezichtsbepalend (zie de bespreking ervan bij de uitleg, Hfdst. 2, § 2, nr 14). De koper nam hier een garantie ('balansgarantie', dat wil zeggen dat alle verplichtingen van het over te nemen bedrijf uit de balans moeten blijken) in letterlijke zin: garanderen dat alle informatie op de balans staat. Zodra blijkt dat een verplichting niet op de balans voorkomt zou dat betekenen dat de garantie geschonden is, met wanprestatie tot gevolg. De hoge raad verwerpt dat standpunt, waarvoor de koper zelfs een beroep op het woordenboek gedaan had. Ik haal hier de kernoverweging weer aan:

'...aan het begrip "instaan voor" komt niet steeds eenzelfde, door "vast juridisch spraakgebruik" bepaalde betekenis toe in die zin dat degenen die instaat, daarmee in beginsel aansprakelijkheid aanvaardt voor (de schadelijke gevolgen van) het uitblijven van gebeurtenissen, handelingen of feiten, voor het intreden of uitblijven waarvan hij instaat. Ook voor de betekenis van een begrip als hier aan de orde komt het aan op de zin die partijen bij de overeenkomst in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan het begrip en de bepaling waarin het is gehanteerd, mochten toekennen, en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten' (ov. 3.5.2).

Men herkent in het slot weer de *Haviltex*-formule. In zijn conclusie had a-g Hartkamp overigens betoogd dat de wet vijf soorten garanties kent. De cassatierechter heeft vervolgens aangegeven dat voor de uitleg van de garantie, de vaststelling van de inhoud, de verhouding tussen spreekplicht en onderzoekplicht van respectievelijk verkoper en koper van belang zijn. De reikwijdte van de verplichting van de verkoper om aan de koper alle informatie te verschaffen 'wordt mede bepaald door hetgeen Hoog Catharijne (de verkoper) in de gegeven omstandigheden aan onderzoeksinspanningen aan de zijde van ABP (de koper) mocht verwachten', had het hof gesteld (in de weergave van de hoge raad). Die omstandigheden worden opgesomd en de cassatierechter is van oordeel dat het hof deze op juiste wijze afgewogen heeft. Zoals bekend had ABP

§3. GARANTIEBEDINGEN

een *dream-team* ingehuurd om het ‘due diligence onderzoek’ te doen voor de overname.

Het is in mijn ogen een mooi arrest (ook al wordt anders over gedacht door sommige schrijvers); men kan pas zinnig over een ‘garantie’ spreken nadat men de betekenis daarvan in het licht van de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval vastgesteld heeft, door middel van normatieve uitleg. In eerdere arresten was dat wel eens fout gegaan: in het arrest *Trouwborst - Tollenaar & Wegener* (1994, zie eveneens bij de uitleg, nr 17) werd de grammatikale, en onredelijke uitleg van een garantiebepaling in een verzekeringspolis door het hof niet gecorrigeerd door de hoge raad. In het *Avery*-arrest (1991, idem, nr 13), inzake pensioenverplichtingen van een overgenomen bedrijf, werd een garantie waarop de koper afging zelfs geheel buiten beschouwing gelaten. Een zeer normatieve uitleg van een garantie geeft het hof daarentegen in het arrest *Luycks - Kroonenberg* (1997, zie onder, Hfdst. 6, § 4, nr 4, veranderde omstandigheden, waarover Abas en Klik met elkaar de degens gekruist hebben in het *WPNR* van 1998); de verkoper had een garantie gegeven dat hij de bestaande bodemverontreiniging zou saneren tot een ‘volgens de huidige *norm* voor industrieterrein aanvaardbare waarde’. Na overleg met de provinciale overheid wordt vervolgens van een ‘permanente installatie’ uitgegaan, waarvan later vastgesteld wordt dat met ‘permanent’ bedoeld werd ‘2 à 3 jaar’, blijktens het gevoerde overleg. Na drie jaar en ruim drie ton aan kosten vindt de verkoper het welletjes en staakt de saneringswerkzaamheden, hetgeen door de koper niet geaccepteerd wordt: permanent is permanent. Het hof geeft een interessante toepassing van de aanpassing van een overeenkomst in geval van dwaling op grond van art. 6:230 BW (een novum, ontleend aan de oude verborgen gebreken-actie, *actio quanti minoris*), terwijl ook art. 6:258 BW, inzake onvoorziene omstandigheden, erbij betrokken wordt. Bij ongewijzigde uitvoering van de overeenkomst zou de verkoper op grond van de verleende garantie gehouden zijn tot een ‘in principe eeuwigdurende isolatie’ van de grond. De benadering van het hof heeft terecht de instemming van de hoge raad gekregen.

De NVM-koopakte, zoals beoordeeld in de woonboerderij-zaak

Het is allereerst zaak om de contractsclausule die partijen verdeeld hield te analyseren. Het bewuste artikel 5 van het koopcontract kan als volgt ontleed worden:

lid 1: de verkoop van de zaak vindt plaats in de staat waarin deze zich bevindt ten tijde van de koop, dat wil zeggen, verkoper staat niet in voor verborgen gebreken (exoneratie);

lid 3: verkoper staat wel in voor normaal gebruik als woonboerderij (garantie); verkoper garandeert uitsluitend eigenschappen die voor normaal gebruik nodig zijn, voor gebreken die voor de koper kenbaar zijn wordt niet ingestaan;

lid 4: het is verkoper niet bekend dat de zaak enige verontreiniging bevat die ten nadele strekt van de garantie in lid 3 gegeven, die tot bodemsanering zou kunnen leiden.

Men ziet hier in deze standaardvoorwaarde, overigens door de NVM in overleg met de Consumentenbond en de Vereniging Eigen Huis opgesteld, een combinatie van hetgeen gegarandeerd wordt en hetgeen uitgesloten wordt.⁵⁴ Nu

54. Zie voor een bespreking van die voorwaarden, Klik in: *...maar dit geheel terzijde*, Opstellenbundel van Dunné II, Lelystad, 1997, p.82 v. Vgl. ook de hier volgende noot. Klik

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

kan men kan niet ongestraft er één onderdeel van het artikel uitlichten en dat een absolute betekenis geven. Dat is precies hetgeen het hof gedaan heeft, door namelijk lid 3 te nemen en als absolute garantie te zien, niet gemitigeerd door het daarop volgende lid 4, dat nota bene naar lid 3 verwijst. Om een aantal redenen is dat onaanvaardbaar. Allereerst moet men bij de uitleg van een contractsbepaling deze in haar geheel zien; in het oud-BW stond dat gewoon in de wet, als erfgoed van de Romeinen en rechtsgewoonte van generaties nadien: art. 1384, de zogenaamde systematische uitleg. In de visie van het hof heeft lid 4 geen betekenis, want de garantie staat dat niet toe; dat is toch niet echt voor de hand liggend.⁵⁵ Men moet lid 4 natuurlijk in het verlengde van lid 1 zien, de vrijwaring voor verborgen gebreken. De verkoper geeft daarin aan hetgeen hem niet bekend is (bodemvervuiling) en derhalve ‘verborgen’ is; verkoper staat daar niet voor in, dat wil zeggen ook wanneer dat het ‘normaal gebruik’ van de woonboerderij zou beïnvloeden, of zou leiden tot bodemsanering (of andere maatregelen). In de commentaren op de NVM-clausules is het misinterpreteren van art. 5.4 een veel voorkomend euvel: lid 4 acht men vaag en weinig zeggend, de verkoper deelt immers slechts mee dat hem iets niet bekend is, nou en? Aldus Klik en eerder Castermans naar aanleiding van de vergelijkbare voorwaarde opgesteld door de Koninklijke Notariële Broederschap (t.a.p.).

Ook a-g Hartkamp slaat verkeerd af, door over lid 4 op te merken dat het ‘van alles kan betekenen’. In het cassatiemiddel was door de verkoper aangevoerd dat lid 4 geen andere betekenis kon hebben dan een inperking op de garantie van lid 3. Hartkamp stelt daarover dat dit alleen zo zou zijn geweest ‘als lid 4 had verklaard dat de garantie van lid 3 niet geldt voor het geval van een aan de verkoper onbekende verontreiniging. Dat staat er echter niet’. Dat staat er wèl, indien men lid 4 niet alleen op lid 3 betreft, maar ook *in verband ziet met lid 1*. Overigens werd dat door eiser in cassatie niet aangevoerd, hetgeen verdwalen in art. 5 had kunnen voorkomen. Op de betekenis van lid 1 is indertijd de aandacht gevestigd door Vlaanderen, een betoog dat in de jongste versie van de NVM-koopakte, van januari 2000, in de toelichting verwerkt is.⁵⁶

Intussen is het heel curieus dat hetzelfde Hof Amsterdam in een vergelijkbare zaak van oordeel was dat art. 5.1 een zelfstandige functie als exoneratieclausule heeft naast art. 5.3; de verkoper is niet aansprakelijk voor onzichtbare gebreken, tenzij sprake is van een zodanig ernstige overlast dat de woning ongeschikt is voor normaal gebruik.⁵⁷

bespreekt eveneens de KNB-voorwaarden van 1996; zie daarvoor ook Castermans, *M & R* 1991, p.322.

55. In het arrest in kort geding (17 nov. 1994) maakt het Hof Amsterdam (met Aaftink en Bakels in de kamer) het nog bonter door lid 4 niet van belang te achten omdat Christiaanse immers te goeder trouw was; lid 4 zou enkel betekenis hebben indien het daarin bepaalde tegen beter weten in opgenomen was.

56. C.M.H. Vlaanderen, *Vastgoed* maart 1997: met art. 5.1 wordt uitdrukkelijk afgeweken van art. 7:17 lid 2 BW, dat regelend recht inhoudt; zie ook *WPNR* 6410 (2000), waarop hieronder nog ingegaan wordt. Vgl. ook Dammingh, *Advoc.blad* 2000, p.337.

57. Hof Amsterdam 1 april 1999, niet gepubl., besproken door Wanders, *Advoc.blad* 2000, p.336. Ook Rb Utrecht 15 dec. 1999 (idem) deelt dat standpunt (zoals ook eerder in de onderhavige zaak), evenals de hoven te Den Haag en Arnhem (zie *WPNR* 6410 (2000), p.516 v.).

§3. GARANTIEBEDINGEN

Daar komt nog iets bij. In de visie van hof en a-g heeft lid 4 geen zinnige betekenis en dat is in strijd met een andere oude uitlegregel, die na afschaffing van art. 1380 oud-BW ongeschreven recht geworden is. Bij uitleg geldt het maxime *ut res magis valeat quam pereat*, men moet een contractsbepaling zo uitleggen dat zij 'enige uitwerking' heeft, en niet zo dat zij 'niet het minste gevolg' heeft. De hoge raad had hier moeten casseren, en niet de dooddoener hanteren dat s'hofs overweging 'niet onbegrijpelijk' was en geen nadere motivering behoefde.

Verder staat vast dat de verkoper zijn aansprakelijkheid voor een verborgen gebrek in de vorm van bodemvervuiling mag uitsluiten, ook wanneer dat het normale gebruik van de zaak betreft. Het verbod van art. 7:6 BW geldt immers slechts voor consumentenkoop van roerende zaken. De standaardvoorwaarden van NVM en KNB zijn een voorbeeld van een dergelijke regeling. Is zo'n exoneratione echter redelijk? Dat staat nog te bezien.

Indien koper die uitsluiting niet wenst kan hij dat afwijzen; hij kan zelfs een schone grond-verklaring eisen. De koper kan ook zelf bodemonderzoek laten doen voor de overeenkomst gesloten werd, in casu had koper Van Dijk dat eerst na het sluiten van de overeenkomst en voor het transport van de eigendom gedaan. In eerste geval zal dit doorgaans tot gevolg hebben dat de prijs omhoog gaat: de verkoper zal immers kosten moeten maken om bodemonderzoek te laten doen en indien hij dat achterwege laat en het risico neemt, zal hij 'zijn vrees prijzen', zoals dat heet. Men moet wel beseffen - even voor de niet-Rotterdamers - dat garanties iets met geld te maken hebben; iedere garantie heeft een prijs, die meestal afgewenteld kan worden op de wederpartij. In de regel betekent dit dat er een verzekeringsdekking voor gevonden moet worden; bijvoorbeeld in de bouw geldt dat voor de aannemer en de toeleverancier, waarbij de garantie-termijnen moeten sporen met de verzekeringsdekking.

Indien de koper tot bodemonderzoek overgaat zal hij de kosten voor zijn rekening moeten nemen, evenals het tijdverlies dat ermee gepaard gaat. Wij zagen eerder dat lid 3, de garantiebepaling, uitgaat van een onderzoeksplicht van de koper: de 'kenbare' gebreken komen voor diens rekening, zoals gezegd, conform art. 7:17 lid 2 BW. Ook signaleerden wij dat in de lagere rechtspraak doorgaans de onderzoekverplichting ten aanzien van bodemcondities bij de koper gelegd wordt, terwijl dat in de jurisprudentie van de hoge raad eveneens regelmatig het geval is (olietanks).

Wat is nu de rol van het begrip 'normaal gebruik', in casu als woonboerderij? Voorop staat dat partijen de vrijheid hebben om dat begrip nader inhoud te geven, of te beperken. In dit geval had de particuliere verkoper bodemverontreiniging erbuiten willen houden, met art. 5 van de koopakte. Zoals uiteengezet is dat toegestaan en overgelaten aan het vrije spel der krachten van

Wanders bestrijdt terecht de opvatting van het Hof Amsterdam (daarin bijgevallen door Dammingh) dat art. 5.3 niets meer geeft dan reeds uit art 7:17 BW volgt, maar hij verbindt daaraan een conclusie die onjuist is, nl. dat bij een beroep op art. 5.3 men niet te maken heeft met de figuur van wanprestatie, zoals bij art. 7:17 het geval is. Wij zagen hierboven dat een garantie (als art. 5.3) evengoed in het licht van contractuele verplichtingen uitgelegd moet worden. De Rb. Utrecht had dat in de woonboerderij-zaak uitstekend gedaan.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

partijen in kwestie. Stel nu dat men dit uit het oog verliest, zoals daadwerkelijk het geval is bij hof en hoge raad, zijn er dan nog andere argumenten in het voordeel van verkoper Christiaanse? Die zijn er wel degelijk, en kunnen aan het algemene contractenrecht ontleend worden.

Het gaat hier om toerekening van risico in de precontractuele en contractuele fase. Het is allereerst de vraag waarom het risico van gewijzigd bouwvergunningbeleid van de gemeente uitsluitend voor rekening van de verkoper gebracht zou moeten worden, zoals het hof gedaan heeft (de rechtbank oordeelde anders). Het vereiste van een schone grond-verklaring ex art. 8 Woningwet, bouwverordening, kwam pas af enkele weken na de contractssluiting, maar ook al wist de verkoper daar niet van, het hing toch in de lucht en via zijn makelaar wordt die kennis hem toegerekend, oordeelt het hof. Hoe verheugend die normatieve toerekening via de makelaar op zich ook is - het is wel andere koek dan de sluwe makelaar in de *Crombag-Spaai*-zaak die over het bestaan van een bestemmingsplan 'bij mijn weten niet' riep en daarmee wegkwam⁵⁸ - deze benadering staat toch haaks op de regels met betrekking tot dwaling, het onderwerp van het volgende hoofdstuk (Hfdst. 5). Wanneer een koper van zijn voornemen ten aanzien het gebruik van de te kopen zaak mededeling doet aan de verkoper, wil dat toch nog niet zeggen dat *eo ipso* het risico voor de uitvoerbaarheid daarvan op de verkoper gelegd wordt? Dat zou al te mooi zijn. Indien ik bijvoorbeeld een 4 Wheel drive koop van een dame die hem gebruikte om de kindjes uit school te halen en daarbij aankondig dat ik daarmee een Camel-achtige safari in een onduidelijk land ga doen, kan ik toch niet de koop terugdraaien wanneer het vehikel niet geschikt voor dat doel blijkt te zijn? Ander voorbeeld, meer in de sfeer van het drama in Beesd: stel dat ik een landhuis met een stuk grond koop en verkondig dat ik mijn hobby ga uitoefenen om een coniferentuin, wat zeg ik: park, aan te leggen. De verkoper hoort dat belangstellend aan; later blijkt de kleigrond volkomen ongeschikt voor coniferen te zijn, die gedijen alleen op zandgrond (dit is overigens Grimberg ooit overkomen, de stichter van een arboretum bij Utrecht dat nu de universiteit toebehoort). Mag ik dan terugvallen op de verkoper en schadevergoeding vragen of de koop vernietigen wegens dwaling? Dat is niet erg aannemelijk. Ligt dat nu anders wanneer ik aankondig dat ik een vervallen schuur ga vervangen door nieuwbouw om mijn hobby met vee uit te leven? Dat wil er bij mij ook niet in. Indien men in de figuur van toekomstverwachtingen gelooft, komt daar nog bij dat het nieuwe bouwvereiste op het moment van het aangaan van de overeenkomst in de toekomst lag. Maar ook wanneer dat anders lag, komt die kwestie naar mijn mening voor rekening van de koper, in wiens risikosfeer plannen en hobbies liggen, als nieuwe eigenaar van de gekochte zaak. Dat alles heeft dus niets te maken met al of niet normaal gebruik van een zaak (het verbouwen of herbouwen van een schuur lijkt overigens vrij normaal bij

58. *NJ* 1986, 747, nt G.; zie onder, Hfdst. 5, §1, nr 4. De makelaar had koper bij de bezichtiging onder druk gezet om nog dat weekend te beslissen vanwege kapers die op de kust zouden zijn, met als gevolg dat door de koper geen navraag bij de gemeente gedaan werd door koper, waarbij het bestemmingsplan aan het licht gekomen zou zijn. De makelaar had bovendien verzwegen dat hij zelf belang had in het verkochte pand.

§3. GARANTIEBEDINGEN

bewoning van een boerderij), maar het is een kwestie van risikoverdeling, niets meer of minder, en een koper is geen beschermde diersoort.⁵⁹

Het zal duidelijk geworden zijn dat het *woonboerderij*-arrest naar mijn mening een standaard-arrest is in de zin van gemiste kansen, en dat de hoge raad nagelaten heeft zijn taak ten aanzien van rechtseenheid en rechtsvorming ter harte te nemen. Dat is nooit prettig, maar hier betekent het dat de betekenis van bepalingen in een algemeen gehanteerde koopakte onduidelijk gebleven is, althans tot uiteenlopende rechtspraak aanleiding zal blijven geven. Hier volgt nog een uitwerking van die materie.⁶⁰

Aanpassing van de NVM-koopakte gewenst?

In zijn lezenswaardig artikel in het *WPNR* van augustus 2000 dat al aangehaald werd, gaat Vlaanderen uitvoerig in op het karakter van de clause uit de NVM-koopakte die hierboven aan de orde kwam. De auteur is hoofd juridische dienst van NVM en nauw betrokken geweest bij de opstelling van de model-koopakte, nouri dans le sérail, derhalve. Hij toont aan dat er een tweedeling is tussen de verborgen gebreken-regeling van art. 5.1 enerzijds, en het op art. 7:17 BW geïnspireerde art. 5.3, en neemt met verwijzing naar de onderhand vaste rechtspraak van de hoven te Den Haag, Arnhem en Amsterdam een standpunt in dat lijkt overeen te komen met het eerder door mij betoogde. Art. 5.1 komt een zelfstandige functie toe naast art. 5.3, een beroep op 5.1 wordt met name niet door die laatste bepaling geblokkeerd. Dan bespreekt hij 5.4, de onbekendheidsverklaring, dat naar zijn mening twee functies heeft: vaststelling van de status-quo, en een signaal-functie: beide partijen worden geattendeerd op hun verplichtingen, respectievelijk mededeling te doen van bekende gebreken en onderzoek te doen naar mogelijke gebreken. Dat zijn zinnige opmerkingen, maar het valt op dat Vlaanderen hierbij niet terugkoppelt naar art. 5.1, waar toch het onderscheid zichtbare / onzichtbare gebreken gemaakt wordt, en met name de onzichtbare ('verborgen') gebreken voor rekening van de koper gebracht worden. Dat de zichtbare gebreken voor zijn rekening komen spreekt van zelf: Augen auf, Kauf ist Kauf!; ook in het stelsel van art. 7:17 en clause 5.3 worden 'kenbare' gebreken ten aanzien van normaal gebruik voor rekening van de koper gelaten.

Dat manco wreekt zich wanneer Vlaanderen over het woonboerderij-arrest komt te spreken; niet alleen dat hij de uitspraak van de hoge raad als zoete koek slikt, hij doet er nog een schepje bovenop. Hij stelt namelijk met betrekking tot de overweging van de hoge raad dat niet kan worden gezegd dat 5.4 geen andere uitleg toelaat dan de garantie van 5.3 niet zou gelden in geval van aan de verkoper niet bekende bodemverontreiniging (zoals in cassatie betoogd), dat 'deze overweging in de lijn van de opzet van de modelovereenkomst ligt' (p.519), waarop hij de cassatie-advokaat van Christiaanse gaat uitleggen waarom zijn middel geen kans van slagen had. Daarbij komt de aap uit de mouw: art. 5.4 is slechts 'een neutrale verklaring' die 'ingekleurd kan worden als rechtvaardiging om nader onderzoek achterwege te laten, of als aansporing om nader onderzoek te verrichten'. De indruk dat 5.4 een beperking is op 5.3 heeft volgens schr. vermoedelijk te maken met het feit dat in het model voorgedrukt staat dat aan verkoper niet bekend is of er sprake is van verontreiniging (waarop een voorstel volgt om in de toekomst de keus: 'niet bekend / bekend (doorhalen wat niet van toepassing is)' op te nemen, en om digitaal te gaan. Maar wat nu in het geval de verkoper daadwerkelijk niet bekend was met de verontreiniging - zoals in casu - en dat zo wil houden en geen aansprakelijkheid daarover wil aanvaarden tegenover de koper? Dat is toch niet verboden? In de passage die volgt valt op dat Vlaanderen zich aansluit bij de visie van Klik dat de onbekendheidsverklaring

59. Het hier ingenomen standpunt is ook dat van het Hof 's-Hertogenbosch, te kennen uit HR 11 febr. 2000, *NJ* 275.

60. De hier volgende passage verscheen eerder in het *WPNR* van nov. 2000, met naschrift van Vlaanderen.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

een vage, nietszeggende verklaring is (aldus zoals wij zagen ook Castermans en a-g Hartkamp).

Er zit een knik in het artikel van Vlaanderen: bij zijn weginterpretieren van de onbekendheidsverklaring van art. 5.4 valt ineens art. 5.1 onder tafel, dat kort tevoren nog zo'n pregnante rol in zijn verhaal speelde, ondersteund door tamelijk vaste rechtspraak van hoven. Hij gaat daarbij in het geheel niet in op hetgeen door mij in mijn AA-noot daarover gesteld werd (zie ook hierboven); dat is eveneens het geval met de andere, door mij genoemde argumenten, kort weergegeven: art. 7:17 lid 2 is geen dwingend recht in geval van koop van onroerend goed (schr. geeft al aan dat daarvan afgeweken wordt met art. 5.1, waarom kan dat dan niet eveneens door art. 5.3, jo. 5.4?); de garantie van 5.3 vraagt als elke garantie om uitleg, hetgeen Vlaanderen onderschrijft, maar in casu niet toepast; garantie van 'normaal gebruik' ex art. 7:17 lid 2 is immers ook een kwestie van uitleg, aldus de hoge raad in Bassesthond-arrest van 1998; volgens algemene regels van contractenrecht is het niet aannemelijk dat risico verbonden aan (ver)bouw van een hobby-schuur voor rekening van verkoper komt, ook al was hij van dat voornemen op de hoogte.

Het wordt nog wonderlijker wanneer men de conclusie van het artikel leest, waarin 'de knik' weer enigszins ongedaan gemaakt wordt, in aansluiting op het eerste deel van het betoog, alsof de passage over de woonboerderij-zaak slechts een intermezzo was. Men oordele zelf. Na gesteld te hebben dat bij een bekendheidsverklaring het risico van kenbare gebreken zonder meer bij de koper gelegd wordt (bijzondere omstandigheden daargelaten), vervolgt Vlaanderen:

'Ik zie niet in waarom dit bij een onbekendheidsverklaring anders zou zijn. Als de verkoper verklaart dat hem niet bekend is dat de verkochte zaak enige verontreiniging bevat en er worden dienaangaande geen specifieke afspraken gemaakt, dan geldt in beginsel de tussen partijen overeengekomen algemene risikoverdeling. In de 'NVM-koopakte' is deze verdeling vastgelegd in de artikelen 5.1 en 5.3. De hoofdregel is vastgelegd in artikel 5.1 en houdt in dat het risico voor (verborgen) gebreken bij de koper berust. Artikel 5.3 perkt deze hoofdregel drastisch in voor een bepaalde categorie gebreken. Als gevolg daarvan dient de onroerende zaak bij de eigendomsoverdracht de feitelijke eigenschappen te bezitten die voor een normaal gebruik nodig zijn, tenzij de gebreken kenbaar zijn. Deze op artikel 7:17 BW toegesneden inperking geeft niets meer - wel minder! - dan hetgeen reeds uit de wettelijke regeling volgt' (p.519).

Het probleem blijft echter, dat art. 5.4 in zijn relatie tot 5.1 en 5.3, in dit plaatje niet voorkomt. De verklaring lijkt mij te zijn, dat art. 5.1, als neerslag van de oude verborgen gebreken-regeling, niet door Vlaanderen naar waarde geschat wordt ('niet begrepen' klinkt zo hard), zoals bij zovele auteurs (en de cassatie-advokaat in casu) het geval is. Een aanwijzing daarvoor is hetgeen in noot 5 door schr. opgemerkt wordt: men was bij het NVM aanvankelijk van plan om art. 5.1 bij invoering NBW te schrappen, pas later is besloten om het te handhaven. De twijfel lijkt gerechtvaardigd of men bij het NVM wel precies weet wat gehandhaafd werd. Belangrijker is echter dat men in NVM-kringen dient na te gaan hoe men een verkoper terwille kan zijn die om oorbare redenen, en volkomen te goeder trouw, niets van doen willen hebben met bepaalde risico's bij verkoop van onroerend goed, ik gaf dat hierboven al aan. Archetype: men krijgt onroerend goed in een nalatenschap toebedeeld, of het zit in de boedel bij een bedrijfsovername. In een vrije markt moeten dergelijke risico's toch uit te sluiten zijn, hetgeen uiteraard voor de wederpartij kenbaar moet zijn, en in de koopprijs mag doorwerken. Ik verwijs verder naar de argumentatie die hierboven gegeven werd (evenals in mijn AA-noot).⁶¹

61. Vlaanderen benadrukt dat het ijkpunt voor aan het licht komende gebreken *het moment van de eigendomsoverdracht* is, gezien de tekst van art. 5.3; in het normale geval zijn akties uit dwaling of garantie gericht op het *moment van totstandkoming van de overeenkomst*, als verbintenisrechtelijke akties. Het valt op dat V. in dat verband een uitspraak van Pres. Rb. Utrecht aanhaalt waarin het (onzichtbare) gebrek dat verbonden wordt met het moment van totstandkoming van de overeenkomst (obligatore kant), vgl. nt 16. Dat is in overeenstemming

§3. GARANTIEBEDINGEN

Een intrigerend punt is bij dit alles het gebruik van de term ‘kenbaar’: dat is niet synoniem met ‘zichtbaar’, immers een kenbare omstandigheid of eigenschap van een zaak is iets dat na onderzoek aan het licht kan komen, bij enige inspanning. Bodemvervuiling is een goed voorbeeld hiervan: het is doorgaans niet zichtbaar (indien het anders is, is het wel heel erg daarmee gesteld, maar het komt voor, zoals in de Benckiser-zaak) maar er moet een bureau ingehuurd worden dat bodemmonsters gaat nemen en laten onderzoeken. Kenbaar dus, maar niet bekend. Het geeft te denken dat in de lagere rechtspraak steevast een onderzoekplicht op de koper gelegd wordt ten aanzien van bodemverontreiniging, terwijl de hoge raad in enkele olietank-arresten eenzelfde standpunt ingenomen heeft (zie boven). In art. 5.3 wordt nota bene gesteld dat de garantie voor normaal gebruik van de zaak niet opgaat voor gebreken die dat gebruik belemmeren en kenbaar zijn voor de koper op het moment van totstandkoming van de koopovereenkomst. Ook in deze optiek is duidelijk bij wie het risico voor ondergrondse verrassingen ligt: de koper (aangenomen dat de verkoper te goeder trouw is).

Ik kom tot een afronding. Intussen is wel duidelijk, in het kader van: ‘eind niet goed, al niet goed’, dat de NVM-clausule bij zoveel misverstand en verschil van mening over de inhoud ervan, een klein dozijn gepubliceerde rechterlijke uitspraken in verschillende instanties, hard aan herziening toe is. Ik hoop dat een discussie als deze daartoe kan bijdragen; het ontlopen van het debat draagt in ieder geval niet tot vermeerdering van inzicht bij.

C. VERZEKERINGSASPEKTEN BIJ GARANTIES

9. *De opkomst van de verzekering bij garanties in de doctrine en de praktijk*

Het zal duidelijk zijn dat het verlenen van garanties door een contractspartij inhoudt dat zij bij voorbaat risico's voor haar rekening neemt. Een goed ondernemer pleegt zich tegen risico's te wapenen, doorgaans door middel van verzekering. Hierboven stuiten wij eveneens op het fenomeen verzekering bij de bespreking van de exoneratie, waar het afwentelen van een risico op de andere partij in het geding was, het spiegelbeeld van de onderhavige figuur.

Slechts enkele kanttekeningen over de verzekeringsaspecten. In zijn noot onder *warme-drinkautomaten* en *wasautomaten* in AA van 1971 stelde Köster deze kwestie aan de orde.⁶² Hij gaf daarbij een zeer instructief voorbeeld uit de veehandel (de verse koe blijft ons achtervolgen). Voor de oorlog is al een gebruik ontstaan in de veehandel om vee te verzekeren tegen schade voorkomend uit bij de slachting gebleken gebreken (vgl. de door Köster geciteerde rechtspraak). In 1942 is door het toenmalig Bedrijfschap voor Vee en Vlees in verband met de vleesdistributie een verplichting tot verzekering van slachtdieren ingesteld, die na opheffing van de distributie is gehandhaafd. Op die

met de tweede alinea van art. 5.3, waar gesproken wordt van voor de koper kenbare gebreken die normaal gebruik belemmeren (door schr. geciteerd in nt 2). Een merkwaardig punt is dat Vlaanderen belang hecht aan het *moment* waarop het gebrek aanwezig is, in zijn visie het moment van eigendomsoverdracht. Men kan echter ook het standpunt innemen dat dit moment betrekking heeft op totstandkoming van de overeenkomst, ingevolge de tweede alinea van 5.3, waar de risicoverdeling geregeld is ten aanzien van voor koper kenbare gebreken. Het lijkt een detail, maar is in de woonboerderij-zaak cruciaal: de nieuwe eisen voor de bouwvergunning werden immers tussen de momenten van contractssluiting en eigendomsoverdracht door de gemeente afgekondigd. Overigens een kwestie die niet aan de orde is gekomen in de procedure. Dit alles pleit intussen niet voor de hanteerbaarheid van de NVM-clausule.

62. T.a.p., (nt 189), p. 459.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

wijze is de angel uit de risikoverdeling tussen partijen gehaald; het is niet langer onredelijk om een der partijen met een bepaald risico te belasten, als vaststaat dat zij zich tegen dat risico voor een luttel bedrag kan verzekeren.

Naar aanleiding van een garantie voor dakpannen die tot een procedure geleid had voor het Hof Den Haag, stelt Van der Grinten dat het hier erom gaat, welke partijen in economisch opzicht de meest gerede is om het risico te verzekeren.⁶³ Men kan stellen, dat in ondernemerskringen heel wel beseft wordt dat indien men een garantie voor een produkt geeft, men dat risico in de verzekering ondergebracht moet hebben in de vorm van een garantieverzekering. Het dekken van de aansprakelijkheid uit wanprestatie (de zgn. transaktieschade) is namelijk een problematische zaak op het gebied van de bedrijfs-aansprakelijkheidsverzekering, die traditioneel slechts op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad gericht is. De beruchte 'opzichtsclausule' speelt hier doorheen; hierbij wordt schade uitgesloten ten aanzien van zaken die de verzekerde onder zich heeft, hetgeen ook het geval kan zijn ten vervoer, in gebruik, bewerking, behandeling of herstelling. Een verzekeraar probeert in beginsel niet-incidentele, onoverzichtelijke schaden buiten te sluiten, alsook vermogensschade. Er is de laatste jaren echter een duidelijke kentering te constateren, en in toenemende mate worden personen- en zaaksschade als gevolg van contractuele aansprakelijkheid gedekt in een bedrijfs-WA-polis.⁶⁴ Deze materie zal nog uitvoeriger in Hoofdstuk 6 aan de orde komen, op deze plaats wordt met deze schets volstaan.

Een interessante ontwikkeling die te signaleren valt, is dat in sommige branches, met name in de bouw, een garantie inclusief verzekering aangeboden wordt, veelal voor een termijn van 10 jaar. Dit gebeurt bijvoorbeeld in de dakbedekkingsindustrie, geïnspireerd door de praktijk in België (waar men het strenge franse stelsel inzake garanties heeft). Eenzelfde ontwikkeling ziet men bij (verwarmde) vloeren. Op een dergelijke wijze voorkomt men geschillen, die ten aanzien van die werkzaamheden veelvuldig voorkomen. Er komen steeds nieuwe produkten en verwerkingstechnieken op de markt, met onbekende risico's, die ook een vakkundig aannemer niet langer zonder dekking voor zijn rekening zou willen nemen. De geringe prijsverhoging die hiervan het gevolg is, lijkt een goede investering te zijn.⁶⁵

63. *BR* 1982, p. 395. Vgl. voor deze problematiek ook het boven betoogde, § 2, nr 4.

64. Vgl. Rijken, diss. p. 50 v. en de literatuur waarnaar in nt 40 verwezen is.

65. Garanties zijn in de bouw van groot belang, met name indien onduidelijkheid over aansprakelijkheden bestaat. In het engelse bouwrecht is in de afgelopen jaren de vlucht in garanties spectaculair te noemen, vgl. D.L. Crones, *Collateral Warranties. A Practical Guide for the Construction Industry*, Oxford/London, 1990. Vgl. voor de wegenbouw in ons land de al eerder genoemde Standaard RAW Bepalingen, Editie 1995, par. 01.15, met een interessante vorm van bemiddeling en bewijsregeling bij garanties.

§3. GARANTIEBEDINGEN

D. ZEKERHEIDSGARANTIES

10. *Rechtskarakter van zekerheidsgaranties. Bankgaranties en afroepgaranties*

Zoals aangekondigd, nog een enkel woord over de andere garantievorm, de zekerheidsgaranties. Hierbij wordt geen kwaliteit gegarandeerd, doch ingestaan voor het intreden van een bepaalde gebeurtenis of prestatie (doorgaans van een derde) op een bepaald tijdstip. De grote vraag is hier, of wij te maken hebben met een zgn. voortbouwende rechtshandeling of niet. Wat is de invloed van de onderliggende rechtsverhouding, dat wil zeggen haar nietigheid of vernietigbaarheid, op de zekerheidsgarantie? Om het anders te stellen, tegen welke rechtsfiguur leunt deze garantie aan, tegen de *borgtocht* of tegen de *verzekering*? In het eerste geval is sprake van een nauwe band tussen de verbintenis uit borgtocht en de verbintenis waarvoor men zich borg gesteld heeft (het bestaan daarvan, de verweermiddelen die overgenomen mogen worden, etc.). Ik verwijs daarvoor naar de literatuur.⁶⁶

In het tweede geval aanvaardt men een abstract karakter van de garantie, zij staat op zich zelf en bouwt met name niet voort op de onderliggende rechtshandeling. Dit betekent, dat bijvoorbeeld bij nietigheid van de laatste, de garantie in stand blijft en ingeroepen kan worden. In de (internationale) bouwwereld doet dit probleem zich met name bij de zgn. afroepgaranties voor. Stel, een bank in Nieuwegein heeft zich garant gesteld voor de goede uitvoering van het werk door de nederlandse aannemer in Opper-Volta. De regering van dat land neemt een maatregel waardoor het aannemingscontract op vordering van een inheemse partij of een overheidsorgaan nietig verklaard wordt. De bank, daartoe aangesproken, moet zijn verplichting ingevolge de afroepgarantie voldoen, dat wil zeggen 'op afroep' betalen. Indien men de abstracte leer aanhangt, helpt daar geen lieve-moederen aan, bijvoorbeeld het voeren van het verweer dat het bouwcontract niet nietig is, het doorgestoken kaart was, etc. In veel landen neemt de rechter of arbiter niet langer aan dat hier van een abstracte rechtshandeling sprake is.⁶⁷ Deze materie is overigens na de Iran-affaire sterk in de belangstelling gekomen; tevoren leidden de zgn. 'security bonds' een vrij slapend, academisch bestaan. Met de confiscatie van buitenlandse ondernemingen door de Ayatollah werden op grote schaal in het westen de bonds te gelde gemaakt, tot verbijstering van vele door de wol geverfde juristen.

In een vrij recent arrest van de hoge raad is de problematiek van de afroepgaranties aan de orde gesteld.⁶⁸ Voor een goed begrip van die uitspraak, die voor de praktijk van groot belang is aangezien veel van bankgaranties gebruik gemaakt wordt, niet alleen in de bouw, zal eerst nader ingegaan worden op de kenmerken van dat type garanties.

66. Asser-Rutten II, p. 282 v.; F.H.J. Mijnsen en J.M. Boll, *De bankgarantie, Preadv. Ver. Handelsrecht 1984*, pp. 13 v.; 86 v., 100 v.; H.C.J. Cavadino, *BR 1985*, p. 717 v.; H.J. Pabbruwe, *Bankgarantie, Serie Bank- en Effectenrecht*, 1995.

67. Vgl. J.J. Goudsmit, *BR 1984*, pp. 13, 19 v. Ook het spiegelbeeld-geval kan zich voordoen, nl. dat de overeenkomst nietig is of een schijnhandeling betreft, en de bank de dupe is.

68. HR 6 juni 1995, *NJ 639*, nt PvS, *Gesnoteg - Mees Pierson*.

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

Er bestaat veel onduidelijkheid over bankgaranties in het algemeen, en afroep-garanties in het bijzonder. Vaak wordt aangenomen dat een bankgarantie 'op eerste verzoek' ('on first demand') een *afroep*-garantie is. Dat kan het geval zijn, maar dat hoeft niet; dat hangt namelijk van de inhoud van de garantie af, welke eisen daarin gesteld worden voor het rechtsgeldig kunnen invoeren van de garantie. Ik geef hier een korte schets van de meest gangbare typen bankgaranties:⁶⁹

A. *Afroep-garantie*

Betaling door de bank op eerste verzoek, gebaseerd op de mededeling dat er een vordering is; de bank betaalt uit hoofde van een zelfstandige verbintenis (als een eigen schuld) en hoeft niet na te gaan of de mededeling op waarheid berust.

B. *Garantie tegen overlegging van documenten in geval van (dreigend) beslag ('Rotterdam model')*

Betaling door de bank volgt na overlegging van stukken waaruit het bestaan van de vordering blijkt: dit gebeurt ter afwering of opheffing van beslag. Deze documenten kunnen zijn:

B.1:

bepaalde documenten, opgesteld door onafhankelijke deskundigen, waaruit de wanprestatie/grondslag van de vordering (globaal) blijkt;

B.2:

dokumenten in de vorm van een (arbitraal) vonnis, dading, erkenning door debiteur.

C. *Garantie tegen overlegging van documenten buiten het geval van (dreigend) beslag*

Dit is een variant op figuur B, een tevoren overeengekomen garantie zonder dat er van een geschil of dreigend beslag sprake is.

D. *Overige varianten*

Hier volgen enkele voorbeelden uit de bouwwereld. De garantie neergelegd voor de bouw in art.43a lid 4 UAV: betaling op afroep, mits na kennisgeving vooraf aan aannemer, tenzij deze

69. Zie voor dit onderwerp de meestal internationale literatuur: Vgl. voor garanties in internationale contracten J. Steyn, *Guarantees: the co-extensiveness principle*, 90 *Law Quarterly Review*, p. 246 (1974); B. van Marwijk Kooy, *Contract Guarantees*, *NJB* 1978, p. 991; International Chamber of Commerce, *Rules for Contract Guarantees*, 1978 (1985).215.; *ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*, 1992 (waarover R. Goode, *Guide to, etc.*, 1992); R.I.V.F. Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade* (diss.), Deventer 1990; D.M. Andrews and R. Millett, *Law of Guarantees*, London, 2e dr. 1995. Vgl. ook Bertrams, *NTBR* 1996, p. 27 v. (met wiens visie Pabbruwe het overigens oneens is, zie nog onder). Zie voor de figuur van *standby letter of credit* (en het UNCITRAL-verdrag (1995) over deze materie): Bertrams, *WPNR* 6234 (1996), p. 590. Dit is een garantie uit de Amerikaanse praktijk, die echter geen 'garantie' genoemd mag worden omdat Amerikaanse banken volgens de wet geen garanties mogen afgeven. Dit ligt dus gevoelig.

§3. GARANTIEBEDINGEN

binnen 10 dagen een spoedgeschil aanhangig maakt bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw-bedrijven; in dat geval vindt betaling eerst plaats na veroordelend vonnis van RvA.

Er bestaat ook de figuur van garantie tegen contra-garantie, die voor de nodige complicaties kan zorgen ('performance guarantee with prompt collection against counterbond guarantee'). Verder komen in de praktijk oplopende, c.q. aflopende bankgaranties voor, waarbij het bedrag van de garantie daalt/stijgt naar mate de bouw vordert.

Men ziet dat figuur A, de echte afroep-garantie, het meest abstrakt is. Als gevolg van het abstracte karakter van een bankgarantie, en vanwege de grote risico's die in het spel zijn, wordt het vereiste van 'strikte conformiteit' gesteld (evenals overigens bij dokumentair krediet het geval is); dat betekent dat de bank de voorwaarden van de garantie naar de letter mag nemen en daarnaar moet handelen. Dat gebeurt ter bescherming van de opdrachtgever (die uiteindelijk betaalt), maar ook van de bank zelf. De rechtszekerheid is dus in het spel, en dan is het wachten op de botsing met de billijkheid, weten wij sinds de Romeinen. Dat deed zich voor in de volgende casus die leidde tot het arrest van 1995.

De bank Pierson had in opdracht van Interflow een bankgarantie gesteld ten behoeve van Gesnoteg. De raadsman van de laatste roept de garantie af onder toezending van een vonnis; de bank weigert tot betaling over te gaan en deelt mee dat conservatoor beslag gelegd is door Interflow. Bovendien had Gesnoteg volgens de tekst van de bankgarantie het vonnis aan Pierson moeten *betekenen* (bij deurwaardersexploot) zodat strikt genomen niet aan de garantievoorzwaarden was voldaan. De bank had echter van dat verzuim geen melding gemaakt, en wanneer de advocaat van Gesnoteg zelf ontdekt dat hij had moeten betekenen is het te laat: de garantietermijn is inmiddels verstreken. Het Hof Amsterdam honoreert Piersons beroep op strikte conformiteit; Gesnoteg acht dat beroep van de bank op de voorwaarden van de garantie echter in strijd met de goede trouw en gaat in cassatie. De hoge raad overweegt aldus:

'3.4. De onderdelen 3-6 van het middel richten zich tegen de verwerping door het hof van de stelling dat de Bank, door zich op het ontbreken van betekening te beroepen, in strijd met redelijkheid en billijkheid handelt.

Bij de beoordeling van deze onderdelen moet worden vooropgesteld dat het hof kenmerkend en terecht tot uitgangspunt heeft genomen dat, gelet op het karakter van een bankgarantie als de onderhavige en de functie die dergelijke garanties in het handelsverkeer vervullen en gelet op de positie van de bank die zowel de belangen van degene die de opdracht gaf tot het stellen van de garantie, als van degene te wiens gunste de garantie is gesteld, in het oog moet houden, een strikte toepassing door de bank van de in de garantie gesteld voorwaarden geboden is. Daarbij is mede van belang dat het hof de tekst van de garantie in zijn rov. 4.8 "duidelijk" heeft geacht, hetgeen een feitelijk en niet onbegrijpelijk oordeel oplevert. In het licht hiervan falen de onderdelen 3m 4 en 5, eerste alinea, die er alle op neerkomen dat het hof, anders dan dit uitgangspunt meebrengt, nader had moeten onderzoeken of een beroep op het niet vervuld zijn van het vereiste van betekening naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar moet worden geacht in verband met aard en omvang van het concrete belang van de Bank bij het inroepen van dit vereiste in samenhang met het concrete belang van degene in wiens opdracht de garantie is gesteld bij het inroepen van dit vereiste door de Bank.

3.5. de klachten, vervat in de laatste alinea van onderdeel 5 en in onderdeel 6 treffen evenwel doel. Tegenover de blijkens het voorgaande geboden strikte toepassing door de bank van de voorwaarden van de garantie, zoals deze in de garantie zijn geformuleerd, moet worden aangenomen dat de bank, indien de garantie wordt ingeroepen op een wijze die niet aan deze strikte toepassing beantwoordt, daarvan onverwijld aan degene die de garantie inroept, mededeling dient te doen en daarbij dient aan te geven op welke punten niet aan de

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

voorwaarden is voldaan. In het bijzonder wanneer herstel nog mogelijk is, mag de bank daarmee niet dralen tot de ter zake van die garantie overeengekomen termijn is verstreken.

Gevolg van het tekortschieten in de nakoming van deze mededelingsplicht kan zijn dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aanvaardbaar is dat de bank zich op het niet vervuld zijn van de betreffende voorwaarde beroept. De omstandigheid dat de garantie is ingeroepen door de rechtsgeleerde raadsman van degene te wiens gunste zij was gesteld, sluit dit niet uit. Denkbaar is evenwel ook dat een tekortschieten in de nakoming van voormelde mededelingsplicht in de gegeven omstandigheden - waaronder de aard van het gebrek en de gevolgen van niet-mededeling daarvan - onvoldoende is om de bank een beroep op het niet vervuld zijn van de voorwaarde te ontnemen, doch de bank hoogstens verplicht om de door dit tekortschieten veroorzaakte schade, geheel of krachtens art. 6:101 BW ten dele, te vergoeden.

Het voorgaande brengt mee dat 's hofs rov. 4.9, waarin het hof heeft geoordeeld dat een mededelingsplicht bestond, uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting. Na verwijzing zal een beroep van Gesnoteg op het ontbreken van een mededeling als voormeld opnieuw aan de hand van de omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld'.

Men ziet dat de hoge raad het beginsel van strikte conformiteit in achtneemt en niet onderworpen acht aan de werking van de redelijkheid en billijkheid (anders dan in het buitenland wel gebeurt). Niettemin vloeit daar geen bloed uit, doordat de mededelingsplicht serieus genomen wordt (deze is in het buitenland hoog aangeschreven, evenals in ons land het geval is).⁷⁰

De hoge raad heeft met het arrest van 26 maart 2004 een stap verder gezet, onder omstandigheden kan toch een uitzondering op het beginsel van strikte conformiteit gemaakt worden.⁷¹ Bij de bouw van een schip door de werf Cornelissen heeft deze bij de bank een *performance bond* gesteld waarbij de opdrachtgever Anthea als begunstigde gegarandeerd wordt dat de werf zijn verplichtingen uit het contract zou nakomen, tegen de onmiddellijke betaling van een bedrag van USD 830.000 indien dat niet het geval is. Voor de vaststelling of van wanprestatie sprake is wordt in het document voorgeschreven de 'binding opinion' van Marspec (onderdeel van Lloyd's Register of Ships, in Londen). Het beginsel van strikte conformiteit wordt door de hoge raad gehandhaafd ten aanzien van de in de performance bond aangewezen deskundige, Marspec. Daarvoor mag niet met een beroep op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid een vergelijkbaar deskundige instelling in de plaats gesteld worden, zoals het hof terecht overwogen had. Maar dan komt de kritiek van de cassatierechter, na een korte aanloop, waardoor het arrest niet in stand kan blijven:

70. Zie de concl. a-g Strikwerda, de noot van Van Schilfgaarde en Bertrams, 1996, p. 28. De duitse rechter heeft de omvang van die schadeplichtigheid gelijk gesteld met het garantiebedrag. Zie ook Pabbruwe, *WPNR* 6242 (1996), p. 772, die met Bertrams in discussie treedt. Vgl. ook nog L. Hardenberg, *WPNR* 6205 (1995).

Zie voor dit onderwerp ook, uitvoerig: Andrews and Millett, t.a.p., pp. 401 v. (bank garanties); 443 v. (performance bonds).

Overigens vindt Bertrams dat er in casu geen sprake was van een afroep-garantie, aangezien documenten overgelegd moesten worden ter bewijs van wanprestatie, p.28. In andere zin Pabbruwe, die meent dat bewijs geen rol speelt (aangezien de bank 'in beginsel niet in die wanprestatie geïnteresseerd is') en het gewoon een afroep-garantie betreft, p. 772.

71. HR 26 mrt 2004, *NJ* 309, nt PvS, *Anthea Yachting Co. – ABN AMRO*.

§3. GARANTIEBEDINGEN

3.4.3. Het hof heeft evenmin miskend dat op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een uitzondering op het beginsel van strikte conformiteit niet uitgesloten is. Het heeft immers geoordeeld dat in het onderhavige geval door Anthea onvoldoende is gesteld om de weigering van de bank wegens afwijking van de daarin gestelde voorwaarden tot uitbetaling onder de performance bond over te gaan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te doen zijn.

3.4.4. Met dit oordeel heeft het hof echter, in het licht van de in het onderdeel vermelde stellingen van Anthea, van de juistheid waarvan in cassatie - deels veronderstellenderwijs - moet worden uitgegaan, hetzij blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd. Die stellingen hielden, kort samengevat, in dat Marspec wel degelijk alsnog bereid was gebleken de inspectie van het schip te verrichten, maar dat Cornelissen de daarvoor door Marspec verlangde toestemming welbewust en in strijd met haar contractuele verplichtingen heeft geweigerd in de wetenschap dat Anthea daardoor geen beroep op de in de overeenkomst en de performance bond voorziene rapportage zou kunnen doen, welke rapportage slechts de (ernstige) wanprestatie van Cornelissen aan het licht kon brengen. Anthea stelde voorts dat dit eveneens gold voor de weigering van Cornelissen om na de door Marspec - voor beide partijen onvoorzien - geopperde bezwaren in plaats van Marspec Marinco of enige andere "international yachting expert/surveyor" te aanvaarden, zulks terwijl het partijen bij de totstandkoming van de performance bond slechts ging om een bindend oordeel van een wederzijds aanvaardbare internationale deskundige en Marinco een ten opzichte van Marspec materieel gelijkwaardige expert is, en dat de bank van dit een en ander op de hoogte was. Indien het hof van oordeel was dat zelfs onder deze omstandigheden geen uitzondering op het beginsel van de strikte conformiteit als hiervóór bedoeld kan bestaan, geeft dat oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Daarbij is in aanmerking te nemen dat een uitzondering zich niet slechts kan voordoen in het geval aan de zijde van de begunstigde sprake is van bedrog of willekeur, maar eveneens in een geval als het onderhavige waarin - naar in de hiervóór bedoelde stellingen van Anthea besloten ligt - sprake is van bedrog of willekeur aan de zijde van degene in wiens opdracht de garantie is gesteld. Bij dit laatste verdient met betrekking tot het recht van de bank na betaling onder de garantie regres te nemen op haar opdrachtgever opmerking dat moet worden aangenomen dat, indien na de aanvankelijke weigering van de bank tot uitbetaling over te gaan door de rechter wordt vastgesteld dat sprake is van bedrog of willekeur aan de zijde van de opdrachtgever, de bank na betaling onder de garantie regres kan nemen op de opdrachtgever op gelijke wijze als wanneer de opdrachtgever zich niet aan dat bedrog of die willekeur zou hebben schuldig gemaakt en daardoor wel aan de eis van strikte conformiteit had kunnen zijn voldaan. Indien het hof heeft geoordeeld dat de vermelde omstandigheden niet of niet voldoende concreet door Anthea zijn gesteld of niet zijn komen vast te staan, behoeft dat oordeel nadere motivering, die evenwel ontbreekt.

Tenslotte wordt ook nog een klacht gegrond geacht met betrekking tot de weigering van het hof om de overeenkomst aan te passen wegens onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW), waarbij het hof dat enkel 'niet opportuun' geacht had, zonder verdere motivering. Die onvoorziene omstandigheden waren de weigering van Marspec om een bindend advies met betrekking tot de nakoming van het contract door de werf te geven.

Deze zaak is een goede illustratie van wat er fout kan gaan wanneer men *à tort et travers* een performance bond naar de letterlijke tekst neemt, met strikte conformiteit toepast, zoals het Hof Amsterdam gedaan had, met als gevolg dat een frauderende partij die de garantie afgegeven had de dans zou ontspringen, ten koste van de begunstigde. *Fiat justitia, pereat mundus* ('het recht wordt toegepast, al gaat de wereld ten onder'). Gelukkig is er dan een cassatierechter

4. BELANGRIJKE CLAUSULES IN OVEREENKOMSTEN

die over de materie nagedacht heeft, in het bijzonder de gevolgen voor de commerciële wereld bij grammatikale uitleg van een garantie.

Het is een boeiende materie, waarbij de kruitdampen (ook internationaal) nog niet opgetrokken zijn. Indien men zich afvraagt wat de ratio eigenlijk is voor het abstracte karakter en het conformiteitsvereiste bij afroep-garanties, dan zijn daar verschillende verklaringen voor te geven. Een cynische verklaring is dat een bank het niet te moeilijk gemaakt wil hebben en op rustige wijze haar geld wil verdienen met bankgaranties uitgeven (heel lucratief vanwege de vaak hoge rente); zij wil dus niet met gecompliceerde juridische vragen geconfronteerd worden. Een andere verklaring is dat het bankpersoneel dat met de behandeling van dergelijke zaken belast is elke scholing mist om een juridisch dispuut naar waarde te kunnen schatten, met alle gevaren vandien; in het internationale bankverkeer is dat alleen nog maar sterker het geval: een pakistaanse of libanese medewerker van een bank in Dubai die een vordering van een nederlandse partij in een bouwproject zou moeten beoordelen, ... daar moet niemand toch aan denken? Althans, dat is mij zo eens uitgelegd; indien men wel meer juridische kwaliteit van de werkzaamheden van een bank eist, kan men ervan uitgaan dat de tarieven aanmerkelijk zullen stijgen, en de vraag is wie daarbij gediend is. Het is, kortom, niet alleen een juridisch gecompliceerde en boeiende materie, maar ook uit rechtseconomisch oogpunt interessant.

Daarmee zijn wij aan het einde gekomen van deze rondgang langs de menagerie van garanties in deze paragraaf. Wij kwamen daarbij allerhande soorten tegen: de soms redelijk vage figuur van de stilzwijgende garantie en de meer flamboyante bankgarantie, die erom bekend staat op afroep voor de commercie beschikbaar zijn. De eerste figuur is eindelijk in ons land uit de schaduw getreden - het buitenland ging, zoals zo vaak, al decennia voor op dit gebied - de laatste figuur begint zijn weg naar de rechter te vinden, nu niet alles in de praktijk in der minne geregeld lijkt te kunnen worden en er nog vele vragen onbeantwoord bleken te zijn. Het zijn typisch figuren waar men in de collegebanken meestal niet van gehoord heeft (evenals de 'letter of intent', e.d.) maar die meteen op de jurist afkomen wanneer hij de praktijk instapt (dit even voor de niet-Rotterdamers). Misschien dat daarom de ontwikkeling van deze rechtsfiguren in ons land zo lang stilgestaan heeft.

Garanties zijn van groot belang voor het opheffen van beslagen. Het zogenaamde Rotterdams Garantieformulier (1992) is gericht op scheepsbeslagen; het NVB-model Beslaggarantie (1999) voldoet aan algemene eisen van de bankpraktijk. Ze werden besproken door respectievelijk: H. van der Wiel en B.B. van der Burgh, in *Advocatenblad* 2000, p. 111 (met weergave van de formulieren). Vgl. ook de reactie van A.R. Ph. Boddaert, idem p.300.

Hoofdstuk 5.

Problemen bij de totstandkoming van overeenkomsten

§ 1. Dwaling (misleiding)

A. HET LEERSTUK VAN DE DWALING IN VOGELVLUCHT. VAN 'WILSGEBREK' TOT PRECONTRACTUELE ZORGVULDIGHEID

1. *De achtergronden van het dwalingsvraagstuk. De strijdvraag: 'wil of vertrouwen?'*

De totstandkoming van overeenkomsten kan gebrekkig zijn en het resultaat kan daardoor afwijken van de voorstelling die de contractspartijen ervan bij het aangaan van de overeenkomst hadden, hetgeen ook bij één der partijen het geval kan zijn. Degeen die geneigd is de gebondenheid van partijen te herleiden tot hun wilsuitingen zal hier van 'wilsgebreken' spreken, anderen hebben aan de term 'gebreken' voldoende. In het geldende contractenrecht heeft deze figuur op verschillende plaatsen een regeling gevonden; de belangrijkste verschijningsvorm, de *dwaling* is in Boek 6 neergelegd, bij Titel 5 inzake de overeenkomsten, art. 6:228 BW. De overige gebreken in de totstandkoming vindt men in Boek 3, Titel 2, waar de rechtshandelingen een plaats kregen; daar treft men *bedreiging*, *bedrog* en *misbruik van omstandigheden* aan, art. 3:44 BW. De reden van deze spreiding over twee boeken werd bij de inleiding op dit werk al aangestipt en komt hieronder nog ter sprake. Ook ten aanzien van dit onderwerp moet men dus verschillende boeken van het wetboek tegelijk hanteren om een overzicht te krijgen, zoals wij eerder al bij de figuren aanbod en aanvaarding zagen. De belangrijkste figuur voor de praktijk is verreweg de dwaling; wij zullen in dit hoofdstuk daaraan de meeste aandacht geven. Het oude recht kende een weinigzeggende bepaling, art. 1356, afkomstig uit een dogmatische denkwereld die al geruime tijd niet meer in het tijdsbeeld paste (dwaling in de 'zelfstandigheid der zaak', en dergelijke). Art. 6:228 BW is grotendeels gebaseerd op de jurisprudentie die onder het oude BW opgebouwd werd en daarom nog steeds van groot belang is, evenals de doctrine die zich rond de rechtspraak ontwikkeld heeft. Wij beginnen de behandeling van de dwaling dan ook met een schets van die historische ontwikkeling.¹

Voor vele generaties juristen geldt de figuur van de dwaling als een moeilijk leerstuk. De verzuchting van Hugo de Groot: 'De pacto errantis satis perplexa tractatio est' (de behandeling van de overeenkomst van de dwalende is vrij

1. Dit onderdeel, nrs 1 en 2, verscheen eerder als noot onder het *slooppand-arrest*, HR 7 dec. 1979, NJ 1980, 290, nt GJS, in AA 1981, p. 134 v., en is hier wat uitgewerkt.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

verward), koos J.F. Houwing als motto voor zijn baanbrekende proefschrift uit 1888, *Dwaling bij overeenkomsten*. Een eeuw later is dat motto nog steeds welgekozen als men zich over de dwalingsmaterie buigt.

Het is om meer dan één reden een fascinerende materie. Men heeft te maken met kernvragen als die naar de grondslag voor contractuele gebondenheid, naar de rol van begrippen als wil, verklaring en vertrouwen, van beginselen als dat van de goede trouw en die van de rechtszekerheid, naar de relatie tot verwante rechtsfiguren zoals oorzaak, overmacht en dergelijke. Bovendien is het bij uitstek een terrein van rechtersrecht: er zijn niet veel onderdelen van het contractenrecht waar de rechter zozeer de dienst heeft uitgemaakt bij de rechtsontwikkeling. Nog steeds is het zo, dat de doctrine voornamelijk bestaat uit commentaar op een aantal arresten van de hoge raad. Een commentaar dat veelal niet meer is dan een schoorvoetend volgen. Al sinds de twintiger jaren laat de cassatierechter zich hier van zijn meest creatieve, soms zelfs revolutionaire kant zien, waarbij zoals wel meer, de lagere rechter voorop gegaan is. Juist omdat de meeste schrijvers het dogmatische been nog niet bijgetrokken hebben, is het zaak om bij dit onderwerp de jurisprudentie zorgvuldig te analyseren.

Wat is er namelijk aan de hand? Er zijn de laatste vijftig jaar ingrijpende veranderingen geweest in het contractenrecht, die de fundamenten van de overeenkomst raakten. De dwaling vormt een van de terreinen waar die wijziging zich op een wijze voltrok, die illustratief is voor die ontwikkeling, al kwam dat niet altijd aan de oppervlakte, of liever gezegd, heeft niet iedereen oog daarvoor gehad. Volgens de wetgever van 1838 moet dwaling de 'zelfstandigheid der zaak' betreffen, volgens de doctrine uit dezelfde eeuw is dwaling een 'wilsgebrek', maar als we de jurisprudentie van de laatste decennia bekijken - die in het Nieuw BW gecodificeerd werd - dan heeft de dwaling weinig of niets meer met die begrippen uit te staan. Het is 'mededelingsplicht' of 'onderzoeksplicht' wat de klok slaat, wel of niet relevante 'toekomstverwachting', etc. Om deze scheiding der wegen tussen de klassieke en de moderne dwaling naar waarde te kunnen schatten, en voor een goed begrip van het geldende recht, is het zaak om het spoor terug te volgen naar die splitsing.

Beginpunt van de ontwikkeling van de dwalingsfiguur tot wat zij naar geldend Nederlands recht is, is mijns inziens het proefschrift van J.F. Houwing uit 1888. Dat klinkt wat merkwaardig, om niet te zeggen muf, maar men dient te bedenken dat de hoge raad bij het leggen van de eerste steen van de *case law* inzake dwaling in 1924, in het *schoonmoederarrest* (NJ 1924, 835), de leer van Houwing aanvaardde, welke leer tot ongeveer de Tweede Wereldoorlog gehandhaafd bleef. Dan nog, kan men zeggen, is deze belangstelling rijkelijk rechtshistorisch getint, maar dat is schijn - een fenomeen dat nogal eens bedriegt. Zoals wij straks zullen zien, is de eerste ontwikkelingsfase van de dwaling juist voor de recente jurisprudentie van groot belang. Los daarvan brengt de visie van Houwing ons meteen midden in de materie.

Houwing schreef in een tijd waarin de gemoederen zeer verhit geraakt waren over de strijdvraag 'Wil of vertrouwen?' De vraag of de gebondenheid uit overeenkomst op de wilsleer dan wel op vertrouwensleer berustte, een kwestie die in heel West-Europa de geesten verdeeld hield. In zijn proefschrift, en in latere geschriften, koos Houwing de zijde van de nieuwe, vertrouwensleer, hetgeen niet alleen voor de dwaling van belang was, zoals nog zal blijken, maar

§1. DWALING (MISLEIDING)

ook voor het daarmee samenhangende leerstuk van de uitleg. Hij behoorde tot de eerste aanhangers van normatieve uitleg, dat wil zeggen uitleg opgevat als de vaststelling van de inhoud, van de rechtsgevolgen van de overeenkomst met behulp van het beginsel van de goede trouw. Overigens was Houwing later hoogleraar te Amsterdam, en leermeester van drie giganten uit het privaatrecht van de eerste helft van deze eeuw: Meijers, Paul Scholten en J.C. van Oven.

Houwing gaat er bij zijn dwalingsleer van uit, dat de gangbare opvatting van dwaling als een gemis aan wil niet aanvaardbaar is. Het beroep op gemis aan wil acht hij 'voor de psycholoog onjuist en voor de jurist gevaarlijk'. Dat laatste omdat 'wie de juridische betekenis der dwaling naar haar psychologische invloed op de wil bepaalt, de rechtswetenschap van de psychologie afhankelijk maakt. Hij laat haar aan deze een volmacht geven in blanco, welke zij zelfstandig kan invullen, en wat zij ingevuld heeft beschouwt zij als een juridisch dogma' (p. 120). Een dergelijke benadering berust op leerstellingen die door inhoud en formulering aanraking met het gewone leven, met de praktijk missen, vervolgt hij. Kenmerkend voor Houwings denken is, dat hij de inductieve methode voorstaat, dat wil zeggen van de rechtswerkelijkheid uitgaat, terwijl men in de gangbare opvatting van zijn tijd - er is helaas weinig veranderd - de deductieve methode hanteert, dat wil zeggen rechtstreeks afleidt uit het bestaande begrippensysteem. Dwaling als 'wilsgebrek' is daarvoor het beste voorbeeld, namelijk als gevolg van de aanvaarding van de wil als grondslag van de rechtshandeling, en consensus van partijen als de basis van de overeenkomst. Zijn uitgangspunt brengt Houwing tot een moderne benadering van de problematiek: hij laat zich leiden door wat de rechter in de praktijk doet, en systematiseert dat vervolgens. Welnu, de rechter interpreteert de overeenkomst. Hij vraagt zich daarbij niet af wat elk der partijen voor zich bedoeld heeft met zijn woorden, maar hoe de wederpartij ze met de haar ten dienste staande hulpmiddelen moest opvatten.

'*Boni viri arbitrio* (met het oordeel van een goede man) kortom stelde de rechter zich tegenover de overeenkomst, en trachtte, voor zoveel dit op grond der bestaande gegevens, en met inachtneming van alle bekende en begeleidende omstandigheden van het concrete geval mogelijk was, de objectieve zin te vinden, om, wat deze opleverde, tussen partijen als overeengekomen te laten gelden' (p. 124). Het begrip *bonus vir*, goede man, komt overigens overeen met de 'goede huisvader' waar de wetgever van spreekt, en staat in het Engels recht nog steeds bekend als de 'reasonable man'. Als het nu de rechter blijkt, zo vervolgt Houwing, dat partijen hun contract niet gesloten zouden hebben als het voorwerp van overeenkomst de door een van hen ten onrechte aangenomen eigenschap niet bezat 'dat zij m.a.w. de verbindende kracht van dat contract van het bestaan dezer eigenschap, als van een voorwaarde, hadden afhankelijk gesteld, dan liet hij bij het ontbreken van die eigenschap ook het rechtsgevolg achterwege blijven'. De reden was daarbij niet in de dwaling gelegen, maar in het ontbreken der voorwaarde, concludeert schr.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

2. *De ontwikkeling van de dwaling: van stilzwijgende voorwaarde tot 'schijn bedriegt'*

De constructie van J.F. Houwing werd zoals gezegd door de hoge raad aanvaard in het *schoonmoeder*-arrest van 1924: de dwaling van een partij moet omstandigheden betreffen, 'welke voor haar de eigenlijke grond voor het aangaan der verbintenis opleveren, en de wederpartij zulks weet of geacht moet worden dit te hebben begrepen, en aldus van de juistheid van deze grond het aangaan der overeenkomst afhankelijk is gesteld'. Aldus werd inhoud gegeven aan het wettelijke begrip van 'zelfstandigheid der zaak' van art. 1358 oud BW, een begrip dat Houwing, in navolging van Hugo de Groot wilde schrappen, omdat dit slechts tot scholastische onderscheidingen in de (stoffelijke) eigenschappen van een zaak voerde. De door de hoge raad gestelde regel is bekend geworden als het *kenbaarheidsvereiste*.

Het is echter van groot belang om hierbij in het oog te houden, in welke context Houwing zijn voorwaarde-constructie hanteerde, namelijk die van een normatieve uitleg van de overeenkomst. Zoals hij het in 1915 zegt: '... geen gepeuter met vermoedens en geen angstvallig zich afvragen wat partijen nu eigenlijk in werkelijkheid hebben bedoeld. Zij worden door de rechter krachtens zijn ambt eenvoudig op haar plicht gewezen'. Ik sta hierbij stil, omdat deze normatieve context later uit het oog verloren is. Eén van de bezwaren tegen zijn stilzwijgende voorwaarde was immers het fictieve karakter ervan, aangezien partijen in werkelijkheid aan zo'n voorwaarde wel niet gedacht zullen hebben. Dat bezwaar snijdt geen hout, tenzij men een andere methode van uitleg hanteert dan die van Houwing. Deze schrijver is overigens wel meer misverstaan: zijn naam is ook verbonden aan het begrip 'inspanning' van de debiteur, op het terrein van de overmacht. In de doctrine werd veronachtzaamd dat Houwing inspanning normatief duidt, en hieronder 'redelijke inspanning', gezien de omstandigheden, verstaat. De debiteur moet datgene doen, 'waartoe hij naar de opvatting van het verkeer en de redelijke zin der overeenkomst gehouden was'. Degeen die de jurisprudentie van de hoge raad op dit stuk kent, zal inzien hoe modern deze uitspraak uit 1904 is.²

Maar laten wij niet afdwalen. De hoge raad had dus de leer van Houwing overgenomen in 1924 en baseerde ook in de dertiger jaren zijn dwalingsarresten daarop. In het *taxameter-arrest* uit 1936 (*NJ* 1937, 439) brengt het college echter een belangrijke wijziging aan: de eigenlijke grond, kenbaar voor de wederpartij, blijft, maar de voorwaarde-constructie laat de raad vallen. En daarmee werd die constructie naar de coulissen verwezen, alleen in het *dekkleden-arrest* (*NJ* 1947, 85) vinden wij haar nog toegepast. Meijers vestigt in zijn noot onder het *taxameter*-geval aandacht op de wijziging die de hoge raad aanbracht. De opmerking van Meijers, in latere noten herhaald, is van vergaande strekking, en ook voor het huidige recht nog van groot belang. Men vindt hier namelijk het stelsel van het nieuwe BW in de dop. Hij begint te stellen dat niet iedere dwaling die de eigenlijke grond voor contracteren betrof en de wederpartij kenbaar was, een beroep op dwaling rechtvaardigt. Er is nog meer nodig, de wederpartij moet door een verklaring of gedraging harerzijds te kennen gegeven hebben, dat ook zij ervan uitgaat dat de veronderstelde eigenschap aanwezig is. Dat bedoelt men,

2. Voor de citaten, zie *Rechtskundige Opstellen*, 1921, p. 249, 139.

§1. DWALING (MISLEIDING)

aldus Meijers, met de voorwaarde-constructie. Zelf acht hij het juist om te zeggen dat dwaling alleen grond voor vernietiging is, ‘wanneer de eigenschap, waaromtrent gedwaald is, door de wederpartij zelf aangegeven is, of alleen daarom niet vermeld is, omdat zij als vanzelfsprekend aangenomen mocht worden’. In zijn noot onder het *doorverkochte loods-arrest* (NJ 1947, 269) stelt Meijers het iets scherper, en dan doemen de contouren van het NBW nog duidelijker op. De formulering van de hoge raad is zijns inziens te ruim, men dient echter geen stilzwijgende voorwaarde te hanteren, maar het gaat hier om ‘de omstandigheid dat de dwaling het gevolg is van een foutieve verklaring, die de wederpartij heeft gedaan of van een verzwijging van omstandigheden, die deze verplicht was mede te delen of dat de dwaling een omstandigheid betreft waaromtrent alleen hierom door de wederpartij geen verzekering is gegeven, omdat zij als vanzelfsprekend mocht beschouwd worden’. Wij zullen straks zien, in hoeverre dit standpunt, met name de laatste zinsnede, van belang is voor het *sloopand-arrest*.

Aldus trok Meijers in een tiental magistrale noten de lijn van Houwing door, en legde daarmee een basis voor de moderne dwalingsfiguur. Hij was echter niet de enige, ook Van Oven liet zich niet onbetuigd. Sterker dan Meijers benadrukte hij dat het beginsel van goede trouw de dwaling beheerst; over het *schoonmoeder-arrest* merkte hij op dat de goede trouw ‘in cognito binnengehaald werd’. In 1948 werkte De Grooth, een leerling van Meijers, diens leer uit zijn preadvies voor de Broed. Cand. Notarissen. De essentie van de dwaling wordt door hem verlegd van de gebrekkige wil van de dwalende, naar het onoorbare gedrag van diens wederpartij. De grond voor een beroep op dwaling is het gedrag van de wederpartij die een bedriegelijke schijn heeft gewekt of versterkt. De Grooth liet zich daarbij inspireren door de lagere rechtspraak, en door de figuur van *misrepresentation* in het Engelse recht, die ook Meijers tot voorbeeld gediend had. Ikzelf heb mij in 1968 bij deze stroming aangesloten, waarbij door mij de *onderzoeksplicht* en *spreekplicht* geïntroduceerd werden (hetgeen in de vergetelheid geraakt is).³ De Grooth heeft overigens veel met Van Oven gemeen, in zijn nadruk op de goede trouw; bijvoorbeeld in de uitspraak dat de grondslag van de dwalingsaktie ligt ‘in de noodzakelijkheid om de wilsverklaring haar bindend karakter te ontnemen daar, waar naar regelen van goede trouw haar handhaving, gezien de concrete omstandigheden van het geval, onrecht zou zijn’. Deze dwalingsleer is in de

3. Vgl. *De Misrepresentation Act 1966* (lees 1967): *In Engeland is het goed dwalen*, NJB 1967, pp. 974 v., 993 v. *De heroriëntatie bij dwaling*, WPNR 4978-4981 (1968). Tot deze stroming behoort m.i. ook Land, vgl. het in WPNR 4980, p. 37 nt 34 door mij opgemerkte. In Duitsland is een vergelijkbare visie ontwikkeld. Vgl. daaromtrent naast H. Brox, *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung* 1960, vooral M. Drexelius, *Irrtum und Risiko*, 1964. Vgl. verder ook D. Rothoef, *System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung*, 1968; en verder mijn bijdrage debat Broed. Cand.-Not. 1972, in: *Dialektiek R. en R.*, *Ib*, p. 68 v. Overigens werd de opvatting van Meijers en De Grooth, dat dwaling slechts rechtens relevant is, indien zij *opgewekt* werd door de wederpartij, door mij uitgebreid in die zin, dat de onjuiste voorstelling ook door de wederpartij *versterkt* mag zijn. Vgl. WPNR 4980. Zie voor de nederlandse discussie ook M.M. van Rossum, *Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed*, diss. Utrecht, 1991, p. 11 v.; M.A.B. Chao-Duivis, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst*, diss. Tilburg, Deventer, 1996, p. 85 v. Vgl. rechtsvergelijkend nog: Kötz, t.a.p., pp. 260-302.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

literatuur algemeen bestreden; niettemin is zij in wezen door de hoge raad overgenomen en in het huidige BW gecodificeerd.⁴ De weerstand lag niet alleen in de omarming van het wilsdogma door de tegenstanders, er is een stereotiep bezwaar dat Bregstein al tegen De Grooth aanvoerde⁵, en later G.J. Scholten tegen mij inbracht (nt *NJ* 1973, 37). De leer van ‘schijn bedriegt’ zou geen oplossing bieden voor de figuur van wederzijdse dwaling, die toch in ons recht erkend is.⁶ Dit argument is echter, zoals ik al eens eerder betoogd heb, een schijn-argument. De aanhangers van de omstreden leer hebben immers hun leer uitdrukkelijk niet van toepassing verklaard op wederzijdse dwaling, en daar andere oplossingen voor aangedragen. Ik kom daar later nog op terug (zie nr 7).

B. DWALING IN DE RECHTSPRAAK

3. *Het Baris - Riezenkamp tijdperk: regels van goede trouw*

Tegenwoordig is iedereen het er over eens dat in de jurisprudentie in bijna alle gevallen wanneer een beroep op dwaling gedaan wordt, dit toegewezen wordt indien sprake is van een verwijtbare gedraging van de wederpartij van de dwalende.⁷ Dat is niet alleen in de naoorlogse jurisprudentie het geval. Al in het *schoonmoeder*-arrest is er sprake van ‘in de waan brengen’ van de dwalende. In het *Baris - Riezenkamp* arrest (*NJ* 1958, 67) werd de *case law* voor het eerst gesystematiseerd, naar aanleiding van wat de schrijvers het ‘verschoonbaarheidsvereiste’ noemden.

Met *Baris - Riezenkamp*⁸ heeft de hoge raad het leerstuk van de dwaling ingrijpend gemoderniseerd; een vernieuwing die in eerste instantie bij de schrijvers op onbegrip, zelfs weerstand stuitte (met name bij Rutten, H. Drion en Van der Grinten). Uitgaande van dwaling als *wilsgebrek* konden zij weinig met dit arrest beginnen, waarin regels van de goede trouw geïntroduceerd werden voor de precontractuele rechtsverhouding tussen partijen. Eerst een kleine tien

4. Bij jonge auteurs is deze voorgeschiedenis vrijwel onbekend of wordt onjuist weergegeven, zie bijv. de genoemde dissertaties van Castermans, Van Rossum en Chao-Duivis.

5. Zie *WPNR* 4039 (1948), Verz. Werk I, p. 163 v.

6. Vgl. in deze zin ook Asser-Rutten II (1982), p. 127, en Schoordijk, *Alg. gedeelte verbint.recht NBW*, 1979, p. 494 v. Vgl. voor een reactie daarop, mijn recensie in *NJB* 1980, 1094 (*Dialektiek R. en R., 1b*, p. 166). Terwijl de HR zijn ingeslagen weg vervolgt, vgl. nog onder, heeft in de doctrine de stroming gevormd door Meijers, De Grooth en Van Oven, waarbij ik mij aangesloten heb, in de jaren zeventig weinig medestanders gevonden. Zij blijft onbesproken in de preadviezen van Drion en Cahen, Broed. Cand.-Not. 1972 (vgl. mijn bijdrage debat, en i.h.a. Van der Grinten, *WPNR* 5172). Zij wordt ten dele gevolgd door Hellema, oratie Utrecht 1972, en verworpen door Abas, diss. p. 314 v. Mijn verwerping van het vereiste van zelfstandigheid der zaak heeft overigens niets met de verwerping van de wilsleer te maken, zoals Scholten en Abas menen, vgl. noot *NJ* 1973, 37. Vgl. voor de wederzijdse dwaling Lokin, *RmTh* 1974, p. 242 v., die uitgaat van de (door mij verworpen) scheiding tussen dwaling en bedrog en daarnaast mijn *WPNR*-artikel, 4981 (1968).

7. Vgl. Rutten t.a.p.; Asser-Hartkamp II, nr 181. Voor een overzicht van de overvloedige jurisprudentie zie men: *Contractenrecht* II (Hijma), nr 1002 v.; *Verbintenissenrecht* 3 (Hijma). Art. 228, aant. 1 v. (1995).

8. HR 15 nov. 1957, *NJ* 1958, 67, nt LEHR. Zie voor een soortgelijke uitspraak voor de verzekeringsovereenkomst: HR 15 febr. 1991, *NJ* 493, nt PvS, *RVS - Van Scharenburg*.

§1. DWALING (MISLEIDING)

jaar later, toen de hoge raad zijn standpunt herhaalde in *Booy - Wisman*, werd dit welwillender ontvangen. Het was het begin van een nieuwe bijdrage van de rechtspraak aan de rechtsontwikkeling op dit gebied in de afgelopen decennia, waarbij onderzoeks- en mededelingsplichten in de plaats kwamen van het beroep op een gebrekkige wil, en de ‘verschoonbaarheid’ c.q. ‘kenbaarheid’ daarvan. In het huidige BW, art. 6:228, waarin de hand van De Grooth (en Meijers) zo goed te herkennen is, heeft deze ontwikkeling haar neerslag gevonden. Het is derhalve nog steeds van belang om kennis te nemen van deze rechtspraak. Wij zullen de belangrijkste arresten uit de jaren vijftig en zestig eerst bespreken.

Allereerst het ‘Epochemachende’ arrest *Baris - Riezenkamp*, inzake rijwielhulpmotoren die niet aan de verwachting van de koper voldeden.⁹

De casuspositie, ontdaan van alle franje, komt op het volgende neer. Riezenkamp koopt van Baris voor f 110.000,- een outillage voor de fabricage van rijwielhulpmotoren, nadat Baris te kennen heeft gegeven, dat de kostprijs van de motor f 135,- per stuk bedroeg. Daarbij werd tevens medegedeeld dat indertijd inzake een transactie in verband met de motoren met ene Versteeg, Baris en Versteeg ook niet over één nacht ijs waren gegaan, en na een grondig onderzoek op vermelde kostprijs waren gekomen. Kort na de koop blijkt de kostprijs f 230,- te bedragen. Riezenkamp vraagt voor het amsterdamse hof vernietiging der overeenkomst (o.a.) op grond van dwaling.¹⁰ Het geding spitst zich toe op de vraag, of de dwaling in casu verschoonbaar was. Riezenkamp stelt uiteraard, dat hij op Baris’ mededelingen betreffende de kostprijs is afgegaan. Baris’ verweer is erop gericht dat Riezenkamp, als aannemer, geen leek is, zodat hij in staat is objecten te beoordelen, terwijl hij bovendien twee adviseurs ter assistentie had. Met andere woorden, de gedane mededelingen doen niet ter zake, nu Riezenkamp ‘met alle kennis van zaken’ heeft kunnen oordelen. Baris heeft geen succes voor het hof en gaat in cassatie, waarbij hij stelt dat zijn stellingen door het hof onweersproken, althans in het midden gelaten werden (tweede middel), waarna hij ze letterlijk herhaalt.

De hoge raad vangt zijn overwegingen ten aanzien van het tweede middel aan, met vast te stellen dat men ‘noch in de wet, noch in enig algemeen rechtsbeginsel’ steun kan vinden voor de stelling, dat voor een relevante dwaling vereist is dat zij verschoonbaar moet zijn. Dus, teken ik hierbij aan, dit vloeit ook niet voort - dat wil zeggen, niet *rechtstreeks* - uit de goede trouw, als ‘algemeen rechtsbeginsel’. Het college vervolgt dan:

dat niettemin onder bepaalde omstandigheden op de dwaling, als onverschoonbaar niet met vrucht een beroep kan worden gedaan: dat immers partijen, door in onderhandelingen te treden over het sluiten van een overeenkomst tot elkaar komen te staan in een bijzondere, *door de goede trouw beheerste rechtsverhouding*, medebrennende, dat zij hun gedrag *mede* moeten laten bepalen door de *gerechtvaardigde belangen* van de wederpartij (I);

dat dit *onder meer medebrengt*, dat voor degene die overweegt een overeenkomst aan te gaan, tegenover de wederpartij een *gehoudenheid* bestaat om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder den invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft (II), de omvang van welke gehoudenheid mede

9. De hiervolgende bespreking van de jurisprudentie uit de jaren zestig werd ontleend aan mijn WPNR-artikel uit 1968 (verkort).

10. Een beroep op wanprestatie werd afgewezen, aangezien niet was gebleken dat Baris krachtens de inhoud van de overeenkomst gehouden kon worden aan de kostprijs van f 135,-.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

hierdoor wordt bepaald, dat men in den regel mag afgaan op de juistheid van door de wederpartij gedane mededelingen (III);

dat, indien iemand door het niet in acht nemen van de hierboven bedoelde *zorg* bij het aangaan van een overeenkomst in dwaling heeft verkeerd, de *regels van de goede trouw* kunnen meebrengen dat hij zich niet met vrucht op dwaling kan beroepen (mijn curs. en cijfers).

Anders dan Rutten in zijn noot vind ik de eerste twee hier integraal weergegeven overwegingen niet overbodig, maar juist van zeer groot belang. De hoge raad versmaadt expliciet het vaststellen van een 'hard and fast rule' in de trant van: 'de goede trouw brengt met zich dat de dwaling, wil zij relevant zijn, verschoonbaar dient te zijn.' Het college maakt het zich bewust moeilijker, door in plaats van de goede trouw als *deus ex machina* te laten optreden concrete 'regels van de goede trouw' aan te nemen, passend bij bepaalde, concrete omstandigheden. De weergave van H. Drion, als zou de raad 'het verschoonbaarheidsvereiste als toepassing van de goede trouw', gehanteerd hebben is te ruim, en doet geen recht aan de spanning tussen de goede trouw als algemeen beginsel (door hemzelf 'oeverloos' genoemd!), en concrete regels van de goede trouw.¹¹ Als wij nagaan wat met die concrete regels bedoeld wordt, dan vinden wij - ik gaf ze in de tekst al met cijfers aan - de volgende regels:

I. in de - door de goede trouw beheerste - precontractuele situatie moet de contractant de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij tot zijn recht laten komen. Hieruit vloeit voort regel

II. de gehoudenheid tot onderzoek, en wel een gehoudenheid (*zorg*) tegenover de wederpartij, om contracteren onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken te voorkomen. Welke onderzoeksplicht gematigd wordt door regel

III. men mag 'in den regel' mededelingen van de wederpartij als juist aanvaarden, met andere woorden, hier is de onderzoeksplicht opgeheven.

Dat de gebondenheid uit hoofde van regel II niet een betamelijkheidsplicht is gegrond op art. 1401 oud BW, doch een verplichting voortvloeiende uit de goede trouw blijkt uit het delicate woordgebruik in de laatst geciteerde overweging.

Daar wordt gesproken van 'het in acht nemen' van 'hierboven bedoelde *zorg*', in plaats van 'het nakomen van een verplichting'. Overigens stelt de hoge raad dat de gehoudenheid tegenover de wederpartij bestaat, waardoor de verplichting niet een algemeen, doch een gericht karakter krijgt, en in de (pre)contractuele sfeer geplaatst wordt. Deze lezing wordt bevestigd door het twee jaar later gewezen *kantharos*-arrest, waarin de spreekplicht als een gehoudenheid uit de goede trouw gezien wordt.

Van der Grinten acht in zijn AA-noot onder het arrest de door mij als regel I gekwalificeerde overweging van de hoge raad onaanvaardbaar. Hij stelt: 'dat in het algemeen de belangen van de wederpartij, ook buiten contractuele verhoudingen, mijn gedrag mede moeten bepalen, gaat mij te ver.' Mij ook, maar dit eist de hoge raad dan ook niet: hij spreekt van *gerechtvaardigde* belangen van de wederpartij die gehonoreerd dienen te worden. En daarmee worden vele belangen uitgesloten. Zo zal, om een voorbeeld van H. Drion aan te

11. In *Rm Themis* 1960, p. 505.

§1. DWALING (MISLEIDING)

halen, de dwaling voor rekening van de koper komen, indien hij een radio aanschaft, terwijl hij de winkelier duidelijk maakt dat hij in de mening verkeert dat de radio in die winkel het goedkoopst aangeboden wordt. De winkelier verzwijgt daarbij dat even verder in de straat de radio nog lager geprijsd is. Hier had de koper inderdaad zelf een onderzoek moeten instellen, het gaat te ver van een verkoper te eisen dat hij de koper in dit opzicht op de hoogte stelt.

Dit zelfde geldt mijns inziens in het geval dat een koper bij een uitdrager een antiek stuk op de kop meent te tikken, zelfs indien hij zulks aan de verkoper kenbaar heeft gemaakt, en het antiek zijn van de zaak voor hem van doorslaggevende betekenis geacht moet worden. Ook al weet de verkoper dat het stuk niet antiek is, hetgeen hij verzwijgt, dan nog staat een dwalingsactie niet open. Deze dwaling dient voor rekening van de koper te komen, tenzij de prijs aanleiding geeft te menen dat men met 'echt antiek' te doen heeft, of de wederpartij antiquair is of zich als zodanig voordoet.¹² In deze gevallen wordt de dwaling opgewekt of versterkt, door de hoogte van de prijs of de persoon van de wederpartij. Anders gesteld, indien de verkoper de prijs van een zaak vaststelt naar de waarde ervan als antiek stuk, terwijl dit laatste voor hem op zijn minst dubieus is, dan heeft hij daarmee een dwalingsactie verdisconteerd, voor zijn risico genomen.¹³ Doet de wederpartij zich niet als antiquair voor, dan kan nog het volgende opgemerkt worden. De 'gein' van het snuffelen tussen de bric à brac van een Waterlooplein is, dat er behalve rommel ook 'vondsten' tussen kunnen zitten - alweer een oude meester ontdekt - hetgeen een attractie voor de koper betekent. Doch hiervoor hoeft de verkoper uiteraard niet in te staan: hij hoeft geen dwalingsactie te duchten, inzake een voor *f* 100,- verkochte ets, waarvan de koper verkondigde dat hij er een Rembrandt in meende te zien.

Hiermee wilde ik aantonen dat de belangen van partijen getoetst moeten worden aan de omstandigheden van het geval, en overeenkomstig de in het verkeer geldende opvattingen, en op deze wijze 'gerechtvaardigd' dienen te zijn. Aldus opgevat, krijgt de door de hoge raad gestelde regel zin. Ter vergelijking noem ik de Engelse regel neergelegd in *Smith v. Hughes*: relevant is slechts of een zaak, (bijv.) als antiek gekocht, ook als antiek aangeboden werd.¹⁴

De door mij onderscheiden regel II viel bij annotator Van der Grinten evenmin in goede aarde. Het komt hem 'een weinig aannemelijke constructie' voor, het doen van een onderzoek als een plicht te zien: 'ik moet het zelf weten in hoeverre ik mij wens te informeren', met alle nadelige gevolgen vandien, stelt Van der Grinten, in nagenoeg letterlijke navolging van hetgeen Baris in het tweede middel stelde. Een plicht uit hoofde van de vigerende goede trouw acht ik echter hier de enig juiste constructie. Dit is immers in het contractuele kader geen unicum, men denke bijvoorbeeld aan de plicht een prestatie van de debiteur in ontvangst te nemen, of de plicht tot het 'zich indekken' voor de crediteur, indien zijn debiteur wanpresteert en de verplichting voor de crediteur om een kwijting af te geven.

12. Mijn ervaring is, dat een bona fide antiquair direkt meedeelt dat bijv. een kastje nieuwgemaakt werd van oud hout; geen overbodige luxe, aangezien velen het voor echt antiek zullen houden.

13. Men zie in deze zin. het vonnis van Rb. Zutphen 8 dec. 1955, *NJ* 1957, 20, *Curaçaose schilderijen*.

14. Zie Anson, *The Principles of the English Law of contract*, 1959, p. 257 v.: in gelijke zin Meijers, *WPNR* 2752; anders: Hofmann-Van Opstall, p. 335 v.; Pitlo, 6e dr., 1964, p. 166 v. Voor het engelse recht is ook de Sale of Goods Act 1893 van belang, i.h.b. art. 11, opgevolgd door de Supply of Goods and Services Act 1982, art. 4.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

Ook H. Drion kon maar weinig waardering opbrengen voor de constructie van de hoge raad. In zijn bespreking in het *WPNR* 4608 heeft hij eveneens moeite met het honoreren van de 'gerechtvaardigde belangen' van de wederpartij; het is 'gekunsteld en irreëel' om dit als grond voor een onderzoeksplicht aan te nemen. Bovendien is deze grondslag behept, aldus Drion, met een 'duidelijk logische tegenspraak'. Toch niet, naar mijn mening, voor de lezer die behalve logisch denkt, ook nauwkeurig leest. De raad spreekt namelijk over 'belangen' (Drion leest 'belang'), en, wat nog belangrijker is, de hoge raad stelt dat de regel van de goede trouw 'dat men zijn eigen gedrag mede moet laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij' (regel I), 'onder meer meebrengt' de onderzoeksplicht (regel II). Wat zegt nu Drion: het gerechtvaardigd belang (enkelvoud) van de wederpartij is natuurlijk dat de overeenkomst niet op grond van dwaling ontbonden wordt, waarna hij met behulp van de logica aantoont dat deze 'plicht' en 'het belang' elkaar opheffen. De uitspraak van de hoge raad werd door mij in het *WPNR* van 1968 verdedigd, zowel qua resultaat, als qua constructie dit laatste in tegenstelling tot alle commentatoren.

De uitkomst van het arrest was overigens, dat naar het oordeel van de hoge raad het hof de dwaling als verschoonbaar heeft kunnen aanmerken, aangezien het overwogen had - feitelijk! - dat Riezenkamp 'is afgegaan op de door Baris genoemde kostprijs (regel III), waartoe deze niet maar losweg (regel II), maar na berekening tezamen met Versteeg gekomen zou zijn'. Met andere woorden, het onderzoek was al verricht door de verkoper, en werd als verkoopsargument gebruikt. Impliciet wordt hier het verweer van Baris verworpen: het feit dat de koper deskundig was, doet er niet aan af, dat onder deze omstandigheden het risico van de onjuistheid van het onderzoek op de schouders van de verkoper komt te rusten. Was de mededeling wèl 'losweg' gedaan, zo kan men de overweging ten einde denken, had de deskundige (dit werd door het hof immers niet ontkend) koper Riezenkamp niet op de mededeling mogen afgaan. Vandaar dan ook de voorzichtig geformuleerde overweging, dat men 'in den regel' op mededelingen mag afgaan.¹⁵

In een niet minder bekend arrest, twee jaar later gewezen inzake een valse Seghers, kwam een dwaling ten toets, die, anders dan in het bovenstaande geval, als een *wederzijdse* dwaling gezien kan worden. De kwestie van het zich al of niet hebben laten leiden door eigen onderzoek, veroorzaakt ook hier netelige problemen, vgl. HR 3 april 1959, *NJ* 179, nt HB, *valse Seghers*.

Dit arrest betrof de aankoop van een Hercules Seghers door wijnhandelaar Polis van Van Veen tijdens de oorlog, voor tweeëneenhalf ton. Zoals de a-g Loeff stelde, gingen beide partijen ten aanzien van de echtheid van het schilderij af op de autoriteit van derden, te weten internationale topdeskundigen. Een complicatie vormt echter het feit, dat de koper bovendien nog op het oordeel van een eigen deskundige afging. Als Van Veen voor de haagse rechtbank aanvoert dat Polis hierdoor het risico van een dwaling op zich genomen heeft, weerlegt de rechtbank dit door genoemde handeling 'slechts als een extra waarborg' te beschouwen, waarin het hof, aarzelend, meegaat. De rechtbank wijst een dwalingsaktie toe, overwegende dat 'Van Veen dan ook - zij het geheel te goeder trouw - tot die dwaling heeft bijgedragen door het vertonen van bovengenoemde certificaten ... en door het bedingen van een zo hoge koopprijs'.

15. Dit beginsel (regel III) is overigens niet nieuw: in 1942 stelde de HR al dat: '... het in het algemeen niet in strijd is met de redelijke zorgvuldigheid' indien een partij 'zonder nader onderzoek afgaat op de juistheid van de mededelingen' verstrekt door de wederpartij, HR 19 maart 1942, *NJ* 445, *De Gruyter*.

§1. DWALING (MISLEIDING)

Het hof acht het evenals de rechtbank relevant of de dwaling opgewekt werd, doch benadert de zaak anders. Van Veen heeft door overlegging van de certificaten 'slechts het vertrouwen kunnen wekken' dat het stuk ten tijde van het sluiten der overeenkomst aan Seghers toegeschreven werd, doch heeft niet het vertrouwen kunnen wekken dat de deskundigen in de toekomst bij dat oordeel zouden blijven. Met andere woorden, als dat vertrouwen niet gewekt is, blijft het risico daarvan voor de koper. Daarbij komt, dat dit risico de koper bekend hoort te zijn, aldus het hof, en niet op de verkoper mag worden afgewenteld met een beroep op dwaling.

De hoge raad negeert het hanteren van de bescherming van het opgewekte vertrouwen - alsof hij vergeten was hetgeen hij kort tevoren in *Baris - Riezenkamp* had neergelegd - en geeft, onvervaard de door het hof niet genoemde zelfstandigheid der zaak hanterend, 's hofs uitspraak weer als zou de koper 'afgegaan zijn op' het 'feit' (het hof gebruikte de 'schijn',) dat het doek een Seghers was. Waarna het hof door middel van de 'kennelijk'-constructie een redenering in de schoenen geschoven krijgt, waar annotator Hijmans van den Bergh ook geen raad mee weet.¹⁶ Het arrest van het hof wordt bekrachtigd.

De vraag rijst, of men hier een geval van wederzijdse dwaling moet aannemen, en uit dien hoofde de koop moet vernietigen. Hieronder kom ik op deze vraag nog terug, bij de bespreking van de wederzijdse dwaling. Voor vernietiging op grond van dwaling is evenwel geen ruimte, indien men aanneemt dat bij koop van antiek een risikofactor in het spel is, die de koper geacht wordt op zich te nemen zo hij niet stipuleert, zoals Drion doet, verwijzend naar italiaans recht.¹⁷

Men mene niet dat de hoge raad in dit arrest de prille ontwikkeling van *Baris - Riezenkamp* in de kiem gesmoord heeft. Enige maanden later wijst het college het *kantharos*-arrest, 19 juni 1959, *NJ* 1960, 59, nt HB. In deze bekende zaak ging een bij Stevensweert (L) opgebaggerd, beschadigd zilveren bekertje van hand tot hand, terwijl koper noch verkoper het vermoeden hadden dat het hier een unieke kantharos uit romeinse tijd betrof, althans daarvan wordt uitgegaan op grond van het dossier.

De utrechtse edelsmid Brom koopt het bekertje van Schoonenberg in Roermond voor de zilverprijs (f 125,-), nadat een deskundige uit zijn kennissenkring (Van Baaren, conservator van een utrechts museum) verklaard had dat het bekertje niets bijzonders was en slechts de

16. Daarin bijgevallen door Kamphuisen, *Dwaling bij oblig. overeenkomsten*, p. 140 nt 3. Hijmans van den Bergh meent, de uitspraak van het hof bestrijdend, dat men in casu wel mocht afgaan op het deskundigen oordeel, en acht een dwalingsakte toewijsbaar. Het feit dat ook eersterangs-deskundigen zich kunnen vergissen doet hier niet aan af: 'men vraagt juist een dergelijk advies om de kans op vergissingen zodanig te reduceren, dat men zich gerustgesteld en ook 'gedekt' weet'.

17. T.a.p., p. 504; Hijmans van den Bergh huldigt een ander standpunt blijkens zijn noot: hij meent dat het risico evenzeer de verkoper dient te gelden. Kamphuisen is het evenmin eens met Drion, en verklaart dat het leggen van het risico op de koper 'in strijd met hetgeen in de kunsthandel behoorlijk genoemd wordt', t.a.p. pp. 122, 141, vgl. ook *WPNR* 4368, p. 461; A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, diss. Leiden 1992, p. 106 v.; Asser-Hartkamp II, nr 177. Staat het verdisconteerd zijn van het risico door de koper niet buiten kijf, dan zou nog gedacht kunnen worden aan het element van de ongegronde verrijking: wordt de overeenkomst niet vernietigd, dan heeft de verkoper een kapitale som gelds in ruil voor een nagenoeg waardeloze zaak gekregen. Hierbij zou ook gedacht kunnen worden aan de ongeoorloofde oorzaak, door de lagere rechter vaak gehanteerd als dekmantel voor de *laesio enormis*, in schreeuwend onbillijke gevallen, door de HR gesanctioneerd in het *Bovag II*-arrest (*NJ* 1959, 37).

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

zilverprijs waard was. Na de koop maakt Brom een studie van het bekertje en ontdekt dat het een zgn. kantharos (romeinse drinkbeker) is, die van 'onschatbare waarde' geacht wordt, en publiceert daarover in een vaktijdschrift. Schoonenberg leest dit in zijn plaatselijke krant, voelt zich bij de neus genomen, en wil geld zien.

De Rechtbank Utrecht, vermoedelijk geïnspireerd door hetgeen de dagvaarding inhield, stelt dat hier van relevante dwaling aan de zijde van de verkoper sprake is, aangezien deze zich verbond 'afgaande op deze haar verstrekte mededelingen', gedaan door de (vertegenwoordiger van de) koper. De grief van koper Brom die door het Hof Amsterdam getoetst werd, hield in dat de dwaling voor hem niet kenbaar was, en derhalve niet vernietigend kon werken. Hiermee gooit Brom hoge ogen. Het hof komt, na een uitvoerige uiteenzetting wat in casu de zelfstandigheid der zaak inhield, tot het oordeel, dat al zou de verkoper mogen afgaan op de mededelingen van Brom c.s., dit nog geen weerlegging inhoudt van het argument dat de dwaling voor Brom niet kenbaar was. Waarna het college - 'ook afgezien hiervan' - eens met de rechtbank meedenkt en de kwestie benadert vanuit de gezichtshoek dat de verkoper afging op een door een mededeling opgewekte schijn. Het hof komt daarbij tot de slotsom, dat het Broms onjuiste mededeling 'onder de gegeven omstandigheden onvoldoende acht om daarop de onderhavige koop op grond van dwaling te vernietigen'. Na dit geadstrueerd te hebben, verklaart het hof: 'dat de gewraakte mededeling bovendien weinig geschikt was om aan de zijde van verkopers dwaling omtrent de zelfstandigheid der zaak *op te wekken* of *te versterken*', en eindigt met 'dat om al deze redenen het hof niet aannemelijk acht dat de meerbedoelde mededeling van Van Baaren aan W. J. Schoonenberg, zijnde de hoeksteen, waarop de rechtbank haar beslissing heeft gebouwd, *van enige reële invloed* is geweest op de aan de zijde der verkopers genomen beslissing om de beker voor f 125,- af te staan' (ov. 12, mijn curs.). Beroep op dwaling afgewezen.

Het op dit laatste toegesneden tweede middel van de verkoper krijgt bij de hoge raad geen voet aan de grond: 'dat het hof deze stelling heeft onderzocht en na uitvoerige motivering heeft verworpen.' Een motivering overigens, waarbij dwaling relevant geacht werd, indien zij door de wederpartij opgewekt werd, een constructie die hier duidelijk door de raad gesanctioneerd wordt.

Het eerste middel, klagend over 's hofs zienswijze van het zelfstandigheidsbegrip, greep de hoge raad aan om, zonder deze term ook maar in de mond te nemen, richtlijnen te geven ten aanzien van *verkopersdwaling*, en wel in het licht van de goede trouw. De verkoper staat geen dwalingsaktie ter beschikking, aangezien hij 'naar redelijke, in het verkeer gangbare opvatting' door de zaak van de hand te doen 'de kans prijsgeeft' dat zij onvermoede hoedanigheden blijkt te bezitten (welke ontdekking in casu 'te danken' was aan de speciale studie van de koper).¹⁸ Teneinde deze regel minder 'hard and fast' te maken, haast de raad zich toe te voegen dat onder 'nevenomstandigheden' een beroep op verkopersdwaling gerechtvaardigd kan zijn. 'Waarbij in het bijzonder moet worden gedacht aan het geval dat de koper den verkoper omtrent de eigenschap der zaak had kunnen inlichten en daartoe, naar eisen van de goede

18. Een nieuw licht op de feiten van deze zaak werd geworpen door A.H.M. Santen in zijn afscheidsrede, *De kantharos van Stevensweert*, Amsterdam 1993. Daaruit blijkt dat Brom al voor de koop over veel informatie beschikte over de herkomst van de beker, via een bevriende deskundige. De correspondentie daarover is bewaard gebleven. Is ook dit weer een belangrijk, vernieuwend arrest, dat over de rug van de justitiabelen gewezen werd? Overigens acht Santen het belang van het arrest niet zo groot, ten onrechte.

Zie ook het boekje dat door Wijn & Stael uitgebracht werd in 1999, met veel achtergrondinformatie: *De Kantharos*, Red. W.M.J. Bekkers en A.A.H.M. Gommers, Deventer 1998.

§1. DWALING (MISLEIDING)

trouw, gehouden was.¹⁹ En daarmee werd de *mededelingsplicht* bij dwaling (precontractuele rechtsverhouding) aanvaard.

Dan nu het arrest *Booy - Wisman* van 1966, waarin de hoogste rechter zijn koers vastberaden vervolgde, zonder acht te slaan op de negatieve reacties in de vakpers op *Baris - Riezenkamp*. De casus is deze.²⁰

Wisman koopt van Booy, een koopman in kranen en draglines, een Amerikaanse mobiele kraan. Bij de onderhandelingen verklaart Wisman dat hij een kraan nodig heeft voor het lossen van schepen op verschillende plaatsen in ons land, derhalve een 'zelfrijdende kraan met kentekenbewijs'. Namens Booy wordt de mededeling gedaan, dat een kentekenbewijs zeker zal worden verstrekt, aangezien voor dergelijke kranen bij bedrijven in Breda en Dordrecht in gebruik ook reeds kentekenbewijzen waren afgegeven. Wisman had bij de bezichtiging van de kraan twee deskundigen meegenomen, die echter, als autospecialisten, slechts de truck van de kraan onderzochten, en ten gerechte verklaarden geen verstand te hebben van de maten en gewichten waaraan een kraan moet voldoen om over 's lands wegen te mogen rijden. Het na koop aangevraagde kentekenbewijs wordt Wisman geweigerd, o.a. omdat de kraan aanmerkelijk te zwaar is. Wisman, die een mobiele kraan dacht te kopen, doch met een immobiele is blijven zitten, vordert vernietiging van de koopovereenkomst op grond van dwaling.

Na een minder fortuinlijke gang naar de stichtse rechtbank heeft koper Wisman bij het amsterdams hof succes met zijn vordering, en ziet de koop vernietigd.²¹ Voor de hoge raad stelt Booy in zijn tweede middel - varend onder de *Baris - Riezenkamp*-vlag - dat voor Wisman 'in verband met de eisen der goede trouw' de gehouwenheid bestaat om een onderzoek in te stellen teneinde dwaling van zijn kant te voorkomen, 'gezien de rechts(!)verhouding waarin hij ten aanzien van Booy kwam te staan'.²²

De hoge raad geeft in zijn overwegingen hieromtrent eerst een herhalingscollege over dwaling in het algemeen: slechts qua redactie verschillen deze overwegingen van die van *Baris - Riezenkamp*, terwijl alleen de inleiding daarvan, met betrekking tot het vigeren van de goede trouw bij precontractuele verhoudingen en het honoreren van de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, weggelaten werd, aangezien dit - mede blijkens hetgeen in het middel gesteld werd - als bekend werd verondersteld. De raad overwoog:

'dat voor degeen die overweegt een overeenkomst aan te gaan, tegenover de wederpartij een gehouwenheid bestaat om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder de invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft, in dier voege

19. In zijn in majeure geschreven artikel in het *NJB* van 1959, p. 637 v. meent de 'grand old man' van de goede trouw bij dwaling, J. C. van Oven, dat de HR zijn leer aanvaard heeft, en tevens die welke De Grooth in zijn preadvies voor de Broederschap der Cand.-Notarissen van 1948 verdedigde. De annotator in de *NJ*, Hijmans van den Bergh, acht de conclusie van Van Oven onjuist.

20. HR 21 jan. 1966, *NJ* 183, nt GJS.

21. Een vordering tot schadevergoeding, steunend op wanprestatie van Booy, wordt door het hof afgewezen, aangezien Booy er niet 'voor instond' dat een kentekenbewijs zou worden afgegeven, m.a.w. de mededeling kon niet als een garantie beschouwd worden. Een uitspraak waar Kamphuisen wel niet zo gelukkig mee geweest zal zijn. Vgl. nt 15.

22. De term 'rechtsverhouding' werd ontleend aan het *Baris - Riezenkamp*-arrest. Zie voor kritiek op het gebruik ervan Van der Grinten in zijn noot op dat arrest in *AA* en Kamphuisen, *WPNR* 4610, p. 546.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

dat bij het achterwege laten van zodanige maatregelen de regels van de goede trouw kunnen meebrengen dat hij zich niet met vrucht op dwaling kan beroepen;

dat in het algemeen die gehoudenheid tegenover de wederpartij niet zo ver gaat, dat hij niet zou mogen afgaan op de juistheid van door deze wederpartij gedane mededelingen, en integendeel veelal de regels van de goede trouw er zich tegen zullen verzetten, dat de wederpartij ter afwering van een beroep op dwaling aanvoert dat ten onrechte op de juistheid van haar mededelingen is vertrouwd.⁷

Na aldus het geheugen van de eiser tot cassatie - en de lezer - opgefrist te hebben, gaat de raad op het 'gegeven geval' in en bestrijdt het in het genoemde middel gestelde. Dit middel hield in, hetgeen wij hierboven in de zaak *Baris - Riezenkamp* met regel II aanduiden, zij het in principieel gewijzigde gedaante: de onderzoeksplicht die 'in verband met de eisen der goede trouw' bestaat, werd als een algemene betamelijkheidsverplichting gezien, los van de omstandigheden en de persoon van de wederpartij. Uit het antwoord van de hoge raad blijkt, dat dit nu net de conclusie is, die men niet uit het *Baris - Riezenkamp*-arrest mag trekken. Het college stelt namelijk, dat het hof heeft overwogen dat Booy verklaarde koopman in kranen en draglines te zijn, 'waarmede het hof kennelijk bedoelt vast te stellen dat Wisman hem als deskundig ten aanzien van het onderhavige onderwerp mocht beschouwen', om mede op andere gronden te beslissen dat het nalaten van een onderzoek aan Wismans beroep op dwaling niet in de weg stond. Terecht wordt dit 'kennelijk' geconstateerd: het hof voert immers tegen het verweer van Booy, dat Wisman zelf vòòr de koop inlichtingen had moeten inwinnen omtrent de afgifte van een kentekenbewijs aan, 'dat Booy, wat dit aangaat, heeft verklaard te zijn koopman in kranen en draglines'.²³

De hoge raad stelt dus in plaats van de gehoudenheid in het algemeen tot een onderzoek, de gehoudenheid tegenover de wederpartij, met daaruit voortvloeiende de waarde die toegekend moet worden aan het deskundig zijn van verkoper of koper (de van zijn kant meegenomen deskundigen). Derhalve geen algemene diligentieverplichting, doch een verplichting die de contractuele goede trouw met zich brengt, en daardoor in voeling verkeert met de steeds variërende concrete omstandigheden van het geval in kwestie.

Toch voegt de hoge raad een nieuw element aan zijn overwegingen toe, en wel in het slotgedeelte van de als tweede geciteerde overweging. Na gesteld te hebben, dat de gehoudenheid niet zover gaat dat men de mededeling van de wederpartij niet als juist zou mogen aanvaarden, vervolgt de raad met: 'en integendeel veelal de regels van de goede trouw er zich tegen zullen verzetten, dat de wederpartij ter afwering van een beroep op dwaling aanvoert dat ten onrechte op de juistheid van haar mededelingen is vertrouwd.' Hiermee wordt in de eerste plaats aangegeven, dat de werking van de goede trouw verder gaat dan enkel de verplichtingen van partijen uit de overeenkomst - zo nodig - ombuigen of aanvullen: de goede trouw beheerst de verhouding tussen partijen in haar totaliteit. Nu meen ik dat er meer dan dit in de bedoelde overweging verscholen ligt: de woorden 'en integendeel' markeren het spiegelbeeld dat in de overweging vastgelegd is. Met het eerste gedeelte wordt bedoeld een regel van

23. Dit temeer, omdat het hof tevoren had onderzocht of de door Wisman meegebrachte deskundigen ook deskundig geacht konden worden t.a.v. de maten en gewichten van kranen met het oog op een te verlenen kentekenbewijs. Quod non.

§1. DWALING (MISLEIDING)

de goede trouw voor de dwalende, de onderzoeksplicht, die in casu verfijnd wordt (men mag 'in het algemeen' op mededelingen afgaan) ; het tweede gedeelte, als spiegelbeeld daarvan, houdt in dat ten aanzien van de wederpartij 'de' regels van de goede trouw (ik lees hier: 'een andere' regel) hem 'veelal' beletten de dwalende te verwijten dat hij zijn (wederpartij) woorden als juist heeft aangenomen. De regels van de goede trouw werken dus wederkerig: zowel aan de zijde van de dwalende, als aan die van degeen die de dwaling opwekte.

4. *Samenvatting van het rechtersrecht inzake dwaling uit de jaren vijftig en zestig. Van der Beek - Van Dartel (1973) en latere jurisprudentie*

De hierboven besproken episode uit de jurisprudentie van de jaren vijftig en zestig heeft de volgende rechtsregels opgeleverd, die men merendeels in art. 6:228 BW terug vindt.

In de precontractuele fase, beheerst door de goede trouw, gelden de regels:

1. men dient *rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij*, en zijn gedrag daarnaar te bepalen;
2. men heeft een *onderzoeksplicht*;
3. men mag echter in de regel *afgaan op mededelingen van de wederpartij*;
4. onder omstandigheden kan men een *mededelingsplicht* tegenover de wederpartij hebben.

Zoals men ziet, zijn de regels 2-4 uitwerkingen van regel 1, de hoofdregel.

De ontwikkelingen in de jurisprudentie zijn in de afgelopen decennia minder spectaculair; een probleem dat nog niet opgelost was, betreft de afweging tussen de regels 2 en 4: onderzoeks- contra mededelingsplicht. Dat gebeurde in 1974, in *Van der Beek - Van Dartel*, hetgeen ik regel 5 zou willen noemen:

5. de partij die een *mededelingsplicht* heeft, kan in het algemeen een beroep op dwaling van haar wederpartij niet afweren met het argument *dat de laatste in haar onderzoeksplicht is tekortgeschoten*.

In de rechtspraak die na die tijd verscheen, is meestal deze afweging in het geding, hetgeen tot nuanceringen geleid heeft, die echter sterk verbonden zijn met de omstandigheden van het geval. Daarbij is in cassatie vaak de motiveringseis in het geding.

In art. 6:228 BW vindt men in lid 1, sub *a* de dwaling die teweeggebracht is door een inlichting van de wederpartij; dit impliceert bovengenoemde regel 3, het mogen afgaan op mededelingen van de wederpartij. In lid 1, sub *b*, zien wij de mededelingsplicht tegenover de wederpartij. De onderzoeksplicht is niet in de wet neergelegd, en blijft dus rechtersrecht, evenals de afweging ten opzichte van de mededelingsplicht. In lid 1 sub *c*, is de wederzijdse dwaling geregeld, terwijl in lid 2 de dwaling inzake toekomstverwachtingen een plaats vond. Deze onderwerpen komen hieronder nog ter sprake. Ik zou allereerst regel 4 willen bespreken, en vervolgens regel 5, en de *relatie tussen de regels 4 en 5 in de meer recente rechtspraak* aan de orde willen stellen.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

De mededelings- of spreekplicht bij dwaling, regel 4 en art. 6:228 lid 1 sub *b* BW, heeft niet pas bij het *kantharos*-arrest van 1959 het licht gezien. Zij was al te vinden in de lagere rechtspraak, en werd in het *notaris*-arrest van 1947 ook al door de hoge raad aanvaard.²⁴ Bij onderhandelingen over een alimentatieregeling handelt de ex-vrouw, indien zij haar ex-man verzwijgt dat zij inmiddels in ondertrouw met een derde is ('the eternal triangle'), 'in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt door deze feiten vòòr het sluiten van de overeenkomst aan de man te verzwijgen'. In een geval waarover het haagse hof in 1952 oordeelde, had iemand van de staat een duits schip gekocht, de 'Juist'.²⁵ De staat had echter verzwegen dat op grond van een verplichting tegenover de geallieerde autoriteiten in Duitsland, alle duitse schepen uitgeleverd dienden te worden. Het hof overweegt dat bij de koper een onjuiste voorstelling is gewekt met betrekking tot het beschikkingsrecht van de staat over het schip als gevolg van 'laakbare verzwijging' van het bestaan van de Agreement. Juist!

In de literatuur werd de spreekplicht verdedigd door Meijers en De Grooth, die inspiratie zochten in het engelse recht met zijn leerstuk van *misrepresentation*, dat veel ouder is dan de *mistake*, een figuur die pas in de vorige eeuw van het continentale recht overgenomen werd, en nu een zeer kwijnend bestaan leidt, in tegenstelling tot de bloeiende *misrepresentation*. In aansluiting op de zogenaamde *uberrimae fidei*-contracten (waar verzwaarde eisen van goede trouw gelden tussen partijen) had Meijers zich uitgesproken voor een mededelingsplicht bij een overname van een bedrijf (vgl. de casus van het arrest *Avery - VRG* (1991), dat boven ter sprake kwam bij de uitleg), emissie van aandelen, deelneming in een vennootschap, en wellicht ook bij verkoop en verhuur van onroerend goed. De Grooth bepleitte slechts een spreekplicht bij alimentatieregelingen en enkele vennootschappelijke regelingen.²⁶

Het engelse recht geeft overigens veel meer waardevol vergelijkingsmateriaal op het gebied van precontractuele verzwijging, een vast onderdeel van het leerstuk *misrepresentation*. Bijvoorbeeld gevallen waarbij zwijgen een vertekend beeld geeft van de werkelijkheid; een bijzonder geval is hier de situatie dat eerst bij de onderhandelingen een mededeling gedaan wordt die juist is, maar later achterhaald wordt door de ontwikkeling van de

24. HR 25 april 1947, *NJ* 270, nt EMM. Dit arrest wordt meestal onder de categorie dwaling inzake toekomstverwachtingen gerangschikt. Inderdaad zijn valse toekomstverwachtingen meestal gebaseerd op door de wederpartij verzwegen informatie.

25. Hof Den Haag 29 mei 1952, *NJ* 1953, 441. Zie voor deze rechtspraak uitvoeriger mijn *WPNR*-artikel uit 1968, p. 40 v.

26. Vgl. resp. *Verz. Opstellen III*, pp. 115, 122; preadv. *Cand.Not.* 1948, p.71. Een bekend voorbeeld van een *uberrimae fidei*-contract is overigens de verzekeringsovereenkomst, vgl. ons art. 251 K. Recente rechtspraak over onderzoeksplicht verzekeraar: HR 11 sept. 1992, *NJ* 1993, nr 754, *Avero*; over mededelingsplicht verzekerde: HR 6 nov. 1992, *NJ* 1994, nr 150, *Josi*. Zie verder boven, Hfdst. 2, § 2, nr 18.

Zie voor het franse recht m.b.t. de spreekplicht: Mazeaud-Chabas II, nr 402, in fine; Ghestin-Desché, *La vente*, nr 867 v.; B. Nicolas, *The French Law of Contract*, 2e dr., Oxford, 1992, p. 100 v. In het franse recht wordt de spreekplicht onder *bedrog* ('dol') gebracht, de 'réticence dolosive'. Het engelse recht kent merkwaaardigerwijze vrijwel geen 'duty to disclose material facts'. Vgl. P.S. Atiyah, *Introduction to the Law of Contract*, 5e dr., Oxford, 1995, p. 245 v.

§1. DWALING (MISLEIDING)

omstandigheden, hetgeen vervolgens verzwegen wordt. Bekende voorbeelden zijn de verkoop van een plattelands artspraktijk die tijdens de onderhandelingen aanzienlijk terugliep (na een schandaal waarbij de arts betrokken was); een geval van verkoop van land, waarbij de pachters inmiddels allen opgezegd hadden. Een recenter geval, en een variatie op het thema, is *Esso Petroleum Co Ltd. v. Mardon*, uit 1976, met een bekende opinion van Lord Denning.²⁷

De casus was deze, dat bij het verpachten van een benzinestation op een nieuwe lokatie Esso uitgegaan was van een omzet van 200.000 gallon per jaar, en op basis daarvan de pacht som had berekend. De pachter, Mardon, haalde, ondanks hard werken, de eerste jaren niet meer dan ongeveer 80.000 gallon per jaar. Hij had bij de onderhandelingen zijn twijfels over de hoge prognose van de omzet geuit, maar die waren weggewuifd door de deskundige van Esso, die al 40 jaar in het vak zat. Mardon verliest in de loop der jaren zijn gehele vermogen dat hij in het bedrijf gestoken had en wordt door Esso voor achterstallige pacht-termijnen aangesproken. Hij beroept zich onder meer op dwaling, die door Esso opgewekt zou zijn, aangezien de omzetprognose niet met de werkelijkheid overeenstemde.

Achteraf bleek dat de prognose van Esso beruiste op een andere plaatsing van de benzinepomp, dichterbij een grote weg, en dat later op voorschrift van de plaatselijke autoriteiten de pomp achterin het terrein geplaatst werd, bij enkele kleinere straten, minder goed zichtbaar van de weg. Die wijziging had Esso verzuimd in de berekeningen door te voeren, die nog op de eerste lokatie gebaseerd waren; Mardons aarzelingen op dit punt waren dus terecht. De dwalingsakte wordt door het Court of Appeal toegewezen, 'negligent misrepresentation', met schadevergoeding. Overigens wordt ook het schenden van een stilzwijgende garantie aangenomen, als 'collateral warranty', namelijk dat Esso de omzetprognose met 'reasonable care and skill' gedaan zou hebben.

De wijziging die zich in de omstandigheden had voorgedaan was de oorzaak van de onjuiste voorstelling van zaken die de verpachter aan de pachter gegeven had. Er hoeft geen sprake te zijn van een bewust verzwijgen om de ander tot contracteren te bewegen, het kan zoals wij zagen ook een faktor zijn die in de risico-sfeer van de andere partij ligt, die de dwaling opgewekt heeft. Wij zien ook hier weer de thema's verzwijging (objektief opgevat) en toekomstverwachtingen dooreen lopen.

Dat was ook het geval, om met een nederlands arrest te eindigen, in het *doorverkochte loods*-arrest, uit 1947.²⁸ Een koper van een loods, die hij wilde demonteren en op zijn bedrijf elders in het land plaatsen, ging af op de mededelingen van de verkoper dat er weliswaar een huurder in de loods zat, maar dat deze gemakkelijk de huur opgezegd zou kunnen krijgen, aangezien hij al geruime tijd achter was met de betaling van de huur. Achteraf blijkt dat dit niet lukt, aangezien de huurder een sterke positie had; de verkoper had verzwegen dat hij een jaar tevoren vergeefs een ontruimingsprocedure ingesteld had waarbij was komen vast te staan dat de huur *f* 50,- per maand was, en niet *f* 200,- zoals hij de koper had gezegd. Er was derhalve geen sprake van wanbetaling (verder was de huurtermijn langer dan meegedeeld was, en was eveneens onjuist dat de gemeente bezwaar had tegen bewoning van de loods). De hoge raad wijst echter geen dwalingsakte toe, aangezien het slagen van een

27. 2 *All ER* 5, Court of Appeal; vgl. Cheshire, Fifoot and Furmston, t.a.p., p. 306 v.; Beale, Bishop and Furmston, *Contract. Cases and materials*, 3rd ed. 1995, pp. 297; 336.

28. HR 21 febr. 1947, *NJ* 269, nt EMM.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

ontruimingsakte als een onzekere toekomstige gebeurtenis opgevat wordt. In een mooie noot heeft Meijers scherpe kritiek hierop; hij vergelijkt deze uitspraak met het in de *NJ* erop volgende *notaris*-arrest en verwerpt het verschil in benadering van beide casusposities door de hoge raad. Doorslaggevend is voor hem de vaststelling dat toekomstverwachtingen op onware mededelingen (of verzwijgingen, zoals in het *notaris*-geval) gebaseerd waren; dan is een dwalingsakte gerechtvaardigd.

Dan nu het tweede punt, de *relatie tussen onderzoeksplicht en mededelingsplicht* (regels 4 en 5).

Het arrest *Van der Beek - Van Dartel* uit 1973 is het beginpunt van een reeks jurisprudentie waarbij onderzocht wordt in hoeverre de mededelingsplicht het aflegt tegen het tekortschieten in het doen van onderzoek aan de kant van de wederpartij. Men moet immers eigen voorbereidingen treffen voor het aangaan van de overeenkomst en mag niet blindelings afgaan op hetgeen de ander zegt. Misschien dat het eigen onderzoek de waarheid al aan het licht gebracht zou hebben, zodat men de ander niet zwaar kan vallen op het zwijgen waar spreken plicht zou zijn.²⁹

De casus is een geval apart. Neeltje M. van der Beek koopt een pand in de Haagse Schilderswijk van Johanna M. van Dartel dat al geruime tijd leeg staat; de eerste is een jongedame die als stroman optrad voor een zekere Belarbi, want het was de bedoeling om in het pand buitenlandse gastarbeiders onder te brengen. Dat gebeurt ook later, er worden 12 gastarbeiders (zoals dat toen nog heette) in het kleine huis gevestigd, stapelbedden dus. Zoiets gaat niet zonder vergunning, en die zou zeker niet verleend zijn voor een dergelijk aantal gasten.

Nu had de verkoper, Van Dartel, eveneens boter op het hoofd; de koop werd namelijk op 19 juli 1968 gesloten (voor f 27.000,-) en op 8 maart van dat jaar had zij van B en W een aanschrijving ontvangen waarbij meegedeeld werd dat vordering van het pand als woonruimte overwogen werd, tenzij voor doelmatige bewoning gezorgd werd. Op 17 mei komt het bericht dat inderdaad tot vordering overgegaan wordt indien niet binnen drie maanden een aanvaardbaar voorstel gedaan wordt. Van Dartel reageert op geen enkele brief van de gemeente en op 3 september 1968 volgt de vordering van de woonruimte, waarbij de gemeente de 12 buitenlandse werknemers aantreft die Van Dartel of liever Belarbi, intussen daar ondergebracht had.

Kortom, een probleem. Van der Beek lost dit op door tegen Van Dartel een akte uit dwaling in te stellen: zij was onkundig van de dreigende woonruimtevoordering, waardoor zij in het genot van de woning beperkt werd. Van Dartel had laakbaar gezwegen over de correspondentie van de zijde van de gemeente, schending van de mededelingsplicht, derhalve.

De laatste heeft echter een ingenieus tegenargument, een variant op de onderzoeksplicht: indien Van der Beek, die bij de onderhandelingen zei een gezin van 5 personen te hebben, bij de gemeente een woonvergunning aangevraagd zou hebben, zou zij vanzelf gehoord hebben van de woonruimtevoordering. Dat zou ook het geval geweest zijn indien zij een huisvestingsvergunning voor de 12 buitenlanders gevraagd zou hebben. Van Dartel stelt, dat zij niet anders verwacht had dan dat Van der Beek zich bij de gemeente zou melden; het is achteraf bezien duidelijk dat er bij Van der Beek (haar achterban) geen animo daartoe bestond, om geen slapende ambtenaren wakker te maken.

Wat hiervan te denken? Een aardige casus voor een juridisch debat: beide partijen zijn niet zuiver op de graat en doen een beroep op een regel van goede

29. HR 30 nov.1973, *NJ* 1974, 97, nt GJS; AA 1974, p. 31, nt G.

§1. DWALING (MISLEIDING)

trouw. Wie heeft dan de sterkste positie? De rechtbank stelde de koper in het gelijk, het hof de verkoper, en de hoge raad mocht beslissen. Het college oordeelde:

‘wanneer een partij vòòr de totstandkoming van een overeenkomst aan de wederpartij bepaalde inlichtingen had behoren te geven ten einde te voorkomen dat de wederpartij zich omtrent het betreffende punt een onjuiste voorstelling zou maken, de goede trouw er zich in het algemeen tegen zal verzetten dat eerstbedoelde partij ter afwering van een beroep op dwaling aanvoert dat de wederpartij het ontstaan van de dwaling mede aan zichzelf heeft te wijten’.

Het hof had onvoldoende gemotiveerd waarom de mededelingsplicht van Van Dartel achtergesteld zou moeten worden op de onderzoeksplicht van Van der Beek, en cassatie volgt. Wij hebben dus nu een afwegingsregel - die slechts in beginsel geldt (‘in het algemeen’) - dat het nakomen van de mededelingsplicht van de ene partij voor gaat boven het voldoen aan de onderzoeksplicht van de andere partij (regel 5). De zaak werd door de hoge raad verwezen naar een ander hof, en uiteindelijk wint Van der Beek de procedure.³⁰

De toepassing van regel 4, mede in verband met regel 5, is ook aan de orde in het *sloopand*-arrest uit 1979, terwijl verder wederzijdse dwaling en toekomstverwachtingen in het geding zijn (zaken die later nog besproken zullen worden).³¹ Het is weer een haags geval, waarbij wederom de gemeente betrokken is, dit keer in een minder verheffende rol.

De cineast Van Hensbergen bewoont een pand aan het Oranjeplein in Den Haag, dat op de nominatie staat gesloopt te worden in het kader van renovatie. Een bevriende gemeenteambtenaar wijst hem erop dat minnelijke onteigening (verkoop aan de gemeente) voor hem financieel gunstiger is dan onteigening. Hij gaat met de gemeente praten, en zij worden het eens over de verkoop; op 3 juli 1970 tekent hij een stuk waarin hij zich ‘bereid verklaart’ het pand aan de gemeente te verkopen voor *f* 65.000,-, binnen een jaar leeg op te leveren. De enige voorwaarde is dat een raadsbesluit over de koop voor eind 1970 genomen wordt. Dat laatste gebeurt, en Van Hensbergen krijgt bericht dat intussen G.S. ook akkoord was (hetgeen overigens later onjuist bleek) en wordt verzocht een notaris aan te wijzen.

Er gebeurt dan een tijd niets; in de kranten wordt vermeld dat de renovatieplannen voor het Oranjeplein afgeblazen zijn (kaalslag is niet meer ‘in’) en het rijtje waar Van Hensbergen woont zal blijven staan. Deze verkeert in de veronderstelling dat de verkoop van de baan is, en gaat over tot de orde van de dag. Dat houdt voor hem in verbetering van het pand voor zo’n *f* 60.000,-. Hij wil vervolgens een studio inrichten en medio 1972 vraagt hij niets-vermoedend de gemeente toestemming voor die bedrijfsruimte. Daarmee maakt hij slapende honden wakker: de gemeente herinnert hem begin 1973 aan zijn verkoop-verplichting, tegen de in 1970 vastgestelde prijs van *f* 65.000,- en sommeert hem vervolgens om voor de notaris te verschijnen, hetgeen hij weigert. Het pand was intussen een veelvoud van de koopsom waard, mede dankzij de aangebrachte verbeteringen.

30. Op proces technische gronden: na verwijzing had de tegenpartij een termijn laten verlopen waarop zgn. ‘verval van instantie’ volgt. Dat houdt in dat het vonnis waarvan in appel gegaan is herleeft, in kracht van gewijsde komt, en voor de rechtbank werd Van der Beek indertijd in het gelijk gesteld (ontleend aan een mededeling van de advocaat bij een gastcollege in Rotterdam).

31. HR 7 dec. 1979, NJ 1980, 290, nt GJS; AA 1981, nt Van Dunné.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

Van Hensbergen verliest de zaak voor Rb. en Hof Den Haag, maar de cassatierechter brengt hier uitkomst. Van Hensbergen had namelijk gesteld dat de gemeente op het moment dat zij zijn in de 'bereidverklaring' gelegen aanbod aanvaardde al wist dat het pand niet langer op de nominatie stond gesloopt te worden. De hoge raad overweegt dat:

'de gemeente, indien de plannen met betrekking tot het pand reeds voor de acceptatie zo waren gewijzigd dat het niet gesloopt zou worden, Van Hensbergen daaromtrent had behoren in te lichten, teneinde te voorkomen dat hij door een onjuiste voorstelling van zaken op dit punt ervan zou worden weerhouden om zijn aanbod in te trekken. Deze vraag had bij de beoordeling van het beroep van Van Hensbergen op dwaling niet terzijde mogen worden gelaten' (ov. 2, in fine).

Dit moet worden beoordeeld, vervolgt de raad, in het licht van de omstandigheden van het geval, namelijk dat de wijziging van plannen in de sfeer van de gemeente lag, zij wist dat de sloopplannen voor Van Hensbergen de beweegreden waren voor de verkoop, met welke mogelijkheid vooral rekening moest houden omdat zij hem zelf tot het tekenen van de 'bereidverklaring' bewogen had. Met andere woorden, het heeft er alle schijn van dat het risico van de wijziging van de beleidsplannen (toekomstverwachtingen) in de sfeer van de gemeente lag, die min of meer het initiatief tot de transactie genomen had.

Zoals een verbitterde Van Hensbergen gesteld had, men ziet hier de gemeente in de rol van 'meer een slim koopman dan een goed bestuurder'. De lagere rechters hadden geoordeeld dat Van Hensbergen in de overeenkomst maar voorwaarden had moeten opnemen ten aanzien van de sloopplannen; het 'had je maar moeten stipuleren' (het *marktcafé*-effekt, vgl. nog onder). Terecht in dit geval door de hoge raad van tafel geveegd. Voor de verdere aspecten van deze zaak, onder meer de aanbod-problematiek, verwijs ik naar mijn noot in AA.

De afgelopen jaren werd het thema van de verhouding tussen onderzoeksplicht en mededelingsplicht (regels 4 en 5) regelmatig aan de orde gesteld. Hier volgt de bespreking van enkele spraakmakende gevallen, waarbij de hoge raad niet altijd een gelukkige hand had.

Het arrest *Crombag-Spaai* had wederom betrekking op verkoop van onroerend goed, in het Limburgse.³²

De kopers, het echtpaar Ernst/Latten, hadden op een zaterdag het onroerend goed bezichtigd met Spaai, die zich voordeed als makelaar/tussenpersoon, maar in feite mededirecteur was van de BV die eigenaar van het huis was, Crombag-Spaai Vastgoed Mij. Sittard BV. Gevraagd of het onder een bestemmingsplan viel, antwoordde Spaai: 'bij mijn weten niet'. Het huis had een landelijke ligging en grote achtertuin. Spaai deelde nog mee dat er meer geïnteresseerden waren, zodat men vlug moest beslissen. Dat doen kopers, en op de volgende dag, zondag, wordt de koop gesloten. Kopers waren dus niet in de gelegenheid geweest om navraag te doen bij het gemeentehuis over een eventueel bestemmingsplan, en vertrouwden op de mededeling daaromtrent van Spaai. Dat was verkoper bekend. Achteraf blijkt op het perceel een bestemmingsplan te rusten, dat ingrijpende gevolgen heeft voor de bewoning van het huis.

32. HR 18 april 1986, NJ 747, nt G. Dit arrest, en de jurisprudentie die nog volgt, werd besproken door Santen in zijn oratie, *Aanbod en aanvaarding bij het kopen van een woning*, UvA 1988; vgl. ook mijn recensie in *WPNR* 5960 (1990), p. 312, waaraan hier passages ontleend zijn.

§1. DWALING (MISLEIDING)

Het hof is van oordeel dat men van een makelaar/tussenpersoon geen objectieve voorlichting mag verwachten, en dat kopers zich niet door het ‘doorzichtig verkoopargument’ van vlug beslissen vanwege andere kopers tot ‘overhaaste stappen hadden mogen laten verleiden’. Zij hadden zelf onderzoek moeten instellen.

De hoge raad is van oordeel, met behulp van de ‘kennelijk’-constructie, dat voor het hof de frase ‘bij mijn weten’ zoveel onzekerheid liet, dat het inwinnen van nadere informatie voor kopers geboden was, en houdt het hof de hand boven het hoofd. Als obiter dictum stelt de cassatierechter nog dat er geen rechtsregel is dat ‘een terzake kundig onroerend goed-handelaar’ zich met het oog op de belangen van de koper ervan op de hoogte dient te stellen of het onroerend goed in een bestemmingsplan ligt, en dat de koper daarvan zou mogen uitgaan.

Naar mijn mening hadden hof en hoge raad hier de zinsnede ‘bij mijn weten niet’, evenals de positie van Spaai (van ‘Crombag-Spaai Vastgoed Mij. Sittard BV’), niet mogen loskoppelen van de omstandigheden van het geval. Natuurlijk kan men zeggen dat de kopers hier dom waren, en maar uit hun doppen hadden moeten kijken. Hun geeft domheid geen recht op rechtsbescherming, te allen tijde, maar dit ligt anders indien de tegenspeler een ‘gewetenloze’ partij is, het wat de Engelsen noemen, een ‘unconscionable bargain’ betreft. Als Wammes Waggel met Bul Super te maken heeft, is dogmatisch gedram over ‘onderzoeksplicht’ niet op zijn plaats.³³ In de trant van: ‘niet zeuren, het leven is hard. Zaken zijn zaken’. Aldus beschouwd, blijft de koper met lege handen, tegenover de wederpartij met vuile handen. Maar, een onderzoeksplicht is gebaseerd op de goede trouw, de billijkheid, en zoals het engelse recht zegt: ‘ye who comes to Equity must have clean hands’. In een situatie als die van *Crombag-Spaai* dient deze de bescherming van de *equitas* in rechte niet te krijgen. Of, om in dezelfde sfeer te blijven, het gaat naar engels recht niet aan om te zeggen, als verkoper: ‘if you had used due diligence you would have found out that the statement was untrue’ (*Redgrave v. Hurd*, 1881). En, ik herhaal, een statement kun je alleen in de context plaatsen, nooit als tekst op zich. Ook een zwijgen telt daarbij mee, in casu had Spaai verzwegen dat hij in feite mede-eigenaar/ verkoper van het huis was. Heel verstandig, dat zou achterdocht kunnen wekken, bij het doen van mededelingen.³⁴

Onze conclusie moet zijn dat dit arrest, *NJ* 1986, 747, geen Jumbo-arrest geworden is. Jammer voor Ernst en Latten, en voor het dwalingsleerstuk, wat de

33. Santen vindt, terecht, dat de verkoper hier ‘geen schone handen heeft’, en moet toestaan dat de koper heronderhandelt, of door hem uit zijn verkoopbelofte ontslagen wordt. Ik denk niet dat Bul Super van deze uitspraak van de professor zal wakker liggen: ‘koop is koop, en de hoge raad zegt toch zelf dat je in dit geval geen actie uit dwaling hebt!’

34. Een vergelijking met het engels recht is hier interessant, waar men een oud onderscheid kent tussen ‘statements of opinion’ en ‘statements of fact’. Alleen in het laatste geval is een beroep op dwaling (*misrepresentation*) mogelijk. In de rechtspraak wordt dit onderscheid steeds vloeiender; van belang is of de spreker over kennis of ervaring beschikte ten aanzien van het onderwerp, en vooral of de wederpartij dat niet had. De uitspraak van Lord Bowen uit 1884 is nog steeds leerzaam, en zou Spaai in zijn zak kunnen steken: ‘a statement of opinion by the one who knows the facts best involves very often a statement of a material fact, for he impliedly states that he knows facts which justify his opinion’. Vgl. Cheshire, Fifoot and Furmston, t.a.p., p. 295. Zie voor de behandeling van *misrepresentation* ook Van Rossum, t.a.p., p. 203 v.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

positie van de makelaar betreft, en het doen van mededelingen over de aangeboden zaak in het algemeen.

Een volgende arrest is *Kelly - Rietvelt*, ook weer inzake onroerend goed.³⁵

Kelly koopt een pand voor *f* 510.000,- (vraagprijs: *f* 525.000,-) dat blijkens de advertentie 1400 m² vloeroppervlak had en een gas-c.v. Naderhand blijkt het pand slechts 1000 m² te hebben en een oliestook. Kelly weigert aan het transport mee te werken, stelt een aktie uit dwaling in die afgewezen wordt, en draait op voor de schade van verkoper Rietvelt. De laatste verkoopt het pand aan een derde voor *f* 330.000,- (*sic!*), en met een ton rente zit Kelly voor drie ton in het schip. Hij werd zoals Santen het in zijn oratie beeldend noemt: 'geknipt en geschoren, uitgekleet en gewassen'. Naar mijn mening verloor hij de procedure volstrekt ten onrechte.

De hoge raad acht van doorslaggevend belang de vraag of de verkoper heeft moeten begrijpen dat de bewuste foutieve mededelingen eigenschappen van het pand betroffen die voor Kelly 'essentieel' waren; het hof heeft daarbij 'kennelijk' in aanmerking genomen, de omstandigheden dat het ging om een vraagprijs van *f* 525.000, en dat Kelly door een makelaar bijgestaan werd. Tegen deze achtergrond, vervolgt de raad, ligt het gezien de aard van de voormelde eigenschappen 'zonder nadere mededelingen niet voor de hand dat zij voor Kelly essentieel zouden zijn'. Hetgeen sommigen (zoals Santen) met instemming gelezen zullen hebben: Kelly had ook zijn mond open moeten doen! Maar, had hij dan tegen Rietveld, die trouwens ook door een makelaar vertegenwoordigd was, moeten zeggen: 'voor mij is essentieel als ik een pand van 5 ton koop, dat de vloeroppervlakte 1400 m² is en niet bijvoorbeeld 1000 m²?' (een pand dat enige tijd later slechts *f* 330.000,- waard blijkt te zijn). Had hij moeten zeggen: 'ik reken op een gas-c.v., zoals in de advertentie stond, want de stookkosten voor zo'n groot pand zijn voor mij belangrijk'? Curieus detail, Kelly wilde er een 'Caraïbisch Centrum' en een vereniging ter bevordering van de Surinaamse Cultuur in vestigen - hetgeen hij ook daadwerkelijk enige tijd gedaan heeft. Voor dat doel lijkt een warmgestookt pand essentieel. Ik weet echter niet of dit de verkoper bij de onderhandelingen al duidelijk was of kon zijn.

Natuurlijk was het niet zo verstandig van Kelly (en zijn makelaar) om de c.v.-installatie niet te inspecteren en daarover zo nodig vragen te stellen. Maar mocht hij niet afgaan op de duidelijke mededeling daaromtrent in de advertentie, sinds *Baris - Riezenkamp*? Hij is tenminste daardoor op het verkeerde been gezet, en dat risico ligt bij de verkoper, die de onjuiste informatie verschaft heeft.

Al met al lijkt mij dat er voldoende aanleiding voor de hoge raad bestond om, conform zijn eigen dwalingsjurisprudentie, het hof op de vingers te tikken. Het college hield echter afstand, 's hofs oordeel was 'zozeer verweven met feitelijke waarderingen', etcetera. Hierbij wreken zich enkele cassatietechnische ongemakken, zoals de raad die overigens zelf creëert: het belangrijke punt van eerdere advertenties, waarin sprake was van 1200 m² en 'c.v.', zonder verdere aanduiding, werd door de raad niet erbij betrokken, aangezien Kelly geen dossier overgelegd had, waaruit dat zou blijken(!). Verder had het hof 'blijkbaar' in de stukken niet een voldoende bewijsaanbod van Kelly aangetroffen, en hoefde het Kelly dus niet in de gelegenheid te stellen zijn stellingen te bewijzen. Men krijgt niet de indruk dat Kelly's rechtspositie optimaal naar voren gebracht is.

Mijns inziens had de hoogste rechter ook zonder verdere feitelijke informatie de was kunnen doen, of eventueel de zaak terug kunnen wijzen. Een voorbeeld hoe het ook kan is het vonnis van de Rb. Rotterdam (*NJ* 1988, 486):

35. HR 11 april 1986, *NJ* 570.

§1. DWALING (MISLEIDING)

een notaris maakt een recherchefout en geeft de omvang van een geveild onroerend goed onjuist weer, bijna 1/3 minder. Het verweer dat de koper, een onroerend goed-maatschappij, maar onderzoek had moeten plegen wordt door de rechtbank terzijde gesteld; het beroep van de notaris op de exoneratieclausule wordt in strijd met de goede trouw geacht. In casu had de koper het pand tevoren in het geheel niet bezichtigd.

Ik heb getracht uiteen te zetten waarom de twee laatste dwalingsarresten tot de 'misleading cases' gerekend moeten worden. Mocht men denken dat de hoge raad misschien omgegaan is, dan valt allereerst te wijzen op de arresten *Willart - Snijders*, en *Vis - Bruch*.³⁶ In beide gevallen wordt à la *Van der Beek - Van Dartel* de mededelingsplicht boven de onderzoeksplicht gesteld; het betrof resp. verzwijging van een bestemmingsplan en onduidelijkheid over de omvang van het perceel. De kernoverweging in de laatste zaak haal ik graag aan, omdat het zo goed in mijn straatje past (en niet in dat van Santen, in zijn meer genoemde oratie):

'Daarbij verdient opmerking dat het in een situatie als de onderhavige in de eerste plaats op de weg van de verkoper ligt om aan een eventuele gegadigde duidelijkheid te verschaffen omtrent hetgeen zijn aanbod omvat, en dat voorts het betoog van *Vis c.s.* (verkopers) dat te dezer zake moet worden uitgegaan van een 'zelfstandige onderzoeksplicht' van *Bruch* als koopster, geen steun vindt in het recht'.

De vis wordt niet altijd duur betaald, zeker niet als er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen bij de koper in spe. Hij mag afgaan op mededelingen van de 'wederpartij in hun door de context bepaalde betekenis'.³⁷ Als zijn wederpartij hem er laat 'intuinen' door zijn gekleurde voorstelling van zaken, waarop is afgegaan, hoeft hij juridisch nog niet af te gaan. Het leerstuk van de uitleg, aangevuld door dat van aanbod en aanvaarding en van de dwaling bieden hem steun voor het vinden van een redelijke oplossing.

Deze lijn in de rechtspraak is bevestigd in het arrest *Van Geest - Nederlof*, HR 21 dec. 1990, *NJ* 1991, 251, dat uitvoerig besproken werd in Hoofdstuk 4, bij de behandeling van de garantie (§ 3, nr 6, in fine). De hoge raad gaf het uitgangspunt nog eens duidelijk weer, als 'een in vaste rechtspraak van de HR aanvaarde regel' (hetgeen men na de arresten die eerder behandeld werden met gemengde gevoelens zal lezen):

'Wanneer een partij voor de totstandkoming van een overeenkomst aan de wederpartij bepaalde inlichtingen had behoren te geven ten einde te voorkomen dat de wederpartij zich omtrent het betreffende punt een onjuiste voorstelling zou maken, zal de goede trouw zich in het algemeen ertegen verzetten dat eerstgenoemde partij ter afwering van een beroep op dwaling aanvoert dat de wederpartij het ontstaan van de dwaling aan zichzelf heeft te wijten' (ov. 3.2).

36. HR 4 dec. 1987, *NJ* 1988, 345, *Willart - Snijders*; HR 23 dec. 1988, *NJ* 1991, 166, nt WMK, *Vis - Bruch*.

37. Dat laatste aspekt komt te weinig tot zijn recht in de visie van Santen; zijn oratie is een interessant pleidooi om de verhouding tussen partijen bij de koop van onroerend veel losser te zien dan gebruikelijk is, met ruimte voor heronderhandelen indien de koper teleurgesteld wordt in het gekochte onroerend goed. In mijn recensie heb ik mij daarover kritisch uitgelaten, zie t.a.p.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

De toepassing van deze (oude) regel in het concrete geval, de koop van een tweedehands auto met een ernstig, verzwegen gebrek (aanrijdingsschade), werd hierboven door mij met instemming begroet. Ik verwijs verder naar die passage.

In de rechtspraak in de jaren die volgen is deze hoofdregel in standgehouden, zij het dat de nuances met het oog op de omstandigheden van het geval tot de nodige discussie kunnen leiden. Dat daarbij de emoties behoorlijk kunnen oplopen bewijst het *Hoog Catharijne*-arrest van 1995, dat eerder bij de uitleg al uitvoerig ter sprake gekomen is.³⁸ In het kader van de dwaling ga ik nog kort op enkele aspecten van die uitspraak in.

In deze zaak ging het zoals bekend om een gecompliceerde bedrijfsovername waarbij de koper (ABP) een 'due diligence'-onderzoek door een zeer deskundig team had laten uitvoeren. Na de koop (à f 425 mln) bleek er toch nog een lijk in een kast aangetroffen te zijn: onbekende canonverplichtingen uit hoofde van erfpacht (leningen van f 7,6 mln). De koper voelt zich bekocht (iedereen moet tegenwoordig op de kleintjes letten, zoals Albert Heijn ons geleerd heeft). De verkoper (HC) had toch een garantie gegeven voor de volledigheid van de verstrekte informatie en gegevens, en dat er geen andere schulden waren dan op de balans stonden? Concreet betekent dit volgens koper dat die onbekende canonverplichtingen op de balans hadden moeten staan. Ik verwijs voor de verdere details naar de eerdere bespreking van dit arrest, bij de uitleg.

De Rb. Maastricht volgt, volgens het boekje, de regel van *Van der Beek - Van Dartel* (1973): de informatieplicht van de verkoper weegt zwaarder dan de onderzoeksplicht van de koper. Aangezien er geen reden voor twijfel bestond, was er geen aanleiding om een verzwaarde onderzoeksplicht van de koper aan te nemen. Anders oordeelt het Hof Den Bosch: de canonverplichtingen hoefden niet op de balans opgenomen te worden, hetgeen door koper onvoldoende betwist was; bovendien had koper ermee genoegen genomen dat een haar bekende erfpachtlening (van f 25 mln) niet op de balans stond. De garantie was volgens het hof dus niet geschonden. Evenmin was sprake van de schending van een spreekplicht van verkoper: indien koper alle canonverplichtingen wilde kennen had zij die kunnen vinden via de ter beschikking gestelde stukken, waarop het due diligence-team gestudeerd had.

De hoge raad deelt de visie van het hof en is van oordeel dat de reikwijdte van de spreekplicht van verkoper mede bepaald wordt door hetgeen van koper aan inspanningen verwacht mocht worden. Daarbij zijn de omstandigheden van belang, samengevat: het team van koper mocht zelf in het archief van verkoper informatie vergaren, en kon aan de hand daarvan nadere informatie aan verkoper vragen; verkoper wist niet dat koper de kleine (canon-)leningen over het hoofd gezien had en wist bovendien niet of dit voor koper van belang was voor de waardebeoordeling, waarvan de gevolgde methode haar evenmin bekend was.

Ik vind de uitspraak al met al een juiste benadering van de onderhand traditionele afweging van spreekplicht tegenover onderzoeksplicht. Een aantal schrijvers denkt daar anders over, waarbij zij meestal geleid worden door een visie op het begrip 'garantie' die op mij nogal simplistisch overkomt (en op de hoge raad, trouwens); ik verwijs daarvoor naar de beschouwingen in het hoofdstuk over uitleg.³⁹ Is met dit arrest nu de gangbare regel inzake de

38. HR 22 dec. 1995, NJ 1996, 300, *ABP c.s. - FHG en Breevast*, zie boven, Hfdst. 2, § 2, nr 14 (uitleg).

39. Zie Hfdst. 2, § 2, nr 14. Aan de daar genoemde lit. valt nog toe te voegen: W.J. Slagter, *TVVS* 1996, p. 327 (met naschrift *De Nijs Bik*, idem). Slagter noemt het arrest 'juridisch onjuist en maatschappelijk ongewenst'; dat eerste omdat de HR 'zich losgemaakt heeft van de bedoeling van partijen bij het formuleren van een garantie in het kader van een overname', het

§1. DWALING (MISLEIDING)

afweging van verplichtingen doorbroken ('spreekplicht weegt zwaarder dan onderzoeksplicht')? Naar mijn mening is dat niet het geval en onderstreept deze uitspraak weer eens dat een regel uitzonderingen kent (die 'de regel bevestigen', zoals het gezegde met gevoel voor dialectiek al eeuwen leert); uitzonderingen die aan de omstandigheden van het geval ontleend worden, zoals de hoge raad uitvoerig betoogd heeft.

De inhoud van de spreekplicht wordt bepaald door de te verwachten deskundigheid van de wederpartij (men hoeft geen dingen uit te leggen die bekend verondersteld mogen worden), terwijl bovendien de risikovraag meespeelt: men mag in geval van een deskundige wederpartij bekendheid met eigenschappen van de zaak voor diens risico laten. Zoals boven naar voren gebracht werd, is de rechtspraak waarbij de hoge raad de nieuwe dwalingsleer sinds de jaren '50 en '60 ontwikkelde, juist op dat punt gericht: de invloed van deskundigheid op de nieuwe dwalingsregels, spreekplicht en onderzoeksplicht.

Zoals altijd kan die afwegingsregel beperkt worden door het beginsel van de goede trouw: indien de verkoper bewust getracht heeft de deskundige koper om de tuin te leiden, en deze er inderdaad 'ingetuind' is, ondanks alle deskundigheid, heeft de verkoper het recht verwerkt om zich op de *Van der Beek - Van Dartel* regel te beroepen. Het kan een ingewikkelde vraag zijn of dat in casu het geval geweest is; indien de transactie gecompliceerd was, wordt die vraag alleen maar nog gecompliceerder. Dat leert de Hoog Catharijne-zaak.

De vraag hoever de spreekplicht strekt kwam ook aan de orde in een onroerend goed-zaak in 1996.⁴⁰ Een koper van een pand, een woonhuis in Bloemendaal, werd geconfronteerd met ernstige bodemvervuiling als gevolg van een lekkende olietank.

De verkoper had het huis vanaf 1972 bewoond tot de verkoop in 1990, de olietank was in 1982 buiten gebruik gesteld. De koper vordert onder meer restitutie van het deel van de koopprijs dat correspondeert met de bodemschade die ontstaan is. Nu kon niet aangetoond worden dat de verkoper op de hoogte was van de omstandigheid dat de tank lekte, met de milieuschade als gevolg. De koper heeft dan ook het verwijt van in gebreke blijven met het geven van inlichtingen over de verkochte zaak beperkt tot het niet medegedeeld hebben dat er een olietank in de grond zat, los van de vraag of verkoper al dan niet bekend was of had behoren te zijn met een mogelijke verontreiniging van bodem en grondwater ten gevolge van de aanwezigheid van de olietank.

De hoge raad overweegt daaromtrent:

De klacht 'faalt omdat niet kan worden aangenomen dat ten tijde van het sluiten van de onderhavige koopovereenkomst de maatschappelijke opvattingen meebrachten dat de verkoper van een perceel grond waarop zich een ingegraven huisbrandolietank bevond, ongevraagd, en ongeacht of hij al dan niet bekend was of had behoren te zijn met een mogelijke

tweede omdat in de overnamepraktijk een grote betekenis wordt toegekend aan garanties, die door de uitleg van de HR 'ondergraven worden'. Het zal duidelijk zijn dat ik mij in deze visie niet kan vinden (evenals De Nijs Bik trouwens); zie boven.

40. HR 22 nov. 1996, NJ 1997, 527, nt WMK, *Kaars Sijpesteijn c.s. - De Marez Oyens c.s.*; TMA 1997, p. 48. Zie voor deze problematiek: P. Klik, *Wie een olietank begraaft voor een ander ...*, TMA 1995, p. 73, met eerdere rechtspraak. Vgl. ook HR 21 juni 2002, NJ 2004, 128, nt WMK, *Van den Akker - Gem. Helmond*, waarover G. Raaijmakers, WPNR 6507 (2002), p.729.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

verontreiniging van bodem en water tengevolge van de aanwezigheid van die tank, van de aanwezigheid van die tank mededeling behoorde te doen met als gevolg dat het bij uitblijven van een zodanige mededeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou worden om een beding als het onderhavige in te roepen' (ov. 3.3).

Men ziet dat de hoge raad niet bereid is om de spreekplicht zo ver op te rekken dat ook algemene informatie over eigenschappen van de verkochte zaak gegeven moet worden, ongeacht de bekendheid met de risikovragen die daaraan in het algemeen verbonden zijn. De hoge raad gaat er daarbij van uit dat in 1990 de problematiek van lekkende olietanks nog geen algemene bekendheid genoot; ook in het geval dat wel zo is (men zou vraagtekens kunnen zetten bij die datum, dat hangt ook van het gemeentelijk beleid af; had Bloemendaal eigenlijk wel een wethouder voor milieuzaken in die tijd?) kan men zich voorstellen dat het wat ver gaat om de verkoper te verplichten om de aspirant-koper op het bestaan van een olietank in de grond te wijzen, op straffe van aansprakelijkheid indien die tank gelekt blijkt te hebben (steeds in het geval het de verkoper niet bekend was dat er een bodemprobleem bestond). Ook de koper is immers bekend met het fenomeen olietanks van voor het aardgastijdperk en kan vragen stellen aan de huiseigenaar wat er sindsdien mee gebeurd is; of hij ooit geleege is of op lekkage gecontroleerd is. Het is weer de bekende afweging van verplichtingen die hier aan de orde is, waar ik niet verder op zal ingaan.

Voor de overige ontwikkelingen in de rechtspraak inzake dwaling wordt naar de eerder vermelde rechtspraakoverzichten gewezen.⁴¹ Op het terrein van *transakties met banken* zijn er interessante ontwikkelingen gaande die nog het vermelden waard zijn; van banken wordt meer dan vroeger een actieve houding in de precontractuele fase geëist tegenover een niet-deskundige wederpartij. Instructief is het arrest *Van Lanschot - Mevr. Bink* (1990), een soort

41. Een toepassing van de mededelingsplicht in een arbeidsrechtelijke verhouding is te vinden in HR 19 sept. 2003, *RvdW* 146, *Marks – Albert Schweitzer Ziekenhuis*. Een werkgever mag geen mededelingen over pensioenopbouw aan een werknemer doen zonder zich van de juistheid van die mededelingen te overtuigen.

Voor een toepassing van de informatieplicht bij een franchise-overeenkomst, zie: HR 25 jan. 2002, *NJ* 2003, 31, nt *JBMV, Paalman – Lampenier*, waarover M.J. van Laarhoven, *WPNR* 6484 (2002), p.287. De HR verwerpt de opvatting dat uit de aard van de franchise-overeenkomst de regel voortvloeit dat op de franchisegever een verbintenis rust om de franchisenemer in te lichten omtrent de te verwachten omzet of winstverwachting. Bijzondere omstandigheden kunnen dat wel met zich brengen, maar daarvan was niet gebleken.

Zie voor een geval van bedrijfsovername en de relatie mededelingsplicht – onderzoeksplicht: HR 10 okt. 2003, *JOL* 514, *VBI – Beerkens*, waarover G. Raaijmakers, *NTBR* 2004, p.277. Hier was de vraag of koper wel was afgegaan op onjuiste (onvolledige) mededelingen van verkoper en gedupeerd was door diens verzwijgingen, aangezien hij een aanzienlijke korting bedongen had, en bovendien had afgezien van het instellen van een due diligence-onderzoek. Een soort van risico-aanvaarding. Het hof had geoordeeld dat de koper met de korting 'bewust het risico heeft genomen dat de waarde van Beerkens Paints kon tegenvallen en de goede en kwade kansen van de gesloten koopovereenkomst heeft aanvaard'. Volgens de hoge raad ligt in dit oordeel besloten dat de koper (VBI) 'de kans op dwaling in de overeenkomst heeft verdisconteerd in die zin dat die dwaling op grond van de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven'. In die context komt aan een beroep op schending van de mededelingsplicht geen betekenis toe, concludeert de raad.

§1. DWALING (MISLEIDING)

schoonmoeder-arrest (1924), zij het dat hier een moeder als borg voor haar ondernemende zoon optreedt.⁴²

Moeder Bink stelt zich voor f 400.000,- borg voor verplichtingen van Bink Jr wiens bedrijf Adler (waar hij als directeur toetreedt) kapitaal nodig heeft dat hij van de bank kan lenen. Moeder weet dat het bedrijf van haar zoon er zwak voorstaat en kapitaal nodig heeft, maar weet niet dat de toestand zo abominabel is dat een faillissement eigenlijk toen al onafwendbaar was. De bank denkt ook dat het nogal losloopt en verhoogt tegelijkertijd zelf haar krediet. Het gaat dus helemaal fout, met rampzalige financiële gevolgen voor de moeder met het grote hart; ook de bank gaat trouwens voor 7 ton het schip in. Het doet denken aan de *Saladin* - *HBU* (1967) casus, waar de bank-employé's dachten dat het kopen van aandelen Waterman Pen Co. een gouden handel was, met desastreuze gevolgen voor hen en *Saladin* gelijkelijk. Hof en hoge raad besteden (dit keer) terecht geen aandacht aan de subjektieve goede trouw van de bank (medewerkers). De bank had gesteld dat zij mevr. Bink gewaarschuwd had voor de risico's, zelfs de borgtocht heeft afgeraden en dat Bink nagelaten had onderzoek in te stellen. De bewijslast ten aanzien van dat eerste zint de bank niet, doch de hoge raad steunt het hof daarin, en aanvaardt als grondslag:

'dat onder omstandigheden ... het gevaar van ondoordachtheid of misplaatst vertrouwen op de goede afloop zodanig is dat het een professionele kredietverlener als de Bank - die in de regel beter in staat zal zijn om het risico dat de borg loopt, te beoordelen dan de partikulier die uit hoofde van zijn persoonlijke relatie tot de schuldenaar bereid is borg te staan - alleen dan vrijstaat te betogen dat de dwaling voor rekening van de partikuliere borg moet blijven indien hij stelt, en voor zover nodig, bewijst, dat hij de borg omtrent die risico's heeft voorgelicht' (ov. 3.4).

Een omkering van de bewijslast dus. Enkele jaren later is de hoge raad in de gelegenheid om in een soortgelijk geval een beslissing te geven, waarbij het echter om een professionele borg ging (een gemeente).⁴³ De borg was niet op de hoogte van een andere lening die de schuldenaar had uitstaan, in tegenstelling tot de bank, doch deze had haar niet daarover geïnformeerd. De hoge raad overweegt allereerst dat, anders dan in het geval van een partikuliere borg, bij een professionele borg een dwaling inzake de financiële positie van de schuldenaar naar de aard van de borgtochtovereenkomst voor rekening van de borg dient te blijven (met verwijzing naar art. 228 lid 2). Dit beginsel geldt echter niet, vervolgt de raad, indien de dwaling is te wijten aan de wederpartij van de borg (hier: de bank), indien zij teweeg gebracht is door gedragingen van die wederpartij, zoals het schenden van een informatieplicht (met verwijzing naar art. 228 lid 1b).⁴⁴

In dezelfde lijn ligt een uitspraak met betrekking tot een partikuliere kredietnemer, die in een onderneming wil gaan investeren, *Bink Jr - Van Lanschot*, inderdaad de zoon van mevr. Bink die tegen de bank een procedure ingesteld had.⁴⁵ De hoge raad overwoog dat hetgeen in

42. HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 759, nt CJHB; vgl. ook Chao-Duivis, diss. p. 301 v.; Castermans, diss. p. 109 v.; R.P.J.L. Tjittes, *Bezwaarde verwanten*, oratie VU Amsterdam, Deventer 1996, p. 54 v.

43. HR 3 juni 1994 *NJ* 1997, 287, nt CJHB, *Direktbank - Gem. Breda*.

44. De betekenis die Brunner in zijn noot hieraan geeft met behulp van een a contrario-redenering, namelijk dat dit vereiste door de HR *niet* bij een partikuliere borg gesteld zou worden, lijkt mij vergezocht. Brunner acht dat overigens in strijd met art. 228, evenals met de aard van de borgtocht.

45. HR 19 mei 1995, *NJ* 1997, 648, nt CJHB. Zoon Bink was niet geslaagd in zijn bewijsopdracht dat het bedrijf er al ten tijde van de kredietverlening slecht voorstond, en dit hem onbekend was; het hof is van oordeel dat de verslechtering het gevolg is van ontwikkelingen die zich pas naderhand voorgedaan hebben.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

een situatie van een partikulier die overweegt zich borg te stellen van de bank verwacht mag worden 'niet zonder meer van toepassing is op een geval als het onderhavige waarin sprake is van een kredietfaciliteit teneinde met behulp daarvan te kunnen deelnemen in een onderneming'.

Een netelig terrein is het schemergebied waarbij de bank zowel als adviseur optreedt, als financiële bankdiensten verleent, en het vervolgens mis gaat. Hier doen zich verschillende vragen voor. Hoever moet een bank gaan met het tegen het licht houden van een commercieel project waarop krediet gegeven moet worden, en is dat uitsluitend in eigenbelang gedaan? Wat indien de bank ook zelf overtuigd was van het *feasible* zijn van een project, dus te goeder trouw was: is dat geen teken dat het tij tegen zat, en er enkel een ondernemersrisiko in het geding is, voor rekening van de client? Het kan hierbij om clienten gaan, maar ook om derden die informatie gevraagd hebben.⁴⁶ Ook de laatste personen hebben naar mijn mening recht op een behoorlijke dienstverlening van een bank, althans niet valt in te zien dat de bank tegenover derden minder zorgvuldig zou behoeven zijn dan tegenover clienten. In andere zin echter Brunner in zijn noot onder de Van Lanschot-zaak uit 1990. Voor mijn opvatting is steun te vinden, behalve in het genoemde arrest *Direktbank - Breda* (1994), in het arrest *ABN AMRO - Hendriks*, waar geen sprake is van een advies, maar een aansprakelijkstelling van een bank, weliswaar door een client, en de raad het oordeel van het hof onderschrijft dat 'de rol die banken in het maatschappelijk verkeer vervullen verhindert te aanvaarden dat een bank haar client onjuiste informatie verschafft omtrent diens rechtspositie' (ov. 3.1.3).⁴⁷ Die maatschappelijke rol lijkt mij voor banken ook tegenover derden weggelegd.

Tenslotte nog een andere dwarsstraat in dwalingsland, en minstens zo belangrijk voor de praktijk. Bij *verzekeringsovereenkomsten* speelt het dwalingsleerstuk van oudsher een grote rol, en wel de figuur van verzwijging die in art. 251 K neergelegd werd; de verzekeringnemer mag geen informatie achterhouden die voor de verzekeraar relevant is om te kunnen beoordelen of hij de verzekeringsovereenkomst zou willen aangaan, en tegen welke voorwaarden. De grote vraag daarbij is, of het in casu voor de verzekeringnemer wel duidelijk was in welke informatie zijn wederpartij-assuradeur geïnteresseerd was. Bij de bespreking van de uitleg kwamen wij een aantal arresten op dat gebied tegen, waarnaar verder verwezen wordt.⁴⁸

46. Zie mijn beschouwingen in *WPNR* 6234 (1996), p. 585, waar behalve een engelse uitspraak (*Verity and Spindler v. Lloyds Bank*, 1995) ook de hier besproken nederlandse rechtspraak aan de orde gesteld wordt. Vgl. ook nog: F. Molenaar, *De aansprakelijkheid van de bank voor gebrekkige informatie*, *A & V* 1995, p. 107, met een bespreking van jurisprudentie en uitspraken van de Geschillen Commissie Bankbedrijf en Klachten Commissie Effectenbedrijf.

47. HR 29 sept. 1995, NJ 1998, 81 ; vgl. Klaassen, *NJB* 1996, p. 383, waar verdere lit.

48. Zie Hfdst. 2, § 2, nr 16 v. Vgl. verder nog, voor een overzicht van literatuur, rechtspraak en nieuwe wetgeving over dit onderwerp: Castermans, diss. p. 146 v.; Ph.H.J.G. van Huizen e.a., *Grondslagen van het verzekeringsrecht*, Lelystad 1996, p. 22 v.

§1. DWALING (MISLEIDING)

Rechtspraak na 1997

Sinds de vorige druk van dit werk is de ontwikkeling van het dwalingsleerstuk - nog steeds rechtersrecht - gestaag doorgegaan, zonder dat er echter van spectaculaire wendingen sprake is. Een uitwerking van bestaande lijnen, nog net geen *minimal music*. Soms grijpt de cassatierechter met letterlijke citaten terug op niet bij name genoemde standaardarresten op dit gebied, het feest der herkenning voor ingewijden, soms wordt expliciet naar een arrest verwezen. Voor de student-lezer vaak een nuttige oefening of hij de eerdere arresten kan traceren (zie nog onder, het *antilliaanse zwembad*-arrest), maar men dient in het oog te houden of er kleine uitbreidingen aan de gevestigde regel(s) gegeven worden. Nuttig en toch leerzaam, dus.

Een goed vertrekpunt is de zaak van het antilliaanse zwembad uit 1998.⁴⁹ Het is een casus van de koop van een huis met gebreken, en het zwembad was ook lek.

Vinck en Van Rosberg hadden hun huis in Curaçao te koop aangeboden in een nederlandse krant, voor NAF 495.000. Offringa, die in Duitsland woont, is geïnteresseerd en krijgt op verzoek een taxatierapport toegestuurd; daarin wordt de waarde van het huis op NAF 470.000 gesteld en worden enkele gebreken vermeld, maar geen scheurvorming, terwijl de staat van onderhoud 'goed' genoemd wordt. Tijdens een kort bezoek aan Curaçao bezichtigt Offringa het huis; hij constateert daarbij zettingen bij deuren en vloeren, enkele gerepareerde scheuren in een gang en ziet verticale scheuren tussen het huis en de aangebouwde meidenkamer en garagemuur, die hij (een leek op bouwkundig gebied) voor krimpscheuren aanziet. Het zwembad was gevuld met water. Na een tweede bezichtiging worden partijen het eens over de prijs: NAF 415.000. Na de oplevering treedt ernstige scheurvorming op; Offringa ontdekt dan dat onder panelen die muren bedekten grote scheuren zaten. Deskundigenonderzoek volgt: de scheurvorming wordt veroorzaakt door de fundering die gebreken van structurele aard vertoont; herstelkosten worden geschat op tenminste NAF 100.000. Het zwembad blijkt lek te zijn. Ook komt aan het licht dat de verkopers, die het huis vanaf 1984 bewoonden, in 1989 door een aannemer erop gewezen zijn dat de scheurvorming door verzakkingen veroorzaakt werd en dat herstel veel geld zou kosten. Deze informatie werd niet aan de koper gegeven. Offringa wil van de koop af en krijgt de rechtbank mee (Gerecht in Eerste Aanleg op de Antillen) die de overeenkomst wegens bedrog vernietigt. Dit vonnis wordt echter vernietigd door het hof aldaar (Gemeenschappelijk Hof van Justitie) en dan volgt een cassatieprocedure voor de Hoge Raad in Nederland (hetgeen vroeger koloniaal appel heette). Antilliaans recht is van toepassing, oud-BW, dus ons art. 7:17 BW is niet aan de orde.

De hoge raad komt tot de volgende overwegingen, zoals gezegd voor een groot deel een herhalingscollege Dwaling. Aan de student-lezer de vraag: welke standaardarresten worden door de raad (soms letterlijk) aangehaald?:

3.5. Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat, wanneer een partij vóór de totstandkoming van een overeenkomst aan de wederpartij bepaalde inlichtingen had behoren te geven teneinde te voorkomen dat de wederpartij zich omtrent de betreffende punten een onjuiste voorstelling zou maken, de goede trouw zich in het algemeen ertegen zal verzetten dat eerstgenoemde partij ter afwering van een beroep op dwaling aanvoert dat de wederpartij het ontstaan van de dwaling aan zichzelf heeft te wijten.

In deze, in vaste rechtspraak van de Hoge Raad aanvaarde regel ligt besloten dat het enkele feit dat een partij haar onderzoeksplicht naar bepaalde relevante gegevens verzaakt, niet uitsluit dat

49. HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666, nt WMK, *Offringa - Vinck c.s.*; *NTBR* 1998, p.295, nt Klik.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

de andere partij terzake van diezelfde gegevens een mededelingsplicht heeft. Bij het beantwoorden van de vraag of een partij terzake van bepaalde relevante gegevens naar de in het verkeer geldende opvattingen een mededelingsplicht heeft, dan wel of hij die gegevens voor zich mag houden omdat hij erop mag vertrouwen dat zijn wederpartij, die gehouden is om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder de invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft, ter nakoming van deze verplichting een onderzoek zal instellen en daardoor met meerbedoelde gegevens bekend zal worden, moet niet alleen worden gelet op alle bijzonderheden van het gegeven geval - die dan ook zo volledig en zo nauwkeurig mogelijk behoren te worden vastgesteld -, maar ook en vooral daarop dat voormelde regel juist ertoe strekt ook aan een onvoorzichtige koper bescherming te bieden tegen de nadelige gevolgen van dwaling veroorzaakt door het verzwijgen van relevante gegevens

(vgl. voor dit laatste: HR 21 december 1990, NJ 1991, 251, rov. 3.4 slot).⁵⁰

Geen nieuwe regel voor dwaling: 'regel 5' wordt bevestigd, maar het accent wordt gelegd op de bijzonderheden van het geval, waarbij bescherming van domme kopers voorop staat. Wanneer je scheuren ziet bij bezichtiging van een pand ligt het nogal voor de hand om er een deskundige bij te halen die informatie geeft of het kwaad kan (dat is overigens de taak van een makelaar)⁵¹. Daar staat tegenover dat de verkopers wisten dat de fundering niet deugde en voor veel geld hersteld zou moeten worden (zoals later blijkt, voor bijna een kwart van de koopsom). Niet alleen dat deze informatie tegenover de koper verzwegen wordt, grote scheuren worden achter panelen weggewerkt, het zwembad wordt gevuld, zodat het lekken niet opvalt, het is niet zo verwonderlijk dat de rechtbank aan bedrog dacht, in plaats van een aktie op grond van dwaling. Voor de vervanging van de term 'dwaling' door 'misleiding', zoals door mij bepleit, is deze casus een schoolvoorbeeld.

Hoe benadert de hoge raad dit dwalingsgeval, hoe worden de aangehaalde regels ingevuld? Het hof wordt op de vingers getikt, aangezien het onjuist is om ervan uit te gaan dat het gebrek aan onderzoek van de koper 'zonder meer de slotsom wettigt dat op de verkopers terzake geen mededelingsplicht rustte'. Het hof had zich de vraag moeten stellen of verkopers - die wisten dat de scheurvorming van structurele aard was - toen zij bemerkten dat de koper geen onderzoek daarnaar deed, naar *verkeersopvattingen gehouden waren* om van de hun bekende feiten mededeling te doen. De zaak wordt naar het hof ter afhandeling terugverwezen.

Men moet in dit verband wel in het oog houden dat de cassatierechter het belang van 'alle bijzonderheden van het gegeven geval' benadrukt heeft (die nauwkeurig vastgesteld moeten worden). Het was in casu toch pure misleiding, grenzend aan bedrog door verkopers: scheuren in muren verdoezelen met betimmering en niet zeggen dat het zwembad lekt. De zinsnede over het constateren dat koper geen onderzoek deed, moet in dat licht geplaatst worden, lijkt mij. Het verwijzen naar de *verkeersopvattingen* vraagt om differentiatie naar gelang van de aard van de overeenkomst: koop van onroerend goed, bedrijfsovername, koop van een praktijk, etc. Dat ligt in de rede; een bedrijfsovername, met zijn 'due diligence onderzoek' ('DDO' in de praktijk), waarbij teams van specialisten aan het werk zijn - denk aan de *Hoog Catharijne*-zaak - is nu eenmaal iets anders dan de koop van een huis, zeker wanneer de koper geen enkele deskundige bijstand heeft.

50. De door de HR geciteerde arresten zijn, in volgorde van opkomst: *Van Beek - Van Dartel* (1973), *Baris - Riezenkamp* (1957) en *Van Geest - Nederlof* (1990).

51. Zie bijv. Ktg. Hilversum 11 nov. 1998, *Prg.* 1999, 5080, gebrek cv-installatie.

§1. DWALING (MISLEIDING)

Dat de koop van aandelen ook een aparte figuur is, blijkt uit een ander recent arrest; bovendien zijn de omstandigheden van het geval ook hier weer van groot belang.⁵² Partijen kenden elkaar namelijk zeer goed, werkten al vele jaren samen, en verder was de veronderstelling waarvan de koper ten onrechte van uitgegaan was gebaseerd op een mededeling die de verkoper jaren tevoren tegenover hem gedaan had. Staat dat laatste een beroep op dwaling in de weg? De hoge raad meende, anders dan het hof, dat dit niet het geval was, naar mijn mening terecht. Hoe verhouden onderzoek en spreekplicht zich tegenover elkaar wanneer partijen goede bekenden van elkaar zijn en jarenlang intensief samengewerkt hebben?

Enigszins vereenvoudigd is de casus als volgt. Van Egmond werkt in het bedrijf in bloemenexport van Vletter; in 1985 koopt hij de helft van de aandelen van het bedrijf (een BV), en wordt hij mede-direkteur, naast Vletter. In 1991 koopt Van Egmond voor f 230.000,- de overige aandelen van Vletter, die ernstig ziek geworden was en in 1992 overlijdt. Nu had Vletter in 1982 voor zichzelf en zijn vrouw, Stijnman, een lijfrente-overeenkomst gesloten - dat wil zeggen de BV had dat gedaan - voor een bedrag van f 123.463,- dat jaarlijks verhoogd werd met de rente over dat bedrag. Van Egmond had in 1989 van Vletter gehoord dat er geen rente meer bijgeschreven hoefde te worden op de lijfrenterekening. Na het overlijden van haar man vordert mevr. Stijnman bijstorting van rente op de rekening voor de periode 1989 tot 1991, ad f 42.452,-, hetgeen Van Egmond, eigenaar van de BV, weigert, en dat is de inzet van het geschil.

Van Egmond doet een beroep op dwaling (aanpassing van de overeenkomst), aangezien hij in 1989 van Vletter begrepen had dat er geen rente meer bijgeschreven hoefde te worden, en bij de overdracht van de resterende aandelen in 1991 was die indruk versterkt. Mevr. Stijnman stelt zich op het standpunt dat Van Egmond ampel gelegenheid gehad heeft om zich een juiste voorstelling te vormen; de laatste beroept zich erop dat uit de jaarstukken van de BV sinds 1989 niet van rentebijgeschrijvingen gebleken is, waarop hij afgegaan was. Het gaf geen aanleiding om vragen te stellen of nader onderzoek te doen. Vletter had bij hem de indruk gewekt dat hij met de betaling van de koopsom voor de aandelen en de uit de jaarcijfers over 1990 blijkende verplichtingen 'overal vanaf was'.

Het Hof Den Haag stelt de weduwe in het gelijk: op Vletter rustte slechts een informatieplicht indien Van Egmond van het bestaan van de lijfrente-overeenkomst niet op de hoogte was; nu hij daarmee bekend was lag het op de weg van Van Egmond om naar de renteverplichtingen te vragen en zo nodig een eigen onderzoek in te stellen. De hoge raad casseert echter, aangezien het hof nagelaten heeft om op de stellingen van Van Egmond in te gaan (weer een hof dat zijn jurisprudentie niet bijgehouden heeft?); dat de onjuiste voorstelling van zaken door Vletter jaren eerder gewekt was, doet niet ter zake. Dan volgt een overweging waarin *regel 5* uit *Van Beek - Van Dartel* geciteerd wordt, met als conclusie dat het enkele verzaken van de onderzoeksplicht door een koper niet uitsluit dat de andere partij geen mededelingsplicht heeft, met verwijzing naar het *antilliaans zwembad*-arrest. De raad constateert dat de klacht terecht was dat het hof onvoldoende gemotiveerd heeft waarom op Vletter geen mededelingsplicht rustte, en vervolgt dan:

'Het hof heeft immers in de eerste plaats niet aangegeven welke in het verkeer geldende opvattingen het bij zijn oordeel is uitgegaan. Het hof heeft voorts niet doen blijken dat het heeft gelet op de bijzonderheden van dit geval. Met name blijkt niet dat het hof aandacht heeft besteed aan de stelling van L.E. Beheer (de BV van Van Egmond, v.D.) dat zij in de gegeven omstandigheden - Vletter en Van Egmond kenden elkaar al jaren, werkten nauw samen en vertrouwden elkaar blindelings - geen aanleiding had nader onderzoek te doen naar of vragen

52 HR 16 juni 2000, NJ 2001, 559, L.E. Beheermij. B.V. - Stijnman.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

te stellen over de inhoud van de stamrechtovereenkomst (d.i. de lijfrente-overeenkomst, v.D.)' (ov. 3.4).

Het gevaar bestaat dat men over de essentie van het arrest heenleest, en het opvat als meer van hetzelfde, de zoveelste uitspraak waarin een hof tot de orde geroepen wordt en het huiswerk moet overmaken (in casu: een ander hof).⁵³ Dat wordt anders wanneer men van de degelijke conclusie van a-g Langemeijer kennisneemt - *nomen est omen?* - waarin uitvoerig uiteengezet wordt welk onderscheid in verkeersopvattingen denkbaar is en aandacht voor het specifieke karakter van aandelentransakties gevraagd wordt. De regel voor verkoop van onroerend goed, zoals bevestigd in *antilliaans zwembad*, kan men niet zomaar op aandelenkoop toepassen, stelt de a-g, terwijl ook nader aangegeven zou moeten worden of de *Hoog Catharijne*-regel over de verhouding spreekplicht - onderzoekplicht, bedoeld voor mega-transakties met DDO, etcetera, opgaat in een mini-casus als deze, waar partijen elkaar van haver tot gort kenden, en er 'blindelings vertrouwen' bestond, zoals de hoge raad het uitdrukt. Ook kan er sprake zijn van angelsaksische gebruiken die bij internationale transakties de toon aangeven (de DDO is ook daarvan afkomstig, uiteraard), waarbij volgens sommige auteurs 'non-disclosure' de norm is, hetgeen voor het vaststellen van relevante verkeersopvattingen van belang is, aldus Langemeijer. Dat laatste blijkt alleen al uit de ook in de nederlandse advocatuur gangbare termen als: 'letter of intent', 'agreement' (of 'deal') en de 'closing' van de 'deal', voeg ik hieraan toe; de inhoud daarvan is in sterke mate bepaald door internationale gebruiken op dit gebied. Dat wil weer niet zeggen dat een nederlandse rechter of arbiter daarmee getrouwd is: men kent in common law-landen bijvoorbeeld geen aansprakelijkheid uit afgebroken onderhandelingen, anders dan naar ons recht, en bovendien kunnen wij sommige gebruiken uit de *global village* niet zo fris vinden. Daarbij komt dat, zoals elders besproken, de meningen over de verhouding spreekplicht - onderzoekplicht in een *Hoog Catharijne*-casus in onze doctrine zeer verdeeld zijn.⁵⁴ Het Hof Den Haag heeft zich in de Vletter-zaak wellicht door een van die stromingen laten leiden - met name de angelsaksische lijn: *non-disclosure*, het noemen van een rechtsverhouding of -verplichting is voldoende, de onderzoekplicht van de wederpartij is dan aan bod - maar het hof heeft dat niet expliciet gedaan. Dat stelt ook a-g Langemeijer vast, naast een miskenning van de bijzonderheden van deze casus.

Het is jammer dat onze hoge raad nog steeds niet de angelsaksische wijze van arrest-wijzen overgenomen heeft (overigens ook de teutoonse methode) en hetgeen in de conclusie van de a-g aangevoerd wordt in zijn overwegingen niet verwerkt heeft. Die blijven daardoor, zoals zo vaak, uiterst cryptisch.

De verhouding tussen spreekplicht en onderzoekplicht bij het sluiten van contracten zal blijven boeien, en de steen der wijzen is nog niet gevonden. De problematiek is niet van vandaag of gisteren; ik breng in herinnering, nu de verschillende verkeersopvattingen aan de orde gekomen zijn, dat bij de introductie van de nieuwe dwalingsleer, bij monde van Meijers en De Grooth,

53. Zo heeft Tjittes in zijn 'Kroniek van het vermogensrecht' in *NJB* 2000, p. 1521 v., een heel andere kijk op het arrest.

54. Zie boven, en uitvoeriger bij de uitleg, Hfdst. 2, par. 2, nr 14.

§1. DWALING (MISLEIDING)

voor en na de oorlog, aansluiting gezocht werd bij de common law-benadering. Dat gold niet alleen de figuur van *misrepresentation*, maar ook het aanvaarden van een verzwaarde spreekplicht bij zogenaamde *uberrimae fidei*-relaties ('hoogste mate van vertrouwen'), met als archetype de verzekeringsovereenkomst en van oudsher art. 251 K - die bij de uitleg uitvoerig ter sprake gekomen is - en daarnaast bedrijfsovernames en overdracht van onroerend goed.⁵⁵ Dat geeft te denken; wij zijn nog steeds struikelend bezig om deze gebieden in kaart te brengen.

C. DOGMATISCHE ASPEKTEN VAN DWALING

5. *Grenzen met andere rechtsfiguren. Samenloop van akties; schadevergoeding bij dwaling.*

Indien wij na dit onderzoek naar het rechtersrecht inzake de dwaling art. 6:228 BW bij de beschouwing betrekken, dan zien wij dat dank zij de inbreng van De Grooth (lid van het Driemanschap dat Boek 6 voltooide na Meijers' dood) het artikel heel aardig spoort met de geldende jurisprudentie. Het is jammer dat de onderzoeksplicht niet opgenomen is; in dat geval had de wetgever zich wellicht ook moeten wagen aan de verhouding tot de mededelingsplicht van lid 1, sub *b*. Het had overigens geen kwaad gekund om de regels nadrukkelijker onder vlag van de goede trouw te plaatsen; dat is natuurlijk indirect het geval via de artt. 6:2 en 248, en verder 218 inzake aanbod en aanvaarding, maar het geeft meer diepte aan de opgenomen regels. Opvallend is trouwens, dat in lid 2, inzake dwaling met betrekking tot toekomstverwachtingen, de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) ontbreekt. Men vindt wel de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de omstandigheden van het geval genoemd. Het zal geen toeval zijn; bij andere cruciale bepalingen ontbreekt het beginsel ook, zoals bij het artikel over de causaliteit, art. 6:98 BW. Hier werd de 'toerekening naar redelijkheid' in de wet opgenomen, echter zonder het begrip redelijkheid in de wetstekst te gebruiken; volgens de toelichting wilde men te grote discretionaire bevoegdheid van de rechter voorkomen. Die zienswijze is merkwaardig, en moeilijk in verband te brengen met de ontwikkelingen in de jurisprudentie. Dat geldt ook voor het onderhavige geval, de dwalingsregeling.

Zoals uit het bovenstaande rechtspraakoverzicht bleek (dat overigens niet volledig was)⁵⁶ zal voorlopig nog veelvuldig een beroep op de rechter gedaan moeten worden bij dwalingsvragen. Het is te hopen en te verwachten dat de redelijkheid daarbij een grote rol zal spelen, niet alleen bij kwestie van de toekomstverwachtingen.

In de literatuur heeft men al jaren moeite met het bijhouden van de jurisprudentie, in de zin van het aanpassen van de oude dogmatiek die op dwaling als 'wilsgebrek' gebaseerd is. Een traditie die op sommige punten nog steeds in ere gehouden wordt. Rutten heeft in zijn bewerking van de Asser-serie grote moeite gehad met de moderne rechtspraak op dwalingsgebied - de leer van

55. Zie boven, begin nr 4, en nt 26.

56. Zie voor verdere jurisprudentie Van Rossum, t.a.p.; Castermans, t.a.p.; *Contractenrecht II-E* (Hijma), nr 1019 v.; *Verbintenissenrecht* 3 (Hijma), art. 228, aant. 4 v.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

Van Oven, Meijers, De Grooth waarbij ik mij aangesloten had, werd door hem verworpen - en zijn opvolger, Hartkamp, zit op dezelfde lijn, met enkele concessies.⁵⁷ Uitgaande van de wilsovereenstemming als grondslag van de overeenkomst wordt dwaling nog steeds als *wilsgerebte* gezien (nr 168), waarbij ook een beroep op het wilsvereiste van art. 3:33 BW gedaan wordt. Dat in het huidige BW de wetgever bij dwaling zou uitgaan van een gebrekkige gevormde *wil* wordt geadstrueerd met de artt. 3:44 lid 5 en 3:66 lid 2 BW. Een weinig overtuigend betoog: het eerste artikel spreekt niet van 'wil' maar van 'verklaring' die gebrekkig is; het tweede is een ondergeschoven artikel over de volmacht. In het cruciale artikel 6:228 is niets van een gebrekkige wil te bespeuren, uiteraard niet, met De Grooth (en op afstand: Meijers) als ontwerpers. Hartkamp beseft dat wel, want hij stelt even verder dat het nieuwe BW ten opzichte van de doctrinaire tegenstroming van Van Oven c.s. 'een middenkoers vaart' (nr 170). Daarbij moet de mogelijkheid van een beroep op wederzijdse dwaling (die dus niet opgewekt kan zijn door de wederpartij) uitkomst brengen voor deze wetsuitleg. Ik verwijs ter weerlegging daarvan naar hetgeen hierboven daarover opgemerkt werd (nt 6 en bijbehorende tekst). Verder is, zoals later zal blijken, rechtens relevante gemeenschappelijke dwaling een zeldzaam verschijnsel, terwijl de vraag gerechtvaardigd is of er wel behoefte aan een dwalingsregeling voor die figuur bestaat.

Eén van de problemen bij dwaling is die van de grenslijnen met andere rechtsfiguren. De nieuwe weg die de hoge raad in 1957 koos, heeft consequenties voor traditionele dogmatische onderscheidingen, voor de grenzen van de dwaling. Welke zijn dit? Allereerst de grens met *bedrog*. In enkele oude uitspraken heeft de hoge raad het toepassingsterrein van art. 1364 oud BW sterk beperkt, door te stellen dat een enkele onware mededeling, te kwader trouw gedaan, nog geen kunstgreep in de zin van art. 1364 oplevert. De lagere rechtspraak is daarin overigens altijd soepeler geweest.⁵⁸ Niettemin heeft dit standpunt de bloei van de dwaling à la Meijers en De Grooth teweeggebracht. Het bezwaar van H. Drion en Rutten was dan ook, dat men in die leer zich teveel op het terrein van bedrog begeeft. In dezelfde zin Lokin, die zich op het romeinsrechtelijk onderscheid tussen *error* en *dolus* beroept.⁵⁹

Ik zie die bezwaren niet zo, maar hecht dan ook niet aan traditionele onderscheidingen. In elk geval kan men stellen dat volgens de geldende jurisprudentie dwaling gelijk staat met *misleiding*, terwijl onder bedrog *opzettelijke misleiding* verstaan wordt. Aangezien opzet en kwade trouw notoor moeilijk te bewijzen zijn, vind ik bedrog voor de praktijk niet zo relevant. Een procedure waar het goed fout ging, mijns inziens omdat alleen een beroep op bedrog en niet tevens op dwaling gedaan was, is de zaak *Beukinga - Van der Linde* (NJ 1969, 344), een arrest dat ik overigens zeer onbillijk vind (vgl. nog onder, § 2). Het frappante is, dat de HR aan het begin van de 'heroriëntatie' op het gebied van de dwaling, in 1924, al de misleiding centraal gesteld heeft. En

57. Vgl. Asser-Rutten II, (1982) p. 109 v.; Asser-Hartkamp II, (1997) nr 168 v. (grotendeels dezelfde tekst, met aanvullingen wat het nieuwe BW betreft).

58. Vgl. ook het franse recht waar zoals vermeld de figuur van bedrog ruim opgevat wordt, met inbegrip van onjuiste mededelingen en verzwijging.

59. *RmThemis* 1974, p. 242 v.

§1. DWALING (MISLEIDING)

wel in een arrest dat onbekend en onbemind gebleven is. Er zijn namelijk twee *schoonmoeder-arresten*, het eerste, onbekende, is gepubliceerd in *NJ* 1923, 450, en houdt de overweging in: dat in art. 1358 'geenszins te lezen is, dat de dwaling zou zijn uitgesloten, als zij is opgewekt door van de wederpartij uitgegane misleiding, die niet in de zin van art. 1364 BW bedrog oplevert'.

Een andere grens is die met de *wanprestatie*. Men kan een mededeling over een eigenschap van de zaak - 'de kostprijs van de motor is *f* 135,-, bij produktie op basis van deze tekeningen' - ook tot de inhoud van de overeenkomst rekenen, en bij onjuistheid van de mededeling uit wanprestatie ageren. Er is dan bijvoorbeeld sprake van een garantieverplichting, die bij schending wanprestatie oplevert. Er zijn schrijvers geweest, zoals Kamphuisen, die alle gevallen van mededelingen van de wederpartij uit het dwalingsterrein weren, en onder wanprestatie brengen.⁶⁰ Aldus blijven slechts gevallen van wederzijdse dwaling en van verzwijging over.

Het is dus geen wonder dat een advocaat doorgaans zijn aktie op wanprestatie, subsidiair dwaling (en meer subsidiair bedrog) baseert. De eerste grondslag levert nogal eens problemen op, vanwege de bewijspositie. Vandaar mijn raad: een goed jurist zorgt dat hij aan dwaling niet toekomt bij het contracteren. Dat betekent, dat hij mededelingen laat vastleggen en aldus tot inhoud van het contract maakt. Bij gebleken onjuistheid kan hij zich dan op wanprestatie beroepen. Praktisch gesproken: je koopt een leuk antiek kastje, en laat bij het betalen de verkoper even op de rekening zetten wat hij je net heeft staan vertellen, namelijk dat het een duitse kast uit omstreeks 1780 is. Dan zit je als koper gebeiteld. In de Amerikaanse rechtspraktijk gaat men bij belangrijke contracten zelfs zover om alle stukken uit de onderhandelingsfase aan het contract toe te voegen, en aldus tot de contractsinhoud te rekenen.

Dan is er tenslotte een grens met de figuur van *verborgen gebreken*, waar Meijers altijd veel aandacht aan schonk, op historische gronden. Dit biedt mij de gelegenheid om even stil te staan bij de gevolgen van een dwalingsaktie. Traditioneel is slechts vernietiging van de overeenkomst op zijn plaats, waarbij de prestaties dus teruggedraaid worden. Ik heb indertijd verdedigd de *actio quanti minoris* van de verborgen gebreken-regeling op dwaling van toepassing te doen zijn. Dat houdt in, dat ook een aanpassing van de overeenkomst mogelijk is, bijvoorbeeld door een verlaging of verhoging van de koopsom, met behoud van de zaak door de koper. Deze gedachte is overgenomen in het nieuwe BW, zie art. 6:230 BW. Ik heb niet de indruk dat deze mogelijkheid in de advocatuur bekendheid genoot; Van Hensbergen heeft bijv. in het *Slooppand-arrest* niet subsidiair verzocht om wijziging van de overeenkomst.

In ieder geval had men bij zo'n vordering de hoge raad tegen zich: in het arrest *Hoogenstrijd - Schreven* weigerde het college de aanpassing van de koopprijs bij een dwalingsaktie in een geval van koop van onroerend goed (HR 12 mei 1989, *NJ* 1990, 235, nt CJHB). Het betrof een perceel bouwgrond met een bungalow in aanbouw voor ruim vijf ton, waarbij naderhand gebreken in de bouw aan het licht traden (vocht in de kelder). Aanvankelijk wordt dit door partijen geregeld met een vermindering van de koopprijs met *f* 25.000,-, maar bij nader onderzoek worden nog veel meer gebreken gevonden, en de koper, die

60. *Dwaling bij obligatoire overeenkomsten*, 1961, p. 67 v. Kamphuisen heeft geen navolging gekregen.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

geen ontbinding kon vorderen, wenst een verdere aanpassing van de koopprijs in neerwaartse richting, waarmee de verkoper niet akkoord gaat. Koper Hoogenstrijd vindt in zijn rechtsstrijd de hoge raad op zijn weg, die weigerde op art. 6:230 NBW te anticiperen en van oordeel was dat de koper zijn heil in de verborgen gebreken regeling moet zoeken, waar immers art. 1543 *oud* de gevraagde aktie kende. Daarom was 'de behoefte aan een bevoegdheid (tot aanpassing, v.D.) gering' meende de raad, en dat terwijl die aktie voor de koper niet open stond, omdat de korte termijn allang verstreken was toen de problemen zich voordeden.

Het arrest, dat merkwaardigerwijs de instemming van annotator Brunner heeft, is er één uit de treurige reeks arresten over verborgen gebreken. Treurig, omdat de hoge raad de samenloop van akties uit verborgen gebreken en wanprestatie, alsook met dwaling, steeds afgewezen heeft (zie Hfdst. 4, § 3, inzake garanties). Op dat laatste punt, de samenloop met dwaling, is de cassatierechter - op de valreep - overstag gegaan, in *Van Geest - Nederlof* (NJ 1991, 251, zie t.a.p., nr 6, in fine). Het is maar goed dat deze episode uit de jurisprudentie achter ons ligt; naar huidig recht kan de teleurgestelde koper kiezen tussen de aktie uit wanprestatie of uit dwaling, naast die uit gebreken (gebrek aan conformiteit; lasten of beperkingen, art. 7:20-21, juncto 7:17 BW), vgl. art. 7:22 BW. Zie voor die problematiek Klik en Wijers, *TvC* 1995, p. 77. Terug naar de dwalingsfiguur.

De keerzijde van de medaille is echter, dat de verkoper een beroep op dwaling kan uitsluiten. Of dat altijd opgaat, is zeer de vraag.⁶¹ Ten onrechte wordt veelal geleerd dat het beding van verkoop 'voetstoots', 'op eigen bate en schade', of 'zoals het er staat', een beroep op dwaling zou uitsluiten. Het hof stelde bijvoorbeeld in *Booy - Wisman* vast dat dit niet zo is, hetgeen door de hoge raad als feitelijk oordeel, overgenomen werd. Het zal duidelijk zijn dat hier de algemene regels van het exoneration-leerstuk gelden, zoals de raad daaraan vorm heeft gegeven. Je moet dus geen vuile handen hebben, om op een exoneration-clausule een beroep te kunnen doen. In de recente rechtspraak is dit standpunt bevestigd, zie behalve *Van Geest - Nederlof* ook het *kilometerteller*-arrest (1993), die eerder ter sprake kwamen; het laatste arrest komt nog uitvoerig terug, nr 7, in fine.

De grens met onrechtmatige daad; schadevergoeding bij dwaling

Het aantal mogelijkheden op dit terrein voor de teleurgestelde koper (wederpartij) is uitgebreid en in een interessant kader geplaatst door een arrest uit 1993 inzake de verkoop van onroerend goed, *Cattier - Waanders*.⁶² Het betreft, kort gezegd, de verkoop van een varkensmesterij in 1986 waarbij tijdens de onderhandelingen onduidelijk is voor de koper hoeveel varkens er op het bedrijf gehouden mogen worden als gevolg van recente wetgeving op dat gebied (dus toen al). De koper gaat ervan uit dat het aantal van 200 varkens toegestaan is en bericht dat tijdens de onderhandelingen aan de verkoper; deze weet dat dit uitgangspunt onjuist is, maar houdt dat voor zich. Naderhand blijkt slechts de helft van dat aantal toegestaan te zijn. De koper eist schadevergoeding wegens het niet nakomen van een mededelingsplicht door de verkoper en krijgt het Hof

61. Zie mijn *NJB*-artikel uit 1967, p. 977 v. Vgl. ook Van Rossum, t.a.p., p. 97.

62. HR 2 april 1993, *NJ* 1994, 94, nt CJHB; zie ook Klik in *TMA* 1995, p. 76. Vgl. ook Asser-Hartkamp II, nr 165a, waar verdere lit.

§1. DWALING (MISLEIDING)

Arnhem daarin mee: de goede trouw gebiedt verkoper om de koper in kennis te stellen van de onjuistheid van zijn uitgangspunt.

In cassatie wordt dit oordeel bestreden met het argument dat een schadevergoedingsplicht wegens het niet nakomen van een mededelingsplicht slechts voor toewijzing vatbaar is indien een zodanige niet-nakoming een onrechtmatige daad oplevert, wegens handelen in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. De hoge raad verwerpt die zienswijze en overweegt dat ‘een schadevergoedingsplicht evenzeer kan intreden indien het niet nakomen van de mededelingsplicht, zoals het hof in het onderhavige geval heeft aangenomen, strijdig is met de goede trouw’ (ov. 3.6.4). Het is een opmerkelijke uitspraak, die vragen oproept naar de toepassingsmogelijkheden van deze benadering, die aansluit bij hetgeen eerder door mij verdedigd is ten aanzien van het rechtskarakter van precontractuele verplichtingen (namelijk: verbintenissen) en de mogelijkheid om een mededelingsplicht in die fase af te dwingen.⁶³ Ik kreeg daarvoor tot dusver weinig bijval, en het is de vraag of het onderwerp er na dit arrest anders uitziet.⁶⁴ In Deel 2 wordt op deze materie teruggekomen, bij de behandeling van de verbintenis.

Het arrest van 1993 is ook van belang voor de algemene vraag welke mogelijkheden tot schadevergoeding de dwalende bij een geslaagd beroep op dwaling ter beschikking staan. Het oude recht kende een wetsartikel daarvoor, art. 1489 oud-BW, waarbij schadevergoeding toegekend werd ‘indien daartoe gronden bestaan’, hetgeen algemeen opgevat werd dat het in dwaling brengen als onrechtmatig gekwalificeerd kan worden. De wetgever van het huidige BW heeft dat om onduidelijke redenen ongeregeld gelaten – ik kom in de praktijk regelmatig advocaten (en arbiters) tegen die deze regel niet kennen, ook wanneer van mega-claims sprake is – maar het is nog steeds geldend recht, zoals ook in de Asser-bewerking gesteld wordt, met verwijzing naar art. 6:162 BW.⁶⁵ De wijze waarop dat gebeurt is echter zeer verwarrend en aanvechtbaar, en vraagt, ook al vanwege de schimmige status van dit onderwerp, om nadere bespreking.

Ik volg hierbij het betoog van Hartkamp in de aangehaalde passage, waar men overigens veel literatuur over deze kwestie vermeld vindt. Hartkamp stelt

63. Zie Hfdst. 3, § 1, nrs 3 en 7, in fine (*Suppl. 1986*, p. 15); Castermans, diss. p. 40. Zie ook de kritiek van Brunner in zijn noot, die weerlegd werd door Hartkamp, vgl. Asser-Hartkamp II, nr 165a.

64. In de in sept. 2003 van kracht geworden titel 12 Aanneming van werk, vindt men in art. 7:754 BW een waarschuwingsplicht voor de aannemer in de precontractuele (en contractuele) sfeer opgenomen, ten aanzien van onjuistheden in de opdracht, ongeschiktheid van zaken verstrekt door de opdrachtgever, fouten in plannen, tekeningen, etc. Deze regel stond overigens al in de algemeen gehanteerde UAV 1989, § 6, lid 14 (evenals in de UAV 1968). De regel werd overgenomen uit het Duitse bouwrecht. In het Engelse bouwrecht kent men die regel niet; een bron van inkomsten voor aannemers, die bij de uitvoering veelal meerwerk kunnen claimen voor fouten die zij tevoren wel degelijk opgemerkt hadden. Men moet hierbij wel bedenken dat de prijzen veel te laag waren aangezien opdrachtgevers profiteerden van de moordende concurrentie vanwege de slechte economische situatie in de jaren '80 en '90. De laatste jaren zijn in de U.K. hervormingsplannen tot stand gekomen, waarbij opdrachtgevers (overheid) en aannemers de handen ineen geslagen hebben.

65. Asser-Hartkamp II (1997), nr 487.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

dat de grondslag van onrechtmatige daad met zich brengt dat hier, bijvoorbeeld bij een onjuiste mededeling die dwaling veroorzaakt heeft, sprake moet zijn van *schuld*; aangezien voor een geslaagd beroep op art. 228 geen *verwijtbaarheid* van het doen van de mededeling in het spel hoeft te zijn, is zijns inziens niet steeds van aansprakelijkheid sprake (in andere zin worden genoemd: Chao-Duivis en Van Rossum). Dat geldt volgens Hartkamp ook voor verzwijging (schenden van spreekplicht), hoewel daarbij in de regel wel van verwijtbaarheid sprake zal zijn (Castermans neemt in de laatste situatie steeds aansprakelijkheid aan, in tegenstelling tot de eerste situatie).

Het is een curieuze benadering die Hartkamp hier volgt, waarbij de moderne ontwikkeling van het onrechtmatige daadsrecht niet verwerkt lijkt te zijn: het 'schuld'-begrip is immers de laatste decennia in de jurisprudentie zo sterk geobjektiveerd dat men gewoon van (maatschappelijke) toerekening kan spreken. Verwijtbaarheid speelt daarbij geen doorslaggevende rol meer (zie daarvoor Deel 2 van dit boek). Ook het verschil dat aangebracht wordt tussen de onjuiste mededeling en de achterwege gelaten mededeling doet gekunsteld aan. Gekunsteldheid is ook troef wanneer de Asser-bewerker vervolgens de wijze van schadevergoeding bij dwaling aan de orde stelt: er zou hier enkel sprake zijn van het *negatieve*, niet van het *positieve* contractsbelang, met andere woorden, de dwalende moet in de situatie gebracht worden dat hij het contract niet gesloten zou hebben. De auteur constateert meteen een merkwaardig verschil met het geval van onrechtmatig afbreken van onderhandelingen waarbij vergoeding van een positief contractsbelang mogelijk kan zijn; wanneer hij dat verschil verklaart door te wijzen op het onderscheid in aard van de geschonden verplichting zal hij (naar ik hoop en verwacht) weinig lezers kunnen overtuigen, die althans de scholastiek niet hoog in het vaandel hebben. Het wordt nog curieuzer wanneer Hartkamp opmerkt dat dit niet betekent dat de dwalende geen recht op gedeelde winst zou hebben; dat laatste kan namelijk ook bij vergoeding van een negatief contractsbelang in het algemeen toegewezen worden.

Mijns inziens verliest Hartkamp uit het oog dat met de regeling van art. 230, de aanpassing van de prijs als moderne *actio quanti minoris*, al een stap in de richting gezet is van vergoeding van positief contractsbelang. Belangrijker is echter nog dat zijn benadering niet te rijmen is met het arrest *Cattier – Waanders* van 1993 dat eerder ter sprake kwam. Wij hoeven immers niet zo ingewikkeld te doen wanneer een schadevergoedingsplicht reeds intreedt wanneer men in strijd met de goede trouw een mededelingsplicht geschonden heeft. Opvallend genoeg stelt Hartkamp wel dat die benadering 'niet onmogelijk' is, hoewel daarmee het vereiste van de *conditio sine qua non* verlaten zou worden (N.B.: dit vereiste werd reeds in 1928 door de hoge raad verlaten, zie Deel 2 van dit boek), terwijl deze oplossing 'minder goed in het stelsel van ons verbintenissenrecht zou passen'. Het stelsel van Hartkamp is dus niet dat van de hoge raad, kunnen wij vaststellen (evenmin het mijne, maar dat was al eerder gebleken). In art. 230 wordt overigens in brede zin gesproken over 'opheffing van het nadeel dat bij instandhouding van de overeenkomst geleden wordt', door middel van wijziging van de gevolgen van de overeenkomst door de rechter (of als aanbod van de

§1. DWALING (MISLEIDING)

wederpartij); het is mij niet duidelijk waarom Hartkamp in dat verband geen ruimte ziet voor vergoeding van het positief contractsbelang.⁶⁶

Een variant op dit thema is overigens de casus van het arrest *Vletter & De Haan – PermX* van 1998, waar schending van een mededelingsplicht in een contractuele situatie de grondslag voor een schadevergoedingsactie vormde.⁶⁷

De schadevergoedingsplicht die in het arrest van 1993 aan de orde kwam, was gebaseerd op de goede trouw. Dat brengt ons op de normale situatie. Naast het vernietigen van een overeenkomst wegens dwaling of een ander ‘wilsgebrek’, kan men tot het vorderen van schadevergoeding overgaan indien door de wederpartij *onrechtmatig* gehandeld werd. Vroeger stond dat gewoon in de wet, art. 1489 oud-BW, maar om onduidelijke redenen heeft de nieuwe wetgever die bepaling niet gehandhaafd, en volgt dat gewoon uit het systeem (en art. 162). Ik merk regelmatig in de praktijk dat advocaten (en arbiters) niet op de hoogte van deze verhaalsmogelijkheid zijn (net zoals de wijziging van de overeenkomst op grond van art. 230 ook nog weinig doorgedrongen is bij praktici). Over de uitwerking van deze mogelijkheid is de laatste tijd veel geschreven, in verschillende zin. Zo stelt Hartkamp in zijn Asser-bewerking dat voor deze actie het schuldvereiste geldt, het is niet voldoende dat een onjuiste mededeling aan de wederpartij ‘te wijten’ is, het moet ook *verwijtbaar* geweest zijn, stelt hij met nadruk.⁶⁸ Indien verzwijging de grondslag van een actie is, geldt volgens Hartkamp hetzelfde, zij het dat in die situatie in de regel van verwijtbaarheid sprake zal zijn. Het lijkt mij dat Hartkamps standpunt allereerst niet in de pas loopt met het moderne onrechtmatige daadsrecht, maar ook achterhaald is met het *Waanders*-arrest. Vandaar dat dit arrest voor Hartkamp slechts een beperkte betekenis heeft, en positieve reacties, als die van Klik, door hem bestreden worden (zie boven).

Meestal wordt aangenomen dat bij zo’n schadevergoedingsactie slechts het *negatief* contractsbelang vergoed wordt, niet het *positieve* (zie Asser-Hartkamp t.a.p., in andere zin: Castermans en Van Rossum, die aansluiting zoeken bij het onrechtmatig afbreken van onderhandelingen, waar wel het positief contractsbelang vergoed kan worden, de gedeerde winst). De dwalende partij hoeft immers niet in de toestand gebracht worden alsof het contract overeenkomstig haar (redelijke) verwachtingen tot standgekomen was en vervolgens uitgevoerd, zij heeft dus geen recht op gedeerde winst. Het oude onderscheid (19e eeuw, Duitsland) is weinig heilzaam; niet alleen dat art. 230 roet in het eten gooit zoals dat dogmatisch opgediend wordt (met wijziging van de overeenkomst fietst men immers tussen negatief en positief belang door), daarnaast is men het er over eens dat bij vergoeding van negatief belang ook gedeerde winst vergoed kan worden, mits het winst is uit een ander contract, dat

66. Zoals in nr 481 gesteld wordt; in nr 487 verwijst hij naar die passage, waarmee hij consequent is in zijn benadering. Vgl. in dit verband ook: Asser-Hartkamp I (2000), nr 413.

67. HR 13 november 1998, *NJ* 1999, 72, inzake leliebollen van het soort ‘Con Amore’; in zijn conclusie gaat a-g Hartkamp ook in op mededelingen in de precontractuele fase.

68. Asser-Hartkamp II, nr 487; schr. bestrijdt daarbij de opvatting van Chao-Duvis en Van Rossum, die in beginsel steeds aansprakelijkheid aannemen.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

men heeft laten lopen in het vooruitzicht van het gebrekkige contract dat ‘gesloten werd’.⁶⁹

6. Toekomstverwachtingen

Iedere student leert als één der vereisten voor een beroep op dwaling, dat deze geen toekomstverwachtingen mag betreffen. Op zich genomen is dit onzin. Niemand sluit een overeenkomst zonder toekomstverwachtingen, en relevante dwaling betreft wel degelijk toekomstverwachtingen. Wat bedoeld wordt, is de jurisprudentie van de hoge raad, dat een verwachting ten aanzien van de toekomst slechts relevant is indien zij haar grondslag vindt in feiten of omstandigheden die betrekking hebben op de situatie ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, en niet die welke zich eerst naderhand voordoen. Vgl. het *marktcafé-arrest* (NJ 1933, 5), *doorverkochte loods-arrest* (NJ 1947, 269) en het *notaris-arrest* (NJ 1947, 270). De laatste twee arresten kwamen al eerder ter sprake; het eerste, het meest bekende, nog niet.

Het *marktcafé-arrest* had betrekking op de huur van een café in Utrecht, dat gunstig gelegen was in de nabijheid van de plaats waar volgens de plannen van de gemeenteraad, die in een vergaand stadium verkeerden, een groentemarkt gevestigd zou worden (het was verder een vrijwel onbebouwde buurt). De gemeenteraad kiest tenslotte een iets andere vestigingsplaats voor de markt, en het café ligt niet langer op de loop naar de markt, het komt daardoor droog te liggen, althans wat bezoekers betreft. De huurder, Driessen, komt in betalingsproblemen en wil van de huurovereenkomst af, met een beroep op dwaling. De verhuurder, Bredero's Bouwbedrijf, verzet zich hiertegen.

De hoge raad doet een uitspraak die dit onderwerp nog in lengte van jaren zal beheersen:

‘de dwaling moet ingevolge de wettelijke bepalingen “uiteraard betreffen eigenschappen der zaak, die het onderwerp der overeenkomst uitmaakt, aanwezig ten tijde van, dat die werd gegeven, en niet verwachtingen omtrent eigenschappen die de bedoelde zaak in de toekomst zal hebben en waarvoor iedere partij in de regel zelve het risico heeft te dragen”;

dat derhalve, wil een contracterend partij zich wapenen tegen het niet in vervulling gaan van zodanige verwachtingen, zij in de overeenkomst kan doen opnemen een hetzij opschortende, hetzij ontbindende voorwaarde of wel van de wederpartij een garantie kan bedingen, doch zij, als zij later teleurstelling ondervindt, niet met vrucht wegens dwaling de nietigheid der overeenkomst kan inroepen;

dat een andere opvatting, volgens welke een overeenkomst in zodanig geval, ook na gedurende een lang tijdsverloop te hebben gewerkt, nog aan vernietiging zou blootstaan, leiden zou... tot zo grote rechtsonzekerheid, dat de wetgever niet kan geacht worden die opvatting te huldigen.’

De dwaling van Driessen komt erin wezen op neer, vervolgt de raad, dat het raadsbesluit inzake de groentemarkt onveranderd zou blijven. Het is een steil en streng arrest, dat geen ruimte laat aan de gedachte dat het wel eens een risico zou

69. Zie Asser-Hartkamp, t.a.p., en I nr 413. Tekenend is dat voor Hartkamp de door hem bestreden zienswijze slechts zou kunnen bestaan bij ‘het loslaten van het CSQN-vereiste van causaal verband’ (nr 487). De achterhaalde visie van Hartkamp op de gelding van dat vereiste, speelt hem hier parten; zie daarvoor Deel 2. Art. 230 wordt door schr. besproken in nr 481, waar verdere literatuur. Een ruime toepassing van dat artikel werd overigens onlangs bepleit door Smits, *WPNR* 6419 (2000).

§1. DWALING (MISLEIDING)

kunnen zijn dat voor rekening van *beide* partijen komt. Ook een beroep op gemeenschappelijke dwaling, of op veranderde omstandigheden die aanpassing van de overeenkomst rechtvaardigen vindt hier geen plaats in het denken van de hoge raad. Wij hebben het over 1933, een periode waarin de hoogste rechter fel tegen aanpassing van contracten op grond van de goede trouw was, waartegen vrijwel alle schrijvers te hoop liepen. Die onderwerpen komen nog elders ter sprake.

Intussen is de meerwaarde van het arrest van 1933, het onderscheid tussen dwaling ten aanzien van omstandigheden die aanwezig waren *ten tijde van het sluiten* van de overeenkomst, en de dwaling inzake omstandigheden die zuiver in de schoot van de toekomst verborgen waren. Vgl. tegenwoordig art. 6:228 lid 2, waar gesproken wordt van ‘dwaling die *uitsluitend* toekomstige omstandigheden betreft’ en derhalve rechtens niet relevant is. Het probleem hier, is natuurlijk de vervlechting van verwachtingen gegrond op het heden, en die ten aanzien van de toekomst, vooral als men bedenkt dat de mededelingen van de wederpartij over het voorwerp van contracteren veelal een combinatie van beide zullen inhouden. Het trekken van de grens is - zoals wel meer in het leven - de kunst. Bijvoorbeeld het krijgen van een kentekenbewijs voor een mobiele kraan die gekocht wordt, kan een zuivere toekomstverwachting zijn, dit is echter niet het geval indien deze verwachting berust op mededelingen van de verkoper over het gewicht van de kraan, en kentekenbewijzen die door vroegere kopers van een dergelijke kraan waren verkregen (*Booy - Wisman*). Van der Grinten wijst er in zijn noot onder het laatstgenoemde arrest op, dat uiteindelijk de verwijtbare gedraging van de wederpartij van de dwalende doorslaggevend is.⁷⁰

Een andere wijze van formuleren is, dat motieven of beweegredenen voor het contracteren, die geen deel van de contractsinhoud uitmaken, geen grond geven voor een beroep op dwaling (vgl. het duitse *Motivirrtum*). Hierboven kwamen wij deze categorie al tegen bij de bespreking van het criterium van ‘de eigenlijke grond voor het aangaan van de overeenkomst’. Een toekomstverwachting is een goed voorbeeld van een veronderstelling waar de wederpartij geen boodschap aan heeft.

Ook op dit onderdeel van de dwaling gaat mijn stelling op, dat een goed jurist niet aan dwaling behoort toe te komen. Ook bij toekomstverwachtingen is het zaak om deze tot inhoud van het contract te maken, en een opschortende of ontbindende voorwaarde terzake op te nemen. Juist als je er zeker van bent dat er een bepaalde gebeurtenis plaats zal vinden, is het geen luxe om daaraan ‘voor alle zekerheid’ een clause te wijden. Om een voorbeeld te geven: een aantal jaren geleden kocht een jonge hoogleraar vòòr zijn benoeming een huis in de universiteitsstad; alles was rond, op de ministeriële goedkeuring na. De minister weigerde echter volkomen onverwacht de benoeming op grond van de jeugdige leeftijd van de hoogleraar-in spe. In het koopcontract was niet de clause opgenomen ‘op voorwaarde van benoeming’ ...

Zeker voor een jurist geldt dat hij het hoofd koel en de voeten warm moet houden. Vandaar waarschijnlijk de opmerking van Pitlo, dat juristen niet bepaald opgewekte feestgangers zijn. Nog een raad die ik zou willen geven, is deze. Indien je als jurist een contract moet opstellen, en er niet geheel zeker van bent

70. AA 1967, p. 164; in dezelfde zin Rutten, noot *Ufkes - Vellema*, NJ 1956, 131; anders A.W. Hellema, *Dwaling over toekomstverwachtingen*, oratie Utrecht 1972.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

of helemaal begrepen hebt wat partijen van elkaar willen, of het vermoeden hebt dat dit partijen zelf niet geheel duidelijk is, dan is het verstandig om aan het contract een zogenaamde *considerans* te doen voorafgaan. Daarin wordt in rond hollands gezegd wat partijen voor ogen staat, en waarom zij met elkaar in zee willen. Als dan later problemen ontstaan, dan vormt zo'n *considerans* een enorme steun bij de uitleg van de overeenkomst, terwijl bovendien bewijsperikelen voorkomen worden. Juist in verband met toekomstverwachtingen en eventuele mededelingen waarop deze gebaseerd kunnen zijn is dit van groot belang. Vgl. ter illustratie *Van Stijverden - Van Olst*.⁷¹ Een *considerans* zou Van Hensbergen met zijn slooppand (dat geen sloop-pand bleek te zijn, achteraf) uit de problemen gehouden hebben.

Het is dan ook geen toeval dat de hoge raad bij het afwijzen van een toekomstverwachting, zoals in het *marktcafé*- en het *doorverkochte loods-arrest*, erop wijst dat de dwalende aan de onzekere toekomstige gebeurtenis een voorwaarde had kunnen wijden. Verwachtingen omtrent eigenschappen die de zaak in de toekomst zal hebben, zijn in de regel voor risico van iedere partij zelf. Ten aanzien van het spiegelbeeld, namelijk de verwachting dat de zaak in de toekomst géén bijzondere eigenschappen zal hebben, overweegt de hoge raad in de *kantharos*-zaak, dat dit 'naar redelijke, in het verkeer gangbare opvatting' voor risico is van de verkoper. Hiermee is een belangrijk element geïntroduceerd, dat in de literatuur doorgaans veronachtzaamd wordt, de *risikovraag* bij dwaling. Een vraagstelling die wel gemeengoed is op de belendende percelen van overmacht en veranderde omstandigheden. De risikoverdeling bij dwalingsvraagstukken is, blijkens de jurisprudentie, gebaseerd op de *aard van de overeenkomst*, de *redelijkheid* en de *verkeersopvatting*.

Een redelijke risikoverdeling, op basis van de afweging van belangen van partijen, wordt ook benadrukt door Cahen. In zijn visie op de dwaling staat centraal de beoordeling aan de hand van regels of een partij, die op grond van het verwachtingspatroon in een verwachting is teleurgesteld, 'redelijkerwijs op haar toestemming mag terugkomen'.⁷² Tenslotte wijs ik nog op het geciteerde 2e lid van art. 6:228 BW, waar gesproken wordt van een omstandigheid die in verband met de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen of de omstandigheden van het geval, voor rekening van de dwalende behoort te blijven. Zoals al opgemerkt werd, mis ik hier het criterium van de *redelijkheid*, dat van de omstandigheden van het geval acht ik overbodig. In de literatuur worden de risico-aspekten overigens vaak veronachtzaamd, en is de omschrijving van de zelfstandigheid der zaak te ruim, en daardoor onjuist. Aldus bijvoorbeeld Rutten en Nieuwenhuis.⁷³

In het *slooppand*-arrest (1979) zagen wij dat de hoge raad het risico-element laat meewegen (boven, nr 4); met name werd van belang geacht dat de wijziging

71. *NJ* 1953, 76, dat boven uitvoerig aan de orde kwam, vgl. Hfdst. 2, § 2, no. 6, p. 113 v.

72. Preadvies Broederschap Cand.-Notarissen 1972, p. 77. Zie ook zijn bijdrage aan de Clausing-bundel, *Omwille van de consument*, 1990, p. 25, waar hij kritisch is over het nut van het begrip 'toekomstverwachting'.

73. Asser-Rutten II (1982), p. 118 v.; Nieuwenhuis, diss. 1979, p. 97. Ook Schoordijk, t.a.p., houdt onvoldoende rekening met de risico-aspekten bij dwaling, en meent een panacee gevonden te hebben door dwaling als uitlegvraagstuk te zien. Vgl. ook Asser-Hartkamp II, nr 176 v.

§1. DWALING (MISLEIDING)

van de toekomstige omstandigheden geheel in de macht van de gemeente/koper lag, hetgeen enigszins aan détournement de pouvoir doet denken. Verder werd van belang geacht dat het initiatief voor de transactie bij de gemeente lag, die er vervolgens het meeste belang bij had om de wederpartij aan het voor haar ongunstige contract te houden, met miskenning van de eigen rol van de gemeente bij de affaire.

Nog even een opmerking over het had-je-maar-moeten-stipuleren argument. Meestal komt het er niet van bedingen op te nemen in het contract, omdat kenmerkend voor de dwalingssituatie is, wat H. Drion eens genoemd heeft 'het psychisch gebrek aan onzekerheid'. Men wil zò graag het contract sluiten, dat men in een roes handelt, in een soort bewustzijnsvernaauwing, daardoor men aan twijfel niet toekomt. De dwalingsleer van Drion is overigens op dit thema gebaseerd, vergelijk onder meer zijn *preadv. Broed. Cand. Not.* 1972.

D. ENKELE BIJZONDERE DWALINGEN

7. *Gemeenschappelijke dwaling*

Dan tenslotte de dwalingsvariant: gemeenschappelijke, of wederzijdse dwaling, die tot dusver slechts terloops ter sprake kwam. Bij de behandeling daarvan, is het allereerst zaak, om de vraag te stellen of hier geen sprake is van in wezen éézijdige dwaling. Dat kan het geval zijn, doordat de onjuiste voorstelling van zaken van één der partijen, naar de aard van de overeenkomst, de redelijkheid en/of de verkeersopvatting voor rekening en risico blijft van de partij in kwestie, en derhalve rechtens irrelevant is. Dit zal bijvoorbeeld doorgaans het geval zijn bij de verkopersdwaling. Hierbij legt ook de deskundigheid van de verkoper gewicht in de schaal; is alleen de koper deskundig, dan kan de schaal naar de andere kant doorslaan.⁷⁴

Ten aanzien van eenzijdige dwaling werd, met een beroep op de in de jurisprudentie en doctrine levende opvattingen, betoogd dat zij alleen dan rechtens relevant is, indien door de wederpartij opgewekt of versterkt. Welk standpunt moeten wij evenwel tegenover de gemeenschappelijke dwaling van partijen innemen? Kan, zo zou ik de vraag nader willen preciseren, de wederpartij van de dwalende, die te goeder trouw een onjuiste mededeling deed waarop afgegaan werd, zich tegen een dwalingsakte verweren met een beroep op de omstandigheid dat *ook hij* in dwaling verkeerde bij het doen van de gewraakte mededeling? Deze vraag is niet van belang ontbloot, want zou het antwoord positief zijn, dan betekent dit, dat de wederpartij van de dwalende een dwalingsakte op eenvoudige wijze het hoofd zal weten te bieden. Ik meen dat deze vraag niet beantwoord kan worden zonder te differentiëren, waarbij omstandigheden, aard van de overeenkomst, de redelijkheid en de verkeersopvatting van invloed zijn.

Nemen wij de *koopovereenkomst*. Naar mijn mening kan de verkoper zich niet disculperen, door de dwalende erop te wijzen dat hij (verkoper) eveneens in dwaling verkeerde bij het aangaan van de koop: de dwalende mocht immers op

74. Zie voor die problematiek mijn *WPNR*-artikel uit 1968, p. 49 v. (*Dial. R. en R., Ib*, p. 79 v.), waaraan hier passages ontleend zijn.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

zijn mededeling, hoezeer te goeder trouw gedaan, afgaan (aldus ook de jurisprudentie). Indien de verkoper geen mededelingen gedaan had, ligt de zaak enigszins anders. Stel dat de koper meende dat de aangeboden kast antiek was, en hij per sé een antiek meubelstuk wilde aanschaffen, hetgeen hij de verkoper kenbaar maakt. De verkoper, met de jurisprudentie, met name *Baris - Riezenkamp* goed vertrouwd, laat zich niet verleiden tot het doen van mededelingen, hoewel hij evenals de koper meende dat het kastje antiek was. Kan de verkoper zijn dwaling als verweer aanvoeren? Naar mijn mening is dit niet het geval indien de koopprijs de gedachte dat de kast antiek was, mogelijk maakte, en evenmin indien de verkoper antiquair is. Indien de prijs suggereert dat het stuk antiek is⁷⁵, of indien het feit dat de verkoper antiquair is de schijn wekt dat het aangeboden stuk antiek is⁷⁶, verhindert dit de verkoper een beroep op zijn dwaling te doen.⁷⁷

Juister gezegd, de regel van de goede trouw, dat men de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij moet honoreren, verhindert dit. Men zou kunnen stellen dat hier van een niet-laakbaar zwijgen sprake was, aangezien de verkoper eveneens dwaalde. Nu zal het niet veel voorkomen dat een verkoper geen mededelingen omtrent de zaak doet; het bovenstaande is echter van belang, indien men de mededelingen niet bewijzen kan, hetgeen zeer vaak het geval zal zijn.

Afgezien hiervan zou er nog plaats kunnen zijn voor de overweging, dat indien beide partijen dwalen, de verkoper het risico van de dwaling draagt: hij is doorgaans beter in de gelegenheid zich terdege van de eigenschappen van de zaak op de hoogte te stellen dan de koper. Zijn weten moet daarbij geobjectiveerd worden: zou bijv. een goed antiquair behoren te zien dat de kast niet antiek is? Hierbij kan ook gedacht worden aan het gevaarzettingsbeginsel: hij brengt een zaak in de handel, met het gevaar dat de eigenschappen daarvan anders zijn dan hij vermoedt. De verwantschap met de figuur van overmacht wordt overigens hierbij zichtbaar.⁷⁸

Verkeerden koper en verkoper in dwaling, en gaat de verkoper er financieel op achteruit - de zaak blijkt achteraf een veelvoud van de koopprijs waard te zijn -, dan moet de verkeersopvatting uitkomst bieden. Deze opvatting vinden wij in het *kantharos*-arrest neergelegd, waar de hoge raad zegt, dat als iemand een zaak van de hand doet, hij 'daarmede de kans prijsgeeft dat de zaak achteraf zal

75. Vgl. ook Rechtbank Den Haag in het *valse Seghers*-arrest:

'Verkoper heeft - zij het geheel te goeder trouw - tot die dwaling bijgedragen ... door het bedingen van een zo hoge koopprijs.' Deze dwaling was voor de verkoper kenbaar, aldus de Rb., omdat hij 'heeft moeten begrijpen dat Polis alleen bereid was een zo grote koopprijs voor het schilderij te betalen indien dit geschilderd was door Hercules Seghers, althans een ander daarmede gelijkstaande meester.'

76. De verkoper had immers deze schijn te niet kunnen doen door een beroep op dwaling uit te sluiten. De koper wordt dan te kennen gegeven, dat hij de zaak op eigen risico koopt.

77. Zoals al eerder vermeld, dacht H.Drion hier anders over; hij ziet de koop van antiek en kunst als een kans-overeenkomst. Ook hier zal de verkeersopvatting, gezien de aard van de overeenkomst, groot gewicht in de schaal leggen.

78. Stel bijv. dat de verkoper bij het contracteren dwaalde, toen hij meende dat er geen uitvoerverbod op bepaalde goederen rustte. De omstandigheden zullen moeten uitmaken of een beroep op overmacht hem toekomt, of dat - hetgeen doorgaans wel het geval zal zijn - de veronderstelling voor zijn risico komt.

§1. DWALING (MISLEIDING)

blijken hoedanigheden te bezitten waarvan hij ten tijde van de verkoop geen vermoeden kon hebben'. Deze dwaling komt dus voor rekening en risico van de verkoper.

Wij zagen dat men het probleem van de gemeenschappelijke dwaling van partijen niet tot een oplossing kan brengen, wanneer men niet de omstandigheden in de beschouwing betreft. De zoëven genoemde relevante faktor, dat een persoon zich voordoet als antiquair, brengt ons op de vraag welke rol de *deskundigheid* van partijen speelt bij gemeenschappelijke dwaling. Wederom als uitwerking van de regel van de goede trouw dat men met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij rekening moet houden. Als testcase nemen wij het geval dat partijen uitgaan van de juistheid van een deskundigenrapport (of taxatierapport) over het contractsobject, dat van doorslaggevende betekenis was voor het contracteren, bijv. voor een koopovereenkomst. Hierbij moeten wij een onderscheid aanbrengen, en wel drie situaties onderscheiden:

- a. het deskundigenrapport werd op verzoek van de verkoper opgemaakt;
- b. de koper had het rapport laten opstellen;
- c. beide partijen beschikten ieder over een gelijkloidend rapport.

Stel in geval *a* dat de verkoper, bij de onderhandeling over de koop van rechten op een nieuw produkt en de voor de produktie benodigde outillage, een deskundigen-rapport overlegt omtrent de produktiekosten. Een dergelijk rapport zal doorgaans als verkoopargument gebruikt worden. Nu de koper - in den regel - op de juistheid van een blote mededeling mag afgaan, zonder gehouden te zijn een eigen onderzoek in te stellen, zal dit in nog sterkere mate het geval zijn, indien hij afgaat op de juistheid van (mededelingen berustend op) een deskundigen-onderzoek, van de kant van de verkoper ingesteld. Met het wegvallen van de onderzoeksplicht wordt ook de omstandigheid dat koper deskundig is, irrelevant.

Het komt mij namelijk onhoudbaar voor, te stellen dat een deskundigenrapport alleen de leek van een zelfstandig onderzoek ontheft. Voor het - gelijkloidente - standpunt dat de hoge raad in deze casuspositie inneemt, verwijs ik naar het besproken *Baris - Riezenkamp*-arrest.

Dan het tweede geval, *b*, waarin het initiatief van de koper uitgaat om een deskundige in de arm te nemen. Nemen wij het geval, dat een huisartsenpraktijk aangeboden wordt voor het bedrag dat de omzet de voorafgaande drie jaar gemiddeld bedroeg, € 150.000,-. Op kopers vraag naar de juistheid van dit bedrag antwoordt de verkoper dat boekhouden zijn fort niet is, zodat hij geen sluitende boeken kan overleggen, maar dat het zijn overtuiging is dat zijn omzet zo hoog was. De aspirant-koper neemt als goed medicus het zekere voor het onzekere, en laat een accountant, met goedvinden van de verkoper, een onderzoek instellen, dat verkopers mededeling bevestigt.⁷⁹ De koop wordt gesloten; enkele jaren praktijk wijzen uit, dat het rapport in ruime mate bezijden de werkelijkheid was. Kan de koper een beroep op dwaling doen en bijvoorbeeld de door mij bij dwaling voorgestane *actio quanti minoris* instellen, die naar huidig recht in art. 6:230 BW te vinden is (aanpassing koopprijs)? Mijns inziens is dit wel het geval. Volgens de regels van de goede trouw was de koper na de

79. Door het laten instellen van een accountantsonderzoek geeft koper stilzwijgend te kennen dat de omzet van de praktijk voor hem van doorslaggevende betekenis is.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

mededeling van de verkoper omtrent de praktijkomzet niet meer gebonden een onderzoek in te stellen.⁸⁰ Dat hij het wèl deed, was slechts extra diligent en slechts toe te juichen. Daar mag zeker niet de consequentie aan verbonden worden dat daardoor het risico van dwaling verspringt en op de koper komt te rusten.⁸¹

In het derde geval tenslotte, *c*, wordt de koop gesloten, terwijl beide partijen hun oordeel omtrent de zaak op eigen deskundigenrapporten baseren. Dit zal bijvoorbeeld niet ongebruikelijk zijn bij de koop van het werk van een oude meester. Na de koop blijkt dat onze gouden eeuw op nog meer veelbelovende leerlingen kan bogen, dan reeds werd aangenomen: het doek blijkt van de hand van een discipel van de meester te zijn. Staat een beroep op dwaling open voor de kunstminnende koper? Ook hier moet volgens mij het antwoord bevestigend luiden; met de haagse rechtbank in het *valse Seghers*-arrest, ben ik van mening, dat de omstandigheid dat de koper ook zelf een deskundige raadpleegt voor de authenticiteit van het stuk 'slechts is te beschouwen als een extra waarborg omtrent de verschoonbaarheid van een mogelijke dwaling'.⁸²

De conclusie die uit het hier betoogde getrokken kan worden, is dat bij de koopovereenkomst steeds de gemeenschappelijke dwaling gereduceerd moet worden tot een geval van enkelvoudige dwaling van de teleurgestelde partij (koper of verkoper), waarbij de gewone regels, die ik aan de hand van de jurisprudentie voor eenzijdige dwaling opstelde, van toepassing zijn. Het gaat daarbij om het onoorbare gedrag van één der partijen: misleiding door onjuiste mededelingen of verzwijging. Het terugbrengen tot een eenzijdige dwaling kan ook gebaseerd worden op het onoorbare gedrag van een der partijen, waardoor dwaling weer gelijkgesteld wordt met misleiding.

Als wij nagaan welke regeling de wetgever in het oude BW voor gevallen van gemeenschappelijke dwaling geeft, bemerken wij dat de geledeerde partij steeds een *quanti minoris*-actie ten dienste staat, om zijn prestatie aan de werkelijke kwaliteiten van de zaak aan te passen.⁸³

80. Of bij zijn zwijgen, op grond van de schijn die de hoogte van de koopprijs opwekte, i.v.m. de gebruikelijke correlatie tussen koopsom en omzet van de praktijk bij artsen- en specialistenpraktijken.

81. In andere zin de engelse regel uit *Attwood v. Small*, 1838, GQ & Fin. 232: indien men op eigen onderzoek afgaat, verwerkt men het recht op een actie uit misrepresentation. Zie ook: H. Drion t.a.p., p. 500.

82. De Grooth verdedigde tijdens colleges een andere mening, zich aansluitend bij de in de vorige noot genoemde engelse jurisprudentie. Vgl. ook de opvattingen van de hierboven bij de bespreking van het *valse Seghers*-arrest vermelde schrijvers.

83. Men zie bijv. art. 1508 lid 2 oud BW indien de zaak gedeeltelijk tenietgegaan blijkt; de artt. 1520-26 *oud*, verkopersdwaling t.a.v. de maat van onroerend goed; art. 15 Pachtwet, verpachter dwaalde t.a.v. de grootte van het verpachte; de artt. 518*b* en *j*, jo. 795 K., vervrachter dwaalde t.a.v. het laadvermogen van het schip; de artt. 533*o* en *r*, idem t.a.v. het aantal reizigers dat vervoerd kan worden; en ten slotte art. 1416*a* lid 1 oud BW, i.g.v. een misleidende prospectus. In al deze gevallen - het laatste artikel uitgezonderd - gaat de wetgever ervan uit, dat beide partijen in dwaling verkeerden (zie expliciet: artt. 518*b* en *j*). Steeds zien wij, dat de verkoper, verpachter of vervrachter de rekening van zijn dwaling gepresenteerd krijgt in de vorm van de *quanti minoris*-actie - in mijn opvatting een algemene dwalingsactie - die de wederpartij tegen hem kan instellen. Dat deze laatste eveneens dwaalde is hierbij irrelevant, nu de oorzaak van de dwaling bij de andere partij ligt.

§1. DWALING (MISLEIDING)

In de huidige wettelijke regeling, art. 6:228, lid 1 sub *c* BW, wordt uitgegaan van een dwaling van beide partijen, met als uitzondering de situatie dat het voor degeen die zich op de dwaling beroept een niet relevante omstandigheid of eigenschap betreft waarover gedwaald wordt. Zie in dit verband ook de hoofdregel van lid 1, aanhef: het moet gaan om de situatie dat bij juiste voorstelling van zaken de overeenkomst niet gesloten zou zijn. Helaas rept de wetgever in het artikel niet over de risico-vraag, die hier toch de doorslag moet geven. Het is altijd gezelliger dwalen met zijn tweeën, maar dat zegt nog niets voor wiens rekening dat gebeurt. Je bent verkeerd gereden met z'n tweeën, maar wie zou ook weer kaartlezen of op de borden letten? Een bron van echtelijke twisten, de rechter uit eigen wetenschap bekend. Zo is het met een gewone overeenkomst natuurlijk ook: het is heel interessant te weten dat de wederpartij ook dwaalde, maar dan begint de eigenlijke vraag pas: 'nou en?'

Uit het hetgeen hierboven besproken werd blijkt dat in de praktijk gevallen van zuivere wederzijdse dwaling zeldzaam zijn, misschien ook omdat de rechter het geval graag wil terugbrengen tot het meer vertrouwde terrein van de eenzijdige dwaling, en de daarbij geldende verplichtingen uit hoofde van de goede trouw. Onder het oude recht was dat in elk geval de stand van zaken, waarbij geldt dat ook meespeelden de vereisten inzake 'toekomstverwachtingen', de 'eigenlijke grond' voor het aangaan van de overeenkomst (de zgn. 'zelfstandigheid der zaak' van art. 1358 oud BW), 'kenbaarheid' van de dwaling, en niet te vergeten de 'verschoonbaarheid' (hetgeen niets met de STER-reklame van tegenwoordig voor zuigelingen en dames te maken heeft). Ik ken drie gevallen uit de jurisprudentie. In het *taxatierapport-arrest* (NJ 1937, 1058) gingen partijen uit van een taxatierapport dat op basis van een onjuiste grondslag opgesteld was; in het *dekkleden-arrest* (NJ 1947, 85) gingen partijen er bij hun vaststellingsovereenkomst (ten onrechte) van uit dat een partij dekkleden verloren was gegaan; in *Van Smeden - Ver. v. Chr. Onderwijs te Zaandam* (NJ 1973, 37) gingen partijen ervan uit dat op basis van een salarisregeling het inkomen van Van Smeden door de arbeidsovereenkomst zou toenemen, hetgeen later onjuist bleek.

In dit type gevallen is steeds een gemeenschappelijke onjuiste voorstelling van zaken in het geding, die zozeer de grondslag van de transactie betreft, dat deze bij onjuistheid van de voorstelling volkomen in de lucht komt te hangen. Het gaat met andere woorden om een *fundamentele* dwaling, of zoals het engels recht het fomuleert met betrekking tot de *common mistake*: 'a false and fundamental assumption, going to the root of the contract'. Voor deze gevallen is Houwings constructie nog zo gek niet, dat partijen het contract van het bestaan van de eigenschap, als van een voorwaarde, afhankelijk hadden gesteld. Het geeft precies weer waar het om gaat. Ook Meijers' omschrijving is treffend: de eigenschap is alleen daarom niet vermeld, omdat zij als vanzelfsprekend aangenomen mocht worden.

Dit kenmerk van wederzijdse dwaling doet sterk denken aan de duitse figuur van *Geschäftsgrundlage* op het terrein van veranderde omstandigheden, zoals deze na de oorlog vooral door Larenz ontwikkeld werd.⁸⁴ Voor de wederzijdse dwaling wordt door Larenz een speciale plaats ingeruimd, namelijk de

84. Vgl. o.m. Bierhuize, AA 1977, p. 79.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

zogenaamde *subjektieve* Geschäftsgrundlage. Op die materie kan hier niet ingegaan worden. Van belang is echter dat in de Duitse jurisprudentie niet gewerkt wordt met Larenz' constructies. Het Bundesgerichtshof hanteert het *Zumutbarkeits*-kriterium. *Anpassung* van de overeenkomst is op zijn plaats indien 'das Festhalten am Vertrag wegen Unzumutbarkeit gegen Treu und Glauben verstösst'.⁸⁵ Het is niet van de debiteur te vergen, en in strijd met de goede trouw, om hem aan zijn contractsverplichting te houden. Ook in het Engelse recht is op dit gebied de 'just and reasonable solution', eens door Lord Denning gelanceerd, de overhand aan het krijgen.⁸⁶ In ons recht kennen wij de derogerende werking van de goede trouw, terwijl in het huidige BW ook een *imprévision*-artikel opgenomen is, art. 6:258, dat wijziging van de overeenkomst bij veranderde omstandigheden mogelijk maakt, op grond van de goede trouw (zie Hfdst. 6, § 3).

Ik sta hierbij stil, niet alleen omdat rechtsvergelijking zo leuk is, maar om te onderstrepen dat op het terrein van gemeenschappelijke dwaling, de vraag voor wiens risico de onjuiste voorstelling komt, beantwoord moet worden op grond van het beginsel van de goede trouw. Of, zoals ik het eerder bij de eenzijdige dwaling formuleerde, op grond van de aard van de overeenkomst, de redelijkheid en de verkeersopvatting. Een tweede punt is, dat ook hier weer de aanpassing van de overeenkomst vaak de beste oplossing biedt.

De hoge raad heeft zich tot dusver niet expliciet uitgesproken over de figuur van gemeenschappelijke dwaling. In het *Van Smeden*-arrest kwam hij er niet aan toe, en dat is ook het geval in het *slooppand*-arrest (1979). In beide zaken ziet men overigens hoe de lagere instanties de mist ingaan, doordat zij een uiterst beperkt beeld hebben van de begrippen zelfstandigheid der zaak en toekomstverwachtingen. De kantonrechter maakt het in de eerste zaak wel heel bont, door te negeren dat beide partijen het eens zijn over de gemeenschappelijke, fundamentele dwaling ten aanzien van de geldende salarisregeling, die ten tijde van het contracteren nog niet geheel gepubliceerd was, en dat beide partijen als grondslag van het contract zagen dat Van Smeden meer zou gaan verdienen door het aannemen van deze nevenfunctie. Volgens de kantonrechter is de verwachting van Van Smeden over het meer verdienen niet een dwaling die de zelfstandigheid der zaak betreft, aangezien partijen het over de inhoud van het contract verder eens waren. De rechtbank neemt dit standpunt over, en spreekt van een teleurgestelde verwachting. Al met al fraaie staaltjes van *Begriffsjurisprudenz*, of wat Eggens eens noemde: *Unbegriffsjurisprudenz*. Ik ben bang dat dit type rechtspraak vooroordeelbevestigend jegens juristen werkt. Gelukkig vindt de hoge raad in deze procedure dat niet de partijen, maar de lagere rechters niet met beide benen op de grond staan, en casseert het vonnis. Daarbij volstaat het college met erop te wijzen dat de onjuiste voorstelling van partijen een bestaande salarisregeling betrof, zodat hier van een zuivere toekomstverwachting geen sprake is.

85. Zie voor die materie ook Abas, diss. p. 251 v.; J.M. Smits, *RmTh* 1993, p. 504 en verder nog Hfdst. 6, § 3.

86. Vgl. Cheshire, Fifoot and Furmston, t.a.p., 14e dr., 2001, p. 634 v. Vgl. voor deze problematiek ook nog mijn bijdrage aan de bundel *Iustitia et Amicitia*, nov. 1985, *De verplichting tot heronderhandelen in geval van 'hardship'*, i.h.b. nt 9. Zie ook Hfdst. 6, § 3.

§1. DWALING (MISLEIDING)

Voor een toepassing van de risico-gedachte bij dwaling ten aanzien van toekomstige ontwikkelingen verwijs ik naar mijn al eerder genoemde AA-noot onder de *slooppand*-zaak, waar die casus op dat aspekt doorgelicht wordt (t.a.p., sub 7).

De hier door mij (al in 1968) bepleite benadering van gemeenschappelijke dwaling: trachten deze tot eenzijdige dwaling te reduceren, hetgeen met name bij koop de regel zal zijn, begint in de rechtspraak weerklank te vinden. In de zaak van de kilometerteller die verkeerd afgesteld was, is deze zienswijze te vinden in de uitspraken van rechtbank en hof, ieder op eigen wijze, terwijl dit de goedkeuring van de hoge raad krijgt, die er zelfs nog een schepje bovenop doet.⁸⁷

Vijverberg (partikulier) koopt in januari 1988 een VW Golf uit 1985 voor bijna f 26.000,-, onder de clausule: 'koper koopt auto op eigen bate en schade'. De km-stand staat op 45 228; naderhand ontdekt de koper een onderhoudsboekje waaruit blijkt dat de km-stand meer dan het dubbele moet zijn. Voor de Rb. Den Haag vraagt Vijverberg vernietiging van de koopovereenkomst (via onrechtmatige daad!); de Rb. is van oordeel dat Gerards 'door grove nalatigheid de misleiding van Vijverberg veroorzaakt heeft', waarbij zij ervan uitgaat dat Gerards kennisgenomen heeft van het serviceboekje, en wijst de vordering toe. In appel is het Hof Den Haag echter van oordeel dat Gerards te goeder trouw is geweest en dat de kilometrage ook voor hem als een verrassing gekomen is. Dat neemt echter niet weg, oordeelt het hof, 'dat de koper een beroep op dwaling kan doen, indien een situatie als in casu zich voordoet', en bekrachtigt het vonnis. De juiste kilometerstand wordt een 'essentieel' onderdeel van de koop genoemd; het hof neemt aan dat de verkoper de juistheid ervan 'stilzwijgend garandeert', en belangrijker nog: 'indien dat niet het geval is komt de foutieve kilometerstand geheel voor risico van de handelaar'.

De hoge raad ziet hierin een geval van wederzijdse dwaling:

'Kennelijk heeft het hof geoordeeld dat niet alleen Vijverberg maar ook Gerards bij het sluiten van de overeenkomst van dezelfde onjuiste veronderstelling is uitgegaan dat de stand van de kilometerteller ten tijde van de koop het werkelijk met de auto gereden aantal kilometers weergaf, alsmede dat Gerards heeft begrepen dat een juiste voorstelling van het aantal met de auto gereden kilometers Vijverberg zou hebben afgehouden van het sluiten van de overeenkomst' (ov. 3.2, slot).

De hoge raad komt dan tot de eerder aangehaalde overweging (zie boven, Hfdst. 4), waarin gesteld wordt dat deze garantie ten aanzien van 'een wezenlijk onderdeel van de koop overeenkomst' niet doorbroken wordt door een als standaardbeding opgenomen exoneratie met betrekking tot verborgen gebreken ('op eigen bate en schade'), dat evenmin het daarmee verbonden beroep op dwaling van de koper kan uitsluiten.

Wij zien hier dat de Rb. op de franse tour gegaan was en de professionele koper die een essentiële eigenschap van de verkochte zaak onjuist weergeeft eenvoudigweg te kwader trouw acht. Dat was kennelijk wat te wild voor het haagse hof (die jonge rechters ook altijd) en het college kiest voor gemeenschappelijke dwaling, om daar direkt op af te dingen met de conclusie dat de koper een beroep op dwaling openstaat, waartegen de verkoper geen verweer

87. HR 25 juni 1993, NJ 1994, 291, nt CJHB, *Gerards - Vijverberg (kiloterteller)*; NTBR 1994, p. 38, nt M.M. van Rossum; het arrest kwam al eerder ter sprake, zie Hfdst. 4, § 3, nr 6 (garanties).

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

heeft, ook al had hij evenzeer (subjektief) gedwaald en zelfs een exoneratiebeding inzake verborgen gebreken/dwaling opgenomen. De verkeerde weergave van feiten komt voor verkopers 'risiko', vond het hof. Daarmee is het etiket 'gemeenschappelijke dwaling' dat door het hof impliciet gebruikt wordt zonder enige functie gebleken, althans niet om de koper met zijn beroep op dwaling in de weg te staan. Hetzelfde gebeurde trouwens met de vaststelling van de 'goede trouw' van de (professionele) verkoper. De vorm waarin dit alles gegoten wordt, is niet al te fraai, maar de het resultaat is goed, en dat telt.

De hoge raad brengt wat lijn in de impressionistische benadering van het hof en geeft zijn fiat aan deze omgang met gemeenschappelijke dwaling, die vanwege de geconstrueerde stilzwijgende garantie tot eenzijdige dwaling gereduceerd werd. Dat gebeurde met inbegrip van de *risiko-benadering* van het hof: beide partijen verkeerden in dwaling over de juistheid van de kilometerstand, maar die dwaling kwam voor risico van de verkoper als handelaar.

In een ander tweedehands auto-arrest, *old-timer*, van een jaar later, is wederom sprake van gemeenschappelijke dwaling die door de lagere rechters aangenomen wordt, maar met het oordeel van de hoge raad loopt het anders omdat de verkeersveiligheid in het geding is.⁸⁸ Ook dit arrest kwam al eerder ter sprake, bij de bespreking van garanties.

Schirmeister en De Heus zijn partikulieren en liefhebbers van oude auto's, met name van de legendarische Citroën DS (de 'snoek'). De Heus weet er een op de kop te tikken in Frankrijk via een bevriende garagehouder die de auto, een break 1966 met een tandarts als (eerste) eigenaar, in onderhoud gehad heeft. Hij verkoopt hem aan De Heus in 1988, en beschrijft daarbij de 22-jaar oude auto in superlatieven: 'tadellos', qua chassis en carrosserie in 'showroom-conditie', in '100% technische conditie', 'er was niet aan gerommeld', 'de mooiste die ik ooit gezien heb', e.d. Schirmeister neemt twee deskundigen in de arm die de auto voor hem keuren en die hem voor zijn leeftijd in uitstekende staat vinden verkeren; met name werd geconstateerd dat er aan de auto 'niet gelast' was en dat het plaatwerk nog in originele staat verkeerde. Bij de keuring voor het kentekenbewijs, na de koop, wordt evenmin iets bijzonders geconstateerd. Dat gebeurt wel een jaar later bij de APK-keuring: de kokerbalken bleken op verschillende plaatsen doorgeroest. Daarbij bleek ook dat dit gebrek zich al eerder geopenbaard had: de gaten waren met polyester gedicht en vervolgens overgespoten. Het was dus zo geraffineerd gecamoufleerd, dat de deskundigen bij de koop en de keuring voor het kentekenbewijs dat niet opgemerkt hadden.

Schirmeister wil de koop laten vernietigen, o.m. op grond van dwaling en verborgen gebreken. Rb. en Hof Amsterdam wijzen zijn vordering af. De Rb. ging uit van wederzijdse dwaling, nu beide pp. van dezelfde onjuiste veronderstelling zijn uitgegaan dat de auto in ongeschonden staat verkeerde; de dwaling komt echter voor rekening van de koper. Het hof is het hiermee eens, en is van oordeel dat de dwaling 'in de omstandigheden van dit geval in redelijkheid voor rekening van de koper behoort te komen'; de relevante omstandigheden zijn dat de koop een 22 jaar oude auto betrof, tussen liefhebbers van oude Citroëns gesloten was en dat het gebrek zich pas een jaar later geopenbaard heeft na regelmatig gebruik van de auto. Er zijn enkele procedurele kwesties: koper had in de ogen van het hof geen beroep op art. 228 lid 1 sub a gedaan (onjuiste inlichting), en evenmin voldoende gesteld om non-conformiteit aan te nemen, getel op de aard van de overeenkomst (old-timer; transactie tussen partikulieren) en de aard van de mededelingen (algemene aanprijzingen).

De hoge raad ziet in de aard van het gebrek (gevaar voor de verkeersveiligheid) aanleiding om 'als regel aan te nemen dat 'de auto niet beantwoordt aan de overeenkomst'

88. HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 674, nt CJHB, *Schirmeister - De Heus*; AA 1994, p. 821, nt Hijma; *NTBR* 1994, p. 224, nt M.M. van Rossum.

§1. DWALING (MISLEIDING)

(non-conformiteit dus); hierop zijn echter uitzonderingen mogelijk, zoals het geval dat de koper het risico van een zodanig gebrek had aanvaard. Ook kan gedacht worden, in een geval als dit, aan de situatie waarin het de koper meer om de carrosserie in authentieke staat te doen was dan om de verkeerstechnische conditie van de auto. De aanvaarding van het risico kan echter doorbroken worden door het karakter van de mededelingen die de verkoper over de conditie gedaan heeft (de overweging van de HR werd eerder geciteerd). Dat laatste moet, na verwijzing, door het Haagse hof vastgesteld worden, evenals de vraag of het gebrek aan de kokerbalken een gevaar voor de verkeersveiligheid oplevert; het arrest van het Amsterdamse hof wordt namelijk vernietigd. De hoge raad had de argumenten van het hof om het beroep op non-conformiteit te verwerpen niet toereikend geoordeeld. Wel ging de raad akkoord met het processtechnische punt dat het hof terecht het beroep op art. 228 lid 1a door de koper (onjuiste inlichting) niet in zijn stellingen had gelezen. Door die processtechnische barrière, bleef de zaak binnen het terrein van de gemeenschappelijke dwaling (zonder dus tot een eenzijdige dwaling, opgewekt door onjuiste mededelingen van de verkoper, teruggebracht te worden).

De conclusie moet luiden dat ook in deze casus het hanteren van de figuur van gemeenschappelijke dwaling weinig uitmaakt voor de mogelijkheid van een beroep op non-conformiteit bij de koop (de speciale aktie bij koop, ex art.7:17 BW), die uitdrukkelijk toegelaten wordt; dat is naar het oordeel van de hoge raad nog wel als regel het geval indien het om een wezenlijke eigenschap gaat, zo vertaal ik dat hier (in art.7:17 wordt gesproken van ‘normaal gebruik’⁸⁹). Verkeersveiligheid is immers een wezenlijke eigenschap van een auto. Indien je auto als ‘gevaar op de weg’ van de weg gehaald wordt en in beslag genomen door de politie - ik wees er al eerder op bij de bespreking van de garanties en het malheureuse *occasion*-arrest (1985) - is het begrip *auto* niet langer in overeenstemming met de werkelijkheid; *auto mobile*: hetgeen vanzelf beweegt. Men zou dat ook ‘normaal’ kunnen noemen, maar ik ben bang dat dit woord voor strijdende partijen geen onderscheidend kenmerk heeft.

Als men zich afvraagt of de door de lagere rechters gekozen oplossing nu bevredigender is dan die van de hoge raad, valt daar het volgende bij aan te tekenen. De benadering van Rb. en hof lijkt realistischer: het is toch erg onwaarschijnlijk dat een zo’n oude auto, ook al was hij van een tandarts en bij eenzelfde garage in onderhoud, geen gebreken zou hebben die aan oude auto’s eigen zijn. Is dat niet een ‘normaal’, dat wil zeggen, aanvaardbaar risico bij zo’n transactie? Daar lijkt veel voor te zeggen; ik heb dan ook de indruk dat het arrest een *rechts-politieke* uitspraak is, over het hoofd van betrokken partijen heen. Het ‘gevaar op de weg’-aspect werd al eerder genoemd, en het trauma dat de hoge raad wellicht (en terecht) heeft op dat gebied, na het *occasion*-arrest van 1985.⁹⁰ Het is denk ik ook geen toeval dat Nieuwenhuis dit keer van de kamer van de hoge raad deel uitmaakte, een bestrijder van *occasion* van het eerste uur, in zijn vorige leven als hoogleraar en annotator van AA (hetgeen nu weer zijn huidig leven is).

Dat is één aspect van de zaak; een ander is, dat het in casu om een vorm van bedrog ging, althans te kwader trouw in dwaling brengen, opzettelijke misleiding dus, door het gebrek zo te camoufleren. Het is echter zeer de vraag of de verkoper, een partikulier (wel met aspiraties om handelaar te worden, maar die kwalifikatie wordt door het hof verworpen) dat op zijn geweten heeft, of dat ook

89. Zie voor deze problematiek ook Klik en Wijers, *Dwaling, conformiteit en garantie. Vervagende grenzen in het kooprecht*, TvC 1995, p. 77; Asser-Hijma 5-1, nr 434 v., waar verdere lit.

90. In zijn noot wandelt Brunner wel heel lakoniek langs die zwarte bladzijde uit de NJ.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

hij bij de neus genomen is (door de franse garagehouder?). Men zou verwachten dat de hoge raad dit aspect van de zaak serieus neemt en kwade trouw van de verkoper wil afstraffen door de koper een beroep op dwaling toe te staan, zelfs nu het hier niet om een professionele verkoper gaat. De oude regel die ook al te vinden is in *Redgrave v. Hurd* (1881), die boven al ter sprake kwam, en die de raad op pijnlijke wijze vergeten was in de zaak *Crombag - Spaay* (1986). Ook op dat punt zou rechtspolitiek aan de orde kunnen zijn, als herstel-rechtspraak. Indien men zich afvraagt of dat niet wat sneu is voor de partikuliere verkoper indien deze zelf te goeder trouw was en het gebrek niet kende, is daar het tegenaargument dat hij altijd verhaal kan zoeken op zijn voorman (de franse garagist), en dat het redelijk is om dat verhaalsrisiko bij hem te leggen, als initiatiefnemer en amateur-handelaar. Als men in zaken gaat, brengt dat nu eenmaal risico's mee. Tenslotte is er ook het prijs-aspekt: de prijs die de koper betaald heeft was te hoog, gezien het naderhand vastgestelde gebrek (uit het arrest maak ik op dat de prijs ongeveer f 14.500,- was). Ook indien de verkoper te goeder trouw was zou het niet onredelijk zijn om aanpassing van de prijs of een reparatie, c.q. vervanging te eisen, met behoud van de auto (zie ook art. 6:230 BW). De Heus had ook aangeboden om 'de gaatjes te lassen', maar Schirmeister wilde kennelijk de koop terugdraaien. Vond de lagere rechter dat, in de gegeven context, wellicht onredelijk?

Het blijft enigszins gissen wat de hoge raad met deze uitspraak voorhad; het is jammer dat hij, anders dan zijn engelse, amerikaanse of duitse zusterinstellingen zo zuinig is met de uitleg waarom hij tot een dergelijke uitspraak gekomen is. Dat is niet zo bevorderlijk voor de rechtsontwikkeling. Maar dat is een oude klacht van mijn kant.

Ik wees er al eerder op dat gevallen van 'zuivere' gemeenschappelijke dwaling niet veel zullen voorkomen, waarbij sprake is van het contracteren onder invloed van een bepaalde gemeenschappelijke voorstelling die zij van de toekomst of van het verleden gemaakt hebben. Bij de eerste categorie denk ik aan *duurcontracten*, zoals alimentatie-, aanbesteding van werk-, en de arbeidsovereenkomsten. Bij de beoordeling of een beroep op dwaling hier mogelijk is, ligt het voor de hand het - door de hoge raad sinds 1933 gehanteerde - beginsel te gebruiken, dat een toekomstverwachting eerst dan een relevante dwaling oplevert, indien zij gebaseerd werd op ten tijde van het contracteren aanwezige omstandigheden (zie boven). Bij de tweede categorie, dat beide partijen contracteren onder een onjuiste voorstelling van het verleden, denk ik aan *vaststellingsovereenkomsten*. Partijen menen bijvoorbeeld dat het paard van A tijdens diens logies in de stallen van B, de paarden van B met schurft besmet heeft. Nadat partijen ter regeling van de schade een vaststellingsovereenkomst zijn aangegaan, blijkt A's paard de ziekte niet verspreid te hebben, het bleek in de streek te heersen. Naar het recht van het oude BW stond hier naar mijn mening een beroep op dwaling open, nu partijen dwaalden ten aanzien van de toedracht van de zaak, met name de faktor die de ziekte en de schade teweeggebracht heeft.⁹¹ De hoge raad loste de bovenstaande casuspositie (en soortgelijke gevallen) op met gebruikmaking van het *causa*-begrip; aangezien de

91. Zie mijn *WPNR*-artikel, 1968, p. 51, met een beroep op analogische toepassing van art.1896 BW (dwaling bij dadings); ook Rutten was overigens voorstander van een beroep op dwaling bij vaststellingsovereenkomsten.

§1. DWALING (MISLEIDING)

oorzaak - 'de grond', of 'doel en strekking van de overeenkomst' - weggevallen is (of zelfs nooit aanwezig is geweest), kan de overeenkomst niet als rechtsgeldig aangemerkt worden, ex art. 1371 oud BW.⁹²

In het huidige BW is dat laatste artikel niet meer opgenomen en heeft men, nu geen beroep meer gedaan kan worden op het gebrek aan oorzaak van een overeenkomst, de wederzijdse dwaling opgenomen in art. 6:228 lid sub *c*. Daarnaast is als art. 229 een regeling voor zogenaamde voortbouwende overeenkomsten opgenomen. Het gaat om een overeenkomst die 'de strekking heeft voort te bouwen op een reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding', indien deze rechtsverhouding 'ontbreekt'; de mogelijkheid van vernietiging van die overeenkomst staat niet open indien het ontbreken van de rechtsverhouding gezien de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen of de omstandigheden voor risico is van degeen die vernietiging zoekt. De 'redelijkheid' ontbreekt ook hier weer in het rijtje. Het artikel heeft naar het zich laat aanzien een beperkte werking: het is nadrukkelijk gericht op een bestaande *rechtsverhouding* als (ondeugdelijke) grondslag voor de overeenkomst, die partijen willen wijzigen of nader aanvullen, e.d. Dwaling is niet vereist voor een beroep op dit artikel (aldus MvA terzake). Het hangt er dus maar van af hoe men het begrip 'rechtsverhouding' interpreteert; als dat op ruime wijze gebeurt, zou de vaststellingsovereenkomst onder dit artikel gebracht kunnen worden. Het kan in ieder geval onder de gemeenschappelijke dwaling van art. 228 lid 1 sub *c* gebracht worden, conform het oude recht.⁹³

Nu het aantal gevallen dat een onjuiste gemeenschappelijke veronderstelling een relevante wederzijdse dwaling betekent, in een voortbouwende context of daarbuiten, uiterst gering zal zijn, doet dit de vraag rijzen, of deze kleine groep gevallen niet beter bij een andere figuur dan de dwaling ondergebracht had kunnen worden, en of wettelijke regeling wel nodig was. Ik denk hier aan de situatie dat ten gevolge van gewijzigde omstandigheden de verplichtingen uit het contract een geheel andere inhoud of strekking gekregen hebben, zodat een beroep op het *imprévision*-artikel, 6:258 BW, mogelijk zou zijn. De aanpassing van het contract, waarin art. 6:230 voor de (eenzijdige) dwaling voorziet, zou bij wederzijdse dwaling via art. 258 kunnen plaatsvinden. Er is nog al wat gehannest met het artikel voor gemeenschappelijke dwaling, dat sterk op het Duitse recht (lees: Larenz) geïnspireerd is, waar die figuur echter nooit tot ontwikkeling gekomen is.⁹⁴ Het deels onderbrengen bij de gewone, eenzijdige dwaling in art. 228 lid 1 sub *c*, deels afzonderlijk regelen in art. 229, acht ik een weinig gelukkige ingreep van de ontwerpers. In 1968 heb ik overigens al schrapping van art. 228 lid sub *c* bepleit, hetgeen niet heeft mogen baten. De toekomst zal uitwijzen of deze bepalingen in de praktijk toegepast zullen gaan worden. Het zou mij niet verbazen als het papieren regels zouden blijven.

92. HR 3 maart 1916, *NJ* 525.

93. In deze zin ook Asser-Hartkamp II, nr 195; vgl. ook nr 240.

94. De leer van Larenz inzake de 'Geschäftsgrundlage' is in de Duitse jurisprudentie en doctrine niet aanvaard, anders dan vele Nederlandse auteurs menen. Zie voor die materie nog onder, t.a.p., veranderde omstandigheden. Het Duitse voorbeeld is daardoor wat in de lucht komen te hangen. Vgl. over art. 6:5.2.12, de voorloper van art. 6:228 lid 1 sub *c*, *Toel.*, p. 757 v. Art. 6:228 was in het ontwerp van 1961 art. 6:5.2.11. Art. 6:229 is als nieuw artikel bij Gewijzigd Ontwerp in 1976 ingevoerd.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

In zijn eerder genoemde *Themis*-artikel uit 1993 doet Smits een poging om een nieuwe grondslag voor gemeenschappelijke dwaling te vinden, als alternatief voor hetgeen door mij in aansluiting op Meijers en De Grooth voorgestaan wordt, dat hierboven uiteengezet werd (*RmTh* 1993, p. 499, op p. 510 v.). Hij zoekt die grondslag in een 'risiko-benadering': partijen valt niets te verwijten, derhalve moet vastgesteld worden wie het risico van de onjuistheid van de voorstelling aanvaard heeft. Daarbij is bepalend wie het risico heeft aanvaard door de overeenkomst te sluiten, hetgeen door redelijke uitleg vastgesteld moet worden. Smits meent, met een beroep op de arresten *valse Seghers* en *kantharos*, dat de HR dat doet zònder aan de traditionele eisen te toetsen (in casu met behulp van de 'redelijke, in het verkeer gangbare opvatting'). Dit kan ik moeilijk volgen - in beide betekenissen van het woord - en dat is ook het geval bij de verdere uitwerking die schr. geeft. Bij vaststellingsovereenkomsten is er eerder een beroep op gemeenschappelijke dwaling mogelijk dan bij andere typen contracten; tevoren stelde hij dat de overeenkomst een 'risk-allocation device' is, waarbij bepalend is de mate waarin pp. bereid zijn een risico te lopen om een bepaald doel te verwezenlijken, en dat element ontbreekt bij een vaststellingsovereenkomst. Daarentegen betoogt Smits ook dat koop een 'kanskarakter' heeft (ontleend aan de opvatting van Drion inzake kunstkoop). Hij bepleit tenslotte toepassing van zijn nieuwe grondslag in het kader van art. 6:229 BW, de voortbouwende rechtshandeling. Ik constateer dat Smits, voorzover ik hem goed begrijp, zich niet ver verwijderd heeft van de risico-benadering die door mij al jaar en dag voorgestaan wordt, terwijl zijn bijzondere behandeling van het type vaststellingsovereenkomst eveneens tot weinig verschil van inzicht hoeft te leiden. Dan blijft mij onduidelijk waarom hij zich niet ook bij de stroming Meijers, De Grooth, en schrijver dezes aansluit. Immers, hoe meer zielen hoe meer vreugd; er zijn toch al zo weinig mensen die begrijpen waar het hier om gaat. In ieder geval zijn wij met de jurisprudentie, zoals wij zagen, op het goede pad.

8. Dwaling bij eenzijdige rechtshandelingen

De vraag of de zogenaamde 'wilsgebreken' ook tot vernietiging kunnen leiden in geval van 'eenzijdige rechtshandelingen' is in de literatuur maar weinig gesteld. Zo stelt Meijers met betrekking tot de dwaling: 'Of bij andere rechtshandelingen dan overeenkomsten een beroep op dwaling is toegelaten, weet niemand met zekerheid'.⁹⁵ Tot die 'niemand' rekent schr. kennelijk ook zichzelf; in art. 3:44, dat aangeeft wanneer een rechtshandeling in algemene zin vernietigbaar is, komt namelijk de dwaling als grond niet voor. Wèl vindt men daar bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden geregeld.⁹⁶

Op het eerste gezicht lijkt het ontwerp de opvatting van De Grooth niet over te nemen, waarbij de dwaling bij eenzijdige rechtshandelingen op dezelfde leest geschoeid wordt als bij tweezijdige rechtshandelingen.⁹⁷ Deze indruk wordt door lezing van art. 3:35 BW weggenomen. Daar vindt men òok voor de *eenzijdige*

95. *Toel.*, p. 180.

96. Voor de aanwezigheid van bedrog eist lid 3 van art. 3:44 BW opzettelijk gedane onjuiste mededelingen, of opzettelijk verzwijgen waar spreken plicht is, teneinde iemand tot het verrichten van een rechtshandeling te bewegen. In Boek 6 werd geen bedrog-artikel opgenomen.

97. *Preadv. Cand. Not.* 1948, p. 96. Aan dwaling dient bij eenzijdige rechtshandelingen slechts dan betekenis toegekend te worden, 'als deze is ontstaan als gevolg van mededelingen of gedragingen van de door de rechtshandeling bevoordeelde persoon, waardoor de "dwalende" tot de rechtshandeling is gebracht'. De Grooth beroept zich daarbij op het *afstands*-arrest, HR 24 juni 1938, *NJ* 1939, 337, nt PS, vgl. boven Hfdst. 3, § 2, nr 2.

§1. DWALING (MISLEIDING)

rechtshandeling het vertrouwensbeginsel neergelegd.⁹⁸ In de door mij verdedigde visie, waarbij uitgegaan wordt van de overeenkomst als rechtsverhouding, tot stand gekomen door twee eenzijdige rechtshandelingen van de twee partijen, ligt de aansluiting bij De Grooths opvatting voor de hand. De wijze van uitdrukken: de overeenkomst is vernietigbaar of kan vernietigd worden, kan in de hier verdedigde opvatting gehandhaafd blijven. Doch dit is slechts een oppervlakkige beschrijving van hetgeen plaatsvindt: de rechtshandeling-aanbod, resp. -aanvaarding wordt als vernietigbaar aangemerkt. De 'toezegging' wordt hierbij ongedaan gemaakt, met als gevolg dat eveneens de daarop gebaseerde rechtsverhouding ('overeenkomst') te niet gaat.

In de klassieke leer gaat men tot hetzelfde punt terug, zij het met de formulering, dat geen wilsovereenstemming (consensus) heeft plaatsgevonden. Vandaar de term 'wilsgebrek'.

Het merkwaardige standpunt van Meijers dat dwaling niet bij eenzijdige rechtshandelingen mogelijk zou zijn heeft geleid tot de plaatsing van de dwalingsregeling in Boek 6, bij de obligatore overeenkomst, en niet in het algemene gedeelte van Boek 3, waar bedrog, bedreiging (dwang) en misbruik van omstandigheden een plaats gevonden hebben, art. 3:44 BW. De indeling van het wetboek is daardoor wat exotisch geworden, en niet echt gebruiksvriendelijk. Intussen is de dwalingsregeling via de schakelbepaling ook op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen van toepassing, maar daarmee hebben wij de eenzijdige rechtshandeling nog niet bereikt. Tenzij men bereid is dat artikel ruim te interpreteren en ook op eenzijdige rechtshandelingen van toepassing te laten zijn. In de MvA werd opgemerkt dat het artikel 'daaraan niet in de weg staat' (*Parl. Geschiedenis* Boek 3, p. 222).

Degeen die hierover nog aarzeling mocht hebben kan steun vinden in het arrest van de hoge raad van 10 jan. 1992, *NJ* 1992, 606, nt MMM, *Gem. Maastricht - Taxi Centrale Crals*. Hierin werd niet alleen de vertrouwensregel op een eenzijdige rechtshandeling toegepast (een verklaring van een verzekeraar), conform art. 3:35, maar ook een beroep op dwaling mogelijk geacht. Daarmee werd art. 6:216 analoog toegepast.

98. Vgl. hetgeen hierover bij de behandeling van afstand van recht opgemerkt *N.U.*, diss. p. 78 v. Daar vindt men ook een beschrijving van de rechtspraak van de hoge raad op dit punt, die afwijkt van de hier, in aansluiting op het nieuwe BW gevolgde opvatting (de reeks: *Illustra - Reinartz, Van Dongen - Van den Oetelaar, De Zaan - Intercoal*). Zie voor art. 3:35 BW en zijn grondslag boven, Hfdst. 1, § 2. De genoemde reeks vond een vervolg in de arresten HR 12 mei 1972, *NJ* 1973, 53, nt KW, *erven: V.d. Dong*, en 29 nov. 1974, *NJ* 1975, 211, nt GJS, *Hensels - Seegers en Musters*, AA 1975, p. 413 v., nt G, en vond nog geen eind in het *Goudse handdruk*-arrest, vgl. mijn noot in AA 1983, p. 499 (*Dialektiek R. en R., 1b*, p. 103). Zie ook nog Hfdst. 7, § 3.

§ 2. Bedrog en bedreiging

1. Dwaling in relatie tot bedrog en dwang (bedreiging)

Allereerst enkele kanttekeningen, naar het oude recht, over de relatie van de dwaling in mijn visie - in navolging van Meijers en De Grooth, waar men voor de rol van de goede trouw ook J.C. van Oven aan kan toevoegen - en de overige zogenaamde 'wilsgebreken': dwang en bedrog. Bij die rechtsfiguren lag het accent altijd al meer op de onoorbare gedragingen van de geweldenaar of bedrieger, dan op de defekte wil van zijn slachtoffer. Het 'geweld' moet zodanig zijn, stelde art. 1360 oud BW, dat het op 'een redelijk mensch' indruk maakt, en het hem 'de vrees kan inboezemen' dat hij zelf of zijn vermogen aan een gevaar blootgesteld wordt. De gebrekkige wil legt derhalve geen gewicht in de schaal, als geen redelijk persoon in die omstandigheden geïntimideerd zou zijn. In het huidige BW heeft de wetgever de term 'dwang' vervangen door 'bedreiging', art. 3:44, lid 2 BW. Bij *bedrog* spreekt de wetgever van kunstgrepen, die bewezen dienen te worden, wil een akte openstaan (art. 1364 oud BW, en thans art. 3:44, lid 3 BW). De ommezwaai in de jurisprudentie met betrekking tot de grondslag van een akte wegens een wilsgebrek, is derhalve bij de dwaling het meest spectaculair. Zoals bekend leidt de bedrogsakte een kwijnend bestaan, deels door de enge interpretatie die de hoge raad daaraan geeft, deels door de zwaarte van de bewijslast, hetgeen overal in het recht speelt waar kwade trouw of opzet geëist wordt.¹ De akte uit *dwang* dreigde een antiquiteit te worden nu de hoge raad de figuur van 'undue influence' niet daaronder heeft gebracht², zoals door Eggens verdedigd werd.³ De cassatierechter volgde Meijers in zijn *Bovag II*-arrest⁴, door de constructie van de ongeoorloofde oorzaak hier te hanteren. Meijers gaf weliswaar de voorkeur aan de gedachte dat het hier een vierde wilsgebrek geldt, maar meende dit niet zonder de wetgever te kunnen klaren.⁵ De door hem uitgemeten 'ernstige bezwaren' tegen de onzedelijke oorzaak-constructie⁶, werden door hem derhalve voor het oude recht voor lief genomen. Elders komt nog ter sprake dat Meijers de op art. 1373 gebaseerde undue influence-figuur op alle rechtshandelingen van toepassing verklaard heeft.⁷

1. Vgl. mijn *WPNR*-artikel, p. 41.

2. Hierbij vormde art. 1362 oud BW een struikelblok, dat bepaalt, dat de vrees alleen uit eerbied jegens bloedverwanten, zonder bijkomend geweld, geen akte uit dwang oplevert. Het is echter de vraag of niet een ruime interpretatie van deze bepaling, vergezeld van een beroep op de wetsgeschiedenis (anno 1838) voor het oud recht, bij 'redelijke wetstoepassing' op zijn plaats was.

3. Vgl. diens afscheidscollege, *WPNR* 4704-4705 (1962). Daar vindt men de opvatting van Van Zeven bestreden, die volgens Eggens 'van een overwonnen of althans te overwinnen legistische traditie' getuigt, nt 20.

4. Vgl. ook het elders besproken *Kruseman - gem. Amsterdam*-arrest (1962), en dat van 29 april 1971 (echtscheidingsconvenant). Zie Hfdst. 3, § 2, nr 3.

5. *WPNR* 3372 (1934), *Verz. Opst.* III, p. 220.

6. O.a. dat in dat geval beide partijen zich op de ongeoorloofde oorzaak kunnen beroepen en dat door de nietigheid van de overeenkomst de benadeelde niet meer de bevoegdheid heeft haar te bekrachtigen.

7. In dezelfde zin de regeling van art. 3.2.10 NBW, thans 3:44 BW.

§2. BEDROG EN BEDREIGING

Op de merites van de figuur van undue influence, zoals opgevat in de heersende leer, wordt hieronder nog ingegaan. Voor het oude recht wil ik er nog op wijzen, dat de al door Meijers gesignaleerde bezwaren die aan de oorzaak-construktie kleven, niet meer wegen, indien men de boven - in navolging van J.C. van Oven - verdedigde visie inzake de gevolgen van nietigheid aanvaardt, waarbij de regels van de goede trouw centraal staan.⁸ Daarmee had overigens ook de vraag of deze rechtsfiguur op de artt. 1371, 1373 steunt, dan wel op art. 1359 v. oud BW, veel aan belang ingeboet.

De figuur van bedrog kwam al even ter sprake; zij is in art. 3:44 lid 3 BW opgenomen. Er is grote verwantschap tussen dwaling en bedrog: in beide gevallen wordt een wederpartij in dwaling gebracht, in de zin dat zij op grond van een onjuiste vooronderstelling de overeenkomst aangaat. Er werd al op gewezen dat het verschil tussen beide akties zit in het vereiste dat bij de bedrog de dwaling *opzettelijk* teweeggebracht moet zijn.⁹ In het oude art. 1364 werd gesproken van 'kunstgrepen' die toegepast moeten zijn; als gevolg van de invloed van het strafrecht werden hieraan in de jurisprudentie meestal strenge eisen gesteld. In de jaren twintig was de hoge raad van oordeel dat een enkele leugen geen bedrog oplevert; dat heeft de populariteit van de dwalingsfiguur sindsdien bepaald bevorderd. In het huidige BW is die eis verzacht, en wordt gesproken van 'enige onjuiste mededeling of verzwijging'.¹⁰ Dat is winst, maar het probleem zit hem nog steeds in het vereiste dat de misleiding *opzettelijk* gedaan moet zijn. Een navrante zaak, waarin dit op pijnlijke wijze - althans voor het billijkheidsgevoel - geïllustreerd wordt, is het arrest *Beukinga - Van der Linde* uit 1969, dat nog steeds relevant is voor het geldend recht.¹¹

Beukinga Sr., een tuinman in loondienst, zoekt voor zijn zoon een goedlopend café en pensionbedrijf, dat Driessen hem wil verkopen in Zandvoort (dat gaat wat ingewikkeld, via de verkoop van een pand van Beukinga in Amsterdam aan Driessen als gevolmachtigde van Van der Linde). Beukinga Sr. gaat met Driessen praten en heeft zijn accountant bij zich, en Driessen praat hem de oren van het hoofd. Om een kleine greep te doen, hetgeen later allemaal in strijd met de waarheid blijkt te zijn: Driessen is 'Dr.', commissaris bij Philips, heeft 90 huizen te verhuren en bezit 12 vrachtwagens en 4 draglines. Het café-pension is een 'goudmijn', die per jaar zeker f 20.000,- opbrengt, het dak is pas vernieuwd, en het pension loopt als een trein. De accountant van Beukinga vraagt inzage in de boeken, maar die zijn er

8. Wat het boven als eerste genoemd bezwaar betreft, valt te denken aan de hantering van wat in het engels recht *estoppel* heet, de goede trouw belet degenen die misbruik van omstandigheden maakt, om zich op nietigheid van de overeenkomst te beroepen. Een soortgelijk beginsel meen ik te onderkennen in de dwalingsopvatting van H. Drion, vgl. mijn *WPNR*-artikel (1968), p. 51, nt 87. Vgl. verder, voor de in de jurisprudentie veel gehanteerde constructie, dat in de gegeven omstandigheden een beroep op een aan de wet of een overeenkomst ontleend recht (bevoegdheid) in strijd is met de goede trouw, Deel 2, Hfdst. 9, § 1, nr 5.

9. De toelichting op lid 3 van art. 44 (3.2.10) verwijst naar het engelse begrip *fraud*. Ook ten aanzien van dat begrip wordt in het engelse recht naar voren gebracht dat dit 'notoriously difficult to prove' is, vgl. mijn *NJB*-artikel uit 1967, p. 976. Staat men hier een volkomen objectivering van het opzet voor - vgl. de moderne strafrechtontwikkeling - dan is het zinvoller om van 'kwade trouw' te spreken, een term waarmee de civilist meer vertrouwd is.

10. Vgl. ook Asser-Hartkamp II, nr 200.

11. HR 2 mei 1969, *NJ* 344, nt GJS. Vgl. ook Asser-Hartkamp II, t.a.p.; Hijma, *Nieuwenhuis-bundel*, 1992, p. 57 v.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

even niet, en zij geloven Driessen toch wel op zijn woord, hetgeen de accountant vervolgens doet.

Beukinga koopt het pension, en al gauw blijken het gouden bergen te zijn geweest die voorgespiegeld werden: het dak lekt, de omzet is met moeite een kwart van de genoemde f 20.000,- per jaar, en tot overmaat van ramp blijkt er een bestemmingsplan te bestaan, dat inhoudt dat binnen zeer afzienbare tijd vlak voor het pension hoge flats zullen verrijzen waardoor het uitzicht weg is en bovendien volgens een al vastgesteld bouwplan het pand gesloopt moet worden (een ècht slooppand-arrest dus). Beukinga stelt dat Driessen 'vergeten' heeft dat mee te delen.

Beukinga stelt een vordering tot vernietiging van de overeenkomst uit bedrog in, maar verliest in drie instanties. Hij kan de mededelingen over de te verwachten omzet niet hard maken, de Rb. ziet er een schatting in (wat de engelsen 'statement of opinion' noemen, vgl. boven), niet meer, en Beukinga had beter onderzoek moeten doen, via zijn accountant, die er maar voor Jan Doedel bijgezeten had. Het hof zit op dezelfde lijn, en dan volgt de hoge raad.

De vraag is, of het verzwijgen van het bestemmingsplan bedrog oplevert. De raad overweegt dat het hof in de stelling van Beukinga over het 'vergeten' de bouwplannen mee te delen geen opzettelijk verzwijgen gelezen heeft, hetgeen als feitelijk oordeel in cassatie niet getoetst kan worden. Het hof heeft terecht geoordeeld, vervolgt de raad, dat 'opzettelijk verzwijgen wèl, opzettelijk vergeten niet als kunstgreep in de zin van art. 1364 BW kan gelden'. De feitelijke rechters hadden verder terecht geen garantie over de mogelijke omzet aangenomen.

Dan volgt een passage over het karakter van kunstgrepen bij bedrog. Toegegeven wordt dat hierbij niet van belang is of een mens van normale gaven, levenservaring en voorzichtigheid door die kunstgrepen tot het aangaan van de overeenkomst zou zijn bewogen, maar of de wederpartij zonder die kunstgrepen daartoe niet zou zijn overgegaan. Met het argument dat Beukinga een betrekkelijk eenvoudig man is (op dat moment tuinman in loondienst), en mocht afgaan op de mededelingen van Driessen, wordt echter miskend volgens de hoge raad dat hij bijgestaan werd door zijn accountant, en dat zijn vraag om inzage in de boeken niet is ingewilligd door Driessen. Om die reden wordt aan de goedgegelovigheid van Beukinga geen gewicht toegekend.

Ik heb altijd grote moeite met dit arrest gehad. Allereerst de starre opstelling van de feitelijke rechter bij het vaststellen wat bedrog inhoudt; veel lagere rechtspraak van de laatste decennia laat een soepele houding op dat punt zien. Het 'vergeten' moet natuurlijk in de context van het geheel van de onderhandelingen gezien worden. Je hoeft dan geen psychologie gestudeerd te hebben om in te zien dat dit geen onopzettelijk, toevallig vergeten was. Het is ook wat flauw van de cassatierechter om zich, bij zo'n duidelijk dossier, achter de feitelijke aard van de beslissing van het hof te verschuilen.

Nog meer moeite heb ik met de redenering ten aanzien van de beschermingsgedachte achter de bedrogsaktie: domme mensen moeten beschermd worden, maar domme mensen in gezelschap van een deskundige verdienen die bescherming niet. Het probleem hier is, plat gezegd, dat domme mensen meestal domme deskundigen bij zich hebben; zij kunnen namelijk niet beoordelen of iemand kundig is of niet. En als de zwager of de accountant van de melkboer op de hoek aanbiedt om als vriendendienst mee te gaan, is dat toch mooi geregeld. Als je de dommen wil beschermen, schiet dat op deze manier niet op. Er zit ook nog een ander punt in; bij de dwaling kwamen wij hetzelfde

§2. BEDROG EN BEDREIGING

argument al tegen, dat een koper met deskundig advies niet zou mogen afgaan op mededelingen van de wederpartij, die later onjuist blijken te zijn.¹² Als dat zo zou zijn, zou men iedereen moeten adviseren om nooit zelf deskundig onderzoek te laten verrichten voor het sluiten van een contract, omdat dit zich tegen je keert, doordat het risico in geval van dwaling verspringt, en op de zorgvuldige partij komt te rusten (de koper, bijvoorbeeld). Dat kan weer niet de bedoeling zijn van de regels voor de precontractuele fase, die gericht zijn op het bevorderen van zorgvuldig gedrag van partijen in spé.

Een laatste punt van verwondering ten aanzien van dit arrest is dat de advocaat van Beukinga niet subsidiair een dwalingsaktie ingesteld heeft, dan zit men niet met het vereiste van ‘opzettelijk’ verzwijgen. De onderzoeksplicht blijft natuurlijk overeind, en daar zit een probleem voor Beukinga, zoals wij zagen. Een meer subsidiaire aktie uit wanprestatie werd evenmin ingesteld; men zou dan een harde dobber hebben om de mededeling over de omzet als garantie aanvaard te krijgen, en dat lag feitelijk en procestechnisch (wat gesteld was, e.d.) nogal moeilijk. De eerder besproken engelse rechtspraak geeft echter aan, dat deze weg een mogelijke is (*Esso v. Mardon case*). Zoals wij elders zullen zien, is onze rechter de laatste tijd aanzienlijk soepeler met het aannemen van een stilzwijgende garantie.¹³ Een pensionbedrijf verkopen dat op dat moment al voorbestemd is om door flats aan het zicht onttrokken te worden en vervolgens ‘binnen zeer afzienbare tijd’ gesloopt te worden, zou toch, gegeven ook de verdere omstandigheden, de aanvaarding van een stilzwijgende garantie mogelijk moeten maken. Het is hier wat de verkoper betreft geen toekomstverwachting, maar de realiteit ten tijde van de verkoop.¹⁴

Zoals Meijers al in 1947 in zijn noot onder het *doorverkochte loods*-arrest (NJ 1947, 269) zei: men komt aan de verwerping van een dwalingsaktie wegens toekomstverwachtingen niet toe, indien deze verwachtingen op onware mededelingen of verzwijgingen gebaseerd zijn (zie boven, nr 4). Bij bedrog - de overtreffende trap van dwaling - is dat niet anders.

Indien de hoge raad bij de zijn in 1969 ingenomen standpunt ten aanzien van bedrog blijft, brengt dit met zich dat art. 3:44 lid 3 BW van zeer geringe praktische betekenis zal zijn. Het is te hopen dat de lagere rechter vrijer met het artikel zal omgaan, zoals ook onder het oude recht het geval was met art. 1364.

Ik meen dat uit het arrest *Van Geest - Nederlof* (NJ 1991, 251), dat eerder al ter sprake kwam bij de behandeling van de garanties en de dwaling, afgeleid kan worden dat de hoge raad om is. Het betrof weliswaar geen bedrog-aktie, maar een beroep op dwaling, maar het lijkt a fortiori van toepassing op de bedrog-situatie. Hier werd een, in de ogen van het Hof Den Haag, domme koper van een tweedehands auto van anderhalf jaar oud (die geen technisch onderzoek vòòr de koop had laten doen) door de hoge raad in bescherming genomen tegen haar eigen domheid (een begrip waarover men, zoals altijd, kan twisten: bij het goed

12. Zie boven, § 1, nr 7.

13. Zie Hfdst. 4, § 3, nr 8.

14. Het is mij niet duidelijk waarop Hartkamp zijn standpunt baseert dat bij bedrog in het algemeen geen verschoonbaarheidsvereiste geldt (‘slechts zelden’), met verwijzing naar o.m. *Beukinga - Van der Linde*, vgl. Asser-Hartkamp II, nr 202 (gehandhaafd in 10e dr., 1997; idem 11e dr. 2000).

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

van vertrouwen zijn ligt de grens tussen naïviteit en zieleadel tamelijk vloeiend). Het hof was afgeweken van de vaste rechtspraak van de hoge raad dat de mededelingsplicht van de verkoper zwaarder weegt dan de onderzoeksplicht van de koper. De hoge raad overweegt dan:

‘Voor zover het hof de .. vermelde regel wel voor ogen gehad heeft maar heeft geoordeeld dat de in r.o. 6 van zijn arrest vermelde, volgens het hof een ‘erg lichtvaardig’ handelen opleverde, omstandigheden een afwijking van die regel rechtvaardigen, heeft miskend dat die regel juist ertoe strekt *ook aan een onvoorzichtige koper bescherming te bieden* tegen de nadelige gevolgen van dwaling veroorzaakt door het verzwijgen van relevante gegevens’ (ov. 3.4, mijn curs.).

Dit is niet alleen voor de dwaling een belangrijke uitspraak, ook voor het terrein van bedrog: het wat onherbergzame landschap, na de escapades van Beukinga en Van der Linde, heeft ineens een vriendelijker aanzien gekregen. De bedrogen koper (contractspartij in het algemeen) kan zich in de luwte van *Van Geest - Nederlof* opstellen, en de bescherming krijgen die hij, zeker als hij dom is, nodig heeft. Op die wijze zou overigens het ineengroeien van dwaling en bedrog bevorderd worden.

In de eerste druk van dit werk (p. 166) had ik bepleit om dwaling en bedrog onder één dak te brengen in het nieuwe BW, en daarbij een onderscheid te maken tussen het opwekken of versterken van een onjuiste voorstelling van zaken dat *te goeder trouw*, en dat *te kwader trouw* gebeurt. Dit onderscheid is voornamelijk van belang voor de schadevergoeding (vgl. ook het engelse recht op dit punt, met zijn ‘innocent’ en ‘fraudulent misrepresentation’). Die gedachte is niet overgenomen.

Een ander artikel met weinig juridische uitstraling is art. 3:44 lid 2, bedreiging, het oude ‘dwang’. Ook hier: tenzij ruim uitgelegd. Onder het oude recht was volgens de wetsgeschiedenis *fysieke dwang* vereist - de pistool op de borst-, mes op de keel-situatie - naar geldend recht mag het ook subtieler en geraffineerder gebeuren. Mag je ook met executie van een vonnis, of met strafvervolgung dreigen, of met wanprestatie? De rechtspraak neemt aan dat dit geen dwang oplevert, indien het om een prestatie gaat waarop men reeds recht had, bijvoorbeeld uit overeenkomst. De grens tussen het geoorloofde en het ongeoorloofde is - ook hier - moeilijk aan te geven; misbruik van een machtssituatie ligt om de hoek. Men zie hiervoor de rechtspraak genoemd bij Asser-Hartkamp II, nr. 207.

Ook ten aanzien van dit artikel heb ik in de vorige druk bepleit het als zelfstandig lid te schrappen en bij lid 4, misbruik van omstandigheden onder te brengen, in de tekst of in de toelichting daarop.¹⁵ Elders heb ik verdedigd om

15. Als eerste grond voor misbruik van omstandigheden wordt in lid 4 genoemd dat ‘andermans noodtoestand’. In geval van ‘bedreiging’ - het tegenwoordige dwang - wordt die noodtoestand door degenen die bij de rechtshandeling bevoordeeld wordt (of diens handlangers) teweeggebracht. In zo’n situatie moet de rechtshandeling a fortiori als vernietigbaar aangemerkt worden. Overigens vindt men bij Simon van Leeuwen al de dwang samen met misbruik van omstandigheden behandeld, vgl. Hardenberg, *WPNR* 4970 (1967), p. 459 nt 57.

§2. BEDROG EN BEDREIGING

aan lid 4 een bepaling toe te voegen die de omkering van de bewijslast inhoudt, analoog aan art. 3:34 BW; dit in navolging van het engelse recht.¹⁶

Ook deze voorstellen hebben geen zoden aan de dijk gezet; men had medio jaren tachtig alle energie nodig om het Nieuw BW door de Kamers te krijgen, en slechts tekstuele wijzigingen die op kennelijke vergissingen en redactionele fouten berustten werden in overweging genomen, om niet nog meer vertraging op te lopen. In die periode hing de invoering van het nieuwe wetboek om de paar jaar aan een zijden draad, waarop de lobby-machine weer overuren moest maken. Maar het is hier niet de plaats voor een omzien in verwondering.

De conclusie moet luiden dat de regeling van de figuren dwaling, bedreiging en bedrog in het huidige BW niet altijd even voor de hand liggend is, zeker wat de onderlinge samenhang betreft. Een goede kennis van het oude recht, met name de jurisprudentie, is bij het werken met de artt. 6:228 v. en 3:44 BW een vereiste. En verder, als altijd: gezond verstand.

Dan moeten wij het nog hebben over de laatste figuur die in art. 3:44 opgenomen werd: misbruik van omstandigheden. Die komt in § 3 aan de orde.

2. *Een nieuwe regeling van dwaling en bedrog; een nieuwe terminologie: misleiding*

Een consequentie van het hier ingenomen standpunt, evenals trouwens van de geldende jurisprudentie, is, dat de term 'wilsgebreken' geschrapt moet worden uit het juridisch taalgebruik. Het gebrek aan de wil van de handelende vormt immers al geruime tijd niet meer de grond voor aantasting van die rechtshandeling, maar de onzorgvuldige gedraging - strijdig met de in casu geldende regels van goede trouw - van de wederpartij. Handhaving van die term werkt slechts verwarring in de hand. Als nieuwe term zou ik willen voorstellen: *misleiding*, het opwekken of versterken van een onjuiste voorstelling van zaken bij een wederpartij, in het precontractuele stadium (de oude begrippen 'dwaling' en 'bedrog' verenigd). Daarnaast kan de al ingeburgerde term 'misbruik van omstandigheden' geplaatst worden (waaronder ook het oude 'dwang' begrepen wordt). Overigens is misleiding een vorm van misbruik van omstandigheden, bijvoorbeeld van de omstandigheden dat de ander geen kennis van zaken heeft en afgaat - in goed vertrouwen - op de deskundigheid van zijn wederpartij. Deze verwantschap zou in de wet tot uitdrukking gebracht kunnen zijn.

Om tot slot nog een opmerking van methodische aard te maken, ook de 'vernietigbaarheid' van rechtshandelingen betreft de uitleg daarvan. Men wordt hier immers voor de vraag gesteld, of een toezegging, bijv. een aanvaarding van X, onder de omstandigheden dat de aanbieder Y onjuiste mededelingen deed waarop X zich baseerde en mocht baseren bij zijn handelingen, wel als een rechtshandeling 'aanvaarding' gekwalificeerd kan worden. De rechtsnormen die deze uitleg-rechtsvindingsproblematiek beheersen, zijn die regels van de goede

16. Vgl. mijn opstel in de *Van Oven-bundel, Gratia Commerci*, 1981, p. 29 v.; *Dialektiek R. en R., Ib*, p. 179. Vgl. voor de figuur van misbruik van omstandigheden verder: M.H.S. Lebens-De Mug, *Het wilsgebrek misbruik van omstandigheden*, diss. Nijmegen 1981; D.P. Ruitinga, *Misbruik van economisch overwicht als grond voor het aantasten van overeenkomsten*, diss. Amsterdam 1982; J.L.P. Cahen, *Misbruik van omstandigheden, Serie Priv. begrippen*, no. 15, 1983.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

trouw welke in de rechtspraak ontwikkeld zijn, en als regels voor dwaling te boek staan.¹⁷ Hier moet hetzelfde gelden, als reeds ten aanzien van *nietigheid* van rechtshandelingen hierboven werd opgemerkt.¹⁸ Ook hier geldt, bijv. bij de dwaling, dat bij dit uitlegproces sprake kan zijn van een ‘Umdeutung’ - hetgeen bij ons ‘conversie’ heet - die resulteert in een schadevergoedingsvordering van de ‘dwalende’ jegens zijn wederpartij, die de onjuiste voorstelling van zaken teweegbracht.

Aan een theoretische beschouwing over het verschil tussen vernietigbaarheid en nietigheid van rechtshandelingen, moet hier voorbijgegaan worden. Wel valt er nog op te wijzen, dat in de moderne ontwikkeling van het nietigheidsbegrip, vele van de traditionele onderscheidingen reeds om die reden wegvallen.¹⁹

17. Vgl. reeds als wegwijzer de HR in *Van Prooye - Veltenaar*, 1925. Vgl. boven, Hfdst. 2, § 2, nr 4.

18. Vgl. boven, Hfdst. 3, § 2, nr 4.

19. Zie voor de nietigheden, Hfdst. 7, § 4. Ook op het vereiste van handelingsbekwaamheid kan hier niet ingegaan worden. Zoals bekend, berust dit vereiste op een makro-juridische of sociale grondslag, de wenselijk geachte bescherming van minderjarigen en onder curatele gestelden, bij hun optreden in het rechtsverkeer. De problematiek rond de vernietigbaarheid van de door de genoemde personen aangegane handelingen, is in wezen overeenkomstig aan die welke hierboven ter sprake kwam. Ook hier ziet men de figuur, dat bij de rechtsvinding de ‘vernietigde’ handeling omgezet wordt in een verplichting tot schadevergoeding jegens de wederpartij van de handelingsonbekwame, indien de laatste bij de prestatie gebaat werd, vgl. 6:209 Bw; art. 1487 oud BW (aldus overigens ook het engels recht). Ook hier kent men het probleem, of de wettelijke regeling een vrijbrief voor bedrog door de handelingsonbekwame kan opleveren. Het belang van deze vraag is echter sterk verminderd door de regeling van art. 1487, en thans art. 6:209. Opmerkelijk is overigens dat de wetgever hier tot een ander resultaat is gekomen dan de HR in het analoge geval van *Quint - Te Poel* (1959). Immers ook in de situatie van art. 1487 is de wederpartij van de ‘onbevoegde’ - zoals art. 1487 het noemt - naar de norm van het arrest niet te goeder trouw: hij had de registers kunnen raadplegen. Desondanks kent het artikel hem een vordering toe. Zie voor de verrijkingsproblematiek, Deel 2, Hfdst. 13.

Vgl. voor het ‘gebaat zijn’ ex art. 1487 nog het *KOST*-arrest, HR 22 mei 1981, *NJ* 1982, 121, nt CJHB.

§ 3. Misbruik van omstandigheden

1. Inleiding. De jurisprudentie inzake misbruik van omstandigheden. De wetsgeschiedenis van art. 3:44 lid 4 BW

Hierboven kwam de voorgeschiedenis van de figuur van misbruik van omstandigheden al aan de orde; in ons land geïntroduceerd onder de engelse benaming *undue influence* is het aanvankelijk onder een andere vlag in het recht opgenomen (ongeoorloofde oorzaak). Meijers heeft zijn inspiratie voor de regeling die uiteindelijk art. 3:44 lid 4 BW geworden is in het engelse recht gevonden. Hieronder zal ik nog op recente ontwikkelingen in dat recht ingaan, die eveneens voor ons recht van belang zijn. De tekst van de wettelijke regeling is niet gemakkelijk te begrijpen; het is dan ook goed om de voorgaande versies te kennen, voor de uitleg van de huidige wetsbepaling.

Bij de ontwikkeling van dit leerstuk heeft de hoge raad een actief aandeel gehad, de afgelopen decennia, hetgeen weer tot reacties in de literatuur geleid heeft (nadeelsvereiste, etc.).

Ik zou willen beginnen met de stand van zaken anno 1969, aan de hand van een vrij bekende zaak over de zogenaamde bieraafnamecontracten, een berucht type contract dat tot veel procedures aanleiding gegeven heeft. In het franse recht staan ze bekend als ‘contrats de bière’, als synoniem voor een knevelcontract.¹

Het te bespreken arrest is dat van het Hof Amsterdam uit 1969 inzake *De Drie Hoefijzers*, gewezen na twee eerdere arresten van de hoge raad in deze zaak, tenslotte gevolgd door verwijzing naar dit hof.²

Vleugels heeft een café in Mechelen (Gem. Wittem, L.) en betreft bier van de brouwerij De Drie Hoefijzers. In 1957 zit hij in geldnood en verleent een 4e hypotheek op zijn cafépand aan de brouwerij als zekerheid voor een lening van f 3.000,- (tegen 7,5 %). Eerder door de brouwerij verstrekte geldleningen waren eveneens door zekerheid op dat pand (ruimschoots) gedekt. Op 17 april 1958 wordt de akte verleden voor de notaris te Wittem; aan het slot van dat stuk van 10 bladzijden was een bieraafnameverplichting opgenomen, die moeizaam geformuleerd inhield een geldingsduur tot 1983, derhalve 25 jaar. Vleugels, een ongeschoold man, was tevoren door de brouwerij niet van de inhoud en strekking van het beding op de hoogte gebracht; hij kreeg ook geen afschrift van de akte. In eerdere contracten met de brouwerij was nooit een dergelijk langdurig beding opgenomen. Vleugels komt in 1959 te overlijden; zijn vrouw Budie zet het bedrijf voort. In 1962 gaat zij op een ander merk bier over: Brand, een Limburgs bier. Dat wordt niet geaccepteerd door de Brabantse brouwer De Drie Hoefijzers, die Budie sommeert het verkopen van ander bier dan haar bier te staken, onder verbeurte van een contractuele boete van 63 x f 100,- en op straffe van een dwangsom van f 100,- per dag. Dan begint een procedure die langs rechterlijke instanties in Maastricht, Den Bosch, Arnhem, Den Haag (2x) voert en tenslotte in Amsterdam eindigt.

1. De hier volgende beschouwingen zijn een aangepaste versie van mijn bijdrage aan de Stein-bundel, *Te Pas*, 1992, p. 85, *Macht en onmacht bij het contracteren: 'economische dwang' en art. 3:44 BW*.

2. HR 3 jan.1969, *NJ* 1970, 89, *Budie - De Drie Hoefijzers NV*; de eerdere arresten in deze zaak zijn: HR 10 dec. 1965, *NJ* 1967, 80; Hof Arnhem 1 nov. 1966, *NJ* 1967, 81; HR 22 dec. 1967, *NJ* 1968, 222. Vgl. ook Ruitinga, t.a.p., p. 177; M.H.S. Lebens-de Mug, t.a.p., p. 57 v.; Asser-Hartkamp II, nr 209 v.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

Het gaat hier om een situatie die typisch is voor bieraafnamecontracten, en voor misbruik van omstandigheden in het algemeen. Steeds is er een middenstander met beperkte ervaring en kennis van zaken in het spel die zich in een afhankelijke positie ten opzichte van zijn adviseur/geldschietter bevindt, een groot deskundig bedrijf met wie hij een belangengemeenschap vormt, aangezien het goed lopen van zijn bedrijfje in beider belang is. Die afhankelijkheid en belangenvervlochtening heeft geleid tot een vertrouwensrelatie. Wat nu, indien de sterke partij gebruik maakt van die situatie en in één van de vele contracten een clause opneemt die zonneklaar uitsluitend en overwegend in zijn eigen belang is, en iedere vorm van belangenafweging zoekt? Mag dat, of is het gebruik maken van de situatie hier omgeslagen in misbruik maken, dat wil zeggen, misbruik maken van de machtsituatie: de overmacht die de sterke partij heeft qua kennis en ervaring, financiële positie en commerciële status. Het is al te zeer menselijk: 'gelegenheid maakt de dief', of, zoals de studenten het bij het ingaan van de woelige jaren zeventig zeiden: 'macht corrumpeert'. Maar hoe reageert het recht, hier: het contractenrecht, op een dergelijke gang van zaken?

Het Hof Amsterdam kwam in deze zaak tot vernietiging van de bezwarende clause wegens misbruik van omstandigheden en dus strijd met de goede zeden - met de aantekening dat het twee arresten van de hoge raad vergde om een hof zover te krijgen. Waarop berustte deze uitspraak?

Ten tijde van het arrest van het Hof Amsterdam van 1969 in de brouwerszaak was het tableau van het leerstuk misbruik van omstandigheden als volgt. Meijers had in zijn ontwerp voor het Nieuw BW van 1954 het onderwerp als 'vierde wilsgebrek' opgenomen bij art. 3.2.10, als lid 4 (thans: art. 3:44 lid 4 BW). Hij had zich daarbij gebaseerd op de engelse figuur van 'undue influence', misbruik van geestelijk overwicht, die gekenmerkt wordt door de mogelijkheid van omkering van de bewijslast. Bepalend is of er een 'confidential relationship' tussen partijen bestond; indien dat aangetoond is, is er een vermoeden van undue influence, tot op tegenbewijs. In een aantal van dergelijke relaties wordt dat vermoeden in de engelse rechtspraak zonder meer aangenomen, zoals die tussen arts en patient, ouders of voogden en kinderen, religieuze adviseur en gelovige, en bij trust-verhoudingen. Meijers' versie van undue influence luidt aldus:

art. 3.2.10 lid 4. 'Misbruik van omstandigheden is aanwezig, wanneer iemand van andermans noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid gebruik heeft gemaakt, om deze tot een bepaalde voor hem nadelige rechtshandeling te bewegen. Is de benadeling onevenredig groot, en is noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid van de benadeelde bewezen, dan wordt misbruik van omstandigheden vermoed'.

In 1971 wordt deze tekst bij Gewijzigd Ontwerp ingrijpend gewijzigd; de constructie met het vermoeden wordt geschrapt, evenals het benadelingsvereiste.³ Daarover zo dadelijk meer, laten wij eerst zien wat het Amsterdamse hof in 1969 met dit leerstuk doet.

Het amsterdamse hof zit op de lijn van Meijers' Ontwerp, door te overwegen dat de door het beding teweeggebrachte aanzienlijke en eenzijdige benadeling van Vleugels en de daarmee corresponderende bevoordeling van de brouwerij 'reeds een gewichtig vermoeden opleveren

3. Het vermoeden van benadeling vindt men nog wel in art. 3:34 BW, geestelijke stoomis.

§3. MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN

dat de overeenkomst van 17 april 1958, althans wat het bieraafnamebeding aangaat, is tot standgekomen ten gevolge van een door de Brouwerij gemaakt misbruik van omstandigheden'. Het hof schetst de verdere omstandigheden die dit vermoeden definitief maken: het verschil in machts-positie tussen partijen, de brouwerij met haar juristen en haar notaris, de min of meer afhankelijke positie van Vleugels jegens de brouwerij als enig bierleverancier en geldschietter, de zekere vertrouwenspositie die de brouwerij tegenover hem innam, het feit dat eerdere bieraafnamebedingen tussen partijen aan veel kortere termijnen gebonden waren (de laatste was van twee dagen eerder), de omvang van de voorgelezen akte die Vleugels niet kende. Het hof is van oordeel dat de brouwerij onder deze omstandigheden Vleugels de strekking van de overeenkomst had moeten duidelijk maken, in het bijzonder de aandacht had moeten vestigen op de ook voor haar ongebruikelijke duur van het bieraafnamebeding. Indien de brouwerij geen andere voorlichting bood, had zij 'op zijn minst' aan Vleugels tevoren de concept-akte ter kennisname moeten geven.

Het hof komt tot de conclusie dat de brouwerij bij het sluiten van het bieraafnamebeding misbruik heeft gemaakt van de onderlinge verhouding tussen partijen, 'te weten van de afhankelijke positie Vleugels en het vertrouwen dat de brouwerij moet worden geacht bij Vleugels te hebben genoten'. Daarmee wordt het beding als nietig aangemerkt.

In de decennia die verstreken heeft de wetgevingsmachine echter niet stilgestaan. De avonturen van het huidige art. 3:44 zijn een staalkaart van de feilen van het nieuwe wetboek: gelegenheden, aangebracht zonder dat men de essentie van de ontworpen regeling doorgrondt. In het kort komt de wijziging van het GO van 1971 hierop neer, dat men de hoge raad in het arrest *Van Elmbt - Feierabend* van 1964 wilde volgen door het zogenaamde nadeelsvereiste te schrappen.⁴ Men gooide echter met dat kind veel badwater weg, te weten de omkering van de bewijslast, en creëerde nieuwe onduidelijkheden. Daarover straks meer, hier volgt eerst de nieuwe tekst, die ondanks alle kritiek in 1992 kracht van gewijsde kreeg als art. 3:44 lid 4:

art. 3:44 lid 4 (3.2.10 lid 4). '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, bewogen 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'.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het nadeelsvereiste niet geheel van tafel is, en alleen onder tafel gevallen: tot de omstandigheden die maken dat het 'hij weet of moet begrijpen' opgaat - een wanstaltige formulering die Stein in 1972 al aan de kaak stelde - behoort ook het bekend zijn met het nadeel dat de wederpartij lijdt.⁵ Trouwens, in art. 3: 54 is het vereiste blijven staan; indien men 'het nadeel op afdoende wijze opheft' aan de zijde van de wederpartij, is de laatste niet langer bevoegd om zich op misbruik van omstandigheden te beroepen.

4. HR 29 mei 1964, NJ 1965, 104, nt GJS; zie voor dit arrest en latere rechtspraak, de eerder genoemde auteurs.

5. Vgl. P.A.Stein, *Misbruik van omstandigheden in het Ontwerp-NBW*, NJB 1972, p. 121 v.; vgl. ook zijn artikel: *Misbruik van omstandigheden als grond voor ongeldigheid van rechtshandelingen*, AA 1985, p. 760 v. (terugblik op zijn diss.). Aldus ook Asser-Hartkamp II, nr 214.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

In het tweede lid wordt de rechter de mogelijkheid geboden het nadeel op te heffen door middel van conversie. Het vertrouwde beeld van de NBW-wetgever hinkend op twee gedachten.

De kritiek daarop laat ik nog even rusten; ik zou nu een recenter arrest willen bespreken, dat van de hoge raad inzake *Donkelaar Supermarkt BV - Unigro BV*.⁶

Donkelaar is in 1974 een kruidenierswinkel begonnen in Bennekom, een bedrijf dat door de vorige eigenaar via de grossier, Unigro, te koop aangeboden was. In 1976 verplaatst Donkelaar met behulp van Unigro zijn winkel naar een ander perceel dat door Unigro aangekocht was en aan hem doorverkocht werd. Unigro assisteert hem ook bij de financiering en de bouw en inrichting van de nieuwe winkel; het gaat een Vivo-supermarkt worden, conform het landelijke model dat door Unigro ontwikkeld was. Op 30 november 1976 wordt voor de notaris het contract getekend, achteraf bemerkt hij dat daarin een clause was opgenomen over afnameverplichtingen: hij had zich verplicht om gedurende 25 jaar 85% van zijn totale behoefte aan levensmiddelen van Unigro te betrekken, terwijl ook een concurrentiebeding gold voor de duur van de overeenkomst en 5 jaar daarna voor een gebied van 5 km rond de vestigingsplaats. Naar Donkelaar stelt was er in het overleg met Unigro tevoren nooit over een dergelijke afnameverplichting gesproken en werd deze eerst voor de notaris overgelegd ter tekening.

In 1983 tracht Donkelaar (vollediger: Donkelaar Supermarkten BV) zijn bedrijf aan Unigro te verkopen, maar de onderhandelingen lopen op niets uit. Begin 1984 verzoekt hij Unigro om de afname-overeenkomst per 30 november 1986 (na 10 jaar dus) te beëindigen, hetgeen door Unigro geweigerd wordt. De branche-organisatie van Donkelaar had in een rapport van 1982 overigens het standpunt ingenomen dat een afnameverplichting van 25 jaar als onwenselijk en onaanvaardbaar wordt beschouwd. In 1984 gaat Donkelaar over tot uitbreiding van zijn bedrijf met 60%; hij zit nog steeds vast aan zijn grossier Unigro. Deze heeft intussen de Vivo-formule verlaten en een nieuwe formule, 'Club 199' bedacht, waarin 'Super'-merkartikelen worden verkocht en de supermarkt met 'Super' aangeduid mag worden; Donkelaar treedt in 1984 tot die club toe en maakt gebruik van de commerciële en promotionele ondersteuning die Unigro biedt.

In juni 1984 begint Donkelaar een procedure tegen Unigro om de afname-overeenkomst te doen vernietigen, in haar geheel of ten aanzien van de periode van 10 jaar na het sluiten van het contract. De marktpositie van Unigro is overigens, naar de cijfers van 1987, dat zij 8% van het marktaandeel heeft en binnen de categorie vrijwillige filiaalbedrijven (zoals dat van Donkelaar) een marktaandeel van 24%; die laatste sector is goed voor 34% van de landelijke omzet in levensmiddelen, de rest is in handen van de grootwinkelbedrijven.

Het Hof Amsterdam geeft de stellingen van Donkelaar aldus weer, dat hij zich door Unigro heeft laten adviseren en zich in goed vertrouwen door Unigro in een afhankelijke positie heeft laten manoeuvreren, waarna hij niet anders kon dan een afnameverplichting te aanvaarden zonder dat er tegenover enige reële tegenprestatie van Unigro stond. Het hof is echter van oordeel dat Donkelaar, die enige jaren ervaring had, zich van zijn onervarenheid bewust had moeten zijn en 'zich tijdig had moeten en kunnen voorzien van deskundige bijstand van anderen dan de grossier Unigro, van wie niet mocht worden verwacht dat deze zich uitsluitend naar de belangen van Donkelaar zou richten voor zover die belangen niet parallel mochten lopen met Unigro's eigen belangen' (ov. 4.20). Verder heeft Donkelaar zich niet in een dwangpositie laten manoeuvreren; hij heeft zich wel in een positie van afhankelijkheid van Unigro gebracht, 'maar dat heeft zij zich kunnen en ... moeten realiseren'. Donkelaar wordt verder verweten onvoldoende specifiek gesteld te hebben dat de overeenkomst naar de redelijke verwachtingen die partijen bij het aangaan van de overeenkomst (1977) hadden 'voor haar in die mate financieel of anderszins nadelig was, dat

6. HR 1 juni 1990, NJ 1996, 53.

§3. MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN

Unigro van het sluiten van de overeenkomst had moeten afzien'. Dat geldt met name het verband tussen de duur van de afnameverplichtingen en het in eigendom krijgen van het winkelpand. De bezwaren van Donkelaar, aldus het hof, ontstonden eerst geruime tijd later, en zijn eerder aan een wijziging van de bedrijfsvoering te wijten ('Club 199' en 'Super'-formules); een beroep op veranderde omstandigheden wordt overigens door het hof ook verworpen (ov.4.22/23).

De hoge raad loopt de grieven van Donkelaar op deze punten na en komt tot de conclusie dat het hof niet blijk gegeven heeft van een onjuiste rechtsopvatting. De raad is het met het hof eens dat Donkelaar vrijwillig en zonder noodzaak in de onroerend goed-transactie gestapt is, dat Unigro niet hoefde te begrijpen dat haar wederpartij ondeskundig was, et cetera. Wat het mogelijke nadeel voor Donkelaar bij de overeenkomst betreft, is de cassatierechter met het hof van oordeel dat dit bezien moet worden naar de stand van 1977, ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Het beroep op misbruik van omstandigheden wordt derhalve in cassatie verworpen. Een opmerkelijk punt is intussen, dat het beroep op strijd met art. 85 lid 1 EEG-verdrag meer succes heeft; aan het Hof van Justitie is een prejudiciële uitspraak gevraagd over de uitleg van dat artikel, met aanhouding van de zaak. Deze uitspraak van het Luxemburgse hof is echter nooit gekomen, aangezien partijen tijdens de behandeling door het hof de zaak geschikt hebben (meded. Red. *NJ*).

Dat laatste werpt een vreemd licht op de zaak; een externe beperking van concurrentie zou wellicht geen rechtskracht hebben, terwijl de interne werking daarvan, de vrijwel volledige gebondenheid van de wederpartij aan een machtige wederpartij met een sterke markt- en machtspositie wèl rechtmatig zou zijn. Dat ligt niet zo voor de hand. Als men hier het engelse recht raadpleegt en nagaat hoe men daar met langdurige afnamebedingen omgaat, dan ziet men dat dit niet onder undue influence of economic duress gebracht wordt, maar onder *restraint of trade*. De engelse rechter maakt korte metten met bezwarende, lange termijnbedingen die een contractspartij beperken in zijn vrijheid van contracteren, vanwege strijd met de openbare orde (public policy). Hierbij is de onredelijkheid van de beperking in het geding, niet zozeer tegen de achtergrond van de afweging van belangen van partijen, maar in verband met het algemeen belang. Een saillant detail is, dat het standaardarrest uit 1894, de *Nordenfelt* case, een concurrentiebeding van 25 jaar betreft.⁷ In een meer vergelijkbare, recentere zaak werd een zogenaamde *solus system* beoordeeld waarbij een garagehouder verplicht werd de produkten van een bepaalde oliemaatschappij te betrekken; een beding voor 4,5 jaar werd redelijk geacht, een beding voor 21 jaar, gecombineerd met hypotheek voor die periode, niet.⁸

Wij stuiten hier op de bekende kip - ei kwestie: wat is doorslaggevend bij de beoordeling van onredelijke, bezwarende bedingen, de wijze van totstandkoming of hun inhoud? Bij het leerstuk van misbruik van

7. *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt (1894) AC 535*. Een bekende, meer recente zaak is *Schroeder v. Macaulay*, (1974) *All ER* 616. Men zie over deze rechtspraak Beale, Bishop and Furmston, *Contract Cases and Materials*, London, 3rd ed., 1995, p. 815 v.; Cheshire, Fifoot and Furmston, *Law of Contract*, 14th ed., London 2001, pp. 339 v.; 449 v.; 465 v.

8. *Esso Petroleum Co Ltd v. Harper's Garage (Stourport) Ltd*, (1968) *AC* 269, (1967) *All ER* 699, waarover Furmston (Cheshire), pp. 453, 465. Zie ook M. Jefferson, *Cambridge L.J.* 1997, p. 428.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

omstandigheden kijken wij naar de wijze van tot standkoming, bij toetsing aan de openbare orde en goede zeden is de inhoud in het geding (overigens art. 3:40 BW). Als het misbruik moet blijken uit het nadeel dat de wederpartij toegebracht is, hetgeen uit de inhoud van dat beding naar voren komt, zal duidelijk zijn hoezeer er een vloeiende overgang tussen beide categorieën is. Dan is er natuurlijk ook nog het instrument van normatieve uitleg van het beding in kwestie dat ook bij concurrentiebedingen goede diensten bewijst, met als tegenhanger de derogerende werking van de goede trouw, die bij de ontwerpers van het NBW in hoger aanzien stond. Zo werd, zoals wij boven zagen, in het geval van *Kluft - B en W Supermarkten* een in de tijd onbeperkt concurrentiebeding met behulp van redelijke uitleg teruggebracht tot een beding voor 15 jaar.⁹ In de gedachtengang van Abas en geestverwanten zou, indien het beding duidelijk is (na grammaticale uitleg) en geen verdere uitleg behoeft, hier enkel de vraag zijn of een beroep op het beding in strijd met de goede trouw zou zijn, gezien de omstandigheden van het geval. Ten aanzien van de vraag of het geen lood om oud ijzer is welke van beide benaderingen men volgt, verwijs ik naar hetgeen eerder aan de orde kwam, bij de uitleg.¹⁰

Laten wij echter terugkeren naar het punt van uitgang, de figuur van misbruik van omstandigheden. Wat leert ons deze vergelijking van de twee casus, tegen de achtergrond van de huidige wettelijke regeling?

2. *De regeling van art. 3:44 (vervolg): de onmacht van de wetgever. Benadelingsvereiste; kenmerken van misbruik van omstandigheden*

Hierboven kwam op enkele plaatsen de kritiek op de bepaling van het BW, art. 3:44 lid 4, aan de oppervlakte, van de zijde van Stein, Ruitinga en Schoordijk. Hier is geen plaats om uitvoerig op deze materie in te gaan, ik volsta met een ruwe schets van deze kritiek, gevolgd door mijn commentaar in het licht van de casus. Het schrappen van het benadelingsvereiste komt eveneens aan de orde.

De kern van de kritiek, door Stein al in zijn proefschrift van 1957 naar voren gebracht, is dat de wetgever ten onrechte geen onderscheid maakt tussen twee categorieën: misbruik van geestelijk overwicht en misbruik van economische machtspositie. Het belang van dit onderscheid is gelegen in de hantering van het nadeelsvereiste, dat zou (in de zin van financieel nadeel) slechts gesteld moeten worden bij de tweede categorie, misbruik van economische macht (Stein). Dit is conform de rechtspraak van de hoge raad: *Van Elmbt - Feierabend* (oude dame, sluwe neef) was typisch een zaak van geestelijk overwicht dat misbruikt werd, hetgeen betrokkene niet hoeft te accepteren, ook al is er geen duidelijk financieel nadeel in het geding.

In het arrest *Brandwijk - BBB* van 1979, een geval van economische dwangpositie, hanteert de hoge raad het nadeelsvereiste, zij het in het spiegelbeeld van 'klaarblijkelijk onevenredig groot voordeel' dat bedongen zou

9. HR 18 nov.1983, *NJ* 1984, 272, nt G, zie voor dit arrest boven, Hfdst. 2, § 13.

10. Zie boven, Hfdst. 2, nr 14.

§3. MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN

zijn.¹¹ Ook in de Unigro-zaak was het nadeel relevant, Donkelaar was zelfs tekort geschoten bij het aannemelijk maken van het hem toegebrachte nadeel (o.m. of die 15% vrije ruimte wel de facto weggefallen was, wat het financiële nadeel precies was, e.d.).

In het arrest *Brandwijk - BBB* (1979) heeft de hoge raad de figuur van 'misbruik van economische dwangpositie' aanvaard; de uitspraak heeft niet de bekendheid gekregen die hij verdient. Zo meent Tjittes in 1993 dat de hoge raad de figuur van 'economische bedreiging' pas in 1992 aanvaard heeft in het arrest *Van Meurs - Ciba Geigy* (HR 27 maart 1992, *NJ* 377), vgl. *Economische bedreiging*, *WPNR* 6090/91 (1993), op p. 315. Dat was echter een geval van directe dwang, uitgeoefend door de werkgever om finale kwijting te krijgen in een arbeidsgeschil, die effectief was vanwege de geldnood waarin de werknemer zat. De hoge raad spreekt ook slechts van 'bedreiging'. Tjittes laat de Brandwijk-zaak onvermeld, die veel meer in zijn benadering past, hoewel hij voorkeur geeft aan het onderbrengen van economische dwang bij 'bedreiging' (art.3:44 lid 2) en niet bij 'misbruik van omstandigheden' (idem, lid 4), vgl. nog onder.

In de Brandwijk-zaak ging het om twee broers Brandwijk (K.J. en C.) die eigenaar-direkteur waren van Bouwbureau Brandwijk (BBB). Toen dit bedrijf in ernstige financiële moeilijkheden raakte en faillissement dreigde, riepen zij de hulp in van de drie zoons van K.J. Brandwijk, die gedrieën het Algemeen Bureau Brandwijk (ABB) hadden. Een saneringsplan wordt opgesteld waarbij de drie zoons zich verbonden om kapitaal en werkkracht vrij te maken om BBB er weer bovenop te krijgen. De gebroeders Brandwijk Sr verbonden zich, in het geval de reddingsoperatie mocht slagen, hun financiële vermogen voor zover dat boven f 100.000,- uitkwam *à fonds perdu* aan BBB af te staan. Wanneer de reddingspoging geslaagd is vordert BBB, waarvan de leiding intussen overgegaan is op de zoons Brandwijk, krachtens het gemaakte derdenbeding ongeveer f 60.000,- van C. Brandwijk (hun oom dus). Deze weigert dat te voldoen met een beroep op de ongeoorloofde oorzaak van het beding gezien de omstandigheden waaronder het tot standgekomen was. In cassatie betoogt hij dat hij in een 'economische dwangpositie' verkeerde, waardoor hij tot het aanvaarden van het beding gebracht was, waartoe hij, 'zo hij niet in die omstandigheden had verkeerd, wegens de daaraan verbonden nadelen niet zou zijn overgegaan, en voorts dat de andere partij zich van het een en ander bewust geweest is', in de woorden van de hoge raad. Deze wijst die stelling af, die 'niet in zijn algemeenheid aanvaard kan worden', ook indien het bezwarende beding uitsluitend op verlangen van de andere partij opgenomen werd.

Dan komt de kernoverweging:

'In een geval als het onderhavige, waarin de ene partij handelde onder invloed van een *economische dwangpositie*, zou voor een ander oordeel plaats kunnen zijn als zich nog andere omstandigheden dan die in het middel genoemd hadden voorgedaan, bijvoorbeeld als de andere partij voor zichzelf of voor een derde *een klaarblijkelijk onevenredig groot voordeel* had bedongen. Omtrent zodanige andere omstandigheden heeft het hof echter niets vastgesteld' (mijn curs.).

11. HR 2 nov. 1979 *NJ* 1980, 429, nt CJHB, *Brandwijk - BBB*; zie voor een bespreking van dit arrest en andere rechtspraak inzake economische dwang Ruitinga, p. 183 v. Zie verder nog Klik, *Contractsdwang*, preadv. Ver. v. burg. recht 1992, p. 13 v., inzake het arrest *Buma - Brinkman* (*NJ* 1968, 252).

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

Daarmee is de aanvaarding van de figuur van *ekonomische dwang* een feit; het is merkwaardig dat er sindsdien zo weinig gebruik van gemaakt is, en dit fenomeen zelfs in de literatuur onbelicht gebleven is, zoals wij zagen.¹²

Terug naar het onderscheid dat Stein indertijd aangebracht heeft tussen misbruik van geestelijk overwicht en misbruik van ekonomische dwangpositie.

De charme van dit onderscheid is, dat het een grens aanbrengt en duidelijkheid schept over de toepassing van het vereiste van financieel nadeel voor een beroep op misbruik van omstandigheden. Op het tweede gezicht is het onderscheid echter minder aantrekkelijk; immers, in veel gevallen zal een door vertrouwen gekenmerkte situatie van afhankelijkheid zich evengoed voordoen in een ekonomische dwangsituatie.¹³ Men weet best dat de ander een grote sterke partij is, maar men ziet deze als een grote broer, die het beste voor heeft met zijn wederpartij. Nooit conflicten, als je geld nodig hebt springen ze meteen bij, aardige mensen, in het verleden waren de contractvoorwaarden steeds redelijk. Men leze het relaas van een Vleugels en een Donkelaar er maar op na; een relatie die door blind vertrouwen - letterlijk - gekenmerkt werd, in een wereld waarin men toch al geen contracten leest, of zelfs kan lezen. Men heeft het al druk genoeg met glazen of schappen vullen. Het zal duidelijk zijn dat in zo'n context het arrest van het hof Amsterdam uit 1969 (met president Mijnsen in de kamer) waarbij van een soort waarschuwings- en mededelingsplicht uitgegaan wordt, mij meer aanspreekt dan dat van hetzelfde hof in de zaak van 1990, waar de ekonomisch en maatschappelijk zwakke partij erop gewezen wordt dat zij haar eigen boontjes moet doppen en bij het ontbreken van deskundigheid op contractueel gebied voor professionele bijstand moet zorgen. Is dat ook het geval als deze partij in goed vertrouwen een contract tekent dat haar net voorgelezen is en waarvan zij niet verwacht dat daarin knevelbepalingen zullen voorkomen? Mag dat vertrouwen beschaamd worden? Met de oude Van Oven in gedachten, is hier slechts een volmondig 'neen' op zijn plaats. Het is toch onaanvaardbaar dat een vorm van contractuele horigheid kan ontstaan, indien een maatschappelijk zwakke partij niet op haar *qui-vive* is, en een *Vivo*-contract tekent, waarbij de andere partij gedurende 25 jaar de lakens uitdeelt?

Het door Stein aangebrachte onderscheid naar de aard van de misbruik-situatie krijgt bij Ruitinga een verdere verfijning, die ik evenmin kan onderschrijven. De vertrouwensrelatie wil hij reserveren voor gevallen van geestelijk overwicht; een wederzijdse belangenbehartiging zou daar wel op haar plaats zijn, en niet bij situaties van ekonomische dwang. Naar zijn mening kan men in een marktsituatie niet van partijen verwachten dat zij met de belangen van de wederpartij rekening houden. Deze opvatting loopt echter niet in de pas met de jurisprudentie van de hoge raad van de laatste decennia, op velerlei terrein vindt men immers onderzoeks- en mededelingsplichten jegens de wederpartij aanvaard.

12. Bij Asser-Hartkamp II, nr 212, wordt zelfs geheel niet ingegaan op dit arrest en het daarin gemaakte onderscheid. Voor een overzicht hoe het arrest aansluit bij de eerdere rechtspraak, zie men de noot van Brunner.

13. Vgl. ook in deze zin: Asser-Hartkamp II, nr 212.

§3. MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN

Dwaling, ontslag, en tegenwoordig zelfs uitleg van contracten zijn voorbeelden daarvan.¹⁴ Het pleidooi van Ruitinga voor de hegemonie van verkeersopvattingen verdient steun, maar een tegenstelling die hij ziet met de redelijke afweging van partijbelangen is achterhaald, zeker na het werk van J.F. Houwing, Scholten, J.C. van Oven, Suijling, Eggens en hun leerlingen. Kortom, de amsterdamse school, met dependances in Leiden en Utrecht. Ook op deze gronden valt een vraagteken te zetten achter het aanbrengen van een scherpe scheiding tussen de beide categorieën van misbruik maken van andermans zwakte.

Er zijn nog enkele onderwerpen die onze aandacht vragen. Allereerst de *bewijslastverdeling*. Het is jammer dat de constructie van het vermoeden van misbruik door de wetgever in 1971 van de hand gedaan is; in de oude wet kwam deze figuur trouwens al voor, *à l'anglaise*, bij het maken van testamenten en het doen van schenkingen, onder meer aan voogden, artsen en zielzorgers, waarbij zelfs van nietigheid sprake was.¹⁵ Het werken met het vermoeden van misbruik is een mooi mechanisme, dat bij zware benadeling voor een versterking van de rechtspositie van de zwakke contractspartij zorgt. In een recent engels arrest wordt gesproken van het vermoeden als 'a tool of the lawyer's trade', zo is dat.¹⁶ Nu de wet het niet langer uitdrukkelijk bepaalt, is deze mogelijkheid de rechter gegeven ex art. 177 Rv, de bewijslastverdeling naar redelijkheid, die in 1988 van kracht werd, dat wil zeggen, de bestaande rechtspraktijk bevestigde.

Ik zou nog een stap verder willen gaan. Onderhand de situatie zo dat vrijwel alle schrijvers daarvan voorstander zijn bij misbruik van omstandigheden; bij redelijke wetstoepassing moet men dat nu gewoon in de wet lezen, in lid 4 van art. 44 (zoals ook elders het geval is, denk aan het begrip 'redelijkheid' dat ontbreekt in art. 6:98 waarin nota bene de 'toerekening naar redelijkheid' uit de jurisprudentie neergelegd is). Ik sprak van vrijwel alle schrijvers die voorstander van bewijslastomkering zijn, maar er zijn nuanceringen. De figuur van benadeling die het vermoeden van misbruik van recht oplevert, met vervolgens omkering van de bewijslast werd al bepleit in de proefschriften van Nieuwenhuis van 1979, en Ruitinga van 1982 (de laatste enkel voor geestelijk overwicht-situaties). Hartkamp doet in zijn Asser-bewerking eerst wat moeilijk over het aantonen van causaal verband tussen het *misbruik* en de nadelige rechtshandeling - zoals Nieuwenhuis voorstond - hetgeen de relatie tussen *de omstandigheden* en de handeling moet zijn, in een zoals Van Rossum terecht opmerkt minder begrijpelijke passage. Vervolgens doet Hartkamp een grote stap door omkering van de bewijslast te bepleiten 'in situaties waarin er een aanzienlijke kans bestaat dat van misbruik van omstandigheden sprake is'; daarbij beroept hij zich op het beschermingskarakter van de bepaling en op het wetsvoorstel inzake schenking dat die regel inhoudt (art. 7.3.2). Hantering van

14. Zie voor ontslag, Hfdst. 7, § 3; voor uitleg, boven, Hfdst. 2, 13, in fine.

15. Zie artt. 4:951, 953, 954 BW voor testamenten; art. 7A:1718 BW voor schenkingen. Zie ook nog art. 555 K voor de noodsituatie bij berging van schepen, thans art. 8:556 BW.

16. Vgl. *Bank of Credit and Commerce International SA v. Aboody*, (1990) *QB* 923, 964 een citaat ontleend aan Bridge, L.J. in *Brocklehurst Estate*, (1978) *Ch.* 14, 43. Zie John Cartwright, *Unequal Bargaining*, London, 1991, p. 185.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

vermoeden van misbruik van omstandigheden, zoals bepleit door Tjittes bij borgtocht door familieleden (zie nog onder), heeft eveneens Hartkamps instemming.¹⁷

Degeen die een beroep op misbruik van omstandigheden doet heeft natuurlijk wel een stelplicht, als hij die verzaakt kan het om die reden reeds fout gaan, zoals soms uit de rechtspraak blijkt. De kenbaarheid van het misbruik vraagt nog om de kanttekening dat de Hoge Raad al geruime tijd geleden bepaald heeft dat niet hoeft komen vast te staan dat degeen die misbruik pleegde bekend was met alle omstandigheden die ertoe meewerkten dat er door de andere partij een nadelige overeenkomst aangegaan werd, aldus *Penterman - Handgraaf* uit 1978.¹⁸ In de literatuur wordt veelal erop gewezen dat deze kenbaarheid niet aan de orde is bij een actie uit dwang/bedreiging, aangezien het daar niet om de werking van omstandigheden zou gaan, maar om de actieve rol van de andere partij, die de zwakke partij onder ongeoorloofde druk zet of zelfs bedreigt. Men moet dit onderscheid echter met enige ladingen zout nemen, zoals hieronder nog zal blijken wanneer de verhouding tot dwang in de rechtspraak aan de orde komt, en dat werkt ook op dit punt door.¹⁹

Het voordeel van de tweedeling die Stein en Ruitinga bepleit hebben, tussen misbruik van geestelijk overwicht en van economische machtspositie, zou kunnen zijn, naar engels voorbeeld, het verbinden van het vermoeden van misbruik aan de eerste figuur. Dat zou winst zijn, indien men maar bedenkt dat bij de tweede figuur zoiets eveneens mogelijk is, bijvoorbeeld bij bovenmatige benadeling (c.q. bevoordeling aan de andere zijde), zoals het Hof Amsterdam in de brouwerszaak demonstreerde. In ieder geval is hun kritiek op het tekortschieten van de regeling van art. 3:44 ten aanzien van gevallen van economische dwang, waarin zij door Schoordijk zachtkens gesteund worden, terecht.

Dan nog een ander punt. De eerder verdedigde oplossing van de Unigro-casus met gebruik van het beginsel van de openbare orde en goede zeden brengt ons weer terug bij de *Bovag II*-constructie uit 1957, die zo gek nog niet was, alle kritiek van Ruitinga ten spijt. Internationaal sluiten wij dan aardig aan bij de buurlanden; al lang voor de oorlog was de jurisprudentie in Duitsland in deze zin gevestigd, men leze er het proefschrift van Petit uit 1920 op na. Zijn conclusie

17. Zie Asser-Hartkamp II, nrs 213 en 216a; M.M. van Ros¹⁷ Zie Asser-Hartkamp II, nrs 213 en 216a; M.M. van Rossum, *Misbruik van omstandigheden*, 1998, p.27 v. Zie voor verdere literatuur ook: *Vermogensrecht* (losbl.), art. 3:44 lid 4, Aantt. 12; 31 v. (Stolp).

18. HR 30 juni 1978, *NJ* 1978, 610. Hier had een wijkverpleegster een geestelijk en lichamenlijk verzwakte dame van 84 bewogen om haar huis te verkopen toen zij in een bejaardentehuis opgenomen moest worden; zij had echter voldoende middelen uit effecten, maar dat hoefde bij de wijkverpleegster niet bekend te zijn om misbruik van omstandigheden te kunnen aannemen, oordeelde de Raad.

In Asser-Hartkamp II, nr 214, wordt hetzelfde standpunt ingenomen, echter met verwijzing naar HR 20 jan. 1978, *NJ* 227, *Charmant - Hart van Afrika*.

19. In de praktijk wordt weinig rekening gehouden met omkering van de bewijslast. Zie bijv. het nog te bespreken arrest *Ameva - Van Venrooij* (1999), waarin de lagere rechter een creatieve methode van rechtsvinding volgde en gewoon benadeling en misbruik vastgesteld had, die kenbaar was voor de werkgever. De laatste, Ameva, klaagt over tekortschietende motivering door de rechtbank, terwijl dit op de keper beschouwd een kwestie was die op haar bordje lag om aan te tonen, hetgeen zij niet gedaan had.

§3. MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN

wil ik de lezer niet onthouden; naar zijn mening moet onderzocht worden of de beperking van de bedrijfsvrijheid degenen aan wie dit opgelegd is in onbehoorlijke mate aan banden legt of zijn economisch bestaan onmogelijk maakt, en in concreto, of 'de beperking der bedrijfsvrijheid door enig rechtsbelang wordt gerechtvaardigd'.²⁰

Wat de openbare orde als grondslag betreft, wijs ik nog op het al eerder genoemde Amerikaanse recht, met zijn figuur van *unconscionable bargains*, waarbij men veel verder is gegaan dan het Engelse recht. Het gebruik van de openbare orde in het contractenrecht werd indertijd door Schoordijk toegejuicht; als men in het nieuwe recht art. 3:40 BW daarvoor gebruikt vindt men echter een zeer kritische Schoordijk aan de kantlijn.²¹

Overigens is het goed om bij de discussie over de grondslag van misbruik van omstandigheden naast het veel aangehaalde *Bovag II*-arrest ook het vervolg, *Bovag III* uit 1960 bij de beschouwingen te betrekken, hetgeen ik bijvoorbeeld mis in het betoog van Ruitinga. Dan ziet men dat er bepaald plaats is voor meer makro-juridische beschouwingen in het kader van openbare orde en goede zeden, en dat niet slechts een vraag van de 'moraal' aan de orde is, zoals Ruitinga meent.²² Immers, in dat sluitstuk van de *Bovag*-problematiek komt het verzekeringsaspect indringend aan de orde; indien een onevenredig zware verplichting op een partij gelegd wordt die echter op haar verzekeraar afgewenteld kan worden, is dat een omstandigheid die het beding in kwestie niet langer in strijd met de goede zeden maakt. Het open oog dat de rechter al geruime tijd heeft voor de relatie tussen aansprakelijkheid en verzekering illustreert zijn bereidheid om een overeenkomst naar wijze van tot standkoming en naar inhoud op maatschappelijke aanvaardbaarheid te toetsen.²³ Van die instelling was helaas weinig te merken in de Unigro-zaak, die dan ook opgenomen kan worden in de reeks *misleading cases*.

Hierboven kwam de opvatting van Tjittes ter sprake, die gevallen van economische dwangpositie bij 'bedreiging' wil onderbrengen, en niet bij 'misbruik van omstandigheden'.²⁴ Ik zie daar weinig heil in; de figuur van bedreiging/dwang, waar sprake moet zijn van een directe handeling die vrees inboezemt waardoor men tot de rechtshandeling bewogen wordt (aldus tenminste de gangbare opvatting, zie reeds anders Eggens onder het oude recht) is voor de praktijk van economische dwang-uitoefening minder relevant. Het gaat juist om de *indirekte* dwang die uitgeoefend wordt, waarbij, inderdaad, misbruik gemaakt wordt van de omstandigheden, die binnen en buiten de sfeer van de onder druk gezette partij kunnen liggen (resp. financiële situatie, economische situatie in het algemeen). Bovendien ben ik, zoals eerder betoogd, niet zo onder de indruk van het onderscheid tussen de uitoefening van psychische druk (in een vertrouwensrelatie) en economische druk, aangezien dat in de

20. Vgl. C.J.J.M. Petit, *Overeenkomsten in strijd met de goede zeden*, diss. Leiden 1920, p. 167, aangehaald door de a-g in *NJ* 1967, 80.

21. Vgl. Schoordijk, t.a.p., 121 v.

22. Ruitinga, t.a.p., p. 182.

23. Zie voor *Bovag III* en de verzekeringsproblematiek in het algemeen, Hfdst. 3, § 2, nr 3.

24. T.a.p., p. 295. Hartkamp gaat niet op dat betoog in, dat niet in overeenstemming lijkt met zijn benadering (t.a.p., nr 212).

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

zakenwereld meestal samengaat. Zie de eerder besproken gevallen, waarbij steevast de financier of adviseur tevens de vertrouwensrelatie is.

Hierboven kwam aan de orde dat het vereiste van benadeling bij Gewijzigd Ontwerp in 1971 geschrapt werd uit de bepaling van het Ontwerp-Meijers (thans lid 4 van art. 3:44) waarbij men de hoge raad in het arrest *Van Elmbt – Feierabend* van 1964 gevolgd heeft. Deze wetsgeschiedenis staat in alle handboeken en compendia-achtige werken, en tot voor kort verkeerde ik in de veronderstelling dat dit juist was.²⁵ Indien men echter het klassieke arrest *Van Elmbt - Feierabend* (her)leest, komt de verwondering. Ik deed dat eens bij voorbereiding van college (propedeusestof), en constateerde tot mijn verbazing dat in die casus wel degelijk van benadeling in financiële zin sprake was; aldus nadrukkelijk p-g Langemeijer in zijn conclusie, hetgeen door de hoge raad overgenomen is, en later in Langemeijers bekende boek *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht* ook met zoveel woorden gezegd wordt.²⁶ De casus was als volgt.

Van Elmbt had de bejaarde dame in acute geldnood f 8.000,- geleend (tegen hypotheek!) en daarbij voor 10 jaar een optierecht op het huis bedongen tegen een vaste prijs van f 46.000,- (taxatiewaarde), ook bij executie. Dat laatste is na een jaar al het geval, want de schuldeisers blijven dringen, waarop Van Elmbt van zijn optierechtgebruik wil maken. Dan blijkt al de onredelijkheid ervan: de waardevermindering van het goed was er niet in verwerkt; mevr. Feierabend had op dat moment al een bod van f 95.000,- op het huis gekregen, hetgeen overigens de taxatie tegen marktwaarde bij verlening van het optierecht twijfelachtig maakt. De p-g noemt dit een 'ernstig nadeel'. De hoge raad overweegt dan ook dat tot de factoren voor misbruik behoren (onder meer) de strijd tussen het doel van het behouden van het huis en het optierecht, 'de aard van het optierecht, dat voor een vaste prijs verleend was en jaren lang zou blijven gelden, ook als Feierabend intussen haar schuld zou hebben afgelost', en de 'eenzijdige bevoordeling van Van Elmbt door dit recht', etc. In de literatuur wordt steevast vermeld dat er geen financieel nadeel voor Feierabend was aangezien de optie tegen de taxatiewaarde verleend was, zodat het enkel over haar emotionele benadeling, haar gehechtheid aan het huis zou gaan dat zij niet wilde kwijt raken. Het heeft er alle schijn van dat G.J. Scholten in zijn noot de *NJ*-lezer op het verkeerde been gezet heeft, het is een *canard* van grote klasse.

Het verhaal wordt nog wonderlijker wanneer men bedenkt dat in de Toelichting Ontwerp-Meijers vermeld staat dat het nadeel dat de handeling teweegbrengt 'meestal van vermogensrechtelijke aard zal zijn; maar evenmin als in het tweede lid is het nadeel noodzakelijk tot stoffelijk nadeel beperkt' (p.192 v.). Het tweede lid heeft betrekking op dwang; daarin is het benadelingsvereiste gehandhaafd. Wat is hier eigenlijk aan de hand? Hoe komt het dat vrijwel alle schrijvers al decennia lang hameren op hantering van het nadeelsvereiste? Zelfs Hartkamp doet dat op bedekte wijze in zijn Asser-bewerking, een auteur die toch niet op kritiek op het (zijn) NBW betrappt kan worden. Naar aanleiding van het arrest van 5 febr. 1999, *Ameva – Van Venrooij* (zie nog onder, nr 4) heeft Abas – een oudgediende op dit gebied – in vlammende bewoordingen de hoge raad

25. Zie bijv.: Asser-Hartkamp II (1997), nr 215 (vgl. ook Hartkamp, *NJB* 1972, p.379); Asser-Hijma I, nr 257; Hofmann-Abas I (1977), p.161; Brahn/Reehuis, *Zwaartepunten in het vermogensrecht*, 6e dr. 1999, nr 416.

26. 1983, p.96 v.; 6e dr. 1996, p.99 v.

§3. MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN

voorgehouden om de trouw aan de letter van de wet te laten varen en in navolging van de eenstemmige doctrine (hij is verre van volledig op dat gebied) de eis van benadeling bij toepassing van art. 3:44 lid 4 te stellen.²⁷ Alvorens op deze kwestie in te gaan, constateer ik dat in het genoemde arrest werkgever Ameva in haar cassatiemiddel voluit het niet voldaan zijn aan de eis van benadeling naar voren brengt: de rechtbank had onvoldoende onderzocht of de benadeling wel beroep op misbruik van omstandigheden rechtvaardigde en bovendien niet duidelijk gemaakt waarom Ameva moest begrijpen dat Van Venrooij benadeeld werd. De cassatierechter gaat daarop in, na de merkwaardige opmerking gemaakt te hebben: ‘daargelaten dat art. 3:44 BW niet de eis stelt dat de rechtshandeling tot nadeel heeft geleid’. Dit kan betrekking hebben op de oerbenadering van de hoge raad, in het arrest van 1964, waarin eerst overwogen wordt dat voor een beroep op misbruik van omstandigheden ‘geenszins noodzakelijk een bepaalde mate of een bepaalde vorm van benadeling aanwezig hoeft te zijn’, met het vervolg: ‘doch dat met betrekking tot elke overeenkomst afzonderlijk de benadeling van een der partijen slechts een der factoren vormt, die naast alle andere bijzondere omstandigheden’ bepalen of van misbruik van omstandigheden sprake is. Later wordt dit in de literatuur omschreven als ‘wegingsfactor’, geen vereiste dus.

Het arrest van 1975, *Blyussen – Kolhorn* (NJ 1976, 98), wordt meestal in een adem genoemd met *Van Elmbt - Feierabend* van 1964, het schrappen van het nadeelvereiste. Het is echter opvallend dat in dat arrest het tegendeel staat, alsof de hoge raad geschrokken was van de reactie van de NBW-wetgever op het arrest van 1964. Wat zegt de raad namelijk in 1975, een geval waarin twee huizen onder moeizame omstandigheden – eigenaar had dringend geld nodig, zat in de bak, e.d. – maar tegen de marktwaarde verkocht waren: ‘dat de opvatting waarvan het cassatiemiddel uitgaat, namelijk dat de gestelde feiten misbruik van omstandigheden opleveren, ook zonder dat van enige benadeling van B. sprake hoeft te zijn, niet kan worden aanvaard’. Die lezing van *Van Elmbt - Feierabend* (ook van GJS indertijd in zijn noot) berust dus op een misverstand. Dan volgt een zin waarmee aangehaakt wordt op het arrest van 1964, maar een nieuwe wending daaraan gegeven wordt:

‘dat toch, al hoeft voor nietigheid van een overeenkomst wegens misbruik van omstandigheden geenszins een bepaalde mate of een bepaalde vorm van benadeling aanwezig te zijn, zodanig misbruik toch steeds hierin zal bestaan dat het gebruik maken door de ene partij van de omstandigheden waarin de wederpartij verkeerde, die wederpartij heeft gebracht tot het aangaan van een overeenkomst, welke zij, zo zij niet in die omstandigheden had verkeerd, wegens de daaraan verbonden nadelen, waarin deze dan ook mogen bestaan, niet zou hebben gesloten’.

Daarmee komen de nadelen weer boven tafel: door de voordeur eruit gezet, via de achterdeur weer binnengehaald. Het zijn nadelen die voor de wederpartij kenbaar moeten zijn, dat is niet alleen met de bijzondere omstandigheden het geval. Dat stelt a-g Strikwerda ook in zijn conclusie voor het *Ameva*-arrest

27. *WPNR* 6367 (1999), p.599, *Privaatrecht Actueel*. Voor verdere literatuur zie: *Vermogensrecht*, Red. Hijma en Kleijn, Art. 3:44 lid 4, Aantt. 2; 11 v. (Stolp), april 2000.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

(1999, zie onder), met verwijzing naar de arresten van 1964 en 1975 en de parlementaire geschiedenis: 'dit komt in wezen neer op wetenschap van benadeling', concludeert hij terecht. Kortom, benadeling is gewoon vereist, zoals dat ook bij bedreiging (dwang) van lid 2 in de wet staat; het mag echter ook ander nadeel dan financieel nadeel zijn. *Retournons à nos moutons*, zou Pitlo zeggen, hetgeen past bij een schaaftige conclusie.

Toch is er meer aan de hand dan een discussie over een virtueel onderwerp, benadeling. De wetgever heeft een steek laten vallen door ondoordacht, op verkeerde gronden (arrest verkeerd gelezen) een wijziging aan te brengen in een wetsontwerp (ook verkeerd gelezen). Het ligt het meest voor de hand om dat gewoon in de wet te herstellen, maar dan vindt men de ontwerpers en NBW-lobby tegenover zich die iedere aantasting van het Grote Werk uit den boze vinden, niet alleen voor maar ook na invoering is dat het geval. Het probleem is natuurlijk wel dat het gehele artikel bij invoering al verouderd was en nodig bijde-tijd gebracht zou moeten worden, en dat is meer dan een zinnetje toevoegen.

Recente rechtspraak. Het verkochte schuur-arrest (2004)

In de jongste rechtspraak van de hoge raad is weinig van deze discussie in de doctrine terug te vinden: het nadeelvereiste neemt daar een prominente plaats in. In een 'oude dame – sluwe neef' geval, het arrest van 9 januari 2004, is het kennelijke nadeel dat de bejaarde persoon toegebracht wordt de spil in de redenering waarbij het arrest a quo gecasseerd wordt, aangezien het hof in motivering tekort geschoten was.²⁸ Hier speelt dan wel geen vermoeden van misbruik, met omkering van de bewijslast, zoals eerder besproken, maar het vermoeden dat de opvatting van het hof niet deugt waarbij misbruik van recht verworpen werd.

Dit keer was het een oude heer, van 82, die zich door een neef en diens vrouw in de luren laat leggen. Zij bewegen hem tot de verkoop van een schuur op zijn erf aan hen, voor een bedrag dat een fractie van de marktwaarde was. De schuur werd namelijk voor de koop getaxeerd op de waarde in verhuurde staat, ad f 20.000, terwijl naderhand de waarde als (vrije verkoopwaarde, als bouwgrond) op f 175.000 bepaald wordt. De man is oud en verward, ging lichamelijk en geestelijk achteruit, zoals de rechtbank had vastgesteld, hij had Alzheimer. Hij had met neef R. en diens vrouw een vertrouwensrelatie, 'een zeer nauwe positieve band'; het initiatief tot de verkoop van de schuur was van de laatsten uitgegaan, terwijl zij ook de hand in de wijze van taxatie hadden gehad.

De hoge raad somt deze omstandigheden op, die alle feitelijk vaststonden, en komt dan tot de kern, als vierde punt:

(iv) Die verkoop was voor K. zeer nadelig, niet alleen (a) omdat de koopprijs van de loods was gebaseerd op een taxatie die, op initiatief van R. c.s., was gebaseerd op de waarde van de loods als in gebruik zijnde schuur, terwijl - zoals in cassatie mede tot uitgangspunt dient - de loods (met ondergrond) ook als bouwgrond kan dienen, maar ook (b) omdat door de verkoop een belangrijk gedeelte werd afgesplitst van de grond die behoorde bij de (aan K. in eigendom verblijvende) woning, waardoor deze woning in waarde daalde.

28. HR 9 jan. 2004, NJ 141, *verkochte schuur*.

§3. MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN

3.6. In een geval als het onderhavige ligt het oordeel dat de rol die R. c.s. hebben gespeeld bij de totstandkoming van de koopovereenkomst, als misbruik van omstandigheden moet worden aangemerkt, zozeer voor de hand, dat het andersluidende oordeel van het hof aan hoge motiveringseisen dient te voldoen om begrijpelijk te zijn. Aan deze eisen voldoet het onderhavige arrest niet, reeds omdat het hof niet alle hiervoor in 3.5 aangehaalde omstandigheden van het geval in onderling verband en samenhang heeft gezien, zoals het had behoren te doen, maar deze telkens op zichzelf heeft beoordeeld, zonder verband te leggen met de overige ter zake dienende omstandigheden van het geval. De motiveringsklacht van het onderdeel treft dus doel, hetgeen tot vernietiging van het bestreden arrest moet leiden.

Het arrest van het Hof Den Bosch wordt dus vernietigd, dat ook op andere punten heel slordig was, zoals de raad had vastgesteld. Aldus leidt de beoordeling van een zeer feitelijk gekleurde rechtsvraag toch tot cassatie.

Kenmerken van misbruik

De misbruik van recht-situatie heeft een aantal kenmerken. Hierboven kwam de scheiding tussen misbruik van economische machtspositie en misbruik van geestelijk overwicht al ter sprake, zoals door Stein en Ruitinga bepleit. Zoals betoogd, is dit onderscheid op zich zinvol omdat het de ogen opent voor het veel belangrijkere gebied van economisch misbruik (economic duress) en men niet gefixeerd blijft op de oude dametjes-problematiek van undue influence, maar heeft het bezwaar dat men uit het oog kan verliezen dat beide elementen, economisch overwicht en geestelijk overwicht, vaak hand in hand gaan. De financieel adviseur en financier is meestal tegelijkertijd de vertrouwenspersoon, en dan gaat het vaak fout (archetype: *Unigro*-arrest, 1990). Anderzijds is bij het uitoefenen van geestelijk overwicht op zwakke personen het financieel gewin doorgaans de drijfveer, de mens is slecht en wil dat weten ook. Goeroe's zijn meestal erg gehecht aan materiële zaken, ondanks hun leer van een onthechte levenswijze. Een gemeenschappelijk kenmerk is de *dwang* die uitgeoefend wordt, allereerst van de benarde omstandigheden – een noodsituatie - vervolgens een handje geholpen door de wederpartij die de dwang wat opvoert met psychische druk. Vandaar het raakvlak met de figuur van dwang ('duress' is engels voor dwang), hetgeen minder sterkt spreekt in de term 'bedreiging' die nu ingevoerd is met lid 2 van art. 44. Ik kom hieronder daarop terug (zie nr 4), maar wil eerst nog enkele andere kenmerken bespreken.

Het *verrassingselement* is meestal sterk aanwezig bij misbruik-situaties. Dat was al zo bij mevrouw Feierabend, die ineens door haar financiële vertrouwensman (en redder) Van Elmbt opgetrommeld werd om mee naar de notaris te gaan, zonder dat zij wist wat de bedoeling was, dat hoorde ze wel ter plekke. Ook in het nog te bespreken arrest inzake Ameva werd werknemer Van Venrooij plotseling geroepen om in het kantoor te komen omdat de baas hem wilde spreken. Van enige voorbereiding op het gesprek, laat staan het inwinnen van advies elders, is op die manier geen sprake, en dat is precies ook de bedoeling. In het recht kennen wij de 'Überraschklausel' in een contract (het onverwachte bezwarende beding), het 'Überraschungsurteil' van de rechter (die buiten zijn boekje gaat) en hier is dan sprake van wat men zou kunnen noemen een 'Überraschungsgesprech'. Dan gaan er steeds rode lichten knipperen in het recht, daar klopt iets niet. Er moet bedenktijd gegeven worden, dat werd terecht door de rechtbank in de Ameva-zaak als zorgvuldigheidsnorm

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

gesteld: men 'behoort de andere partij ervan *te weerhouden om de beslissing meteen te nemen*'. Verzekeraars hebben, blijkens de rechtspraak, er nog steeds een handje van (sinds *Van Dongen – Van den Oetelaar*, 1959) om de andere partij onder druk te zetten om meteen te tekenen. Het Hof Arnhem oordeelde dat het 'nauwelijks enige bedenktijd geven' bij het sluiten van een vaststellingsovereenkomst misbruik van omstandigheden oplevert (VR 1998, 122).

In navolging van het engelse recht zou ik de regel willen bepleiten dat een professionele financiële dienstverlener (bank, credietinstelling, e.d.) die met een client in een noodsituatie een financieringsovereenkomst sluit waarbij de dienstverlener zelf als financier belang heeft, gehouden is om die client te adviseren om extern advies te vragen. Indien deze verplichting geschonden wordt, kan het vermoeden van misbruik van omstandigheden aangenomen worden, met omkering van de bewijslast. Zie in die zin de arresten *Lloyds Bank v. Bundy* en *Barclays Bank v. O'Brien*, die hieronder besproken worden (nr 3).

Een *kwetsbare positie* is op zich niet voldoende, zowel bij economische dwang als bij geestelijke overheersing. In het eerste geval geldt: 'de een zijn dood, is de ander zijn brood', in het bedrijfsleven geldt van oudsher 'zaken zijn zaken'; in de tweede situatie is het afgaan op sterke meningen door iemand die wat slecht bij zichzelf zit door een dipje of zo aan de orde van de dag. Dan hebben wij het nog niet over de depressie als volksziekte nummer 1, en de vergrijzing van de bevolking, met vormen van dementie en wat niet al.²⁹ Het eind is natuurlijk zoek wanneer alle rechtshandelingen in zo'n situatie verricht, vernietigd kunnen worden wegens misbruik van omstandigheden. Intussen pleit dat wel voor het (mede) aanleggen van een meer objectieve benadelingsmaatstaf, in de vorm van financieel nadeel. De complicerende factor bij dit alles is dat immaterieel nadeel – verdriet over het familie-erfstuk dat na aandringen van een louche figuur verkocht is – een vorm van schade is die sinds 1944 op geld waardeerbaar is, en dus ook financieel nadeel is. Vandaar misschien die gelijkstelling in het Ontwerp-Meijers van 1954 van stoffelijk met niet-stoffelijk nadeel? (hetgeen intussen een wat stoffig onderwerp geworden is).

Samenhangend met het financieel nadeel is de vraag of tegenover het door de wederpartij *verkregen voordeel een reële tegenprestatie* stond. Dat was bijvoorbeeld niet het geval in de Feierabend-zaak, en evenmin in het *Ameva*-arrest. Het gaat om een voordeel dat de wederpartij in de schoot geworpen krijgt – het was even duwen en wringen – dankzij het gebruik maken van de omstandigheden, en dat kan in misbruik overgaan. In het eerder besproken standaardarrest *Brandwijk – BBB* van 1979 vond de hoge raad van doorslaggevend belang de vraag of de wederpartij 'een klaarblijkelijk onevenredig groot voordeel bedongen had', misbruik makend van de noodsituatie (in casu: financiële nood). Hieronder komt nog het verband met de *gross disparity* ter sprake die in art. 3:10 van de Unidroit Principles (1994) geregeld werd, waarbij het gaat om het 'unjustifiably' geven van 'excessive

29. Kwetsbaarheid op zich wordt in de rechtspraak regelmatig als onvoldoende grond voor een beroep op misbruik van omstandigheden beschouwd, zie bijv. Hof Amsterdam 15 mei 1997, *Prg.* 1999, nr 5163; dame van 88, zonder bijstand van familie of vrienden, vertrouwt op twee financieel adviseurs bij verkoop van haar huis; zij kan weloverwogen financieel voordeel aan de adviseurs hebben willen gunnen, oordeelt het hof.

§3. MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN

advantage'. De verhoudingen moeten dus zoek zijn (vandaar dat sommige schrijvers hierbij met de *iustum pretium*-figuur op de proppen komen, hetgeen in wetgeverskringen altijd grote ontsteltenis veroorzaakt, denk ook aan de algemene voorwaarden-regeling).

Het *overwicht, dat tot een dwangsituatie leidt*, kan uit fysiek overwicht bestaan, behalve groot en sterk zijn, gewoon in de meerderheid zijn bij een belangrijk gesprek, maar het kan ook een kwestie van kennisoverwicht zijn, of informatievoorsprong hebben. In de rechtspraak zijn veel varianten op dit thema te vinden; een van de leukere gevallen is dat van huwelijksvoorwaarden gesloten door een echtpaar, waarbij de man van misbruik van omstandigheden beschuldigd wordt door de vrouw. Nu was de man advocaat, maar hij stelt dat zijn vrouw als kandidaat-notaris in feite deskundiger was dan hij. Het Hof Den Haag legt dat verweer echter terzijde, aangezien dit niet een zakelijke aangelegenheid tussen twee juristen betrof, maar een emotioneel geladen aangelegenheid tussen echtelieden, waarbij de ene echtgenoot de ander gemakkelijk kan brengen tot iets dat de ander eigenlijk niet wil, ook al is deze jurist.³⁰

De dwangsituatie doet uiteraard aan gevallen van dwang denken, die hieronder nog aan bod komen (nr 4). In de rechtspraak vindt men soms merkwaardige uitspraken, onder de figuur van misbruik van omstandigheden. Wat te denken van degeen die de NCM (Ned. Crediet Maatschappij) benadert met de mededeling dat hij informatie heeft inzake het financieel uitkleden van een buitenlandse firma, hetgeen de NCM een dreigende schade van wel *f* 100.000,- per dag zou gaan berokkenen, informatie die hij tegen betaling van *f* 100.000,- bereid was te verstrekken?³¹ En dit geval: man (L.) zit in de bak wegens verduistering van gelden van zijn werkgever. De advocaat van de laatste laat L. een overeenkomst tekenen, tijdens zijn detentie, dat hij ter vergoeding van schade bepaalde zaken aan de werkgever zal overdragen. Naderhand komt L. hierop terug en doet een beroep op misbruik van omstandigheden aangezien hij zijn wil niet heeft kunnen verklaren. De advocaat is tuchtrechtelijk gewaarschuwd voor diens handelwijze. Nu had L. tevoren tegenover de politie een verklaring afgelegd dat hij 'schoon schip wilde maken' en die zaken wilde overdragen. Misbruik van omstandigheden?³²

30. Hof Den Haag 22 dec. 1983, *NJ* 1985,860. Evenals bij het sluiten van huwelijksvoorwaarden ligt bij echtscheidingsconvenanten misbruik van omstandigheden om de hoek, vgl. reeds HR 29 april 1971, *NJ* 1972, 336, nt EAAL, *echtscheidingsconvenant II*.

De vraag of (hevige) verliefdheid een bijzondere omstandigheid is, en of zakelijke ervaring ook op seksclubs gericht is, en de kenbaarheid daarvan, kwam aan de orde in Ktg. Amsterdam 7 juni 1994, *Prg.* 1994, nr 4161.

31. In beginsel misbruik van omstandigheden aangenomen. Zie: Hof Arnhem 20 april 1993, *NJ* 1994, 81, *NCM* (kort geding; in casu onrechtmatigheid aanvaard); informant was zelf crediteur van bewuste firma, en stelde dat zijn kansen om zijn vordering te innen met ca. *f* 90.000,- verkleind zouden worden door informatie te verschaffen, hetgeen het hof niet aanneemelijk achtte.

32. De Rb. Zutphen neemt aan van niet, aangezien het nadeel van L. niet voortvloeit uit de door de advocaat overtreden norm, doch eerder uit de door L. zelf tegenover de politie afgelegde verklaring. In appel niet aan de orde gekomen; te kennen uit: HR 21 mei 1999, *NJ* 733, nt JH.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

Hoe *bijzonder* moeten bijzondere omstandigheden zijn? De hoge raad heeft onlangs bepaald dat bij een beroep op misbruik van omstandigheden het verweer van de wederpartij niet opgaat dat geen sprake is van ‘bijzondere omstandigheden’ omdat hetgeen gebeurd is zich in de praktijk vaker voordoet. Dat is een van de belangrijkste aspecten van het *Ameva*-arrest uit 1999, dat onder nog ter sprake komt. Die casus is op de werkvloer geen uitzonderlijk verschijnsel (overwicht van de werkgever in aantal, kennis van zaken, en economische macht), evenals dat het geval is bij het misbruik maken van de geestestoestand van ouden van dagen of zieken, maar dat betekent niet dat de rechter dat als normaal aanvaardt.

3. *Rechtsvergelijkende beschouwingen. Economic duress, economische dwang*

Nog enkele opmerkingen over de bakermat van misbruik van omstandigheden, het engelse recht. Daar zijn de stofwolken na de geruchtmakende uitspraak van Denning in 1974 waarbij hij de figuur van *unequal bargaining power* introduceerde, overigens nog niet geheel opgetrokken.³³ De figuur van *economic duress* zit weliswaar steeds vaster in het zadel, maar men weet nog niet zoveel raad met Dennings suggestie om een ‘general principle’ van ‘inequality of bargaining power’ te hanteren. In de oude dominions, Canada en Australië, heeft die figuur overigens een betere voedingsbodem gevonden dan in het moederland (vgl. voor het Amerikaanse recht ook section 2-203 Uniform Commercial Code.³⁴ Het is naderhand door Lord Scarman teruggesnoeid; als men probeert na te gaan wat er precies aan de hand is, bijvoorbeeld aan de hand van het heldere boek van Furmston (Cheshire-bewerking), dan zijn er twee lijnen te ontwaren. Denning deed bij zijn stellingname expliciet afstand van de wilsleer: ‘I have avoided any reference to the will of the one being ‘dominated’ or ‘overcome’ by the other’. Scarman gaat daarentegen uit van een klassieke grondslag voor *economic duress*, namelijk dat het ‘must always amount to a coercion of the will, which vitiates consent’.³⁵ *No comment*.

33. *Lloyds Bank v. Bundy*, (1974) *All ER* 757, Court of Appeal; een oude boer was door de bank overgehaald om extra hypotheek op zijn boerderij te verlenen om financiële avonturen van zijn zoon te dekken, in een reddingsoperatie die geen zin meer had; het gaat fout en de boerderij moet geëxecuteerd worden. Zie voor een vergelijkbaar, recent geval waarbij de positie van de vrouw in het geding is wier man een extra hypotheek op het huis genomen heeft om een riskante transactie te financieren: *Barclays Bank v. O'Brien* (1993) 4 *All ER* 417, House of Lords. In beide gevallen wordt de zwakke en door de bank onder druk gezette partij in bescherming genomen, ondanks duidelijke contractsbepalingen; de bank had de client erop moeten wijzen om extern advies in te winnen, vanwege de grote risico's die in het spel waren.

Zie ook de boven genoemde uitspraak inzake *Verity and Spindler v. Lloyds Bank* (1995), § 1, nr 4, in fine (dwaling).

34. Zie voor de Amerikaanse ontwikkelingen mijn artikel: *Het gebruik van open normen in de Uniform Commercial Code: ‘unconscionability’ bijvoorbeeld*, in: *Gratia commercii*, Van Oven-bundel, 1981, p. 19. Zie voor dit onderwerp ook: Ruitinga, t.a.p., en meer recent: Fuller/Eisenberg, *Basic Contract Law*, 5th ed., St.Paul, 1990, p. 628 v.; Murphy/Speidel, *Studies in Contract Law*, 4th ed., New York, 1991, p. 582 v.; Kötz, t.a.p., p. 318 v.

35. Vgl. Furmston (Cheshire), p. 322 v., waar ook een bespreking van meer recente jurisprudentie; Beale, Bishop, Furmston, t.a.p., pp. 777 v.; 791 v., 817 v. Zie voor dit onderwerp ook R.P.J.L. Tjittes, *WPNR* 6090/91 (1993).

§3. MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN

Een tweede lijn die te ontdekken is, is dat de engelse jurist in verlegenheid raakt als hij met algemene beginselen geconfronteerd wordt. Die verwarring is er niet bij sommige andere, meestal oudere leerstukken, zoals 'restraint of trade'. Zoals Furmston terecht opmerkt, zou Denning heel wat misverstanden voorkomen hebben door iets te zeggen in de trant van 'the categories of unfairness are never closed'.

Hear, hear.

Terug naar de figuur van 'economic duress', misbruik van een economische machtspositie. In tegenstelling tot de ruimer geformuleerde figuur van 'unequality of bargaining' van Lord Denning is in de laatste jaren een beroep op economic duress door de engelse rechter als grond voor vernietiging van een overeenkomst aanvaard.³⁶ Vaak wordt echter in de concrete casus dat beroep niet gehonoreerd; meestal is dat het geval omdat de onder druk gezette partij zwicht voor die druk, en eerst naderhand naar de rechter stapt om de transactie ongedaan te laten maken. Hij vindt dan een rechter tegenover zich die van oordeel is dat hij het beroep op economische dwang verwerkt heeft door op het aanbod van de wederpartij in te gaan.³⁷ Aangezien in de commerciële praktijk meestal geen andere keus is om onder druk van omstandigheden en tijd het voorstel van de sterke wederpartij te aanvaarden, ziet het er niet gunstig uit voor de ontwikkeling van dit leerstuk. Het wachten is op een verdere uitwerking van de maatstaven voor de toelating van dat beroep.

Een bijdrage daartoe is geleverd door Atiyah die bij het zoeken naar de grenzen tussen rechtens toelaatbare en ontoelaatbare uitoefening van economische druk op de tegenpartij benadrukt dat het in de karakteristieke gevallen van economische dwang gaat om monopolie-posities in een of andere vorm.³⁸ Het gaat dan meestal om een monopolie op kleine schaal, hetgeen hij *micro-monopoly* genoemd heeft. De voorbeelden die hij geeft - en die zich gemakkelijk laten aanvullen - zijn: partijen die over en weer economisch afhankelijk van elkaar zijn (een 'bilateraal monopolie'; een partij die onder grote tijdsdruk staat, waarvan de wederpartij misbruik maakt (hogere prijs vragen, e.d.); het heronderhandelen van een bestaand contract, in de wetenschap dat men verder moet met elkaar om economische redenen (de casus van de *North Ocean case*).

De opmerkingen van Atiyah over dit onderwerp zijn mij uit het hart gegrepen; ook in ons land ziet men in de praktijk veel klein (en groot) leed als gevolg van het misbruik maken van een economische machtspositie, waarvan vooral kleine bedrijven de dupe zijn. Zij zijn vaak economisch afhankelijk van grote afnemers, of leveranciers van onderdelen, e.d., meestal veel grotere bedrijven met een sterke marktpositie. Protesteren heeft weinig zin ('voor jou een ander', resp.: 'je kunt niet zonder dat produkt'). A la de Jongeman in Bennekom, oftewel de Donkelaar Supermarkt in zijn relatie tot zijn leverancier-financier

36. Zie bijv. de *Monrovia case* (1983), vgl. Furmston, t.a.p.

37. Aldus bijv. de *North Ocean Shipping case* (1979), zie Furmston, t.a.p.

38. P.S. Atiyah, *Introduction to the Law of Contract*, 5th ed., Oxford 1995, p. 265 v. De oud-hoogleraar in Oxford zit op dezelfde lijn als Denning en Furmston: hij moet niets hebben van de 'overborne will' als grondslag voor economic duress, het gaat erom in het recht onderscheid te maken tussen 'legitimate and illegitimate pressure or threats', p. 266.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

Unigro (meestal ook sterke groeiers, die grote bedrijven, valt wel op). Atiyah geeft het voorbeeld van de *Leyland Daf* case (1993), dat naar ik bang ben vrij alledaags is: het bedrijf is in surséance en de bewindvoerder die het bedrijf aan de gang probeert te houden door de produktielijn in stand te houden, krijgt te maken met een leverancier van onderdelen die slechts bereid is om de levering voort te zetten indien alle bestaande schulden aan hem voldaan zouden worden. De toeleverancier was het enige bedrijf dat de betreffende onderdelen produceerde, dus men kan zich de uitgeoefende druk voorstellen.³⁹

Twee voorbeelden uit de nederlandse praktijk, als smaakmakers.

Het eerste geval betreft een klein vleeswarenbedrijf dat een mooie order binnengehaald heeft voor een engelse supermarkt-keten (ik noem geen namen, maar het is het bedrijf dat de nieuwe vleugel van de National Gallery in Londen geschonken heeft) voor de levering van worsten, e.d. Het gaat zò goed, dat na verloop van tijd het bedrijf de engelse afnemer als grootste klant heeft. Vervolgens komt iemand van het engelse concern op bezoek bij het bedrijfje in (zeg:) Brabant en gaat eisen stellen aan de productie: er moeten bijvoorbeeld enkele hete lucht-deuren aangebracht worden in de fabriek, met het oog op de hygiëne, kosten: enkele tonnen. De vleesfabriek doet dat, het gaat immers om een goudgerand contract: toegang tot de engelse markt via een toonaangevende supermarkt-groep! Weer wat later krijgt men het bericht uit Engeland dat de winstmarge naar beneden bijgesteld moet worden; weer even slikken in Brabant, maar het was een gouden contract, etc. De volgende stap is dat niet langer onder de eigen merknaam geleverd mag worden, maar onder de naam van de supermarkt-groep, vanwege een nieuw intern beleid inzake de huisstijl in het concern. Daar gaat de kans op naamsbekendheid en doorbraak op de engelse markt. Het nederlandse bedrijf kan geen kant meer op, het zit aan zijn grootste afnemer vast, die tenslotte kan dicteren hoe hij het wil hebben. Dat gaat in een salami-taktiek: step by step. Indien men als afnemer van het produkt meteen aan het begin van de relatie zijn kaarten op tafel gelegd zou hebben, was het vleesbedrijf niet met de supermarkt in zee gegaan. Maar nu staat het met de rug tegen de muur, en moet doorgaan op marginale basis, willy-nilly.

Deze manier van doen is overigens ook bekend uit de bedrijfsovername-praktijk: men geeft een bedrijf een voorkeurspositie als toeleverancier en op den duur, wanneer het (met opzet) commercieel afhankelijk geworden is van de afnemer, neemt men het toeleveringsbedrijf over tegen voorwaarden die men dan naar goeddunken kan stellen.

Tweede voorbeeld: een vleesimporteur heeft een scheepslanding vlees uit Argentinië verkocht aan een bekende restaurant-keten in ons land, die regelmatig de pers haalt. Na aankomst in Rotterdam wordt het vlees gekeurd door de koper en op enkele minieme, strikt formele tekortkomingen afgekeurd en geweigerd. De importeur is in grote moeilijkheden gekomen om het vlees op een verzadigde markt af te zetten, het is bederflijke waar, de financiering is kostbaar, en dan meldt zich uit het niets een partij die bereid is het vlees af te nemen, uiteraard tegen een sterk gereduceerde prijs. De importeur heeft geen keus en moet onder tijdsdruk gekomen het vlees tegen die prijs van de hand doen. De koper is een stroman van de oorspronkelijke koper die het vlees voor hem opgekocht heeft.⁴⁰

39. T.a.p., p. 270; de procedure werd overigens niet op grond van economic duress gevoerd, maar op die van art. 86 EEG-verdrag, misbruik van een machtspositie; de procedure werd verloren. Vroeger deden engelse nutsbedrijven hetzelfde, een ander voorbeeld van Atiyah, tot dit bij wet verboden werd in 1985.

40. Deze casus die mij ter ore kwam, heeft bij mijn weten niet tot een rechtszaak geleid. Dat is wel het geval met een vrijwel identieke zaak, het ging alleen over citrus pulp, die toevallig ook in Rotterdam speelde (grote havenstad): *Cehave v. Bremer Handelgesellschaft, The Hansa Nord* (1975), zie Furmston, p. 158.

§3. MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN

Men kan concluderen dat het hier om een onderwerp gaat van grote maatschappelijke betekenis, waar juridisch nog heel veel gebeuren moet om een instrument te ontwikkelen waarmee gevallen van ontoelaatbare economische dwang effectief bestreden kunnen worden. De wetgever heeft het hier laten afweten, het is aan de rechtswetenschap, gesteund door creatieve advocaten en rechters, om dit terrein tot ontwikkeling te brengen. Het engels recht kan daarbij, zoals wij zagen, inspiratie bieden.

Vergelijkingsmateriaal biedt ook art. 3:10 van de Unidroit Principles of International Commercial Contracts (Rome 1994) dat een regeling voor *gross disparity* geeft:

‘A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage’.

Deze figuur van ‘gross disparity’ doet denken aan de oude *iustum pretium*-gedachte die onze wetgever zo graag buiten de deur wil houden (maar via de achterdeur soms weer binnenkomt), en leunt ook aan tegen de figuur van undue influence, zoals gezegd in het engelse recht van beperktere strekking dan ons begrip misbruik van omstandigheden (slechts van toepassing bij typische vertrouwensrelaties). Opmerkelijk is ook de overeenkomst met het arrest *Brandwijk - BBB* uit 1979, waarin de hoge raad de figuur van ‘economische dwangpositie’ aanvaard heeft, en het vereiste gesteld heeft dat de wederpartij ‘voor zichzelf of voor een derde een klaarblijkelijk onevenredig groot voordeel had bedongen’ (zie boven). Ik verwijs voor deze materie verder naar enkele recente beschouwingen: O.A. Haazen, *The principle of gross disparity en misbruik van omstandigheden*, in: *Europees contractenrecht, BW-Krant Jaarboek 1995*, Arnhem 1995, p. 13; M.M. van Rossum, ‘Gross disparity’: een herleving van de leer van het *iustum pretium?*, *WPNR* 6237 (1996), p. 659.

De figuur van undue influence blijft nederlandse schrijvers inspireren (Meijers ging al voor), zo ook Tjittes, die in zijn oratie van 1996 in de geest van recente engelse rechtspraak een pleidooi houdt voor een vermoeden van misbruik van omstandigheden in geval van borgtocht verleend door familieleden of verwanten van de hoofdschuldenaar (meestal de echtgenote). Dan dient wel sprake te zijn van een serieuze affektieve relatie en nadeel voor de borg; dat laatste is bijvoorbeeld niet het geval indien het krediet in belangrijke mate niet aan de borg ten goede komt. Met het bewijsvermoeden (zie ook boven, nr 1) wordt de benadeelde partij (hier: de borg) hulp geboden, aangezien het moeilijk zal zijn om aan te tonen dat de bank bekend was met de misbruik van omstandigheden waaraan zij blootgesteld was, hetgeen normalerwijze vereist is. Zie: Tjittes, *Bezwaarde verwanten*, oratie VU Amsterdam 1996, p. 62 v. Zie in andere zin: Brunner, noot *NJ* 1997, 287 *Direktbank - Gem. Breda*), die vooral moeite heeft met de onderzoekplicht van de bank in Tjittes’ benadering.

Voor de verplichtingen die op de bank kunnen rusten, zoals een waarschuwings- of informatieplicht jegens de onervaren, particuliere borg, kan ook gewezen worden op het boven besproken arrest *Van Lanschot - Mevr. Bink* (1990), § 1, nr 5 (dwaling); vgl. ook Tjittes, p. 54 v.⁴¹

41. Zie ook Hfdst. 6, § 1, nr 11, in fine (wanprestatie).

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

4. *Recente rechtspraak: Ameva – Van Venrooij (1999). Verband met dwang (bedreiging) van lid 2, art.3:44. Van Meurs – Ciba Geigy (1992)*

Het al eerder genoemde arrest van 5 februari 1999, *Ameva - Van Venrooij* is om verschillende redenen van belang. Het is allereerst een variant op het thema van een werknemer die ontslag krijgt/neemt zonder in vrijheid daarover te kunnen beslissen, onder druk gezet door zijn werkgever en de omstandigheden; meestal komt dit aan de orde in het kader van de toestemming (als wilsuiting) die gebrekkig is en de vraag of de wederpartij op een schijn daarvan is afgegaan en bescherming verdient. Een lange reeks van arresten sinds de jaren '60 en '70 gaat hierover, overspannen verkoopleiders en chauffeurs zijn daarbij spraakmakend geweest.⁴² Dit keer wordt echter de weg van misbruik van omstandigheden gevolgd.

Daarmee komen wij op het tweede aspect van het arrest, de invulling van de vereisten van art. 3:44 lid 4 BW in een situatie van economische dwang (zoals zo vaak gecombineerd met geestelijk overwicht). Hierbij is onder meer de eis van benadeling aan de orde, terwijl dat ook geldt voor de relatie met de figuur van bedreiging of dwang, art. 3:44 lid 2, die na het arrest *Van Meurs - Ciba Geigy* van 1992 in de belangstelling gekomen is. Waar ging het in het eerstgenoemde arrest over?⁴³

De casus was aldus. Van Venrooij werkt als chef montage bij Ameva sinds 1990. Zijn werkgever is niet tevreden over hem, er zijn in 1993 enkele negatieve functioneringsgesprekken geweest, zijn technische kennis en administratieve vaardigheden zouden tekortschieten en hij kon niet overweg met de technisch directeur; op 30 nov. 1993 wordt Van Venrooij plotseling voor een gesprek op het kantoor gevraagd, waar hij behalve de technisch directeur twee andere functionarissen van het bedrijf aantreft. Hij krijgt te horen dat zijn aanwezigheid bij het bedrijf niet langer op prijs wordt gesteld, waardoor hij volstrekt overonderd wordt. Per 1 dec. 1993 zou een opzegtermijn van twee maanden inachtgenomen worden, hij zou tot en met januari 1994 doorbetaald worden en een bedrag ter grootte van zijn maandsalaris netto meekrijgen, f 4.500,-. Van Venrooij wil daar nog eens over nadenken, maar hij krijgt de gelegenheid niet; de heren van Ameva dringen er bij hem op aan om in te stemmen met het voorstel omdat er anders allerlei ingewikkelde procedures zouden gaan volgen die voor hem flinke financiële gevolgen zouden hebben. Hem wordt medegedeeld dat de uitkomst van drie mogelijkheden voor beëindiging in alle drie gevallen hetzelfde zal zijn, hetgeen de rechtbank later zal omschrijven als een 'op zichzelf onware en onjuiste mededeling', die Van Venrooij echter als een gegeven beschouwd heeft. Hem wordt een brief voorgehouden die hij gerust kan tekenen omdat dan in ieder geval zijn WW-uitkering was veilig gesteld. Van Venrooij tekent de brief.

De lezing die Ameva van de gang van zaken geeft is anders: Van Venrooij wist dat hij niet goed functioneerde en dat er op een positieve manier afscheid genomen moest worden; de mogelijkheden zijn op een rijtje gezet en er is onderhandeld over het bedrag dat hij meekreeg, dat van f 4.300,- naar 4.500,- verhoogd is (*sic!*). Hij mocht de bedrijfsauto houden tot februari 1994 om ander werk te zoeken. Niets aan de hand dus; hij moet later van derden gehoord hebben dat hij een hogere vergoeding had kunnen krijgen, maar dat is nakaarten.

Van Venrooij komt tot zijn positieven en protesteert enkele dagen later tegen de beëindiging van de overeenkomst; Ameva verzoekt daarop de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst, voor zover bestaande, te ontbinden, hetgeen gebeurt, per 15 april 1994, waarbij aan Van

42. Zie onder, Hfdst.7, par.3.

43. HR 5 febr. 1999, *NJ* 652, nt PAS; AA 2000, p. 730, nt Van Dunné. De hier volgende passage, evenals stukken uit de vorige paragraaf, is ontleend aan die noot.

§3. MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN

Venrooij een vergoeding van f 12.500,- toegekend wordt. Dan gaat Van Venrooij ook naar de kantonrechter en vordert betaling van loon cum annexis over de periode 1 februari – 15 april 1994 omdat hij niet aan zijn instemming met de beëindiging kan worden gehouden aangezien hij zijn wil niet in vrijheid heeft kunnen bepalen.

Het Kantongerecht en de Rechtbank Den Bosch stellen Van Venrooij in het gelijk, ieder op eigen wijze. De kantonrechter volgt de (klassieke) weg van gebrek aan toestemming van de werknemer: er is geen sprake van beëindiging met wederzijds goedvinden; gezien de situatie had Ameva de beëindigingsbrief niet terstond moeten laten tekenen maar deze aan Van Venrooij mee moeten geven met een redelijke termijn voor getekende inlevering, met de waarschuwing dat anders de dienstbetrekking langs andere weg zou worden beëindigd. In appel was de rechtbank daarentegen van oordeel dat de ondertekening van de overeenkomst van 30 nov. 1993 door Van Venrooij een duidelijke en ondubbelzinnige handeling was waaruit zijn instemming met de beëindiging bleek. Niettemin worden de grieven van Ameva verworpen aangezien de omstandigheden waaronder de instemming gegeven was met zich kunnen brengen dat Van Venrooij zich op vernietigbaarheid van zijn rechtshandeling kan beroepen wegens misbruik van omstandigheden.

De rechtbank onderzoekt vervolgens die vraag en komt tot een bevestigende beantwoording daarvan. Het uitgangspunt daarvoor is de volgende maatstaf: 1. wist Ameva of had zij moeten begrijpen dat Van Venrooij door bijzondere omstandigheden (zoals bijvoorbeeld afhankelijkheid of onervarenheid) bewogen werd tot het geven van instemming; 2. heeft zij niettemin de instemming van Van Venrooij bevorderd terwijl hetgeen zij wist of had moeten begrijpen haar daarvan had behoren te weerhouden. Zoals men ziet, een vrij letterlijke aansluiting op art. 3:44 lid 4, inclusief het kromme Nederlands aan het slot.

De rechtbank acht van belang dat een werkgever in het algemeen een overwichtspositie heeft wat betreft de kennis van de formele en juridische aspecten van (het eindigen van) een arbeidsovereenkomst; in het onderhavige geval was dat ook het geval. Verder is er op Van Venrooij een zekere druk uitgegaan doordat hij in het gesprek alleen stond tegenover drie mensen van Ameva die een hogere positie hadden. Het nemen van de beslissing om akkoord te gaan met het voorstel gebeurde in een gesprek waarbij hij in een zeer ongelijkwaardige positie tegenover Ameva verkeerde; hij heeft een voor hem nadelige beslissing genomen die hij bij voor een dergelijke beslissing normaal te achten voorbereiding (waaronder inwinning van deskundig advies) niet zou hebben genomen. Dat de beslissing nadelig was leidt de rechtbank af uit het feit dat de kantonrechter een hogere vergoeding heeft toegekend. Aangezien dit voor een werknemer een belangrijke en ingrijpende beslissing is, had Ameva moeten begrijpen dat Van Venrooij door zijn onervarenheid heeft besloten aanstonds een beslissing te nemen, in de veronderstelling een goede deal te sluiten, in plaats van zich daarover eerst nader te oriënteren, zoals voor de hand gelegen zou hebben. De rechtbank concludeert dat Ameva Van Venrooij ervan had behoren te weerhouden die beslissing meteen te nemen, hetgeen misbruik van omstandigheden oplevert, zodat Van Venrooij zich terecht op de nietigheid van zijn instemmingsuiting beroept. Tenslotte wijst de rechtbank er nog op dat zij in het voordeel van Ameva aangenomen heeft dat deze geen druk op Van Venrooij uitgeoefend heeft en dat er ook geen sprake van geweest is dat Van Venrooij zijn beslissing goeddeels heeft gebaseerd op de onware mededelingen van een medewerker van Ameva met betrekking tot de afloop van diverse ontslagmogelijkheden.

Ameva gaat in cassatie en klaagt dat de rechtbank de figuur van misbruik van omstandigheden verkeerd toegepast heeft. Met name heeft zij nagelaten de 'bijzondere omstandigheden' vast te stellen, onvoldoende onderzocht of Van Venrooij zodanig benadeeld was dat een beroep op misbruik van omstandigheden gerechtvaardigd was, en tenslotte zou de rechtbank onvoldoende duidelijk gemaakt hebben waarom Ameva had moeten begrijpen

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

dat Van Venrooij benadeeld werd en waarom Ameva in redelijkheid niet tot het beëindigen van de arbeidsovereenkomst had kunnen komen. De hoge raad wijst de klacht af, na eerst het vonnis van de rechtbank samengevat te hebben. Ik geef die samenvatting hier weer, gevolgd door de overwegingen van de cassatierechter.

3.3.3 'De Rechtbank heeft in haar rov. 4.10 tot en met 4.12 overwogen, kort samengevat:

- (i) dat Van Venrooij het gesprek onvoorbereid is ingegaan;
- (ii) dat Ameva Van Venrooij niet heeft gewaarschuwd dat een beëindigingsvoorstel zou worden gedaan en dat aan Van Venrooij zou worden gevraagd zich daarover meteen uit te laten;
- (iii) dat Van Venrooij niet een ervaren onderhandelaar was en niet deskundig was met betrekking tot beëindiging van een dienstverband;
- (iv) dat Ameva een overwichtspositie had en een onjuiste mededeling heeft gedaan over de uitkomst van de drie mogelijkheden voor beëindiging;
- (v) dat de ongelijkwaardige positie van partijen ertoe heeft geleid dat Van Venrooij een voor hem nadelige beslissing heeft genomen, die hij bij voor een dergelijke beslissing normaal te achten voorbereiding niet zou hebben genomen.

Ook indien moet worden aangenomen, zoals het onderdeel stelt, dat dergelijke omstandigheden zich in de praktijk vaker voordoen en in zoverre niet "bijzonder" zijn te noemen, staat zulks niet in de weg aan het oordeel dat in dit concrete geval van misbruik van omstandigheden sprake is.

Daargelaten dat art. 3:44 BW niet de eis stelt dat de rechtshandeling tot nadeel heeft geleid, heeft de Rechtbank nadeel aannemelijk geacht blijkens haar overweging dat de in de ontbindingsprocedure toegewezen vergoeding hoger was dan de in de beëindigingsverklaring vermelde vergoeding (rov. 4.12).

Gegeven het grote belang van voortduren van de dienstbetrekking, aldus de Rechtbank, heeft Ameva moeten begrijpen dat het besluit van Van Venrooij om aanstonds te beslissen, het gevolg was van zijn onervarenheid (rov. 4.13).

Tenslotte heeft de Rechtbank, door in rov. 4.14 te overwegen dat niet gezegd kan worden dat Van Venrooij in redelijkheid nooit, ook niet na het inwinnen van deskundig advies, tot een andere beslissing zou zijn gekomen, en dat Ameva hem daarom had behoren te weerhouden van het terstond nemen van de beslissing, kennelijk slechts tot uitdrukking willen brengen dat Ameva moet hebben begrepen dat Van Venrooij niet zou hebben ingestemd met haar voorstel en een gunstiger resultaat had kunnen bereiken wanneer hij tijd had gekregen om zich te beraden en advies in te winnen.

Deze gedachtengang van de Rechtbank geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De aldus aan haar bestreden oordeel ten grondslag gelegde overwegingen zijn ook niet onbegrijpelijk en vormen een toereikende motivering van dat oordeel.

Het onderdeel kan derhalve niet tot cassatie leiden.'

In cassatie was ook nog geklaagd over een ander punt dat ik slechts in het voorbijgaan vermeld. Het verwijt is dat Van Venrooij geen vernietigingsactie ingesteld heeft, maar zich enkel bij verweer op vernietiging beroepen; bovendien zou de rechtbank 'nietigheid' en 'vernietigbaarheid' door elkaar gehaald hebben, een thema dat de student-lezer zal interesseren. Het loopt met een sisser af; de Hoge Raad doet niet moeilijk over de terminologie, terecht aangezien het college zelf ook wel van 'nietigheid' spreekt in het kader van misbruik van omstandigheden.⁴⁴ Het is in hoge mate een semantische kwestie: indien een beroep op vernietiging van een rechthandeling gedaan wordt, een vernietigbare rechtshandeling dus, en dat beroep heeft succes dan zou men toch verwachten dat die rechtshandeling *nietig* is, zij het na *nietigverklaring* door de rechter. Wat was er ook al weer

44. Zie bijv. HR 5 jan. 1996, NJ 1996, 320, *Sietsma - Stingel KG*, ov. 3.3.

§3. MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN

fout met een ‘beroep op de nietigheid van een rechtshandeling’? Men zie de betreffende overweging van de raad (ov. 3.4).

Voor commentaar op dit arrest verwijs ik naar de beschouwingen in de vorige paragraaf. Tot slot nog een opmerking over de toepassing van art. 3:44 in het arbeidsrecht.

In de lagere rechtspraak werd al eerder misbruik van omstandigheden in ontslagsituaties toegepast, in de jaren ‘70 en ‘80, hetgeen echter weinig aandacht getrokken heeft. Bijvoorbeeld een geval van het sluiten van een nieuwe arbeidsovereenkomst na fusie (art. 1639*bb* BW-problematiek), waarbij de werknemer niet in de gaten heeft dat een proeftijd gaat gelden, waarin hij ontslagen wordt.⁴⁵ Al eerder kwam aan de orde dat de Hoge Raad in de reeks ontslag-arresten die enkele decennia beslaat de toestemming van de werknemer tot beëindiging van de overeenkomst (door eenzijdige ontslagname of instemming in de vorm van ‘wederzijds goedvinden’) als uitgangspunt heeft. Ook daar speelt het ‘nadeelsvereiste’ (of de werkgever afgaand op de schijn van toestemming/ontslagname in een ‘ongunstiger toestand’ gekomen is), hetgeen afgezwakt werd door aanvaarding van een onderzoekplicht van de werkgever. Ik verwijs naar de literatuur daarover.⁴⁶ Het laatste arrest in die reeks, *Ritico*, is een casus die sterk lijkt op de Ameva-zaak: mevr. Ritico die plotsklaps bij de baas geroepen wordt, en geconfronteerd met de directeur en twee medewerkers die zwaar op haar inpraten, waardoor zij een brief met vrijwillige instemming met ontslag tekent (nota bene: getekend ‘voor ontvangst’). Ook hier wordt een onderzoekplicht aangenomen voor de werkgever om zich te vergewissen of de werknemer heeft begrepen wat haar gevraagd werd, waarbij ook haar geestelijke toestand en de verdere omstandigheden van het geval van belang zijn. In de Ameva-zaak had de kantonrechter deze weg gevolgd, hetgeen door de rechtbank vernietigd werd, waarop zoals wij zagen de weg van art. 3:44 gevolgd werd. Ik vermeld nog dat de kantonrechter Den Haag in 1984 in een soortgelijk geval misbruik van omstandigheden aangenomen heeft (*Prg.* 1984, nr 2211).

Het *Ameva*-arrest doet de vraag rijzen naar de grens met de figuur van dwang (bedreiging), met name indien men de casus vergelijkt met die van een arrest uit 1992 waarbij een soortgelijk geval met behulp van die laatste rechtsfiguur beslist werd. Het gaat hier om het al eerder genoemde arrest *Van Meurs – Ciba-Geigy*.⁴⁷ Dwang is normaal, zeker in het economisch verkeer, maar er zijn grenzen. Maar waar liggen die? En wanneer moeten wij ons heil zoeken bij lid 2 (bedreiging) van art.44, in plaats van lid 4 (misbruik)?

Het arrest van 1992 heeft betrekking op een ontslagzaak waarbij werknemer Van Meurs voor twee ankers gaat liggen: misbruik van omstandigheden en dwang. De eerste actie loopt stuk omdat de rechtbank van oordeel is dat Van Meurs niet aangevoerd heeft dat zijn werkgever Ciba-Geigy had moeten begrijpen onder welke bijzondere omstandigheden hij handelde, laat staan hem had behoren te weerhouden om te handelen. De actie uit dwang wordt

45. Rb. Den Bosch 17 febr. 1984, *NJ* 1985, 145. Zie verder *Vermogensrecht*, Aantt. 18.3.

46. Zie onder, Hfdst.7, par.3; het laatste arrest in de serie: HR 19 april 1994, *NJ* 1994, 390, *Ritico*, vindt men besproken onder nr 4, in fine.

47. HR 27 maart 1992, *NJ* 1992, 377; AA 1992, p.605, nt Cahen; waarover ook Tjittes, *WPNR* 6090/91 (1993), en diss. p.79 v.

5. PROBLEMEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

verworpen omdat van geen geweld sprake was geweest (*sic!*); Van Meurs werd ook niet tot bewijslevering inzake de gang van zaken toegelaten. De Hoge Raad moet dit merkwaardige vonnis repareren, kan vanwege het feitelijke karakter van de zaak niet meer de kant van misbruik van omstandigheden op, en kiest noodgedwongen voor de figuur van dwang, waarin alles ondergebracht wordt dat bij misbruik van omstandigheden vertrouwde kost is. Een gelegenheidsarrest dus, en ik sta hierbij stil omdat sommige schrijvers, zoals Tjittes, grote betekenis hechten aan het gebruik van dwang op dit gebied; dat lijkt mij teveel van het goede.

De casus was deze, dat Van Meurs verwickeld was in een beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst met Ciba-Geigy; deze werd op grond van art. 7A:1639w BW (thans: art. 7:685 BW) ontbonden door de kantonrechter in 1983, waarbij hij een vergoeding van f 240.000,- kreeg, te betalen in zes jaarlijkse termijnen van f 40.000,-, dus eindigend in 1989. Er wordt nog verder geprocedeerd over afrekening van kostenposten, hetgeen in een dading eindigt eind 1985, waarbij Van Meurs toezeft de procedure in te trekken. In diezelfde tijd verzoekt hij Ciba om betaling ineens van de resterende 4 termijnen, waarmee deze instemt; met aftrek voor renteverlies wordt dat f 150.000,-. Dit bedrag had Van Meurs dringend nodig voor zijn pensioenvoorziening, en Ciba zou dat storten bij Aegon als koopsom voor een periodieke uitkering, hetgeen uiterlijk 31 jan. 1986 moest gebeuren. Er ontstaat vertraging in de uitvoering hiervan vanwege fiscale complicaties, die echter door Aegon met de belastinginspectie op 8 jan. 1986 uit de weg geruimd worden. Diezelfde dag belt Ciba echter Van Meurs op, aangezien zij gehoord heeft dat hij de procedure niet ingetrokken had, maar de kantonrechter verzocht had om Ciba in de kosten te veroordelen, en onderhoudt hem op hoge toon hierover. Indien hij dit niet ongedaan maakt, en bovendien geen algehele finale kwijting geeft, gaat de transactie niet door. Van Meurs voelt zich onder grote druk gezet omdat de pensioenregeling voor hem van levensbelang is, en stuurt Ciba op 11 jan. een brief waarin hij toezeft de proceskosten alsnog te voldoen en zich akkoord verklaart met 'een algehele finale kwijting over en weer' tusschen hem en Ciba. Daarop stort Ciba – naar zij zegt - het bedrag bij Aegon.

In die kwijting zit het venijn: Van Meurs heeft namelijk nog een vordering van bijna zes ton op Ciba, die hij vervolgens instelt in een procedure, waarop Ciba zich op de gegeven kwijting beroept, met het verweer op grond van art. 44 van Van Meurs tot gevolg.

In de actie uit dwang stelt Van Meurs dat door het hoofd personeelszaken van Ciba bedreigd is dat de storting van de koopsom niet door zou gaan indien hij niet voldeed aan de gestelde voorwaarden inzake proceskosten en algehele kwijting, en dat hij door die bedreiging bewogen was om daartoe over te gaan. De Hoge Raad is van oordeel dat deze omstandigheden dwang kunnen opleveren, 'indien de bedreiging van zodanige aard was dat gezien de omstandigheden van het geval een redelijk oordelend mens daardoor kan worden beïnvloed'. Verwijzing volgt teneinde dat vast te stellen, aan de hand van bewijs dat nog geleverd moet worden.

Deze casus zou bij toepassing van lid 4 van art. 44, misbruik van omstandigheden, geen andere resultaat gehad hebben. Immers, tegenover de finale kwijting die Van Meurs op 11 jan. 1986 verleend had stond geen offer van Ciba: op 1 dec. 1985 had Ciba namelijk reeds toegezegd het bedrag te storten – een stelling van Van Meurs waarvan volgens de a-g in cassatie moet worden uitgegaan – hetgeen gerealiseerd was blijkens een brief van 8 jan. 1986 van Aegon aan de belastinginspectie. Volgens vaste jurisprudentie behoefde Ciba niet alle omstandigheden en nadelige gevolgen bij Van Meurs te kennen.

In ieder geval is het goed te weten, bij toepassing van art. 44, dat lid 2, bedreiging, een vangnet vormt indien men bij de feitenrechter door lid 4 gevallen is.

§3. MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN

Nu wij het toch over bedreiging hebben, naar oud recht is de vraag aan de orde gekomen of *bedreiging met geoorloofde middelen* ooit een aktie uit dwang kan opleveren. Indien een middel ongeoorloofd is, bijvoorbeeld de dreiging met een misdrijf tegen een persoon of goed, is de vraag eenvoudig te beantwoorden: dat is ongeoorloofd en is grond voor een aktie uit dwang (bedreiging). Het gebruiken van rechtmatige middelen om iemand zwaar onder druk te zetten is een veel gcompliceerder kwestie; te denken valt aan bijvoorbeeld het dreigen met executie van een vonnis, strafvervolging, werkstaking, een vordering uit wanprestatie, het afsluiten van elektriciteitsvoorziening door de gemeente. Van oudsher is in de rechtspraak bepaald dat het inzetten van dergelijke middelen geoorloofd is, echter uitsluitend wanneer dit gericht is om een prestatie van de bedreigde persoon te verkrijgen waartoe deze reeds gehouden was tegenover degenen die druk op hem uitoefent. Dus geen voordeel waarop men geen aanspraak had. Ik verwijs naar de rechtspraak genoemd in de literatuur.⁴⁸ Wij zagen dat in het *Ciba-Geigy*-arrest dit standpunt eveneens ingenomen werd.

In dit verband zou ik willen benadrukken dat het gaat om voordelen of aanspraken die men tegenover de onder druk gezette partij zou kunnen realiseren. Dat is per definitie niet het geval wanneer degenen die onder druk gezet wordt niet de debiteur van de prestatie is, maar bijvoorbeeld een familielid op wie druk uitgeoefend wordt, om de naam van de familie te redden. Dat is meer het uit het niets scheppen van een borgtocht-achteraf. In de zaak van de *antilliaanse fraude* uit 1974 werd niet aan die voorwaarde voldaan, zonder dat de hoge raad ingegrepen heeft.⁴⁹ De broer van iemand die gelden verduisterd heeft komt met de Caribbean Credit Corporation overeen dat hij, om de familie-eer te redden, de verduisterde gelden zal vergoeden; later beroept hij zich op misbruik van omstandigheden, aangezien de CCC bedreigd had om strafvervolging tegen zijn broer in gang te zetten door aangifte te doen. Volgens de cassatierechter had het hof terecht beslist dat geen sprake was van misbruik van omstandigheden aangezien de CCC niet meer bedongen had dan waarop zij recht had. Uiteraard zullen de omstandigheden hierbij van belang zijn, die voorbehouden zijn aan de feitenrechter.

Daarmee zijn wij aan het eind gekomen van de bespreking van misbruik van omstandigheden en dwang. Tot slot keer ik terug naar de oude dametjes-problematiek, waar het allemaal mee begonnen is. Het onderwerp doet denken aan de witz uit mijn jeugd over de padvinder die thuishoort, waarop zijn vader vraagt: 'En Jan, heb jij vandaag een goede daad gedaan? Zoonlief antwoordt: 'Ja Pa, wij hebben met de patrouille een oude dame helpen oversteken.' Pa vraagt verbaasd: 'Met de hele patrouille? Waarom moest dat met z'n zessen?' Waarop Jan antwoordt: 'Nou, ze wilde niet'.

48. Zie Asser-Hartkamp II, nr 207; *Vermogensrecht*, art. 44 lid 2, Aant. 32 v. (Hijma).

49. HR 31 mei 1974, *NJ* 435, nt GJS, waarover kritisch: Cahen, *Misbruik van omstandigheden*, 1983, p.20.

Hoofdstuk 6.

Problemen bij de uitvoering van overeenkomsten

§ 1. Wanprestatie

1. Inleiding. Kenmerken van wanprestatie; relatie tot uitleg

Als partijen bij overeenkomst een prestatie overeengekomen zijn, waar doorgaans een tegenprestatie tegenover staat, kan het voorkomen dat die prestatie uitblijft of achterblijft bij hetgeen de daartoe gerechtigde partij zich ervan voorgesteld had. Met een oud woord noemt de jurist dat ‘wanprestatie’, en uit die toevoeging *wan* blijkt al het negatieve oordeel dat daarin besloten is, evenals het geval is bij wanklank, wantoestand, wanbeleid, wanorde, et cetera. Meestal vindt een wanprestatie zijn oorzaak in met die termen omschreven omstandigheden, hetgeen de wederpartij van de wanprestant vaak wanhopig maakt. Als hij niet een oplossing zoekt in de sfeer van het recht van de sterkste of het recht van de minste weerstand - daartoe geïnspireerd door resp. een economische machtspositie (‘als je het nu niet snel/beter levert, voor jou een ander!’) of een alternatieve oplossing (‘we halen het zelf wel/repareren het zelf wel’) - is hij aangewezen op het reguliere recht, dat wil zeggen het leerstuk dat als ‘wanprestatie’ bekend staat. Ik laat even daar dat de drempel om je recht te halen zo hoog kan zijn, in verhouding tot de schade, dat men toch liever zijn heil in de eerstgenoemde ‘rechtsstelsels’ zoekt; een drempel die niet alleen financieel is, maar vooral ook psychologisch en bedrijfseconomisch van aard is.¹ Maar als de crediteur zijn heil bij Vrouwe Justitia zoekt, zijn zijn zorgen nog lang niet voorbij: wanprestatie is een uiterst complex onderdeel van het contractenrecht, verbrokkeld, onoverzichtelijk, tot voor kort slecht bedeed met wetenschappelijke beschouwingen van enig niveau.² In dit hoofdstuk wordt getracht om in dit onderwerp wat eenheid aan te brengen en de hoofdlijnen te ontwikkelen.

1. Zie voor rechtssociologisch onderzoek op dit gebied mijn beschrijving in Hfdst. 4, § 1, en voor de rechtseconomie Donald Harris, *Remedies in Contract and Tort*, London, 1988, p. 6 v.

2. Een van de weinige proefschriften op dit gebied was lange tijd het gezaghebbende boek van W. Ruitinga, *Ontbinding van overeenkomsten wegens wanprestatie naar Nederlandsch en Fransch recht*, diss. Amsterdam (UvA) 1936. Pas in 1993 kwam diss. Bakels, en in 1994 diss. Hartlief, zie onder nr 13 (ontbinding). Voor de verdere lit. zie men Pitlo-Bolweg, *Verbintenissenrecht*, 1979, p. 46 v.; Asser-Hartkamp I, 10e dr., 1996, nr 356 v.; Asser-Hartkamp II, nr 463 v. Voor de rechtspraak zie men de losbl. bundel *Contractenrecht VI-B* (Wissink).

De oudere lit. vindt men soms uitvoeriger in de door Rutten bewerkte druk van de Asser-serie bijv. 3e dr., 1967 en 1968; van de 8e druk is de tekst veelal nog van de hand van Rutten, evenals in latere drukken nog het geval is.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

Alvorens daartoe over te gaan, na een schets van de te volgen route gegeven te hebben, eerst nog een kanttekening bij de term 'wanprestatie' naar het nieuwe recht. Die term is door de ontwerpers van het Nieuw BW namelijk in de ban gedaan. Zij zou (een 'term' is volgens mij vrouwelijk) vanwege haar 'huidige onvaste betekenis' niet geschikt zijn voor verder gebruik. Daarvoor in de plaats komen de termen 'niet-nakoming', 'tekortkoming', 'tekortschieten', die het voordeel van een 'neutrale betekenis' hebben; wanprestatie wordt dan 'toerekenbare niet-nakoming'. Hier schiet mijn verstand tekort; ik heb mij daar al eerder vrolijk over gemaakt. De oude term 'overmacht' - de tegenhanger van 'wanprestatie' - wordt naar huidig BW 'niet-toerekenbare tekortkoming'.³ Intussen kan de term 'overmacht', evenals 'wanprestatie', nog steeds gebruikt worden naar geldend recht, hetgeen door de ontwerpers van het nieuwe BW uitdrukkelijk gesteld is. Wat de 'neutrale' term *tekortkoming* betreft zijn er al misverstanden te signaleren (zie nog onder). De terminologie van het nieuwe BW deugt niet; het kost weinig moeite om in te zien dat de vaststelling of in een concreet geval sprake is van 'toerekenbare niet-nakoming' evenzeer het resultaat van rechtsvinding is als de bepaling of 'wanprestatie' in het geding is. Dit is niet anders dan wanneer een 'onrechtmatige daad' in het spel zou zijn: eerst na de vaststelling dat niet aan de vereisten van regels van geschreven en ongeschreven recht voldaan is kan het predikaat 'onrechtmatige daad' verleend worden. Gaat het daarbij om schending van verplichtingen van maatschappelijke zorgvuldigheid in het algemeen, bij niet inachtneming van verplichtingen van 'contractuele zorgvuldigheid' - dat wil zeggen: wanprestatie - is dat niet anders. Pas na uitleg van de overeenkomst - hieronder zullen wij daar nader op ingaan - kan men tot de vaststelling komen of er sprake is van wanprestatie in het gegeven geval. De 'huidige onvaste betekenis' van het begrip wanprestatie geldt slechts voor juristen die dit uitgangspunt niet voor ogen hebben, en vermoedelijk ook slechts een wazig beeld hebben van wat normatieve uitleg in de 'huidige betekenis' voorstelt (de uitleg wordt in het BW in het geheel niet geregeld, en is daarmee de laatste decennia aan de hoge raad overgelaten⁴).

Indien men denkt dat wij afdwalen, ook al is het naar aanleiding van een onderwerp dat al een halve eeuw aktueel is, dan is dat schijn. In het voorbijgaan zijn immers een aantal belangrijke eigenschappen van de figuur van wanprestatie aan de orde gekomen. Algemeen wordt aangenomen dat wanprestatie een species van het genus onrechtmatige daad is.⁵ Dat is niet alleen van dogmatisch belang; op allerlei onderdelen lopen deze figuren parallel en rechtvaardigen een simultane behandeling. Dit geldt in het bijzonder de onderwerpen causaliteit en schadevergoeding, waarover vrij grote overeenstem-

3. Zie A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, 4e dr. 1990, nrs 20, 257; G.J.P. de Vries, *Recht op nakoming en schadevergoeding excepties en ontbinding volgens NBW en BW, Studiepocket Privaatrecht*, 1984, p. 4 v. G.J. Wiarda spreekt van wanprestatie als neutrale term, zonder dat van verwijtbaarheid sprake hoeft te zijn, vgl. *WPNR* 1970, *Verspreide Geschr.*, p. 153.

Voor mijn kritiek hierop o.m. *Advoc. blad* 1987, p. 125, tekst bij nt 46 (ook in mijn *Dialektiek van rechtsvinding en rechtsvorming*, Deel 1c, 1988, p. 52).

4. Zie Hfdst. 2, § 2, nrs 10; 16 v..

5. Pitlo-Bolweg, p. 47.

§1. WANPRESTATIE

ming bestaat in de literatuur.⁶ Er zijn nog meer verwante terreinen, die ten dele hieronder onderzocht zullen worden, zoals de grondslag voor aansprakelijkheid, met name het risikobeginsel, meerpartijen/meerdaderschap, hoofdelijkheid, en dergelijke. In de mikro-sfeer zijn veel punten van overeenstemming, zoals onderzoeks-, mededelings- of waarschuwingsplichten, eigen schuld, risico-aanvaarding, en dergelijke. Dat hoeft niet te verwonderen, 'goede trouw' en 'maatschappelijke zorgvuldigheid' zijn nu eenmaal broer en zus, een inzicht dat Eggens al in de jaren twintig verkondigde.⁷ Het is naar mijn mening een vruchtbaar uitgangspunt om dit gegeven bij de behandeling van de wanprestatie in het oog te houden.

Een tweede karaktertrek van de figuur van wanprestatie die boven al terloops genoemd werd, is de nauwe relatie tot de uitleg van de overeenkomst in kwestie. Men dient eerst te bepalen wat de vereiste prestatie inhoudt, alvorens men kan beslissen of deze niet of onvoldoende verricht is, hetgeen wanprestatie oplevert. Een schrijver als Suijling, niet toevallig een fervent aanhanger van normatieve uitleg, stelt dat (al in 1934) heel duidelijk voorop: onder prestatie verstaat hij een zeker resultaat dat de debiteur gehouden is in het leven te roepen (en niet een aktieve of passieve handeling). 'Of een zeker resultaat als *prestatie*, d.i. als in rechte rechtstreeks afdwingbaar gevolg, toegezegd is, hangt van de inhoud der overeenkomst en de daarop toepasselijke bepalingen af. Waar twijfel bestaat, in hoeverre de schuldenaar tot nakoming kan worden veroordeeld, zal interpretatie uitkomst moeten geven'.⁸

Indien nu de uitkomst van de uitleg van de overeenkomst is dat bijvoorbeeld de geleverde prestatie niet conform de overeengekomen prestatie is, dan staat daarmee nog niet vast dat van wanprestatie sprake is, met alle gevolgen van dien, bovenal de verplichting tot schadevergoeding (art. 6:74 BW). De debiteur zou zich immers nog op overmacht kunnen beroepen, op 'een vreemde oorzaak die hem niet kan worden toegerekend' zoals het oude BW dat in art. 1280 nog uiterst bij de tijd zei, en wel 'indien daartoe gronden bestaan' (vgl. art. 6:75 BW). Ook de overmacht is een uitleg-vraagstuk, normatieve uitleg, wel te verstaan, met de standaard van de goede trouw in top. Vrij vertaald gaat het er hier om, vast te stellen of de vreemde oorzaak wel in de risikosfeer van de debiteur lag; zoals J.F. Houwing het al in 1904 formuleerde, de vraag is of de debiteur 'alles gedaan heeft, waartoe hij naar de opvatting van het verkeer en de redelijke zin der overeenkomst gehouden was'. Overmacht begint dus pas waar de *toerekening* ophoudt. Hoewel dit onderwerp nog uitvoerig in een volgende paragraaf aan de orde komt, sta ik er hier al bij stil, omdat het zijn schaduw vooruit werpt.⁹ Het bovenstaande is namelijk algemeen gangbaar bij aanhangers van de normatieve methode van uitleg, het overgrote deel der schrijvers vroeger en nu; dat geldt echter niet voor de minderheid die uitleg als historisch-psychologisch proces ziet, zoals Ph.A.N. Houwing (de zoon van J.F. Houwing). Voor hem geldt dat ook bij overmacht sprake van wanprestatie is, zij het dat de

6. Men zie de in nt 2 genoemde lit. De ontwerpers van het NBW hebben, hierop inhakend, een gemeenschappelijke regeling voor de schadevergoeding gemaakt, inclusief de causaliteit, afd. 6.1.9.

7. J. Eggens, *Verz. Priv. Opstellen* 1, 1958, p. 6; vgl. ook Deel 2, 1959, p. 243.

8. J.Ph. Suijling, *Inleiding burgerlijk recht*, 2e-1, 2e dr. 1934, nr 140 v., p. 249.

9. Zie onder § 3, nr 1. Vgl. ook al mijn beschouwing in *Suppl.* 1987, p. 89 v.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

wet de schadevergoedingsplicht opgeheven heeft (deze gedacht is door de ontwerpers NBW overgenomen). Ik volsta op deze plaats met deze constatering, onder verwijzing naar het eerder betoogde en hetgeen nog volgt. Voor de systematiek van behandeling is het vermelde inzicht van groot gewicht: wanprestatie en overmacht zijn keerzijden van eenzelfde medaille, met de goede trouw op de rand gegraveerd, die het uitlegproces waaraan beide zijden onderworpen zijn, beheerst. Toerekening boppe.

Terug naar de wanprestatie. Hier volgt de reisroute van deze paragraaf. Allereerst komen de *formele vereisten* voor wanprestatie aan bod (*a*); soms moet namelijk eerst een rechtshandeling verricht worden, als voorwaarde voor het ontstaan van wanprestatie, de ingebrekestelling of sommatie. De *materiële vereisten* (*b*) betreffen het proces van uitleg dat kan leiden tot de qualificatie 'wanprestatie'. Hierbij komt ook het onderscheid tussen inspannings- en resultaatverbintenissen aan de orde (met het accent op orde, er is nogal wat wanorde op dit gebied). De *gevolgen van wanprestatie* (*c*) ronden deze paragraaf af; figuren als de *exceptio non adimpleti contractus* passeren hierbij de revue.

A. FORMELE VEREISTEN VOOR WANPRESTATIE

2. *De ingebrekestelling. Wanneer vereist?*

Alvorens van wanprestatie gesproken kan worden is in een aantal gevallen vereist dat de crediteur een rechtshandeling verricht die als ingebrekestelling of sommatie bekend staat. Die benaming geeft al aan dat de debiteur daarbij ingescherp wordt dat hij in gebreke is bij de nakoming van de op hem rustende verbintenis en dat hij gesommeerd wordt om die verbintenis alsnog te vervullen. In een oud arrest heeft de hoge raad vastgesteld dat de ingebrekestelling een voorwaarde is voor het ontstaan van wanprestatie; zij is constituerend, en niet constaterend (declaratoor) van aard (HR 29 jan. 1915 *NJ* 485, *Bodewes*). De praktische betekenis hiervan is dat de crediteur al een ingebrekestelling kan doen uitgaan voordat de vordering opeisbaar is. Over de vorm van de ingebrekestelling dadelijk meer, voorlopig houden wij het erop dat het een mededeling is waarbij de debiteur een termijn gesteld wordt waarop de prestatie op deugdelijke wijze verricht moet zijn.

Is nu altijd een ingebrekestelling vereist om tot de vaststelling van wanprestatie te kunnen komen? Het antwoord hierop is eenvoudigweg neen; het is veel moeilijker om aan te geven wanneer zo'n handeling niet nodig is (vgl. art. 6:83 BW). Daarbij komt dat in het huidige wetboek op een aantal punten afgeweken wordt van het oud BW en de rechtspraak van de hoge raad op dat gebied; dat laatste blijkt, zoals wij zullen zien, bij sommige kwesties toch nog mee te vallen. Intussen zijn er veel onduidelijkheden in het nieuwe recht, waarbij het nog (steeds) de vraag is hoe deze verschillen met het oude recht in de praktijk opgelost gaan worden. Het gebruik van het begrip 'tekortkoming' in de rechtspraak heeft al tot verwarring geleid (zie nog onder). Juist vanwege de onzekerheid van de rechtsontwikkeling op dit gebied is ervoor gekozen om ook het oude recht weer te geven, naast het nieuwe stelsel. Over deze problematiek is van oudsher zeer veel geprocedeerd, hetgeen vele bladzijden in de handboeken vult.

§1. WANPRESTATIE

Daarbij wordt doorgaans als uitgangspunt genomen dat het niet presteren drie gevallen kan betreffen:

1. niet tijdig nakomen (te laat);
2. niet behoorlijk nakomen (slecht werk);
3. in het geheel niet nakomen (onmogelijkheid/weigering).

De crediteur kan gevolgen aan de wanprestatie verbinden; hij kan namelijk eisen:

1. nakoming;
2. schadevergoeding;
3. ontbinding.

(of een combinatie van 1 + 2, 2+ 3)

De ontwerpers van het nieuwe BW hadden een probleem met het onderscheid tussen niet tijdig nakomen en niet nakomen; indien men op de vervaldag niet presteert, is dan sprake van het eerste of van het tweede? Ook het onderscheid tussen niet tijdig nakomen en niet behoorlijk nakomen baarde zorgen: wat is nu het geval indien op de gestelde termijn slecht of half werk geleverd is? Men meende uit deze (naar mijn mening louter semantische) problemen te komen door het begrip *blijvend onmogelijk* (A) te introduceren (ontleend aan het Duitse BW van 1900, overigens, vgl. nog onder), als tegenhanger van de situatie waar *nakoming nog mogelijk is* (B). In geval A ontstaat het recht op schadevergoeding *terstond*, de primaire verbintenis tot nakoming wordt omgezet in een tot vervangende schadevergoeding. In geval B, daarentegen, ontstaat het recht op schadevergoeding pas wanneer de debiteur *in verzuim* is gekomen, hetgeen in de regel door ingebrekestelling gebeurt. Het intreden van verzuim is van belang voor een aantal zaken dat de crediteur betreft: allereerst geeft het verzuim van de debiteur de crediteur recht op vergoeding van *vertragingsschade*, de zogenaamde *wettelijke rente* (art. 6:119). Voor *vervangende schadevergoeding* geldt echter nog het vereiste dat de crediteur een zogenaamde omzettingsverklaring heeft uitgebracht (art. 6:87). Ook de bevoegdheid tot *ontbinding* ontstaat door het verzuim (art. 6:265).

In dit stelsel is dus het ontstaan van blijvende onmogelijkheid van groot belang. Wanneer is daarvan sprake? Ter indicatie de volgende gevallen:

- a. de prestatie had alleen zin binnen de gestelde termijn (archetype: trouwjurk, concert);
- b. het schenden van een verbintenis om niet te doen (kan immers niet meer ongedaan gemaakt worden);
- c. blijvende (onherstelbare) tekortkoming in prestatie, die afgewezen is door de crediteur (archetype: fout gebouwd pand, slechts afbraak en nieuwbouw zou een oplossing zijn, vgl. *Farmex*-arrest (1981));
- d. er is door de onbehoorlijke prestatie schade toegebracht aan zaken van de crediteur, zogenaamde 'positieve wanprestatie' of 'gevolgsschade' (archetype: ziekte van geleverde koe tast overige veestapel aan).

In deze gevallen van blijvende onmogelijkheid is dus geen ingebrekestelling vereist.

Dan zijn er de gevallen waarin behoorlijke nakoming nog mogelijk is; wanneer is dan ingebrekestelling vereist? Naar huidig recht is - in tegenstelling

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

tot het oude recht - ingebrekestelling regel, met de volgende uitzonderingen. Geen ingebrekestelling is volgens art. 6:83 vereist in geval van:

1. het verstrijken van een bepaalde termijn, tenzij blijkt dat de termijn niet die strekking had;
2. een verbintenis die uit onrechtmatige daad ontstaan is;
3. een verbintenis tot schadevergoeding wegens 'positieve wanprestatie' (zie sub *d*);
4. de kennisgeving van de debiteur dat hij niet zal nakomen, indien dit uit een *mededeling* blijkt: indien geen sprake van een mededeling is maar de weigering die uit de *houding* van de debiteur blijkt is een vereenvoudigde ingebrekestelling voldoende, zonder termijnstelling (zie art. 6:82 lid 2).

Aldus een overzicht van het huidige wettelijk stelsel dat hieronder nog uitgewerkt gaat worden. Alvorens dat te doen eerst een kort overzicht van het systeem van het oude BW; veel rechtspraak van de hoge raad onder het oude BW is nog steeds van belang voor de toepassing van het huidige BW, terwijl die ook voor de uitleg van de artt. 81 v. betekenis heeft. Last not least, veel praktijkjuristen zijn nog steeds niet in denken en doen op het nieuwe systeem overgeschakeld, dat zoals wij zullen zien, berucht is om zijn gecompliceerdheid. Zo kom ik ruim tien jaar na invoering van het nieuwe BW in arbitrages nog steeds advocaten tegen die geen kennis hebben van de nieuwe regeling van wettelijke rente, die niet langer ingaat na ingebrekestelling, zoals onder het oude recht, maar direct bij verzuim (bijvoorbeeld doordat de termijn van betaling verstreken is). En dat is nog wel een vrij eenvoudige, overzichtelijke regel uit het nieuwe recht, waarvan bovendien het belang voor de praktijk zonneklaar is ... Als men een paar ton te vorderen heeft, gaat het al vrij gauw over *real money*.

Onder het oude recht was de situatie als volgt. Indien wij uitgaan van de genoemde trits: 1. niet tijdig-, 2. niet behoorlijk -, 3. in het geheel niet nakomen, was men het over de laatste categorie eens dat in zo'n situatie geen ingebrekestelling vereist is. De eerste categorie komt overeen met de laatste indien een duidelijke, harde termijn voor de prestatie gesteld is, de zgn. 'fatale termijn' (hetgeen doet denken aan *deadline*); in zo'n geval is met het verstrijken van die termijn de schuldenaar in gebreke. Te laat presteren staat hier dus gelijk met niet-presteren. Indien geen sprake is van een dergelijke termijn die gesteld werd - details volgen nog - dan was in de algemeen aanvaarde opvatting een ingebrekestelling vereist. Over de middelste categorie waren de meningen verdeeld, onder omstandigheden kon een ingebrekestelling noodzakelijk zijn.

Ten aanzien van de gevolgen van wanprestatie, de trits: 1. nakoming, 2. schadevergoeding, 3. ontbinding, gold onder het oude recht dat de crediteur in het eerste geval geen ingebrekestelling hoefde uit te brengen, aldus HR 15 mei 1964 *NJ* 414, *Dias Martins*. Niettemin deed de crediteur er in de praktijk verstandig aan om voor de zekerheid de debiteur in gebreke te stellen; hij loopt een procesrisiko, namelijk dat zijn wederpartij voor de rechter verklaart dat hij, als hij er maar even aan herinnerd was, bereid was om zijn verplichting na te komen. Als hij de rechter daarmee overtuigt, zijn de proceskosten voor de nodeloos procederende crediteur.

§1. WANPRESTATIE

3. De ingebrekestelling bij niet-tijdige nakoming

Laten wij de gevallen van mogelijke wanprestatie eens nader bezien, wat betreft de vraag of ingebrekestelling rechtens vereist is. Allereerst de figuur 1, *niet tijdig nakomen*. Voor het oude recht was toonaangevend (ook hier) een arrest uit 1915, waarvan de strekking boven dit onderdeel uitstijgt (HR 30 april 1915 *NJ* 915, *Augustinus - Keizer*). Slechts aan de hand van *uitleg* van de overeenkomst kan bepaald worden welk karakter een gestelde termijn heeft. Het hof had de termijn om een huis op 1 mei op te leveren als fatale termijn aangemerkt, waardoor een sommatie ‘doelloos’ was; de raad volgde dat oordeel en achtte de ingebrekestelling ‘overbodig’, daarbij de uitlegvraag aan het hof overlatend.

Al sinds de romeinse tijd kan het noemen van een termijn in de overeenkomst van partijen problemen oproepen: was dat een streefdatum (‘het hoeft in ieder geval niet voor 1 mei’), of een scherpe tijdstelling (‘1 mei, anders hoeft het niet meer’)? Met het adagium *dies interpellat pro homine* nam men het laatste standpunt in, waardoor een sommatie overbodig was.¹⁰ Het is, zoals gezegd, een kwestie van uitleg, en naar inzichten uit onze tijd is dit normatieve uitleg; niet enkel de tekst geldt, evenzeer de redelijkheid en de omstandigheden van het geval. Het oude BW biedt niet direkt uitkomst; in art. 1274 *oud* worden slechts beide mogelijkheden genoemd:

art. 1274. ‘De schuldenaar wordt in gebreke gesteld, hetzij door een bevel of andere soortgelijke akte, hetzij uit kracht der verbintenis zelve, wanneer deze medebrengt dat de schuldenaar in gebreke zal zijn, door het enkel verloop van de bepaalde termijn’.

In het oude recht is de vuistregel dat indien een termijn door partijen overeengekomen is, ingebrekestelling vereist is, tenzij sprake is van een fatale termijn. Dat laatste kan uitdrukkelijk overeengekomen zijn of afgeleid worden uit de aard van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval. Pitlo geeft het voorbeeld dat indien er een boete aan de termijn verbonden is daaruit opgemaakt mag worden dat de termijn door partijen als een fatale bedoeld is.¹¹ Wat de aard van het contract betreft valt te wijzen op de gebruiken in de betrokken tak van handel; in de internationale handel in ‘commodities’ (handelskoop) is de termijn steevast van essentieel belang, of zoals de term luidt: ‘time is of the essence’. Ook daar kan dit uitdrukkelijk of stilzwijgend het geval zijn. Soms gaat het belang van de aard van de overeenkomst in die van de omstandigheden over; het klassieke voorbeeld is hier de levering van een trouwjurk, die vroeger veelal één keer gedragen werd, wit trouwens (het engelse recht kent een standaardarrest over het stomen van een trouwjurk, dat mis gaat, hetgeen mij altijd geïntrigeerd heeft). Desgewenst kan men ook denken aan het optreden van een groot musicus op een bepaalde datum, Alfred Brendel of Rod Stewart¹²; als deze zich in de dag vergist of op het verkeerde vliegtuig stapt, is het manco niet meer ongedaan te maken, althans niet dat seizoen.

Uit dit alles blijkt, dat een contractueel bedongen termijn eerst uitgelegd moet worden, dat wil zeggen niet grammatikaal (‘wat zou 1 mei betekenen?’),

10. Vgl. o.m. Asser-Hartkamp I, nr 367.

11. Pitlo-Bolweg, p. 53 v. Vgl. voor variaties op dit thema *Contractenrecht* VI, nr 684 v. Voor het zgn. ‘Fixgeschäft’, zie Suijling, nr 288.

12. Doorhalen wat niet verlangd wordt.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

maar in het licht van de redelijke verwachting van partijen. Juist omdat dit vaak niet aanstonds duidelijk is - 'woorden zijn nooit duidelijk' (op zich) - volgde men naar het oude recht de veiligste weg door vooralsnog *niet* van een fatale termijn uit te gaan, als er een termijn in het contract genoemd is. Naar huidig BW daarentegen, gaat men van het tegengestelde standpunt uit, en keert daarmee terug tot het *dies interpellat pro homine*. Dat wil zeggen, in beginsel, het vermoeden wijkt voor tegenbewijs:

art. 6:83 sub a. 'Het verzuim treedt zonder ingebrekestelling in: a. wanneer een voor de voldoening bepaalde termijn verstrijkt zonder dat de verbintenis is nagekomen, tenzij blijkt dat de termijn een andere strekking heeft'.

De bezwaren die men hiertegen kan hebben zijn dezelfde die tegen de constructie van 'de beperkende werking van de goede trouw' gelden, versus normatieve uitleg van een contractueel recht of bevoegdheid. Een gradueel verschil indien men zich door de redelijkheid en de omstandigheden van het geval laat leiden, een levensgroot verschil indien men grammatikaal uitlegt of snel en slordig tot een beslissing komt. Ik verwijs naar de beschouwingen van Schoordijk op dit punt, van normatieve huize.¹³ Als men één stap terug neemt en de maatschappelijke effecten erbij betreft, dringt de gedachte zich op dat contracten veelal door crediteurs met een maatschappelijk gerieflijke positie opgesteld plegen te worden. Nu kan men met de *contra proferentem*-regel en *Ram - Matser* (1977) in de hand wel daar tegenin gaan, maar het is toch een 'up-hill fight'. Men moet de weg naar de rechtbank inslaan (het gebruikersvriendelijke kantongerecht van op-de-hoek wil men opdoeken) om zijn recht te halen. Ja, ja.

Ik ben niet de enige die zo zijn bedenkingen tegen deze zegening van het nieuwe recht heeft. Ik verkeer in het goede gezelschap van de minister *himself*, die immers opmerkte dat 'de ondergetekende het onderhavige stelsel slechts heeft aanvaard in het vertrouwen dat de rechter niet zal schromen gebruik te maken van de hem in de wet geboden middelen om het, waar zulks nodig mocht blijken, te corrigeren'.¹⁴ In het stelsel van het huidig BW zijn de gevolgen nog bezwaarlijker voor de debiteur dan onder het oude recht: het automatisch in verzuim komen van de debiteur leidt tot zijn schadeplichtigheid, de overgang van het risico en de mogelijkheid van het rauwelijks 'omzetten' en ontbinden van de overeenkomst door de schuldeiser. Ook hierbij blijft het de vraag of de schuldenaar wel de rechter te zien krijgt, waarmee de correctie academisch is, in het gros van de gevallen. In enkele gevallen heeft de wetgever die bescherming al eerder ter hand genomen, zoals bij de koop op afbetaling en de huurkoop, waar uitdrukkelijk een ingebrekestelling voorgeschreven is (artt. 1576a j°. *d* en *g*).

13. H.C.F. Schoordijk, *Alg. gedeelte verbintenissenrecht NBW*, 1979, p. 21 v.; 182 v.

14. *Parl.Gesch.Boek 6*, p. 255, ontleend aan Asser-Hartkamp I, nr 267, in fine. In het franse recht heeft men overigens de regel van *dies interpellat pro homine* verlaten, vanuit een oogpunt van debiteursbescherming, vgl. Weill-Terré, *Droit civil, Les obligations*, 4e dr. 1986, nr 418.

§1. WANPRESTATIE

4. *De inhoud van de ingebrekestelling. Vormvereisten*

Dan nu enkele opmerkingen over de *inhoud* van de ingebrekestelling. Ook op dit terrein heeft de hoge raad in oude arresten de bakens uitgezet, hetgeen aan de hand van de moderne jurisprudentie op verwante rechtsgebieden aangevuld kan worden.¹⁵ Onlangs heeft de hoge raad een heldere omschrijving gegeven van hetgeen onder een ingebrekestelling verstaan moet worden; de raad overwoog:

‘dat een ingebrekestelling niet de functie heeft om "het verzuim vast te stellen", doch om de schuldenaar nog een laatste termijn voor nakoming te geven en aldus nader te bepalen tot welk tijdstip nakoming nog mogelijk is zonder dat van een tekortkoming sprake is, bij gebreke van welke nakoming de schuldenaar vanaf dat tijdstip in verzuim is’.¹⁶

Uit het arrest blijkt ook dat er eisen gesteld worden aan de crediteur wat de *stelplicht* met betrekking tot de ingebrekestelling betreft; hij mag niet volstaan met te stellen dat hij aangedrongen heeft op nakoming; hij moet aangeven op welke prestaties dat betrekking had, wat hij voor uitvoering wenste en op welke termijn, en dat hij de debiteur daarbij aansprakelijk heeft gesteld indien deze niet op zijn aandrang zou ingaan.

De uitspraak is ook interessant vanwege de wijze waarop de hoge raad hier het begrip *tekortkoming* gebruikt: wanneer nog nagekomen kan worden binnen de bij ingebrekestelling gestelde (laatste) termijn, kan dat ‘zonder dat van tekortkoming sprake is’, pas daarna raakt de debiteur in verzuim. Wij zien hier het woord ‘tekortkoming’ gebruikt worden alsof hier naar oud recht ‘wanprestatie’ stond; dat is de opvatting van Valk, t.a.p., die meent dat de hoge raad hier stelling genomen heeft in een discussie in de doctrine naar aanleiding van het neutrale karakter van de term. Volgens Valk zou het standpunt verworpen zijn dat ieder ten achterblijven bij de verbintenis een tekortkoming betekent. Deze observatie is echter onjuist: bij Hartkamp komt men de zinsnede die de hoge raad gebruikte letterlijk tegen, terwijl hij toch het standpunt van de ontwerpers van het NBW vertolkt.¹⁷ Daarmee wordt nog eens aangetoond dat het begrip ‘tekortkoning’ zo ruim is dat alles eronder valt (anders dan men op het eerste gezicht zou verwachten), en bovendien dat zelfs doorwinterde (N)BW-watchers als Valk de mist in kunnen gaan ten aanzien van de terminologie van het nieuwe wetboek. Dan hebben wij het nog niet eens over het onderscheid tussen ‘tekortkoming’ en ‘niet nakomen’; die termen mogen als synoniem gebruikt worden, stelt Hartkamp in het verlengde van de Parlementaire Geschiedenis, indien ‘dat geen misverstand kan wekken’ (nr 308). Maar eigenlijk is niet nakomen ‘ruimer’, het omvat bijvoorbeeld ook ‘het niet presteren voordat de vordering opeisbaar is’; zie verder (voor de nog steeds geïnteresseerde lezer), t.a.p.

De sommatie moet dus duidelijk aangeven wat van de debiteur verlangd wordt, het is immers een aanzegging om te presteren. Dit alles binnen het redelijke, een goed verstaander heeft aan een half woord voldoende. Indien meer dan het verschuldigde gevraagd wordt, neemt men tegenwoordig aan dat *conver-*

15. Vgl. Pitlo-Bolweg, p. 55 v.; Asser-Hartkamp I, nrs 360-366.

16. HR 20 sept. 1996, NJ, 748, *Büchner - Wies*. Vgl. ook Valk, *Nieuwsbrief BW* 1996, p. 118.

17. Zie Asser-Hartkamp I, nr 308.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

sie toegepast kan worden, met als gevolg dat de ingebrekestelling geldig is voor het mindere, dat werkelijk verschuldigd is.

De vraag naar de omvang van de te stellen termijn voor nakoming, een essentiale van de sommatie, heeft tot veel procedures aanleiding gegeven. Ook hier geldt weer het richtsnoer van de redelijkheid, zowel ten aanzien van de vraag *of* men een termijn kan stellen als die naar de *omvang* van de termijn. Wat het eerste betreft, soms brengt de aard van de prestatie mee, als bijvoorbeeld afhankelijk van weersinvloeden of inspiratie, dat het stellen van een harde termijn niet redelijk, want niet uitvoerbaar is (denk aan resp. het schilderen van een huis of het schrijven van een filmscenario). Als gevolg hanteert men termen als ‘zo spoedig mogelijk’, ‘met bekwame spoed’, die in een andere situatie de sommatie juist ongeldig maken.

De omvang van de termijn moet redelijk zijn. Daar valt wel wat meer over te zeggen dan dat (de grote angst van tegenstanders van de hegemonie van de goede trouw is dat dit niet het geval is, aangezien het begrip nietszeggend en onbegrensd is, c.q. een open deur). Het spectrum loopt van *stante pede* tot een zo lange termijn, dat de vraag rijst of ook de debiteur die nog in het geheel niet aan zijn prestatie begonnen was aan zijn trekken dient te komen. Dat laatste wordt algemeen verworpen, als niet conform het redelijke belang van de schuldeiser. Men dient de debiteur slechts een redelijke termijn te gunnen om zijn prestatie af te maken, hetgeen natuurlijk van de aard van de prestatie en de omstandigheden zal afhangen. Wat indien, bij redelijke beoordeling, die termijn te kort is, is daarmee de sommatie nietig?

Ook op dit punt wordt door de schrijvers, zoals Pitlo en Rutten, conversie aan de hand gedaan, waardoor de termijn tot een geldige, redelijke termijn teruggebracht wordt. De schuldenaar die op een sommatie met een te korte termijn niet reageert kan zich derhalve niet op de nietigheid daarvan beroepen, en is na het verstrijken van een redelijke (geconverteerde) termijn in verzuim.

Er zijn nog vele details die enkel de praktijkman zullen interesseren, waarvoor ik naar de genoemde literatuur verwijs. De schuldeiser hoeft bijvoorbeeld bij de ingebrekestelling geen kwijting aan te bieden, en hij hoeft zijnerzijds zijn prestatie niet reeds voldaan te hebben.

Een aantal problemen rond wel of niet vereist zijn van ingebrekestelling vindt zijn oplossing vanuit de uitleg-optiek. Indien bijvoorbeeld de debiteur erkend heeft - hetgeen uitdrukkelijk of stilzwijgend kan gebeuren - dat hij in gebreke is, wordt daarmee de sommatie overbodig. De strekking van die handeling was immers de debiteur duidelijk te maken dat hij nalatig is bij het voldoen van de verbintenis. De hoge raad nam in 1921 dit standpunt in, met gebruikmaking van de figuur van rechtsverwerking: door zijn erkenning heeft de debiteur het recht verwerkt om zich op een ingebrekestelling te beroepen (HR 30 jan. 1921 *NJ* 363, *Zwanenberg's Slachterijen*). In een meer recent geval had men zijn voordeel met deze wetenschap kunnen doen.

Voor een goed begrip van die casus dient eerst aandacht gegeven te worden aan de eisen die aan de vorm van de sommatie gesteld worden. Art. 1274 oud BW spreekt van een ‘bevel of andere soortgelijke akte’. Algemeen wordt aangenomen dat hieronder verstaan moet worden, resp. een deurwaardersexploot of een schriftelijke verklaring.¹⁸ De laatste moet, om als sommatie te kunnen

18. Asser-Hartkamp I, nr 361.

§1. WANPRESTATIE

gelden, een duidelijk sommeren inhouden om tegen de aangegeven termijn na te komen. Een vriendelijke aansporing is dus onvoldoende (HR 8 jan. 1925 *NJ* 300, *Serphos*). In dat geval werden in een telegram en twee brieven om over te gaan tot accredietstelling bij een bank slechts een aanmaning gezien, en geen sommatie (curieus is hier dat de crediteur er belang bij had dat deze geschriften geen ingebrekestelling inhielden, vanwege een intussen ingetreden prijsdaling die haar invloed had op de hoogte van de verschuldigde schadevergoeding).

Een ingebrekestelling is derhalve naar gangbare opvatting een schriftelijke mededeling van dringende aard. Een afwijkend standpunt wordt door Pitlo ingenomen, die verdedigd heeft dat ook een mondelinge mededeling als sommatie dienst kan doen, daarbij aanhakend aan het 'bevel' van de wetgever, en het feit dat een deurwaardersexploot een mondelinge boodschap is waarvan een afschrift bij de betekende achtergelaten wordt.¹⁹ In deze zin ook Van Brakel, Royer en enkele arbitrale uitspraken.²⁰ Ik zou mij bij deze opvatting willen aansluiten; ik zie geen principiële reden om een mondelinge verklaring achter te stellen bij een schriftelijke, het formalistische tijdperk ligt toch al achter ons, zelfs in het procesrecht met zijn *fair play* beginsel. In het interne procesrecht van partijen behoort dat mijns inziens niet anders te zijn. Het bewijsrecht biedt hierbij voldoende waarborgen voor een ordelijk rechtsverkeer: vanwege zijn bewijspositie doet de crediteur er immers verstandig aan zijn sommatie-verklaring schriftelijk vast te leggen, liefst zelfs bij aangetekend schrijven.

De gangbare opvatting is gebaseerd op arresten van de hoge raad uit de jaren '20; de vraag is hoe de hoogste rechter er tegenwoordig over denkt. Naar mijn mening is hij in 1981 omgegaan, door te spreken van de ingebrekestelling als '*in beginsel* een schriftelijke aanmaning' (mijn curs.), HR 22 mei 1981 *NJ* 1982, 59 nt CJHB, *Farmex* (waarover onder nog meer). Het is geen toeval dat Royer deel uitmaakte van de kamer die dit arrest wees. In dezelfde lijn ligt een arrest van 1983, waarin de onderhavige vraag ten principale aan de orde komt, HR 28 okt. 1983 *NJ* 1984, 232, nt G, *Vos - Den Hartigh*.

Het betreft een koopovereenkomst waarbij partijen elkaar over en weer van wanprestatie beschuldigen en ontbinding vorderen met een beroep op een boeteclausule à raison van f 39.000, met rente. Den Hartigh heeft succes met zijn reconventionele vordering, maar de vraag is of hij Vos op 14 juli 1978 wel rechtsgeldig in gebreke gesteld heeft. De gang van zaken was deze, dat hij op die 14e juli ten overstaan van een notaris, in bijzijn van Vos, een akte heeft opgemaakt waarin hij heeft verklaard dat Vos niet aan zijn contractuele verplichting tot levering van een bouwbestek c.a. heeft voldaan die op die dag zou geschieden, dat hij Vos mitsdien in gebreke stelt en de koop ontbonden acht als de levering niet op 29 juli 1978 plaats heeft. Deze akte is voorgelezen in het bijzijn van Vos, waarop deze een akte opgemaakt heeft bij dezelfde notaris, op die zelfde dag, waarin hij onder meer heeft verklaard dat de koper Den Hartigh hem (Vos) heeft medegedeeld dat hij niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de levering van het bouwbestek c.a. Vos betwist later dat hiermee voldaan is aan het vereiste van art. 1274 oud BW: de akte is eenzijdig door Den Hartigh opgemaakt en - strikt formeel - alleen aan hem, Den Hartigh, voorgelezen.

Het Hof Arnhem ziet hierin geen bezwaren: de ingebrekestelling is geschied door een aan de schuldenaar gerichte verklaring, die is vastgelegd bij een aan hem ter kennis gebrachte akte.

19. Pitlo-Bolweg, p. 54 v.

20. Van Brakel, *Verbintenissenrecht I*, 3e dr. p. 58 v.; S. Royer *RmTh* 1969, p. 62. Zie voor de arbitrale rechtspraak *Contractenrecht VI*, nr 655.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

Voor Pitlo zou dit evenmin een probleem geweest zijn, de situatie benadert immers het deurwaardersexploot zeer dicht, met hier een openbaar ambtenaar de notaris, in aktie.

De cassatierechter, dit keer zonder Royer in de gelederen (!), sluit zich bij het hof aan. Allereerst wordt gesteld dat het hof zich op beide akten van 14 juli gebaseerd heeft, dat wil zeggen ook op de akte van Vos waarin hij verklaart wat de koper hem heeft meegedeeld. De raad vervolgt dan: 'Het middel, dat aan laatstbedoelde grond voorbij gaat, kan reeds daarom niet tot cassatie leiden. Wat er zij van het daarin vervatte betoog dat onvoldoende is voor een ingebrekestelling overeenkomstig art. 1274 BW dat de schuldeiser tegenover de notaris in aanwezigheid van de schuldenaar een verklaring aflegt dat hij deze in gebreke stelt, terecht heeft het hof geoordeeld dat aan de vereisten van genoemd artikel is voldaan in een geval waarin de schuldenaar vervolgens een notariële akte laat verlijden, waaruit blijkt dat die verklaring te zijner kennis is gekomen.'

Nu had p-g Berger in een weinig diepgravende conclusie (Pitlo c.s. bleven onvermeld) betoogd dat een mondelinge ingebrekestelling door de wet uitgesloten wordt, onder verwijzing naar de arresten uit 1922 en 1925. Toch komt hij tot een verwerping van het cassatieberoep, aangezien de mondelinge ingebrekestelling door de notaris in een akte was vastgelegd, die voorgelezen was in tegenwoordigheid van Vos, gevolgd door de akte van Vos met de bekende inhoud. Daarmee beperkt de p-g de rechtsvraag tot deze merkwaardige casus.

Wat is nu de betekenis van dit arrest? Van der Grinten merkt in zijn noot op dat de raad de constructie van het hof niet verwerpt, maar de vraag onbeantwoord laat omdat hij een andere weg zag. De annotator stemt in met de beslissing van het hof. Inderdaad heeft de raad er kennelijk niet veel zin in om de zaak eens op een rijtje te zetten, hetgeen men wel zou verwachten nu hij twee jaar tevoren het schriftelijke karakter van de sommatie slechts 'in beginsel' nodig achtte. Wat daarvan zij, duidelijk is dat het vaststaat dat de sommatieverklaring *ter kennis genomen is* van de debiteur (blijkens zijn akte) hier de doorslag gegeven heeft. Dat is ook de kern van de visie van Pitlo, Van Brakel en Royer. De laatste is intussen president geworden van de hoge raad, in dit verband niet onbelangrijk. De opvatting van Pitlo c.s. komt overigens overeen met het duitse recht.²¹

Ook als men geen zin in dogmatisch kleurbekennen heeft, kan het rechtsgevoel, geholpen door het gezonde verstand, richting geven. Als men leest wat volgens Van der Grinten de zaak waterdicht, conform de gangbare wetsopvatting gemaakt zou hebben, dan ziet men in dat 's hofs beslissing de juiste is. De notaris had één akte, door beide partijen te ondertekenen moeten opmaken, ofwel de koper had bij gelegenheid van de akte de verkoper een brief ter hand moeten stellen die de ingebrekestelling inhield (zowel schriftelijk, als gericht tot de wederpartij, derhalve). Een formalisme waaraan toch geen weldenkend mens zou willen vasthouden ter vervanging van de twee afzonderlijke akten? Als men een dagvaarding tegen een verkeerde datum uitbrengt (berucht voorbeeld: zitting van de hoge raad op Goede Vrijdag) dan mag men naar huidige jurisprudentie de formele fout ongedaan maken, en de gedaagde tegen een andere dag oproepen. Vroeger was zo'n dagvaarding gewoon nietig. Heeft men een opzeggingstermijn niet in acht genomen, dan kan die fout met behulp van de goede trouw gecorrigeerd worden, en wordt naar geldend recht de termijn geconverteerd in de wettelijk voorgeschrevene. Zou

21. Naar Duits recht zijn aan de 'Mahnung' geen vormvereisten verbonden; ook een 'schlüssige Handlung' is voldoende, zoals het zenden van een ingevulde betaalkaart, zie: Larenz, *Schuldrecht I, Allg. Teil*, 14e dr. 1987, § 23 I; Esser/Schmidt, *Schuldrecht I, Allg. Teil*, § 28 I, 1b.

§1. WANPRESTATIE

men bij zo'n rechtsontwikkeling kunnen staande houden dat indien zonneklaar is dat de debiteur kennis genomen heeft van de sommatieverklaring van de schuldeiser niet voldaan is aan een formeel vereiste dat de wet stelt? Ik kan het niet inzien. Trouwens, Van der Grinten wijst erop dat in het onderhavige geval de debiteur Vos bij deze wat merkwaardige vorm van ingebrekestelling niet in zijn redelijke belangen geschaad wordt. En daar gaat het toch om in het recht, en niet om het formalisme, hetgeen uitnodigt om met spitsvondigheden te komen aandragen.

Intussen heeft men in het huidige BW niet bepaald op deze ontwikkelingen ingehaakt: art. 6:82 eist een 'schriftelijke aanmaning'. Ook hier lijkt het nieuwe recht verouderd bij invoering. Merkwaardig is ook dat het 2e lid van dit artikel, dat in afwijking van het oude recht stelt dat wanneer de schuldenaar tijdelijk niet kan nakomen of uit zijn houding blijkt 'dat aanmaning nutteloos zou zijn', niettemin een (schriftelijke) ingebrekestelling vereist is, zij het zonder termijnstelling. Merkwaardigerwijs wordt in het volgende artikel, sub *c*, bepaald dat de sommatie achterwege mag blijven 'wanneer de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenis zal tekortschieten' (art. 6:83, sub *c* BW).

5. *Ingrekestelling bij niet-behoorlijk nakomen*

In enkele oude arresten had de hoge raad bepaald dat de ingebrekestelling alleen betrekking heeft op vertraging bij de uitvoering van een overeenkomst, en niet op niet-behoorlijke nakoming.²² Al vrij snel hebben enkele schrijvers zich hiertegen gekeerd, met Meijers aan het hoofd, in later tijd gevolgd door onder meer Rutten.²³ Dit heeft consequenties gehad voor het nieuwe BW, zoals wij zullen zien.

Meijers' kritiek loopt langs twee lijnen. Enerzijds maakt hij een onderscheid, ontleend aan het duitse recht, dat grote bekendheid gekregen heeft, tussen *negatieve* en *positieve* wanprestatie.²⁴ Het is het eenvoudigst duidelijk te maken aan de hand van een intussen klassiek voorbeeld: indien men een zieke koe levert, heeft de koper niet gekregen wat hij meende te kopen, namelijk een gezonde koe. Derhalve: negatieve wanprestatie. Heeft de koe een besmettelijke ziekte waarmee zij de veestapel van de koper aansteekt, waardoor hij schade lijdt, dan is hier sprake van *positieve* wanprestatie. Welnu, in dat laatste geval is - volgens Meijers - geen sommatie vereist om de verkoper voor de schade aansprakelijk te kunnen stellen, in het eerste geval wèl. Waarom dat laatste zo is, vindt men in zijn noot uit 1927 nader uitgewerkt, een passage die, evenals de vorige, nog steeds in de handboeken ruim aandacht krijgt.

22. HR 19 nov. 1915 *NJ* 1916, 3; 4 febr. 1927 *NJ* 664. Aldus ook het franse recht, zie Weill-Terré, nr 426.

23. Zie Asser-Rutten I, 3e dr. 1967, p. 181 (vgl. ook Asser-Hartkamp I, nr 368a). Het betreft Meijers noten in *W* 9942 (1916) en *NJ* 1927, 666.

24. Niet te verwarren met 'negatief en positief contractsbelang', in het kader van de schadeloosstelling. De negatieve en positieve wanprestatie is ook in het duitse recht bekend, hetgeen Meijers geïnspireerd heeft. Vgl. Larenz, *Schuldrecht I, Allg. Teil*, § 24 I, met kritiek op dit onderscheid, in 1902 door Staub geïntroduceerd; Esser/Schmidt, *Schuldrecht I, Allg. Teil*, § 29 III, en kritisch, Esser/Weyers II, 1991, § 6 II 3.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

Wat zegt Meijers daar? De rechtspraak is op dit punt onjuist en onbillijk; wanneer een debiteur in het geheel niet levert, kan zijn crediteur niets beginnen zonder sommatie. Wanneer hij wel levert, maar er ontbreekt iets aan - hetgeen nog altijd beter is dan in het geheel niet leveren - hoeft de schuldeiser niets van zich te laten horen, hij kan de prestatie voltooien en de gemaakte kosten op de debiteur verhalen. Meijers geeft vervolgens zelf aan wat hierop af te dingen is, zonder overigens in te zien dat hierdoor zijn standpunt ondergraven wordt: de debiteur zou het verweer kunnen voeren dat de schade niet voorzienbaar was, omdat volgens de eisen der redelijkheid de schuldeiser hem eerst van het gebrek op de hoogte had moeten stellen en hem de gelegenheid had moeten geven het gebrek te herstellen.

Als men van de juistheid van dat laatste uitgaat, ziet men in dat het hier in wezen weer een vraag van procesrisiko betreft: de schuldeiser die de gebreken herstelt en rauwelijks de schade en kosten op de nalatige debiteur wil verhalen ziet zich met het bovengenoemde verweer geconfronteerd, dat door de rechter in het algemeen gehonoreerd zal worden. Slechts indien de omstandigheden de houding van de schuldeiser rechtvaardigen - de tijd ontbrak om het herstel door de debiteur te laten uitvoeren, hij kon het tegen redelijke kosten zelf herstellen; of als de kosten hoog waren kon hij daartoe door de omstandigheden (andere verplichtingen) gedwongen zijn - zal hij de rechter aan zijn zijde vinden.

Kortom, de gevolgen van onvoldoende presteren komen voor risico van de debiteur; chicanes aan beide zijden kunnen tegengehouden worden met behulp van het beginsel van de goede trouw. Sommige schrijvers gaan nog een stap verder. Suijling verwoordt het aldus: 'de crediteur behoeft niet genoeg te nemen met een betaling op proef: hij mag vorderen ineens behoorlijk bevredigd te worden'.²⁵ Het is de debiteur niet vergund 'zijn misslagen uit te wissen'. Van Brakel ziet het gevaar dat debiteuren zullen proberen hun crediteur een partij minderwaardig goed te laten accepteren.²⁶ Vandaar steun van deze schrijvers voor het standpunt van de hoge raad, in afwijking van Meijers.

In de tijd die volgde heeft de hoge raad het ingenomen standpunt gehandhaafd, doch enkele verfijningen aangebracht die aansluiten op hetgeen hierboven aan de orde kwam, namelijk hetgeen de goede trouw onder omstandigheden kan eisen.

De eerste casus is een mooie illustratie van deze problematiek, de *Farmex*-zaak uit 1981.²⁷

Van der Gun in Snelrewaard laat op zijn erf een zgn. mengmestsilo (een in de grond gegraven waterdichte put) aanleggen door Farmex. Van der Gun zou zelf het grondwerk verrichten en de betonnen bodem storten, Farmex zou de wandelementen leveren en plaatsen. Dat laatste gaat zeer moeizaam, Van der Gun moet veel zelf doen en kosten maken omdat de elementen niet goed passen; tenslotte heeft hij een eivormige put, die later tot overmaat van ramp blijkt te lekken en daardoor onbruikbaar is. Als Van der Gun aangesproken wordt tot het betalen van een restant van een rekening, vordert hij in reconventie ontbinding van de overeenkomst met terugbetaling door Farmex van de reeds betaalde prijs van f 11 900. Eén van de vragen hierbij is of Farmex daartoe niet ingebreke gesteld had moeten zijn.

25. Suijling, nr 285.

26. Als Van Brakel, t.a.p., p. 54, ook Hofmann-Van Opstall, *Verbintenissenrecht*, 9e dr., 1976, p. 122.

27. HR 22 mei 1981 *NJ* 1982, 59, nt CJHB, *Van der Gun - Farmex*.

§1. WANPRESTATIE

De HR overweegt hieromtrent:

‘Wat de aan de orde gestelde vraag zelf betreft, hetgeen in het onderdeel wordt betoogd is in zoverre juist dat zich het geval kan voordoen dat in verband met de eisen van de goede trouw een niet behoorlijk presteren eerst door de schuldeiser als wanprestatie mag worden aangemerkt, nadat de schuldenaar tot herstel van het gebrek is aangemaand en hij verzuimd heeft binnen de hem gestelde termijn het gebrek op te heffen of alsnog tot behoorlijke prestatie over te gaan. In een zodanig geval is voor de ontvankelijkheid van een vordering tot ontbinding een ingebrekestelling (in beginsel een schriftelijke aanmaning) vereist. In het licht van hetgeen onder 2 ten aanzien van het principale middel reeds is overwogen, heeft het hof evenwel terecht niet aangenomen dat zich hier een zodanig geval voordoet. De wanprestatie waarop Van der Gun zijn vordering tot ontbinding heeft gegrond, hield immers volgens zijn stellingen in, dat definitief ondeugdelijk was nagekomen. Dit wordt in het geval van de onderhavige aannemingsovereenkomst niet anders door de omstandigheid dat herstel nog mogelijk zou zijn door het gehele werk ongedaan te maken en het opnieuw, maar nu deugdelijk, tot stand te brengen. De verschuldigde prestatie is bij een zodanige overeenkomst immers, behoudens het herstel van eventuele gebreken, met de oplevering definitief verricht.’

Men lette erop dat de raad ervan spreekt dat het geval zich *kan* voordoen dat ingevolge de goede trouw bij niet behoorlijk presteren een sommatie uitgebracht moet worden. Hier deed dat geval zich niet voor, nu door Farmex definitief ondeugdelijk was nagekomen. In de laatste zinnen wordt dit toegesneden op de aannemingsovereenkomst. Zoals annotator Brunner opmerkt ligt dat bijvoorbeeld bij koop anders, dan is levering van een geheel nieuwe zaak denkbaar. Intussen hoeft de schuldeiser dat niet altijd te accepteren, hij kan er immers terecht schoon genoeg van hebben, na alle pogingen tot herstel. Als men de casus beziet, wordt duidelijk waarom de cassatierechter van mening was dat in casu de goede trouw geen ingebrekestelling eiste. Van der Gun stelt regelmatig klachten tegen Farmex geuit te hebben; het herstel van de gebreken is tendele door hemzelf, tendele door Farmex verricht, zonder resultaat. Overigens stelt Farmex dat de bodem niet goed aangelegd is door Van der Gun; aangezien de rechtbank niet aan het gelaste deskundigenbericht toegekomen is weten wij niet hoe de vork in de steel zit, om in de agrarische sfeer te blijven. Van belang is slechts dat Farmex al in de gelegenheid was gesteld om de gebreken te verhelpen, *sed frustra* (tevergeefs). Het is alleen maar frustrerend om hem (formeel) nog eens daartoe in de gelegenheid te stellen door middel van een ingebrekestelling met termijn. Een reeds gepasseerd station, meent de schuldeiser.

Een jaar later kwam de hoogste rechter tot eenzelfde uitspraak in een vergelijkbaar geval, in *Automatic Signal*.²⁸

De Haas, bang voor inbrekers, laat in 1974 door Automatic Signal in zijn huis te Amsterdam een ‘bedrijfsklare’ alarminstallatie aanleggen voor ruim f10 000. Het probleem is nu dat die installatie de naam van de firma al te letterlijk neemt en regelmatig automatisch afgaat, ‘vals alarm’ geeft. De Haas dient herhaaldelijk mondelinge en schriftelijke klachten bij Automatic Signal (A.S.) in; deze doet verschillende vergeefse pogingen om de gebreken in de installatie op te sporen en te verhelpen.

Tot betaling aangesproken verweert De Haas zich met in reconventie een vordering tot ontbinding van de overeenkomst en verzoekt A.S. de installatie ‘die onrust in plaats van zekerheid geeft’ weg te halen en eventuele schade te herstellen. Deskundigen stellen vast dat

28. HR 26 maart 1982 *NJ* 626, nt CJHB, *Automatic Signal - De Haas*.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

de installatie ondeugdelijk funktioneerde aangezien vals alarm werd afgegeven, en wezen bepaalde gebreken aan als oorzaak daarvan, in het midden latend of er nog verdere gebreken waren die eerst na een bewerkelijke en kostbare controle ontdekt kunnen worden (zoals de a-g stelt is het rapport in tactvolle termen gesteld: 'enige minder goede oplossingen in de aanleg der leidingen' duidt op het afklemmen van de bedrading bij een aantal deuren; het 'zwakke punt' van het veiligheidsslot bij de voordeur betekent vals alarm zodra de sleutel naar rechts wordt gedraaid of uit het slot wordt genomen, *sic*). Vandaar dat het hof deze installatie niet 'bedrijfsklaar' oordeelt.

Doordat in deze zaak de deskundigen wèl gesproken hebben, staat vast dat hier door A.S. broddelwerk geleverd is; anders dan in de vorige zaak zijn ook schriftelijke klachten en verzoeken tot herstel gedaan, terwijl evenals in de vorige zaak herstellpogingen van de aannemer niets opgeleverd hebben.

De hoge raad komt dan ook tot een overweging die grote overeenkomst vertoont met die uit het vorige arrest:

'Weliswaar kan zich het geval voordoen dat in verband met de eisen van de goede trouw een niet behoorlijk presteren eerst door de schuldeiser als wanprestatie mag worden aangemerkt nadat de schuldenaar schriftelijk tot herstel van het gebrek is aangemaand en hij verzuimd heeft binnen de hem daarbij gestelde termijn het gebrek op te heffen, maar het hof heeft terecht niet aangenomen dat zich hier een zodanig geval voordoet. Het hof heeft immers vastgesteld dat de door Automatic Signal aan De Haas geleverde alarminstallatie het ernstige gebrek vertoonde dat zij herhaaldelijk vals alarm gaf, dat De Haas daarover van de aanvang af herhaaldelijk bij Automatic Signal heeft geklaagd, en dat deze laatstelijk op 23 jan. 1975 langdurig, doch vergeefs heeft getracht dat gebrek te verhelpen.'

Het enige dat opvalt is dat de raad dit keer niet meer spreekt van een 'in beginsel' schriftelijke aanmaning (Royer zat dit keer niet in de kamer). Ik ben geneigd daaraan geen grote betekenis te hechten, aangezien het college in het nadien gewezen arrest *Vos - Den Hartigh* het schriftelijke karakter van de sommatie niet als een essentiële ziet, zoals wij boven zagen.

In hetzelfde jaar, 1982, acht de hoge raad wederom bij niet-behoorlijke nakoming een ingebrekestelling niet door de goede trouw vereist, HR 8 okt. 1982 *RvdW* nr 173 (niet in *NJ*). Het ging hier om de koop van een spoelmachine die niet of slechts ten dele bruikbaar was voor de koper.

Concluderend kan men stellen dat de hoogste rechter bij de opvatting gebleven is dat bij niet-behoorlijke nakoming een ingebrekestelling niet vereist is, tenzij in een bijzonder geval de goede trouw dat eist. Dat zal met name het geval zijn indien het redelijk is om de debiteur alsnog in de gelegenheid te stellen om de gebreken te herstellen, en binnen de daartoe gestelde termijn het herstel redelijkerwijze te verwachten is. Als de omstandigheden een contra-indicatie geven, is er voor deze uitzondering op de regel geen plaats. Indien dit minder duidelijk ligt, is het aan de debiteur om een beroep te doen op de bijzondere omstandigheden.

Indien de gebrekkige nakoming niet zodanig is dat de schuldeiser tot ontbinding overgaat doch met schadevergoeding genoegen wil nemen, doet de vraag zich voor op welke termijn hij een dergelijke vordering kan instellen. Hier wordt het recht om uit wanprestatie te ageren gekruist door de uitoefening van het recht om te reclameren over gebreken aan de zaak. Dat recht is namelijk aan een termijn gebonden, zo niet contractueel bepaald (meestal zeer kort), dan wel gebaseerd op gebruik of op eisen van goede trouw. In de laatste situatie kan men gebruik maken van de fi-guur van afstand van recht - hetgeen ook 'stilzwijgend' gedaan kan worden, c.q. aan de hand van normatieve uitleg toegerekend kan

§1. WANPRESTATIE

worden - of wel van die van *rechtsverwerking*.²⁹ In de vaste jurisprudentie sinds de jaren vijftig is die laatste figuur gebaseerd op de goede trouw, vgl. *Maaskant - De Oude en Pekingeenden*-arrest.³⁰

Dit gegeven is van belang voor de positie van de schuldeiser bij levering van een gebrekkige zaak. Op grond van het leerstuk van de rechtsverwerking dient hij tijdig bij de wederpartij te reclameren over het geconstateerde gebrek. Daaraan zitten twee aspecten: allereerst het mogelijk maken om vast te stellen of inderdaad van een gebrek sprake is in het licht van de overeenkomst en welke omvang het heeft. Daarnaast kan aldus de debiteur in de gelegenheid gesteld worden een aanbod te doen het gebrek te verhelpen of een schadebeperkende maatregel te verrichten of voor te stellen. Het eerste punt is in wezen een bewijsvraag: door het verstrijken van tijd wordt doorgaans de bewijslast verzwaard, voor beide partijen (dus ook het tegenbewijs). De goede trouw brengt met zich dat men, rekening houdend met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij - zoals de gevleugelde uitdrukking luidt - haar bewijspositie niet verzwaart. Ergo, men dient zo snel mogelijk te reclameren. Van de omstandigheden en de aard van de transactie zal afhangen wat in casu snel is, en wanneer men niet meer te goeder trouw kan reclameren. Het tweede punt betreft in wezen de verplichting om de schade te beperken door maatregelen van die strekking te nemen. Als men door blijft otteren met een gebrekkige zaak en zo schade oploopt, terwijl de debiteur desgevraagd dat gebrek in een handgreep verholpen zou hebben (of beter gerepareerd zou hebben), is het niet redelijk om die schade op de debiteur te willen verhalen. Dat recht heeft men dan verwerkt.

In het huidig BW is deze materie neergelegd in art. 6:89, dat luidt:

‘De schuldeiser kan op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd’.

Verwarrend is hier, dat in het algemeen gesproken wordt van ‘een gebrek in de prestatie’, terwijl het niet geldt voor gebreken die zo ernstig zijn dat de schuldeiser de prestatie mag afwijzen. Vgl. in die laatste zin ook Hartkamp, nr 382, met verwijzing naar art. 6:87. Dit had in de tekst van art. 6:89 tot uitdrukking moeten gebracht worden, om misleiding te voorkomen.

Recente ontwikkelingen in de rechtspraak

Hierboven kwam het *Farmex*-arrest van 1981 ter sprake (in nr 5); in een uitspraak van 2000 werd dat arrest bevestigd, en werd een begin gemaakt met een grote schoonmaak van de regeling van verzuim naar huidig BW. Sommige academische auteurs spraken hun verwondering daarover uit, de ‘souplesse’ die de hoge raad toonde bij de toepassing van de artt. 81 v., terwijl het naar mijn mening toch gewoon achterstallig onderhoud is, waarvoor de wetgever ruim tevoren gewaarschuwd was. Het rijtjes leren door studenten moet in elk geval aangepast worden, dat zal buiten Rotterdam hard aankomen.

Bespiegelingen terzijde, het arrest van 6 oktober 2000 is van groot belang voor een zinnige hantering van de wettelijke regeling van ingebrekestelling en

29. Zie voor die problematiek mijn *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1971, p. 75-99. (Aan te halen als ‘N. U.’)

30. HR 14 nov. 1952 *NJ* 1953, 135, nt DJV, *Maaskant - De Oude*; HR 5 april 1968 *NJ* 251, nt GJS, *Pekingeenden*; zie ook vorige noot.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

verzuim bij wanprestatie. Het betrof een huurder, Rowi (die in parket deed), die na een wolkbreuk geconfronteerd werd met een ernstige lekkage van het pand waarin zij een winkel annex showroom heeft, en zelf tot herstel overgegaan is, zonder haar verhuurder, Verzicht, daarin te kennen.³¹

De lekkage was ontstaan doordat de regenafvoer op het dak door mosgroei en overplakken met asfalt-dakbedekking verstopt was. De GEB komt langs en de elektrische installatie moet vervangen worden om de afkeuring ongedaan te maken. De winkel moet dan 3 weken dicht, en Rowi heeft aldus, behalve de aanlegkosten van bijna 5 mille, als gevolg daarvan ruim 75 mille inkomstenderving (zij gaat vervolgens van schrik failliet). Wanneer zij (haar curator) de kosten wil verhalen op de verhuurder, stelt deze dat zij niet in verzuim is wat achterstallig onderhoud betreft, aangezien zij niet in gebreke gesteld was door de huurder, en dat is toch een vereiste dat de wet stelt, buiten het geval van tijdelijke of blijvende onmogelijkheid. Advokaten-truc, of rechtsregel?, vraagt men zich af. De regels zijn – even voor de rijtjesleeders – dat volgens art. 83 sub *c*, wanneer sprake is van een *mededeling* van een partij dat zij niet voornemens is een contractuele verplichting na te komen, en anderzijds volgens art. 82 lid 2 wanneer uit de *houding* van een schuldenaar blijkt dat hij niet zal nakomen, slechts een eenvoudige ingebrekestelling, zonder aanmaning en termijn, vereist is. Een onzinnig onderscheid, zoals hierboven al betoogd werd, en ver van de werkelijkheid van het contractenleven. Hoog tijd dat er orde op zaken gesteld wordt in de jurisprudentie.

In casu had de vervanging van de elektrische installatie op 20-24 sept. plaatsgevonden; Rowi zegt dat zij tevoren de verhuurder ingelicht heeft, maar dat wordt door haar betwist. Rowi heeft wel een brief van 28 sept. overgelegd (dus van na de herstelwerkzaamheden) waaruit blijkt dat Rowi aan Verzicht heeft laten weten te begrijpen dat deze iedere aansprakelijkheid voor schade afwijst, waaronder expliciet de schade aan de elektrische installatie genoemd wordt. Die brief is haar redding. De rechtbank leest haar beroep op die brief als ‘kennelijk’ een beroep op art. 83 sub *c* (advokaten kennen de wet niet, blijkt maar weer), en overweegt dat Verzicht daarop niet kenbaar gemaakt heeft dat Rowi dat verkeerd begrepen had. Maar dan ontbreekt nog wel een (eenvoudige) ingebrekestelling door Rowi.

Dat blijkt geen probleem voor de hoge raad:

‘Het onderdeel faalt. De rechtbank heeft haar oordeel dat Rowi gerechtigd was zonder ingebrekestelling van Verzicht tot herstel van de elektrische installatie over te gaan hierop gegrond, dat gelet op de houding van Verzicht, Rowi onder de gegeven omstandigheden ervan uit mocht gaan dat Verzicht in het geheel niet aan haar verplichtingen ten aanzien van de elektrische installatie zou voldoen. In dit oordeel ligt besloten het oordeel dat onder deze omstandigheden – die een vergelijkbare situatie als beschreven in art. 6:83 onder *c* BW opleveren – Verzicht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zich achteraf niet erop kan beroepen dat Rowi haar niet voorafgaand aan de werkzaamheden in gebreke heeft gesteld. Aangezien art. 6:83 BW niet een limitatieve opsomming behelst van de gevallen waarin verzuim zonder ingebrekestelling intreedt, maar ook de redelijkheid en billijkheid hierbij een rol kunnen spelen (*Parl. Gesch. Boek 6*, blz. 296) geeft dit onderdeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het behoeft ook geen nadere motivering’ (ov. 3.5).

Zo zit dat. Enkele jaren eerder had de hoge raad zich eveneens van een creatieve kant laten zien, in de omgang met onhanteerbare wetsbepalingen. In *Van Bommel – Ruijgrok* (1997) werd het ontbreken van een ingebrekestelling gerepareerd door het begrip ‘tijdelijke onmogelijkheid’ te hulp te roepen.³² Een huurder had een half jaar huur onbetaald gelaten als reactie op grote

31. HR 6 okt. 2000, NJ 691, *Maatschappij tot Exploitatie van Onroerende Goederen Verzicht BV - mr Van Eijndhoven q.q.* (Rowi Parket Nederland BV).

32. HR 6 juni 1997, NJ 1998, 128.

§1. WANPRESTATIE

onderhoudsgebreken; dan volgt ontbinding, maar er was echter geen ingebrekestelling gestuurd aan verhuurder, en deze stelt dat zij niet in verzuim is. De cassatierechter neemt hier aan dat in de periode tussen het ontstaan van de verhindering van het gebruik van het verhuurde pand en het tijdstip waarop de verhuurder weer in staat was om het volledige gebruik van de zaak te verschaffen, de wettelijke verplichting van de verhuurder voor het instaan voor verborgen gebreken (art. 7A:1588) *tijdelijk onmogelijk* geworden was. Het voordeel van die constructie is, dat de huurovereenkomst dan zonder voorafgaande ingebrekestelling ontbonden kan worden (art. 82).³³

Dat dit niet als panacee beschouwd mag worden om aan de valkuilen van de wettelijke verzuim-regeling te ontkomen, blijkt uit een arrest van 4 febr. 2000, waar een wanprestatie bij een gemengd koopcontract, het vervaardigen en leveren van schroefelementen (transport-, voortgangs- en kneedelementen) in het geding was.³⁴

In deze zaak ging het om door Pelders te produceren schroefelementen, die echter niet naar de zin zijn van afnemer Kinheim, die als gevolg daarvan grote schade lijdt, door claims van derden. Zijn vordering tot schadevergoeding van enkele tonnen tegen Pelders loopt vast, aangezien de wederpartij niet in gebreke gesteld was. Kinheim maakt dan gebruik van een aantal mogelijkheden om dat probleem te omzeilen. Allereerst een beroep op het *Farmex*-arrest: Pelders zou bij herhaling dusdanig ondeugdelijk gepresteerd hebben dat van grove ondeskundigheid blijkt gegeven is; een ingebrekestelling zou zinloos geweest zijn, en redelijkheid en billijkheid brengen dan mee, aldus Kinheim, dat geen ingebrekestelling vereist is. De hoge raad steunt het Hof Den Bosch in de verwerping hiervan, aangezien deze voorstelling van zaken door Pelders gemotiveerd betwist is en omdat een deugdelijk bewijsaanbod van Kinheim terzake ontbreekt.

Vervolgens brengt Kinheim de constructie van 'tijdelijke onmogelijkheid van nakoming' naar voren, met een beroep op art. 82 lid 2, waarbij een bepaalde brief van haar als een schriftelijke mededeling opgevat zou moeten worden, als bedoeld in dat artikel, waardoor het verzuim van Pelders ingetreden zou zijn. De enige fundering van Kinheim hiervoor, was dat Pelders niet op korte termijn in de gelegenheid geweest zou zijn om het gebrek in haar levering te herstellen. Volgens de hoge raad gaat die vlieger niet op: deze stelling biedt onvoldoende grondslag voor toepassing van art. 82, zegt de raad lakoniek.

Het arrest biedt nog een interessante overweging ten aanzien van een bepaalde vorm van schade die door Kinheim gevorderd wordt, namelijk de vertraging- en gevolgschade. Derden-afnemers aan wie zij de elementen doorgeleverd had (veel export), moesten schadeloos gesteld worden door Kinheim, hetgeen hoge kosten met zich gebracht had. De overweging die de hoge raad daaraan wijdt is van groot belang voor de praktijk, maar ze is alleen te begrijpen wanneer de lezer niet alleen de wet paraat heeft (al een hele opgave), maar ook de literatuur op dit terrein gevolgd heeft, hetgeen ook niet alle praktijkjuristen gegeven is. Het heeft te maken met het oude onderscheid tussen positieve en negatieve wanprestatie (dat hierboven ter sprake is gekomen, zie nr 5, aan het begin). De bijzondere figuur is hier de *positieve* wanprestatie, met als ezelsbrug de zieke

33. Op deze constructie is veel kritiek gevolgd, zie daarvoor: G.T. de Jong, Wel of geen ingebrekestelling: een doolhof met hoofdroutes, *NJB* 2001, p.708, op p.711.

34. HR 4 febr. 2000, *NJ* 258, *Kinheim Technisch Bureau - Pelders Metaalbewerking*. Die elementen worden gebruikt in 'extruders', persmatrijzen voor plastic kunststoffen. Zo leer je nog eens wat.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

koeien uit het voorbeeld van Meijers: de veestapel van de koper wordt aangetast door de geleverde koe die ziek blijkt te zijn. De ontwerpers kenden die figuur ook, en voor ons onderwerp is van belang, dat in zo'n situatie geen ingebrekestelling vereist is, en direkt schade gevorderd kan worden van de wanprestant (evenals onder het oude recht het geval was). Dat is goed nieuws voor een contractspartij die vergeten was om de wederpartij in gebreke te stellen, zoals ook in deze zaak van de schroefelementen weer aan de orde is. Er is in de literatuur echter wat gesteggel over de vraag waarop dit naar nieuw recht gebaseerd moet worden; er zijn enkele stromingen, en één daarvan is dat hier de figuur van *onmogelijkheid* te hulp geroepen kan worden, dan valt men immers al direkt buiten het vereiste van ingebrekestelling. Het is een rijkelijk gekunstelde constructie; het wordt op direkte wijze gedaan door Hartkamp, terwijl sommige schrijvers, zoals De Vries, de variant volgen dat een nevenverbintenis geschonden is, namelijk om bij het uitvoeren van de hoofdverbintenis het vermogen van de crediteur geen schade toe te brengen. Ook wordt aangenomen dat de wet een leemte vertoont die met behulp van art. 6:1 opgevuld moet worden, hetgeen gezien het stelsel van de wet leidt tot direkte opeisbaarheid van gevolgschade (De Jong). Tenslotte is daar de zienswijze dat dit direkt uit art. 74 lid 1 volgt (Van Swaaij). De laatste twee stromingen zouden mijn voorkeur hebben boven de andere twee, die op onmogelijkheid gebaseerd zijn.³⁵ De hoge raad kiest in dit arrest in elk geval voor de blijvende onmogelijkheid-constructie (daarbij geleid door de parlementaire geschiedenis). Dat gebeurt in ov. 3.6; na de regel van art. 82 lid 1 weergegeven te hebben, met als kenmerk dat verzuim eerst intreedt wanneer de debiteur de gelegenheid tot herstel gegeven, volgt deze overweging:

‘Wanneer evenwel de schuldenaar die ondeugdelijk heeft gepresteerd, nog de gelegenheid heeft alsnog deugdelijk na te komen, bestaat de mogelijkheid dat de schuldeiser ten gevolge van het gebrek in de aanvankelijk geleverde prestatie schade heeft geleden die hij niet zou hebben geleden indien aanstonds deugdelijk was gepresteerd, en die niet door de vervangende prestatie wordt weggenomen. In zoverre is de tekortkoming dan niet voor herstel vatbaar en is de nakoming blijvend onmogelijk in de zin van art. 6:74 en art. 6:81.’

De klacht dat het hof dit uit het oog verloren had, treft doel. Het hof was niet toegekomen aan het vaststellen van de schade van Kinheim, waardoor de positieve wanprestatie buiten beeld gevallen was, met het argument van het hof, aldus de raad, dat ‘de bespreking van de schadeposten eerst aan de orde komt indien is komen vast te staan dat Pelders wanprestatie heeft gepleegd, en dat het hof niet toekomt aan de vraag of dat het geval is geweest, aangezien Pelders niet in verzuim is geraakt wegens het ontbreken van een deugdelijke ingebrekestelling’. Dat is inderdaad geen juiste rechtsopvatting, constateert de cassatierechter.

Het in het oog houden van dit onderscheid kan van levensbelang zijn voor een contractant in nood; aangezien de rechter vaak ook niet weet hoe het precies zit (zelfs op het niveau van een hof) is het verstandig voor een advocaat om dit in zijn mars te hebben, bij procedures. Een ontwikkelde student weet dit natuurlijk wel.

35 . Zie hiervoor: C.J.H. Brunner en G.T. de Jong, *Verbintenissenrecht Algemeen*, 1999, nr 203 (De Jong), waar verdere literatuur. Vgl. ook het artikel van De Jong in *NJB* 2001, p.712 v.

§1. WANPRESTATIE

De jurisprudentie die na de vorige druk (2001) verscheen, is een bevestiging van de daarnet besproken rechtspraak. Het wettelijk stelsel van art. 6:81 v. BW moet met soepelheid toegepast worden, onder de vigeur van het beginsel van redelijkheid en billijkheid; voor letterknechterij is geen plaats, en daarmee kunnen veel tentamenvragen (buiten Rotterdam, uiteraard) naar het ronde archief gebracht worden.

In het arrest van 4 oktober 2002 trekt de hoge raad de lijn van *Rowi Parket* (2000) door, en beveelt dat zelfs aan 'in verband met de hanteerbaarheid van het wettelijk stelsel', hetgeen de wetgever enig schaamrood zou moeten bezorgen.³⁶ In deze zaak had het hof braaf de wet strikt toegepast, zonder ruimte te bieden aan de goede trouw.

Het ging om de bouw van een destillatietoren, die na oplevering gebreken vertoonde. De opdrachtgever had de aannemer aangezegd om voor een bepaalde datum de gebreken te verhelpen, dat gebeurt niet en dan vordert de opdrachtgever schadevergoeding. De vraag is echter of de aannemer, Fraanje, in verzuim verkeert. De verdere details komen in de hier volgende overweging van de hoge raad naar voren:

'3.4. De klachten van de onderdelen 2 en 3 tegen dit oordeel treffen doel. De door het Hof aan zijn oordeel ten grondslag gelegde overwegingen houden immers slechts in dat aan Fraanje voor de uitvoering van haar werkzaamheden een termijn is gesteld die, zoals zij kennelijk begreep, redelijkerwijs geen andere strekking kon hebben dan die van een fatale termijn. Mocht het Hof hebben geoordeeld dat het enkele stellen van een termijn voldoende was om Fraanje in verzuim te doen geraken, dan heeft het Hof daarmee miskend dat een termijn als bedoeld in art. 6:83, aanhef en onder a, tussen partijen moet zijn overeengekomen of op grond van de redelijkheid en billijkheid moet voortvloeien uit de aard van de overeenkomst in verband met de omstandigheden van het geval. Indien het Hof niet van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan, is zijn oordeel zondere nadere toelichting, die evenwel ontbreekt, onbegrijpelijk. De enkele omstandigheid dat Fraanje heeft begrepen dat Götte een voor de voldoening bepaalde termijn heeft gesteld, betekent immers niet dat Fraanje daarmee heeft ingestemd in die voege dat zij bij overschrijding ervan zonder ingebrekestelling in verzuim zou zijn. De verwijzing door het Hof naar de reactie van Fraanje bij brief van 26 januari 1996 - één dag voor het verstrijken van de termijn - op de brief van 9 januari 1996 kan niet als een afdoende ondersteuning van zijn oordeel dienen, nu Fraanje, naar het Hof heeft vastgesteld, weliswaar de garantie heeft gegeven van waterdichtheid van de gevelbeplating, doch daaruit niet zonder meer volgt dat zij de gestelde termijn had aanvaard. Het oordeel van het Hof valt ook niet zonder meer te rijmen met zijn vaststelling dat partijen gedurende de periode van maart tot eind augustus 1996 met elkaar in gesprek zijn gebleven over mogelijke oplossingen van het probleem van de lekkages.

Aantekening verdient ten slotte dat, mede in verband met de hanteerbaarheid in de praktijk van het wettelijk stelsel, onder omstandigheden een beroep op het ontbreken van een ingebrekestelling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn of kan worden aangenomen dat op grond van de redelijkheid en billijkheid een ingebrekestelling achterwege kan blijven en de schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim is geraakt. Over dit een en ander houdt het oordeel van het Hof echter niets in. Integendeel, het Hof heeft zonder meer vastgesteld dat van een rechtsgeldige ingebrekestelling geen sprake was.'

36. HR 4 okt. 2002, NJ 2003, 257, nt JH, *Fraanje – Götte*.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

Dit arrest wordt door de hoge raad aangehaald in een arrest van 28 nov. 2003, dat een bevestiging van deze koers inhoudt.³⁷ Hierbij worden twee mogelijkheden onderscheiden: een beroep op ontbreken van een ingebrekestelling kan onaanvaardbaar zijn, of er kan op grond van de redelijkheid en billijkheid aangenomen worden dat ingebrekestelling achterwege kan blijven en de schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim is. Dat laatste had de rechtbank 'klaarblijkelijk met het oog op de omstandigheden van het geval' aangenomen.

Het wettelijk systeem leidt regelmatig in de rechtspraak tot bedrijfsongevallen, vaak al in eerste instantie; dan is het aan het hof om dat te corrigeren. Een goed voorbeeld daarvan werd door Van den Berg besproken, het arrest van Hof Arnhem van 18 sept. 2001.³⁸ Het achterwege blijven van ingebrekestelling leidt tot een creatieve behandeling van de schadeafwikkeling door het hof, op de economisch meest efficiënte wijze. Indien de debiteur de kans ontnomen is om zelf de schade te herstellen worden de gevolgen daarvan voor rekening gebracht van de crediteur die verzuimd had in gebreke te stellen (waardoor overleg over de meest economische wijze van herstel onmogelijk gemaakt was). Die toerekening hoeft echter niet verder te gaan dan nodig is, oordeelt het hof: 'Een redelijke, op het stelsel, zoals geschetst, van de ingebrekestelling afgestemde uitleg, brengt dan mee dat EMS (de debiteur, JMvD) die opruimings- en herstelkosten moet vergoeden die zij zelf gemaakt zou hebben als ze in gebreke was gesteld.' Rechtspraak op maat, dus, en vooral: redelijk.

Tenslotte wijs ik nog op een arrest waarin de hoge raad bepaald heeft dat bij *opshorting* geen ingebrekestelling vereist is, anders dan de rechtbank geoordeeld had.³⁹

In de literatuur blijft men worstelen met de verzuim-regeling van het nieuwe wetboek, waar de glans al geruime tijd af is, ook bij de *pur sang* aanhangers van dit wetboek.⁴⁰ Hartlief bepleit in 2000 nog opgewekt de strikte toepassing van afdeling 6.1.9 vanwege de rechtszekerheid ('machinale toepassing'), maar dat heeft weinig indruk op de critici gemaakt. Streefkerk komt met een stelsel dat op andere leest geschoeid is; Janssen en Van Rossum zijn echter voorstander van het bestaande systeem, mits met gebruik van redelijkheid en billijkheid soepel toegepast, in navolging van de recente rechtspraak van de hoge raad.

37. HR 28 nov. 2003, NJ 2004, 237, *Van der Heiden – Bubbels*.

38. M.A.M.C. van den Berg, WPNR 6530 (2003); het arrest verscheen in NJ 2002, 304. De titel van het artikel luidt, veelbetekend: 'Een innovatieve opening in de fuik van de verzuimeis'.

39. HR 8 mrt 2002, NJ 199, *Meubelfabriek Limburg*.

40. Zie met name de uitvoerige artikelen: C.A. Streefkerk, 'Ingrekestelling en verzuim bij wanprestatie. Een kritische beschouwing van wetgeving en rechtspraak', *NTBR* 2004, p.2; M.A.J.G. Janssen en M.M. van Rossum, 'Verzuim en ingebrekestelling bij schadevergoeding en ontbinding, idem, p.62, met Naschrift gewijd aan het artikel van Streefkerk. Het hier volgende citaat van Hartlief vindt men op p.67.

§1. WANPRESTATIE

6. *In het geheel niet nakomen. Onmogelijkheid, weigering om na te komen*

Tenslotte figuur 3, wanneer de nakoming in het geheel uitblijft, waaronder ook de situatie begrepen wordt dat zij onmogelijk geworden is, of de debiteur te kennen gegeven heeft dat hij niet voornemens is tot nakoming over te gaan. Dat laatste, de weigering na te komen, wordt ook wel als ‘opzettelijke wanprestatie’ geformuleerd. Algemeen wordt aangenomen, met de hoge raad sinds 1913, dat in deze situaties geen ingebrekestelling vereist is.⁴¹

Hierboven zagen wij dat het ondeugdelijk uitvoeren van een overeenkomst gelijkgesteld kan worden met definitief niet nakomen.

Indien sprake is van in het geheel niet presteren of daarmee gelijk te stellen gevallen (grote wanprestatie) kan de schuldeiser zijn maatregelen nemen en schade en kosten rauwelijks op de schuldenaar verhalen. Hij hoeft met name niet de verschijning van een bedongen termijn van de prestatie af te wachten. In het engelse recht spreekt men dan van ‘anticipatory breach of contract’, die grondslag biedt voor ontbinding van de overeenkomst door de schuldeiser, met vordering tot schadevergoeding (‘damages’).⁴² Men anticipeert aldus op de wanprestatie tegen de bedongen termijn, en loopt ook met het verhaal van de schade vast daarop vooruit. Een zeer praktische oplossing, redelijk, en dus weinig formalistisch. De onmogelijkheid om te presteren bij de debiteur kan men ook uit de omstandigheden afleiden, bijvoorbeeld indien men constateert dat de te leveren zaak aan een derde verkocht is, vgl. art. 6:80 BW. Of men in zo’n situatie niettemin nakoming kan eisen, is een kwestie die hieronder nog aan de orde zal komen.⁴³ Hierboven werd al erop gewezen dat het BW ook hier gebroken heeft met het oude recht. Naar BW is in de onderhavige situatie een sommatie slechts overbodig indien de schuldeiser *uit een mededeling* van de debiteur moet afleiden dat hij in de nakoming zal tekortschieten.⁴⁴

7. *Samenvatting vereisten voor ingebrekestelling bij wanprestatie*

Het geheel overziende kan men stellen dat alleen bij vertraagde nakoming een ingebrekestelling vereist is, met vermelding van een (redelijke) termijn waarop de prestatie verricht dient te zijn. In de overige gevallen, te weten ondeugdelijke nakoming en algehele niet-nakoming, hetgeen als ‘blijvende onmogelijkheid’ gekwalificeerd kan worden, is de sommatie niet vereist, met de aantekening dat in het eerste geval ingevolge de eisen van goede trouw in sommige gevallen een ingebrekestelling geboden kan zijn. Richtlijnen zijn daarbij enerzijds de redelijke belangen van de schuldenaar, die onder omstandigheden meebrengen dat hij in de gelegenheid gesteld moet worden om gebreken in de prestatie ongedaan te maken. Anderzijds zijn de redelijke belangen van de schuldeiser evenzeer in het geding, die meebrengen dat indien er geen redelijke vooruitzichten van herstel zijn of een voortzetten van de contractsband redelijkerwijze niet langer van hem

41. Pitlo-Bolweg, p. 52, waar verdere rechtspraak.

42. Vgl. Cheshire, Fifoot and Furmston’s *Law of Contract*, 14 ed., 2001, p. 596; 603 v. Voor een rechtsvergelijkende studie over wanprestatie in het algemeen zie men G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, 1988, Oxford.

43. De problematiek van het *Unigro*-arrest, zie onder, nr 6.

44. Zie art. 6:83 sub c BW.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

gevergd kan worden, hij zonder verdere sommatie de beëindiging van het contract kan bewerkstelligen, met verhaal van eventuele schade op de nalatige debiteur.

8. *Gevolgen van ingebrekestelling. Verzuim*

De ingebrekestelling heeft een aantal belangrijke rechtsgevolgen. Om in geval van wanprestatie, anders dan in geval van 'blijvende onmogelijkheid', als crediteur een vordering tot schadevergoeding of ontbinding in te kunnen stellen (eventueel een combinatie van beide), dient de debiteur *in verzuim* te zijn (ook wel 'verwijd' genoemd; dit alles naar het latijnse *mora*, dat nog steeds te herkennen is in de term 'moratore interessen'). Nu kan de schuldenaar door het enkele verloop van de termijn voor nakoming in verzuim geraken, indien het namelijk een fatale termijn betreft. Naar huidig recht geldt een wettelijk vermoeden dat een termijn een fatale termijn is; bij een gewone termijn wordt die situatie eerst bereikt door middel van een ingebrekestelling. Aldus artt. 6:81, en 83 BW. Indien sprake is van de overige vormen van wanprestatie, niet behoorlijk of in het geheel niet nakomen (alias: 'blijvende onmogelijkheid'), raakt de debiteur in verzuim op het moment waarop dat rechtens vaststaat. De schuldeiser kan dan direkt zijn actie uit wanprestatie instellen. In verzuim zijn als schuldenaar betekent dus in gebreke zijn, met andere woorden: wanprestatie plegen.

De toestand van verzuim, die zoals wij zagen soms door middel van een sommatie bereikt wordt, is om nog een andere reden van belang: het risico bij het vervullen van de verbintenis dat voor de schuldeiser is 'verspringt' bij verzuim, en is dan voor rekening van de nalatige schuldenaar. In deze zin art. 6:84 BW (vgl. art. 1273 jo. artt. 1427 en 1480 oud BW, alsook 1745 oud, bewaargeving), 7A:1781, bruikleen. Het is zelfs zo, dat de debiteur in verzuim geen beroep op overmacht toekomt. Als de zaak bijvoorbeeld door toeval teniet gaat, blikseminslag, om maar wat te noemen, dan komt dat tenietgaan van de zaak voor zijn rekening en dient hij de schuldeiser schadeloos te stellen. Zijn enige verweer is, zie art. 1480, lid 2 BW, aan te tonen dat de zaak, indien op tijd geleverd, bij de schuldeiser ook vergaan zou zijn, zodat zijn verzuim geen invloed gehad heeft op het ontijdig einde van de zaak (dit geldt natuurlijk ook voor gedeeltelijke beschadiging). De schuldeiser heeft vervolgens de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren; te denken valt aan het geval van doorverkoop.

Indien een debiteur in verzuim alsnog nakomt, is hij aansprakelijk voor de vertragingsschade. Welke vorm dit aanneemt, hangt evenals de omvang van de omstandigheden af. De crediteur kan bijvoorbeeld genoodzaakt zijn vervangende zaken of diensten aan te trekken, schadeplichtig tegenover derden worden, etc.

Onder het oude recht was een omstrede kwestie, of de nalatige debiteur het verzuim kan 'zuiveren', zoals dat heet, alsnog aan zijn verbintenis voldoen. Sinds de eeuwwisseling is over deze vraag heftig gediscussieerd, en bleven de geesten verdeeld.⁴⁵ Zo is in later tijd Rutten tegenstander, en Pitlo voorstander.

45. Pitlo-Bolweg, p. 57 v.; Asser-Rutten I, 6e dr., p. 184.

§1. WANPRESTATIE

De laatste visie is ook die van het BW, en dus ook van Hartkamp.⁴⁶ Beide kampen doen een beroep op de redelijkheid, doch kijken daarbij enkel naar de debiteur, resp. crediteur. In beide visies worden evenwel nadere voorwaarden gesteld en uitzonderingen toegelaten onder omstandigheden; het resultaat is dat ze elkaar in het midden treffen, en het een vraag is geworden van zuivering in beginsel wèl, of in beginsel niet toestaan. Mijn voorkeur gaat uit naar het standpunt van Pitlo c.s., aangezien mij het de normale situatie lijkt dat de schuldeiser ook na het intreden van het verzuim nog behoefte aan de nakoming houdt. Indien hij zich elders reeds heeft ingedekt - hetgeen niet te moeilijk aan te tonen zal zijn - hoeft hij de vertraagde of verbeterde prestatie niet te accepteren. Gemaakte kosten om het uitblijven van de prestatie op te vangen, kan hij zoals wij zagen op de nalatige debiteur verhalen. Aan de redelijke belangen van de schuldeiser wordt aldus tegemoet gekomen. Als hij wil voorkomen na het intreden van het verzuim alsnog met de nakoming geconfronteerd te worden, kan hij bij de ingebrekestelling verklaren dat hij geen interesse heeft in een tardieve prestatie of herstelmaatregel. Indien geen sommatie uitgebracht hoefde te worden en de debiteur direkt in verzuim geraakt is, kan de crediteur hem een soortgelijke mededeling doen, en op die wijze problemen voorkomen.

Naar het huidig BW ligt de zaak enigszins anders aangezien in afwijking van het oude recht voor het ontstaan van een vervangende verplichting tot schadevergoeding aan de zijde van de schuldenaar (art. 1272 oud BW) vereist is dat de schuldeiser een *schriftelijke verklaring* van die strekking doet, art. 6:87 BW. Dit is de zogenaamde 'omzetting' van de verbintenis tot nakoming in één tot vervangende schadevergoeding. Daardoor komt het verzuim tot een einde, evenals de bevoegdheid tot het aanbieden van de oorspronkelijk verschuldigde prestatie. Overigens is in het BW aan de mogelijkheid van het zuiveren van verzuim de verplichting gekoppeld om betaling aan te bieden van hetgeen als gevolg van het verzuim inmiddels verschuldigd is als vergoeding van kosten en schade (art. 6:86 BW). Merkwaardigerwijze is thans niet langer de zuivering geregeld maar wel de weigering om zuivering te aanvaarden. Weinig fraai, qua wetgeving.

In de staart schuilt hier het venijn: als de nietsvermoedende (de nieuwe wet niet kennende) debiteur zuivering aanbiedt en vergeet te melden dat hij eventuele schade - die hij niet hoeft te kennen - bereid is te vergoeden, kan een kwaadwillende crediteur alleen al om die reden de zuivering naast zich neer leggen. De redelijkheid van deze regeling ontgaat mij. Anderzijds lijkt het mij overdreven om van de crediteur een schriftelijke verklaring te eisen teneinde de verplichting tot vervangende schadevergoeding te doen ontstaan. De schuldeiser, druk doende voorzieningen te treffen vanwege de gebrekkige prestatie, zal raar staan te kijken indien blijkt dat hij (de nieuwe wet niet kennend) een schriftelijke verklaring jegens de nalatige debiteur had moeten afleggen. Een kwaadwillende debiteur (die bestaan ook) kan hem er fijntjes op wijzen dat door het ontbreken van de 'omzetting' hij alsnog zijn verzuim kan zuiveren door te presteren.

Kortom, de nieuwe regeling biedt, waar zij (nodeloos) afwijkt van het oude recht, aantrekkelijke mogelijkheden voor chicanerende crediteuren of debiteuren, en daar is de wet toch niet voor bedoeld. Nu kan de minister wel

46. Asser-Hartkamp I, nr 376.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

menen dat 'het niet zozeer gaat om het geven van strakke regels die de schuldeiser, na raadpleging van de wet, in de praktijk naar de letter zal kunnen gaan toepassen, maar dat deze artikelen veeleer aan de rechter de mogelijkheid dienen te verschaffen om in gevallen dat partijen - zoals meestal - zonder gedetailleerde kennis van de wet hebben gehandeld, tot een redelijke oplossing te komen naargelang van wat in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze van hen mocht worden verwacht' (MvA, p. 75, n.a.v. artt. 6:82, 83). Wij zien hier weer het probleem dat de rechter als wijkagent moet optreden; dat die mogelijkheid niet realistisch is, kwam boven al ter sprake.

Ook Schoordijk heeft op allerlei punten kritiek op de regeling van het huidige BW. Hij concludeert 'dat de wetgever te kort schiet, zowel waar hij vorm als waar hij inhoud geeft aan een begrip als verzuim'; zijn kritiek geldt ook het gebruik van de begrippen 'onmogelijkheid' en 'vertraging'.⁴⁷

Het begrip verzuim is geregeld in art. 6:81 BW, op een wijze waarbij de lezer zwaar op de proef gesteld wordt. Dat is onder meer het geval, zoals wij zagen, door de koppeling met de figuur van 'blijvende onmogelijkheid' van de prestatie, in welk geval namelijk geen ingebrekestelling vereist is. Vranken heeft hierover opgemerkt dat dit een zeer ongelukkige ingreep van de wetgever geweest is. Naar zijn ervaring is de nieuwe regeling haast niet uit te leggen, of het nu studenten of praktijkjuristen betreft: 'een uitzonderingsgeval is tot grondslag van de wanprestatie verheven'. De verzuimsregeling is voor de gemiddelde praktijkjurist ... 'een labyrint van dwaalwegen'.⁴⁸ Men moet dus niet aan zichzelf twijfelen als men de nieuwe regeling niet direkt onder de knie heeft, en in het doolhof verdwaald raakt. Vranken heeft er eveneens op gewezen welke merkwaardige inspiratie de ontwerpers bij dit artikel gehad hebben: het begrip onmogelijkheid werd ontleend aan het duitse recht, waar het bij de (vage) plannen tot hercodificatie bij een inventarisatie van knelpunten die opgelost zouden moeten worden ... op de een na hoogste plaats gezet is. Als ik duitse collega's desgevraagd een voorbeeld geef van het nieuws dat ons nieuwe BW brengt, en de wanprestatie-verzuim regeling noem, met haar begrip 'onmogelijkheid', begint men eenvoudigweg te lachen. En dat voor een modern wetboek ... Hier ligt dus een taak weggelegd voor rechtswetenschap en rechtspraak om orde op zaken te stellen. Het volstaan met het citeren van de Parlementaire geschiedenis kan niet als een wezenlijke bijdrage beschouwd worden.⁴⁹

Indien de schuldenaar in verzuim verkeert is de schuldeiser bevoegd om ontbinding te eisen. Naar het oude recht vond dat plaats door rechterlijke tussenkomst,

47. Zie *Alg. gedeelte verbint. recht Nieuw BW*, 1979, p. 168-179.

48. Zie *NJB* 1988, p. 681; *AA* 1987, p. 254; *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, 1989, p. 128 v.

49. In 2002 heeft de duitse wetgever de wanprestatieregeling ingrijpend gewijzigd (§ 306 v. BGB), waarbij het begrip onmogelijkheid niet gespaard werd. Dat gebeurde niet tot vreugde van progressieve juristen (zoals Weijers), het ging namelijk veel minder ver dan in het 'Professorenentwurf' van begin jaren '80 (en in het latere 'Regierungsentwurf' bepleit was. De wetswijziging werd in een jaar door enkele personen ontworpen en doorgedrukt, met Medicus aan het hoofd, tot grote consternatie van de civiele wereld. Zie voor de nieuwe regeling: J.M. Smits, *NTBR* 2002, p.368, op p.370 v., en in het algemeen: E.H. Hondius, *NJB* 2002, p.1348.

§1. WANPRESTATIE

ingevolge art. 1302 BW, tenzij partijen bij overeenkomst in ontbinding bij wanprestatie voorzien hebben, hetgeen in de praktijk een standaardbeding is, waardoor een gang naar de rechter overbodig wordt. In het huidige BW is in aansluiting op de praktijk, de semi-verplichte tussenkomst van de rechter afgeschaft en de schuldeiser de bevoegdheid gegeven om middels een schriftelijke verklaring aan de schuldenaar tot ontbinding over te gaan (art. 6:265 BW). Op die materie, evenals de opschortingsbevoegdheden (*exceptio non adimpleti contractus*), wordt hieronder nog ingegaan (zie nr 15).

De debiteur is niet de enige die in verzuim kan verkeren: ook de crediteur kan dat overkomen. Men spreekt van schuldeisersverzuim (*mora creditoris*) indien de schuldenaar verhinderd wordt te presteren doordat de noodzakelijke medewerking van de schuldeiser uitblijft. Een romeinsrechtelijk voorbeeld is het geval van de landeigenaar die de stenen die op zijn land liggen verkoopt, waardoor zijn bouwland van die stenen ontdaan wordt, waarbij de verkoper belang heeft. De koper heeft niet alleen recht op die stenen, maar ook de plicht ze te verwijderen, waaraan hij gehouden kan worden. Evenzo heeft bij het inscharen van vee (laten weiden op andermans grond) de eigenaar van die grond het voordeel van de mestontvangst. Een veel gegeven voorbeeld is het leerlingcontract, waarbij patroon en leerling over en weer belang bij elkaars prestatie hebben. In dergelijke situaties snijdt het mes aan twee kanten, terwijl op het eerste gezicht slechts één partij bij de prestatie gebaat is. De crediteur blijkt tevens debiteur met betrekking tot de zelfde prestatie te zijn.

Veel gangbaarder is de situatie dat de prestatie van de debiteur eerst mogelijk is indien de crediteur aan de uitvoering ervan medewerking verleent. Indien verkocht wordt 'op afroep', dient de koper/schuldeiser af te roepen, aan te geven dat er geleverd kan worden. Bij koop-fob (*free on board*) bestaat de verplichting de naam van het schip te noemen waarin de goederen moeten worden geladen; bij circa- of specificatiekoop moet de hoedanigheid of hoeveelheid van de goederen nader aangegeven worden, etcetera. Dergelijke verplichtingen kunnen contractueel vastgelegd zijn, uit de wet voortvloeien, of wel uit het handelsgebruik, of tenslotte uit de goede trouw. Ten aanzien van de laatste twee gevallen nemen sommige schrijvers aan dat daarbij geen sprake van een verplichting is die bij schending wanprestatie zou opleveren. Aldus Rutten, gevolgd door Hartkamp, en in dezelfde zin het huidige BW.⁵⁰ Andere schrijvers, als Suijling en Ruitinga, nemen hier een rechtsverplichting aan, met de normale rechtsgevolgen, bij welke visie ik mij zou willen aansluiten.⁵¹ Het niet nakomen van zo'n verbintenis vormt schuldeisersverzuim. De debiteur die zelf bereid is te presteren kan in dat geval ontbinding van de overeenkomst wegens wanprestatie vorderen. Ter verdediging van dat standpunt beroept Ruitinga zich op de lagere rechtspraak, ondermeer een vonnis van de Rb. Rotterdam uit 1922. Het is dus niet bepaald nieuwlichterij. De debiteur heeft recht op de beëindiging van een toestand van onzekerheid.

Voor de uitwerking van de figuur van *mora creditoris* wordt naar de vermelde literatuur verwezen; slechts enkele kanttekeningen. Een belangrijk

50. Asser-Rutten I, 3e dr. 1967, p. 288; Asser-Hartkamp I, nr 282.

51. Suijling, nr 334, waarbij hij spreekt van een 'direkte verbintenis'; Ruitinga, diss. 1936, p. 36 v.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

gevolg van schuldeisersverzuim is dat de schuldenaar daardoor niet in verzuim kan komen: *mora creditoris* sluit *mora debitoris* uit. Verder komen omstandigheden die voor risico van de debiteur zijn in zo'n situatie voor risico van de crediteur. Dan bestaat er ook nog de mogelijkheid uit het dilemma van de niet meewerkende crediteur te komen door de verschuldigde prestatie gerechtelijk te deponeren, het zogenaamd aanbod van gereede betaling gevolgd door consignatie (artt. 6:66 en 67 BW). Deze mogelijkheid geldt echter alleen voor de levering van geld en bepaalde zaken. In zo'n situatie wordt de debiteur geacht zijn prestatie verricht te hebben en daarmee recht te hebben op de contraprestatie. Ook behoort openbare verkoop tot de mogelijkheden; soms voorziet de wet daarin, bijvoorbeeld de art. 8:491 (artt. 94 en 496 WvK). In een bekend arrest uit een berucht jaar heeft de hoge raad die mogelijkheid in het algemeen erkend, als gegrond op de goede trouw, *spoorwegkamp Andruicq*.⁵² Vgl. ook nog art. 6:90 BW waar een algemene regel gegeven wordt. In het stelsel van het huidige BW kan de rechter op vordering van de schuldenaar bepalen dat hij van zijn verbintenis bevrijd is, in geval van schuldeisersverzuim, art. 6:60. De machtiging tot verkoop van art. 6:9 is dus een uitwerking daarvan. Bij dat laatste moet men denken aan zaken die aan bederf onderhevig zijn of in waarde dalen, of de situatie dat het onder zich houden van de zaken grote kosten of ongemak met zich brengt.

Volgens art. 90 in zijn oorspronkelijke versie (art. 6.1.8.14a) was tussenkomst van de 'boedelrechter' vereist die machtiging tot verkoop kon verlenen. In de *Invoeringswet* wordt de schuldenaar rechtstreeks bevoegd geacht tot verkoop over te gaan, indien aan de daartoe gestelde voorwaarden voldaan is. Dat laatste vloeit voort uit het *spoorwegkamp Andruicq*-arrest (1926), en ligt dus voor de hand. Intussen komt door deze wijziging art. 6:60 in de lucht te hangen; dat artikel stelt dat bij schuldeisersverzuim de rechter op vordering van de schuldenaar kan bepalen dat deze van zijn verbintenis bevrijd is. Aangezien dit ook zonder rechterlijke tussenkomst uit de goede trouw kan voortvloeien en de debiteur bovendien ontbinding van de overeenkomst kan vorderen met hetzelfde effect ten aanzien van zijn verbintenis, is dit een overbodig artikel. Het had bij de wijziging van art. 14a geschrapt kunnen worden, zo niet al eerder.

B. MATERIËLE VEREISTEN VOOR WANPRESTATIE

9. *Wanprestatie als uitlegvraag*. Joba-Gerber (1981)

Zoals hierboven bij de inleiding op dit hoofdstuk al opgemerkt werd, dient men alvorens over wanprestatie te kunnen praten eerst vast te stellen wat de inhoud van de *prestatie* in kwestie is, aan de hand van uitleg van de overeenkomst, onder de *vigueur* van de goede trouw. In de meeste handboeken (anders Suijling) wordt dit toch zo voor de hand liggend stadium overgeslagen en begint men direkt met de bespreking van de overmacht of van de ontbinding, onderwerpen die uiteraard sterk gelieerd zijn aan de wanprestatie-vraag.

52. HR 18 juni 1926 *NJ* 1078, nt EMM.

§1. WANPRESTATIE

Uitgangspunt is dus dat men ter beantwoording van de vraag of in een concreet geval sprake is van wanprestatie door een van de partijen, terug moet naar het contract, naar de inhoud van de overeenkomst, en daarmee van de verbintenis in kwestie. Dat wil echter niet zeggen dat dan het antwoord voor het opscheppen ligt, meestal beginnen de moeilijkheden dan pas, maar op dat vlak hoort de discussie thuis. Ter illustratie van zowel de te volgen weg als de problemen die men daarbij kan tegenkomen, de zaak *Joba - Gerber*, uit 1981.⁵³

Joba BV en Gerber & Co BV, twee amsterdamse handelsmaatschappijen sluiten medio december 1973 een contract waarbij Gerber 100 ton polystyreen koopt voor \$ 1150 per ton, op conditie 'C & F Kobe' en verpakt in 'octabins', dat zijn achthoekige golfkartonnen met polyethyleen binnenzak. Het polystyreen, betrokken van Hoechst Ned., kan geleverd worden in stalen vaten, polyethyleen zakken of in genoemde kartonnen octabins. In dat laatste geval vermeldt de instructie van de fabrikant dat het materiaal binnen 8 dagen na verzending van de fabriek verwerkt moet worden; bij opslag dient een temperatuur van onder 20° in achtgenomen te worden. Op 6 jan. 1974 wordt de polystyreen in Rotterdam afgeladen op de ss 'American Ace' en gaat naar Kobe, Japan. Dat laatste wist Gerber, of kon hij weten, aangezien de koop 'C & F Kobe' luidde. De reis gaat verre van voorspoedig; na overlading op de 'American Argosy' (= schip), heeft de naamsverandering ook invloed op het verloop van de reis: na een machinestoring in het Panamakanaal moet het schip voor reparatie terug naar de VS, en komt tenslotte op 16 april in Kobe aan. Daar blijkt dat de polystyreen niet in deugdelijke staat verkeert. Gerber vordert ontbinding van de koopovereenkomst en ongeveer \$ 130 000.

Voor de beoordeling van de zaak is van belang dat ingevolge het C & F-beding het risico voor de goederen na aflading bij de koper, Gerber, rust. Gerber verwijt Joba dat de goederen al voor de inlading in Rotterdam niet deugdelijk waren en dat de gebruikte verpakking onvolgende was voor langdurig zeevervoer. Joba ontkent dat eerste en beroept zich wat het laatste betreft op de inhoud van het contract, het gebruik van octabins was immers met zoveel woorden voorgeschreven.

Wat het eerste punt betreft wordt vastgesteld dat de fabricage van de verkochte polystyreen in okt. 1973 plaatsgevonden had. Aangezien de 8-dagen termijn bij verscheping op 6 jan. 1974 ruim overschreden was, neemt de Rb. ondeugdelijkheid aan op grond van vermoeden, en stelt Joba in de gelegenheid tegenbewijs te leveren; deze gaat daarvan in beroep, en zo komt de zaak uiteindelijk voor de hoge raad. De behandeling van het tweede punt door de Rb. was voor Joba eveneens een reden het hoger op te zoeken. De Rb. is van oordeel dat indien schade aan goederen is ontstaan ten gevolge van de verpakking, de koper niet met het risico daarvan belast mag worden. De verkoper hoort immers in de eerste plaats bekend te zijn met de aard en hoedanigheid van de door hem verkochte stoffen en zeker met de door de fabrikant gegeven voorschriften voor vervoer en verwerking. Nu het hier vervoer over zee naar en via warme landen betrof en de verkoper dit wist, lag het op zijn weg om hetzij een voorbehoud met betrekking tot de verpakking op te nemen, hetzij voor deugdelijke verpakking zorg te dragen. Bij nalaten daarvan rust het risico voor schade op hem. Aldus de Rb.

Wat dat laatste betreft stelt het Hof Den Haag zich lijnrecht tegenover de Rb. op: beide partijen waren niet op de hoogte van de aard en eigenschappen van polystyreen en van de eisen die aan de verpakking gesteld moeten worden. De verpakking was uitdrukkelijk overeengekomen; niet valt in te zien dat een rechtsregel verplichtingen als bedoeld door de Rb. op Joba legt. De opgetreden schade aan de vervoerde partij is voor degeen die het risico droeg, Gerber.

Ten aanzien van het eerste punt, het door Joba te leveren tegenbewijs, bevestigt het hof het rotterdamse vonnis. De Rb. mocht de bewijslast op grond van vermoedens omkeren; informatie over de temperaturen die in de periode okt. 1973 - 6 jan. 1974 heersten, die Joba

53. HR 15 mei 1981 *NJ* 641, nt CJHB.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

pas in appel overlegde, legt het hof terzijde. Daarmee staat de ondeugdelijkheid van de polystyreen bij inscheping vast, en wordt het vonnis in zoverre gehandhaafd.

Vervolgens wordt de hoge raad tot een oordeel geroepen. Ik gaf de voorgeschiedenis zo uitvoerig weer, omdat anders de overwegingen van de raad abstract zullen blijven. De cassatierechter geeft allereerst zijn goedkeuring aan de behandeling van de bewijsvraag door Rb. en hof. Wat de tweede vraag betreft overweegt het college:

‘In het oordeel van het hof ‘ligt besloten dat het hof is uitgegaan van de regel dat bij een vordering uit wanprestatie wegens ondeugdelijke levering, de ondeugdelijkheid van het geleverde voor rekening en risico van de koper komt, als deze ondeugdelijkheid daarin schuilt, dat de goederen of hun verpakking een bepaalde aard of hoedanigheid hebben welke overeenstemt met wat tussen pp. was overeengekomen, en dat het voorts heeft geoordeeld dat voor het aannemen van een uitzondering op deze regel op grond van de omstandigheden van het onderhavige geval geen reden bestaat. Evengoemd oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting; het is ook niet onbegrijpelijk’.

Wat is nu de essentie van dit arrest? In beginsel dient men bij de inhoud van het contract te rade te gaan om te bepalen voor wiens risico de ondeugdelijkheid van de verrichte prestatie komt. Als daarin uitdrukkelijk overeengekomen is op welke partij dat risico rust, is daarmee in de regel de vraag naar de risikoverdeling beantwoord. Onder omstandigheden zijn er - zoals altijd - op die regel uitzonderingen mogelijk. In casu achtte de hoge raad dat - met het hof - niet het geval. Zoals alleen al uit het onderscheiden standpunt van rechtbank en hof blijkt, kan men over die risikovraag en de betekenis van het daaromtrent overeengekomene, van mening verschillen. Daarbij speelt de aard van de overeenkomst een grote rol. Bij handelskoop, waar men zich veelal strikt aan condities en termijnen dient te houden, en snelheid een kenmerk is van de wijze waarop transakties gesloten en uitgevoerd worden, is denkbaar dat men zich op het standpunt stelt dat een partij zich niet in het hoe of waarom van de door de andere partij bedongen condities hoeft te verdiepen. Het zakenleven is hard, wie daarbij fouten maakt moet de oorzaak daarvan bij zichzelf zoeken. Aldus Brunner (afkomstig uit de rotterdamse advocatuur) in zijn noot: degeen die zonder kennis van zaken in de handel gaat, moet er geen aanspraak op kunnen maken dat zijn wederpartij hem voor de gevolgen van zijn onkunde behoedt. Voor een waarschuwingsplicht valt volgens de annotator alleen wat te zeggen bij verkoop aan een partikulier.

Ik heb zo mijn aarzelingen. Zaken zijn zaken, akkoord, maar de opvatting van de rechtbank heeft ook wel iets aantrekkelijks: van een verkoper van bepaalde stoffen mag toch wel verwacht worden dat hij weet waarin hij handelt, en hoe die goederen verzendklaar gemaakt moeten worden voor vervoer naar verre bestemmingen? Moet hij wat dat betreft niet de schakel zijn tussen de fabrikant en de afnemer, en derhalve kennisnemen van de instructies van de eerste? De rechtbank zag dit als pure risikovraag, de verkoper hoeft zich daarin niet te verdiepen, maar draagt wel het risico, waarvoor hij zich desgewenst kan vrijtekenen. In casu is ook het C & F-beding van belang, de ontbrekende ‘I’ van Insurance geeft aan dat de koper die het risico draagt, zich dient te verzekeren. Valt daarmee op hem, als ‘cheapest cost-avoider’ in de zin van Posner c.s. ook het risico van onvoldoende verpakking? Daar is zeker wat voor te zeggen. Het blijft een probleem dat discussie oproept.

§1. WANPRESTATIE

10. *Geringe wanprestatie*. Gallas - Mozes en Oskam (1983)

Laten wij het uitgangspunt vasthouden: voor de bepaling of in concreto zich wanprestatie voordoet, moet men terug naar de inhoud van het contract en daar het antwoord zoeken. Soms doet het probleem zich voor dat de nalatigheid bij nakoming slechts een onderdeel van de totale prestatie betreft, of zelfs een ondergeschikt onderdeel. Kan die geringe wanprestatie een grondslag zijn om tot ontbinding van de overeenkomst over te gaan? Indien de omstandigheden tijdens de duur van de overeenkomst zich wijzigen, bijvoorbeeld bij prijsdalingen, c.q. stijgingen, is deze vraag van groot (commercieel) belang voor de partij in kwestie. Of denk aan de curator die van een contract afwil, of de nieuwe eigenaar van een vennootschap. Als men goed zoekt, is er altijd wel wat te vinden, of op z'n hollands: 'geen koe zo bont, of er zit wel een vlekje aan'. ('de koe in het recht' zou een mooi dissertatie-onderwerp zijn, maar dat terzijde).

Deze zo menselijke behoefte is zo oud als de wereld. De Romeinen hadden er een adagium voor: *de minimis non curat praetor*, de rechter houdt zich niet met kleinigheden bezig. Het achterliggende beginsel is natuurlijk weer de goede trouw, de *bona fides*, ook al niet van vandaag of gisteren.

In een recent arrest werd dit thema aan de orde gesteld, hetgeen de hoge raad tot een belangrijke uitspraak bracht, de zaak *Gallas - Mozes en Oskam*.⁵⁴

Op 1 mei 1975 verkoopt Gallas aan Mozes en Oskam een pand aan de Prinsengracht in Amsterdam voor f180 000; de overdracht zou op 1 mei 1980 plaatsvinden of zoveel eerder als pp. nader mochten overeenkomen. De koopprijs werd geïndexeerd; de kopers verplichtten zich tot meerdere zekerheid voor de nakoming van hun verplichtingen' maandelijks een bedrag van f300 bij de notaris te storten op een daartoe geopende rekening. De bedoeling was dat op de datum van transport 10% van de koopsom, f18 000, aldus gestort zou zijn als waarborgsom.

Kopers blijven achter in hun maandelijks betalingsverplichtingen. Hoewel Gallas de contractuele bevoegdheid had om zonder rechterlijke tussenkomst de overeenkomst voor ontbonden te verklaren bij wanprestatie van de kopers - een standaardbeding bij de koop van onroerend goed - stelt hij een vordering tot ontbinding in bij de Rb. Amsterdam. Op dat moment hadden kopers f13 700 voldaan van het toen verschuldigde totaal van f16 200 van de waarborgsom. Als de procedure aanhangig gemaakt is, betalen kopers de resterende f1900, voor 1 mei 1980, hetgeen bij dupliek meegedeeld wordt (saillant detail: de rente op het gestorte bedrag mocht niet in mindering gebracht worden op de betalingsverplichtingen, aangezien dat niet tussen pp. overeengekomen was - aldus eiser, met instemming van de Rb. (*sic!*)).

Daarmee doemt een extra vraag op: kan een debiteur zijn verzuim zuiveren, zelfs nadat een vordering tot ontbinding ingesteld is? Vrij algemeen wordt aangenomen dat dit niet het geval is, zo ook het huidige BW (vgl. noot Brunner). Maar mag dat feit meewegen bij de beoordeling of er wanprestatie gepleegd is? Rb. en hof meenden van wel, waarop Gallas die vraag aan de cassatierechter voorlegt. Het hof had overwogen dat het hier niet één van de hoofdverplichtingen betrof die geschonden was, dat kopers ten tijde van de dagvaarding f2500 achter waren met hun betalingen, en de verkoper geen nadeel had geleden van de achterblijvende betalingen, terwijl intussen het resterende bedrag voor de transportdatum voldaan was. Dan nu de hoge raad:

'(3.3) De stelling van onderdeel 5 dat de rechter bij zijn oordeel over de vraag of de wanprestatie van zo geringe betekenis is dat zij de gevorderde ontbinding niet rechtvaardigt, niet mede rekening zou mogen houden met "betalingen na het intreden van verzuim, althans na

54. HR 11 juni 1982 *NJ* 1983, 695, nt CJHB.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

het uitbrengen van de inleidende dagvaarding, waarbij ontbondenverklaring gevorderd wordt, althans nadat ten processe tegen de vordering verweer gevoerd is", vindt geen steun in het recht. Bij het oordeel over evenbedoelde vraag dient de rechter die over de feiten oordeelt, de wederzijdse belangen tegen elkaar af te wegen, waarbij hij rekening mag houden met alle omstandigheden van het gegeven geval die hij daarvoor van belang acht.

Indien, gelijk blijkt 's Hofs vaststellingen te dezen het geval is, de als grond voor ontbinding van de koopovereenkomst aangevoerde wanprestatie daaruit bestaat dat ondanks sommatie de vervallen termijnen van de door de kopers verschuldigde waarborgsom niet tijdig werden betaald, verbiedt geen rechtsregel de rechter bij de beoordeling van het gewicht van deze wanprestatie mede in aanmerking te nemen dat op het moment van zijn oordeel vaststaat dat de kopers de waarborgsom inmiddels vóór de daarvoor in de overeenkomst bepaalde uiterste datum ten volle hebben betaald. 's Hofs desbetreffende beslissing is derhalve niet rechtens onjuist; zij is evenmin onbegrijpelijk. Ook onderdeel 5 faalt derhalve.'

De conclusie die men hieruit kan trekken lijkt mij deze, dat de rechter bij de beoordeling of een geringe wanprestatie grond voor ontbinding kan zijn zich moet richten op de wederzijdse belangen van partijen, in de gegeven omstandigheden. Als in het onderhavige geval de verkoper een stok zoekt om de hond te slaan, en de kopers groot belang hebben in de uitvoering van de overeenkomst, daartoe bereid zijn om hunnerzijds zich naar de wensen van de verkoper te voegen, belet een belangenafweging conform eisen van goede trouw het toewijzen van een ontbindingsaktie wegens wanprestatie. De hoge raad gaat daarbij zelfs zover te aanvaarden dat een zuivering van verzuim verricht na het instellen van de ontbindingsaktie een factor is die meegewogen kan worden. Het komt mij voor dat ook zonder dat laatste gegeven hier de nalatigheid van de kopers in de categorie vedergewicht behoort en in het normale geval geen ontbindingsaktie rechtvaardigt. Indien de verkoper enige schade lijdt, kan hij daarvoor vergoeding vorderen. Maar daar ging het natuurlijk niet om.⁵⁵

Intussen acht Brunner in zijn noot dit arrest van groot belang voor de dogmatische strijdvraag die de geesten al zo lang verdeeld houdt, of het ontbindingsvonnis nu declaratoor of constitutief van aard is. Hij stelt dat de raad van zijn oude standpunt uit de vorige eeuw is teruggekomen en nu het constitutieve karakter aanvaard heeft.⁵⁶ Vandaar dat de zuivering meetelde, de wanprestatie ontstond rechtens pas met het vonnis. Hieronder komen wij nog op die materie terug (zie nr 13).⁵⁷

11. Vaststelling van de wanprestatie. De redelijke verwachting van partijen

Hetgeen zoëven besproken werd betrof de geringe wanprestatie, bezien moet nog worden hoe men in niet-mariginale vormen van niet-nakoming tot de

55. Vgl. ook Suijling, nr 323; Ruitinga, pp. 76 v.; 102 (een vergelijkbaar geval); 208. Zie ook nog HR 30 nov. 1984 NJ 1985, 232, *Plieger - Van Delft* (huur), en verder Asser-Hartkamp II, nr 516; Hartlief, diss., pp. 90 v.; 114 v.

56. Anders Asser-Hartkamp II, nr 517, 8e dr., p. 479; gewijzigd 9e dr., vervallen 10e dr. (1997). Vgl. ook HR 10 aug. 1993, NJ 1994, 46, waar de HR aansluit bij het stelsel van het NBW.

57. Voor een overzicht van de omstandigheden waarbij een beroep op ontbinding niet gerechtvaardigd geacht wordt in de rechtspraak, zie Hartlief, diss., p. 88 v., ontleend aan *Contractenrecht* (Grootveld).

§1. WANPRESTATIE

vaststelling komt of er in casu wanprestatie gepleegd is. Aan de tot dusver gevonden criteria, de contractuele norm, zoals in het contract neergelegd, en de belangenafweging kan nog een derde toegevoegd worden: de redelijke verwachting van partijen, met name van de schuldeiser. In het *Olde Wobbers*-arrest uit 1971 heeft de hoge raad die regel aanvaard voor de koop.⁵⁸ Deze regel, overgenomen uit internationale verdragen is ook in art. 7:17 BW opgenomen. Zij luidt: *er is sprake van wanprestatie indien de geleverde zaken niet aan de overeenkomst beantwoorden, omdat zij niet de eigenschappen bezitten die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten*. Deze figuur van de redelijke verwachting komen wij ook bij de uitleg van overeenkomsten in het algemeen tegen; bij het *misverstandsarrest* uit 1976 werd zij door de hoge raad geïntroduceerd. In *Haviltex* (1981), dat op *Ram - Matser* (1977) volgde, kreeg de formulering een voorlopige afronding: het gaat om de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de contractsbepalingen mochten hechten en om *hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten*.⁵⁹ Al eerder had de hoge raad bepaald dat partijen uitdrukkelijk *of stilzwijgend* ten aanzien van een bepaalde eigenschap van een zaak kunnen overeenkomen dat de enkele afwezigheid van die eigenschap steeds wanprestatie van de verkoper zal opleveren, met alle bevoegdheden van dien voor de koper (*vouwapparaat*).⁶⁰

Zoals eerder betoogd, biedt die opvatting in het licht van de uitlegarresten van de hoge raad uit de laatste jaren, in normatieve trant, grote mogelijkheden voor ons onderwerp, de wanprestatie. Deze regels, in de rechtspraak ontwikkeld voor de koop, kunnen naar mijn mening toegepast worden bij wanprestatie in het algemeen. Zij sluiten goed aan bij de zoëven besproken criteria van de contractuele norm en de belangenafweging; het zijn in wezen communicerende vaten. Het element van redelijke verwachting ligt reeds in het beginsel van goede trouw besloten, dat immers op vertrouwen gebaseerd is. Dat was al in Romeinse tijd het geval met de *bona fides*⁶¹; in de Engelse term voor goede trouw 'good faith', de Franse 'la bonne foi' en de Duitse, 'Treu und Glauben', vindt men dat weerspiegeld. Een overeenkomst is al van jaren her een kwestie van vertrouwen, dat niet beschaamd mag worden. Zo simpel is dat.

Het is echter niet alleen maar een kwestie van bonafide handelen. Het leven is vol risico's en gevaren die vaak niet voorzien zijn door partijen en soms zelfs niet te voorzien zijn. Licht daar niet de grens van het vertrouwen, als grondslag voor de wanprestatievraag? Daarmee komen wij op een ander aspect van de contractuele aansprakelijkheid, de vraag naar de risikoverdeling tussen partijen. Traditioneel is dat een vraag die bij het leerstuk van de overmacht behandeld wordt; indien immers een omstandigheid of gebeurtenis niet voor risico van de debiteur is, komt hem een beroep op overmacht toe en is daarmee de

58. HR 29 jan. 1971 NJ 221, nt GJS, waarover mijn *Suppl.* 1987, p. 95 v. Vgl. ook *Van Kessel - Werklust* (1973), idem, p. 105, en nog HR 10 nov. 1972 NJ 1973, 125, *broedmachine*.

59. Zie Deel I, p. 153 v. De aanvaarding van normatieve uitleg door de HR heeft tot gevolg dat uitleg een *rechtsvraag* is; vgl. ook HR 13 sept. 1985 NJ 1987, 98, nt CJHB (zie noot); *Albada Jelgersma Holding - Van Geloven Snacks*; HR 11 nov. 1988 NJ 1990, 440, *Amro - NCM*. Zie boven Hfdst. 2, § 2, nr 14.

60. HR 10 mei 1963 NJ 288, nt HB, zie Hfdst. 4, § 3, nr 4, en eerder: *Suppl.* 1987, p. 93 v.

61. Zie mijn diesrede EUR 1987, *De magie van het woord*, 1988 (ook in *Dialektiek rechtsvinding en rechtsvorming*, 1c, p. 125, op p. 182).

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

wanprestatie van de baan. Ik zou mij in die traditie willen schikken en volsta op deze plaats met enkele opmerkingen.

De kern van de vraag naar de risikoverdeling tussen partijen is een voorvraag: wat is eigenlijk het karakter van een verbintenis? Waartoe verbindt een debiteur zich? Tien tegen één dat een jurist uit deze tijd iets zal mompelen in de trant van dat dit van het type overeenkomst afhangt, dat je inspannings- en resultaatverbintenissen hebt. Daarbij staat het getroosten van inspanning (de chirurg) tegenover het bereiken van een resultaat (de vervoerder). Een populair onderscheid, dat gebaseerd is op een bekend artikel van Ph.A.N. Houwing uit 1953.⁶² Het merkwaardige is evenwel - ik wees er elders in dit boek op - dat Houwing en in zijn voetspoor vele schrijvers een karikatuur maken van dit onderscheid en de daaraan verbonden overmachtstheorieën, nota bene onder meer van Houwing Sr: J.F. Houwing.

Het is jammer dat door dat artikel van Houwing Jr het zicht onttrokken werd op de visie van oudere schrijvers over dit onderwerp. Ik noemde indertijd bij mijn beschouwing hierover behalve Houwing Sr ook Paul Scholten, met citaten uit resp. 1904 en 1917. Een derde grote schrijver uit dat tijdperk mag hier niet ontbreken, namelijk Suijling. Al in de eerste druk van zijn handboek over verbintenissenrecht uit 1923 stelt Suijling dat de grondslag van de verbintenis een *garantieverbintenis* is; daarin ligt de basis voor de verplichting tot schadevergoeding bij het uitblijven van een prestatie. 'De debiteur heeft ervoor in te staan dat de schuldeiser het zijne krijgt'.⁶³ Zoals wij nog zullen zien is dit uitgangspunt essentieel voor Suijlings overmachtsopvatting. Gezien de verflechting tussen wanprestatie en overmacht mag deze observatie op deze plaats niet ontbreken.

Dat is eveneens het geval wat de relatie tussen de wanprestatie en de aktie uit ondeugdelijkheid (7:17 BW) betreft. In hoofdstuk 4 werden de hoofdlijnen van die laatste figuur behandeld bij de bespreking van de garantiebedingen (§ 3).

Ik zou de conclusies van die paragraaf hier willen inlassen, en op enkele punten wat aanscherpen. Voor een analyse van de wijze waarop in de recente rechtspraak tot de vaststelling van een garantieverbintenis gekomen wordt verwijs ik naar de bespreking van het *Weissenbruch*-arrest van het Hof Amsterdam.⁶⁴ De zieltogende verborgen gebrekenregeling zou ik willen renoveren door de kerngedachte daarvan te handhaven, *à la française*. De volgende garantieregels, gemodelleerd naar de figuur van koop, heb ik daarbij voorgesteld; terwille van het overzicht laat ik ze nogmaals volgen:

- a. *de verkoper staat in voor de kwaliteit van de verkochte zaak, conform de naar de aard van de overeenkomst gangbare eisen;*
- b. *de verkoper staat ervoor in dat de verkochte zaak geschikt is voor het gebruik waartoe deze (naar haar aard of zoals door pp. overeengekomen) op grond van de overeenkomst bestemd is;*
- c. *de verkoper staat in voor zijn deskundigheid en vakmanschap indien de wederpartij daarop vertrouwd heeft en redelijkerwijze daarop mocht vertrouwen. Indien de laatste niet deskundig, en de eerste een professionele*

62. Zie voor die materie boven, Hfdst. 4, § 3, nr 2.

63. Suijling, p. 170; 2e dr., 1934, p. 250.

64. T.a.p., nr 5. Hof Amsterdam 24 nov. 1983 *NJ* 1984, 794.

§1. WANPRESTATIE

- verkoper is, wordt die deskundigheid en het vertrouwen daarop voorondersteld, zonder dat tegenbewijs mogelijk is.*
- d. *indien de garantieverplichting een wezenlijke eigenschap van de verkochte zaak betreft, kan deze niet door een exoneratiebeding ongedaan gemaakt worden.*

Naar mijn mening zouden deze garantieverplichtingen niet door middel van exoneratieclausules ongedaan gemaakt moeten kunnen worden indien sprake is van een professionele verkoper tegenover een particuliere koper. Ik wees al eerder op het franse en belgische recht op dit punt.⁶⁵ Men kan ook minder ver gaan en dergelijke vrijtekeningsbedingen in strijd met de openbare orde achten slechts indien sprake is van gevaarlijke zaken. Als een mixer slecht mixt, moet men dat maar accepteren, als-ie kortsluiting veroorzaakt ligt dat anders. Vgl. in dit verband de Europese Richtlijn produktveiligheid van juni 1989, een thema dat hier niet verder uitgewerkt kan worden.

Op de keper beschouwd zijn deze algemene garanties, die ook op andere overeenkomsten dan koop toepasselijk zijn, al aanwezig in de verborgen gebrekenregeling van art. 1540 oud BW, die vervallen is zonder dat de waardevolle elementen behouden gebleven zijn. Als men de tekst van dat artikel in een positieve formulering omzet - dus niet de gebreken beschrijvend maar juist de kwaliteiten van een zaak - dan treft men daar twee kerngaranties aan: dat de zaak 'geschikt is tot het gebruik waartoe het bestemd is' en dat zij handelswaarde heeft, dat wil zeggen de kwaliteit correspondeert met de prijs. Het nieuwe BW heeft deze twee kinderen met het badwater weggegooid, want zegt (met afschaffing van de verborgen gebrekenregeling) in art. 7:17 lid 2 enkel dat een zaak de eigenschappen moet bezitten die de koper mocht verwachten. Curieus is dat één van de internationale wetten (verdragen) die model stond voor het Nieuw BW die uitwerking wel geeft, namelijk de Uniforme wet op de internationale koop (LUVI) in art. 33 lid 1. Daar wordt gesproken van 'de eigenschappen nodig voor een normaal gebruik of voor gebruik voor handelsdoeleinden' (vgl. ook art. 35 lid sub a CISG).⁶⁶ Voor die verdragen heeft het engelse recht model gestaan met zijn garanties uit de Sale of Goods Act 1893, voor *merchantable quality*, *fitness for purpose*, en *care and skill* (ook wel *skill and judgment* genoemd). Het doet vreemd aan dat aldus via de achterdeur van internationale wetgeving garanties ons recht binnenkomen die er via de voordeur uitgewerkt zijn. Het romeinse erfdeel verkwanseld.

In het franse recht is men daar zuiniger mee omgegaan, en heeft men de oude verborgen gebrekenregeling, de wet zeer vrij interpreterend, uiterst bij de tijd gehouden. Het is aldus omgesmeed tot een geducht wapen van de consument, niet alleen bij de koop maar ook bij de produktenaansprakelijkheid

65. Idem. Vgl. ook mijn genoemde diesrede, t.a.p., p. 156.

66. Zie Asser-Schut, *Koop en Ruil*, 1981, p. 184 v.; Asser-Schut-Hijma I, nrs 329, 338 v.

In 2003 is de Europese Richtlijn inzake garanties consumptiegoederen (99/44/EG) bij ons ingevoerd, hetgeen geleid heeft tot een garantie-achtige bepaling, dat indien een non-conform gebrek optreedt binnen 6 maanden na de koop vermoed wordt dat van non-conformiteit sprake is, art. 7:18, lid 2 BW. Omkering van de bewijslast dus. In het nieuwe lid 5 van art. 17 heeft de verkoper enige bescherming gevonden: geen non-conformiteit indien de afwijking aan koper bij het sluiten van de overeenkomst bekend was of redelijkerwijze bekend kon zijn, of te wijten is aan gebrekkige grondstoffen die van hem afkomstig zijn.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

in het algemeen. Zoals al eerder opgemerkt, neemt de franse rechter bij de wetsuitleg op vrijwel alle onderdelen van de verborgen gebrekenregeling een standpunt in dat diametraal tegenover dat van de nederlandse rechter staat (de belgische rechter zit er letterlijk en figuurlijk tussenin).⁶⁷ De termijn van ageren hoeft niet kort te zijn - 9 maanden mag ook nog - tegenover de professionele verkoper geldt een wettelijk vermoeden (niet weerlegbaar) dat hij de gebreken kende; de schadevergoeding is vrijwel volledig. Geldt dit de contractuele situatie, de actie is ook een buitencontractuele toepassing gegeven: de garantie dat de zaak vrij van gebreken is wordt een kwalitatief karakter gegeven, dat wil zeggen zij 'kleeft aan' de zaak en staat iedere uiteindelijke koper ten dienste. Aldus kan de consument rechtstreeks de producent of importeur aanspreken, die oorspronkelijk de garantie heeft gegeven aan zijn wederpartij (in het amerikaanse recht wordt dit beeldend uitgedrukt als 'the warranty runs with the goods'). Opmerkelijk is dat de franse rechter zich ook op het gebied van de aansprakelijkheid voor zaken (art. 1403 lid 1 oud BW) van een zeer creatieve kant heeft laten zien, anders dan de nederlandse rechter, eveneens met ruime toepassing bij de produktaansprakelijkheid.⁶⁸ Conclusie: het kan allemaal ook anders. De wettekst is in beide landen - dankzij Napoleon - steeds precies dezelfde.

Bij de vaststelling of van wanprestatie sprake is moet men, zoals gezegd, te rade gaan bij de inhoud van de overeenkomst, in het licht van de aard van de overeenkomst. Daarmee legt ook de deskundigheid van een van beide partijen gewicht in de schaal. De voorbeelden die van de uitleg van een overeenkomst op een dergelijke wijze gegeven worden, ontleend aan de rechtspraak, hebben meestal betrekking op koop en verwante contracten. Een andere figuur, minstens zo interessant en van belang voor de praktijk is de overeenkomst tot verrichten van enkele diensten, zoals die tussen een bank en haar client. Hierboven kwam al aan de orde hoe op het gebied van de dwaling en misbruik van omstandigheden de rechtspraak, in ons land en elders, steeds strengere eisen stelt aan het handelen van de bank wanneer niet deskundige wederpartijen in het geding zijn. Bij borgstelling en andere financiële transacties kan sprake zijn van een spreekplicht (en soms: onderzoeksplicht) jegens de niet-deskundige wederpartij.⁶⁹ Het hoeft niet te verbazen dat wij dezelfde benadering bij de wanprestatie tegenkomen; in recente rechtspraak heeft de hoge raad de contractuele verplichtingen van de bank tegenover haar niet deskundige wederpartij aangescherpt. Dit houdt in dat risico-aanvaarding door de client niet hoeft te betekenen dat daarmee de bank geheel buiten het beeld valt wat zorgvuldigheidsverplichtingen betreft (*Leutscher - Banco de Jerez* (1996)). Dat laatste werd nog een tandje strakker gezet in een uitspraak waarbij een *bijzondere zorgplicht* van de bank jegens client aangenomen werd; deze verplichting, ter bescherming van lichtzinnige, niet deskundige client-beleggers, gaat zo ver dat de bank niet kan volstaan met waarschuwen voor grote risico's, zij kan zelfs gehouden zijn om medewerking te weigeren, wil zij aansprakelijkheid voor de geleden verliezen ontlopen (*Rabo - Everaars* (1997)). Dat verdient een nadere beschouwing.

67. Hfdst. 4, § 3.

68. Zie Deel 2, Hfdst. 12, § 2, waar art. 6:173 BW besproken wordt.

69. Zie boven, Hfdst. 5, § 1, nr 4.

§1. WANPRESTATIE

De eerste zaak, HR 15 nov. 1996, NJ 1997, 52, *Leutscher - Banco de Jerez*, heeft betrekking op de volgende casus. Leutscher heeft in 1977 en 1978 valutatransacties in Nederland en Spanje verricht met medewerking van de bank, die naar later bleek in strijd waren met de spaanse deviezenwetgeving. Als gevolg daarvan is Leutscher strafrechtelijk vervolgd en tot een hoge boete veroordeeld; hij stelt dat de bank hem van de valutatransacties had moeten weerhouden en dat zij door daarentegen medewerking eraan te verlenen jegens hem wanprestatie gepleegd heeft. Hij vordert schadevergoeding, hetgeen door rechtbank en hof afgewezen wordt. Leutscher had het deviezenplan (om peseta's uit Spanje naar Nederland te krijgen) samen met de nederlandse directeur Honig van de amsterdamse vestiging van de bank beraamd, terwijl volgens zijn stelling ook de spaanse adjunct-direkteur, jurist en deviezenspecialist Caballero daarbij betrokken geweest was. Het hof had nagelaten die stelling te onderzoeken, en in cassatie wordt er vooralsnog van uitgegaan dat die stelling juist is. De hoge raad overweegt als volgt:

3.4. 'Blijkens rov. 5.5.3 tot en met 5.5.6 van het bestreden arrest kwam het oordeel van het hof, samengevat weergegeven, op het volgende neer. Nu Leutscher als projectontwikkelaar van onroerend goed geacht moet worden de in Spanje geldende deviezenbepalingen te hebben gekend, terwijl de ondeskundigheid van Honig op het gebied van deviezenwetgeving voor hem kenbaar was, en nu voorts de omstreden deviezentransacties mede aan hun beider brein zijn ontsproten, moet Leutscher het risico van de onderhavige transacties onder ogen hebben gezien en had Leutscher, als hij dat risico niet voor zijn rekening had willen nemen, een meer gedegen onderzoek en advies aan de Bank moeten vragen; door dat na te laten heeft Leutscher het risico van wetsovertreding bewust aanvaard; daarom kan niet worden gezegd dat de gestelde schade door een onjuist advies van de Bank is veroorzaakt; de eventuele betrokkenheid van Caballero behoeft niet te worden onderzocht omdat Leutscher ook in hoger beroep geen feiten of omstandigheden heeft gesteld en te bewijzen heeft aangeboden "waaruit zou volgen dat bij hem de indruk is gewekt dat de uitlatingen van Honig mede berustten op het deskundig oordeel van deze Spaanse jurist".

3.5. Aldus heeft het hof, gesteld voor de vraag of de Bank door medewerking te geven aan uitvoering van het door haar directeur Honig en Leutscher gezamenlijk bedachte plan in de nakoming van haar contractuele verplichtingen jegens Leutscher is tekortgeschoten, kennelijk beslissend geoordeeld dat Leutscher bewust het risico van wetsovertreding heeft aanvaard.

Daarmee heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel zijn beslissing niet naar de eis der wet gemotiveerd, zodat de daarop gerichte, in het middel besloten liggende klacht doel treft. Dat Leutscher het bedoelde risico bewust heeft aanvaard, kan immers niet beslissend zijn voor het antwoord op voormelde vraag, noch ook voor het antwoord op de vraag of, indien sprake mocht zijn van wanprestatie van de Bank, de dientengevolge door Leutscher geleden schade desondanks in het geheel niet kan worden toegerekend aan die wanprestatie.

3.6. Indien, zoals Leutscher heeft gesteld en het hof in het midden heeft gelaten, Caballero bij de transacties betrokken is geweest en met betrekking tot de Spaanse deviezenwetgeving over de vereiste deskundigheid beschikte, is dit een omstandigheid die van belang kan zijn voor de beoordeling van voormelde vragen. Dit heeft het hof miskend, zodat ook de hierop gerichte klacht slaagt.⁷⁰

Men ziet dat de bank in de visie van de hoge raad een eigen verantwoordelijkheid heeft om haar client zorgvuldige informatie te geven over de rechtmatigheid van de valutatransacties volgens het recht van het land van herkomst van de bank - waarop de client is afgegaan, mogen wij aannemen - en zich niet kan verschuilen achter risico-aanvaarding door de client. Voor een afweging tussen dat laatste en de informatieplicht van de bank wordt overigens nog ruimte gelaten.

70. HR 15 nov 1996, NJ 1997, 152, *Leutscher - Banco de Jerez SA*.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

In het tweede arrest is de hoogste rechter nog uitgesprokener in zijn oordeel ten aanzien van de verplichtingen die op een bank jegens haar client rusten bij risikodragende transacties. In HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192, nt Zeben, *Rabobank - Everaars*, gaat het om de optiehandel; Everaars, een client van eenvoudige afkomst, lasser/plaatwerker die van een inkomen van f 42.000 per jaar een gezin moet onderhouden, heeft na het krijgen van vermogen uit een erfenis via de plaatselijke bank in Graft-De Rijp long- en shortposities ingenomen door in 1989 en 1990 opties te kopen respectievelijk te schrijven. Hij lijdt daarop aanzienlijke verliezen, de bank had daarvoor gewaarschuwd, herhaalde malen zelfs, maar dat blijkt niet voldoende om de bank buiten aansprakelijkheid voor het door Everaars geleden verlies te houden, in de opvatting van rechtbank en hof, die door de hoge raad onderschreven wordt.

Bij het vaststellen van de verplichtingen van de bank werd van belang geacht hetgeen in het reglement stond van de organisatie waartoe zij behoorde (als Public Order Member van de European Options Exchange), namelijk dat zij alvorens een order van een client te aanvaarden moet nagaan of de client zich voldoende bewust is van de risico's die in het spel zijn, of hij in staat is een verlies te kunnen dragen, terwijl zij er ook op moet toezien dat de client de vereiste marge zal verschaffen. De bank heeft met name nagelaten om de margeverplichtingen van Everaars te bewaken in de periode dat hij de verliezen geleden heeft. Rechtbank en hof zijn van oordeel dat de bank, kort gezegd, 50% van de verliezen van Everaars voor haar rekening dient te nemen omdat zij tekortgeschoten is in de door haar in acht te nemen zorg. Het Hof Amsterdam gaat daarbij ervan uit, dat gelet op de mogelijk zeer grote risico's die de client-belegger bij de handel in opties kan lopen, de bank als bij uitstek professioneel en deskundig op dit terrein jegens particuliere, niet professionele klanten 'tot een bijzondere zorgplicht gehouden is'. Deze werd, zoals de hoge raad vaststelt, kennelijk afgeleid uit hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid naar de aard van de contractuele verhouding met cliënten als de onderhavige meebrengen. Het hof heeft aan die zorgplicht nader inhoud gegeven door een opsomming te geven van omstandigheden die van belang zijn bij de beoordeling of de bank in die zorgplicht tekortgeschoten is. Dat betreft, in de weergave van de hoge raad, onder meer de omstandigheid dat de bank Everaars lange tijd toegestaan heeft aan de optiehandel deel te nemen terwijl er voortdurend een aanzienlijk tekort op zijn margeverplichtingen was, en dat Everaars geen inzicht had in de grote risico's die op het spel stonden met het ongedekt schrijven van opties.

De hoge raad komt dan tot het volgende oordeel:

“s Hof's hiervoor weergegeven gedachtengang en de daarin ontwikkelde maatstaven geven geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, zijn niet onbegrijpelijk en behoeften geen nadere motivering. Daarbij is van belang dat het hof op grond van omstandigheden aan de zijde van Everaars - in het bijzonder dat het initiatief tot de transacties geheel van hem is uitgegaan en dat hij die transacties heeft voortgezet, hoewel de Bank hem veelvuldig en uitdrukkelijk heeft gewaarschuwd - de aansprakelijkheid van de Bank heeft beperkt tot 50% van de geleden verliezen. In dit verband heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk tot uitgangspunt genomen dat mag worden verwacht dat het strikt houden van de cliënt aan zijn margeverplichting in het kader van de zorgplicht van de Bank een aanzienlijk effectievere waarschuwing voor de door hem te lopen risico's oplevert dan veelvuldige en nadrukkelijke waarschuwingen waarvan de ernst echter twijfelachtig wordt omdat de Bank aan de voortzetting van de optiehandel door de cliënt blijft meewerken ondanks - aanzienlijke en nagenoeg voortdurende - tekorten op zijn margeverplichting. Voorts heeft het hof kennelijk en terecht mede betekenis toegekend aan het feit dat het hier gaat om een zorgplicht die naar zijn aard tot strekking heeft de cliënt te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht, en dat daarom, zo dit gevaar zich verwezenlijkt, bij de toepassing van de maatstaf die thans in art. 6:101 BW is opgenomen en ook in dit geval voor toepassing in aanmerking komt, fouten van de cliënt die uit die lichtvaardigheid of dat gebrek aan inzicht voortvloeien, in beginsel minder zwaar wegen dan fouten aan de zijde van de Bank waardoor

§1. WANPRESTATIE

deze in die zorgplicht is tekortgeschoten. Ook in zoverre geeft 's hofs oordeel derhalve niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting'. (ov. 3.3)⁷¹

Wij zien hier dat de bescherming van de ondeskundige partij (client) in haar relatie tot een deskundige professionele wederpartij (bank) zo ver gaat dat ook de afweging van eigen schuld van de client (dom, doordrammend en niet luisterend naar de wijze raad en waarschuwingen van de bank) ook in dat licht geplaatst wordt. De bijzondere zorgplicht was immers juist bedoeld om de domme, lichtzinnige wederpartij tegen zichzelf te beschermen. Dat gaat dus heel ver; Everaars had een Verklaring inzake de optiehandel ondertekend die de bank hem voorgelegd had, waarin hij verklaarde ermee bekend te zijn met de door de optie-organisatie gestelde limieten en dat hij deze niet zou overschrijden, en hij was bovendien herhaaldelijk gewaarschuwd door de bank voor de risico's die hij liep. Niettemin heeft de bank in de visie van de hoge raad haar eigen verantwoordelijkheid waarvoor zij dient op te komen.

Zie in dezelfde zin de conclusie van a-g Mok, die het standpunt van het hof in overeenstemming met de literatuur noemt; de bank dient zich als een 'redelijk handelende bank' jegens de client te gedragen. 'Het uitgangspunt is het economisch belang van de client; de bank dient dit zo goed mogelijk te dienen', daarbij moet de bank haar gedrag op de concrete wederpartij afstemmen en geen standaardnormen hanteren. Men zie ook de door Mok aangehaalde literatuur.

De hoge raad heeft met zijn arrest van 27 april 2001, *Oerlemans Agro – Driessen c.s.*, een uitspraak gedaan die geheel past in het hierboven door mij ingenomen standpunt.⁷² Een rozenkweker, Driessen, had meststof gekocht, Biofer, een ijzerhoudend produkt, dat een herbicide bleek te bevatten die heel schadelijk voor zijn rozen was. De leverancier, Oerlemans Agro, was geen producent van de meststof en was niet op de hoogte van de verontreiniging met het bestrijdingsmiddel (zeer schadelijke ED, langs spoorlijnen gebruikt, maar al enige tijd verboden). Het hof had Oerlemans aansprakelijk gehouden voor de schade aan de rozen, met de redenering dat gebreken aan het produkt voor haar risico komen, terwijl van overmachtomstandigheden niet is gebleken. De hoge raad geeft een principiële uitspraak:

3.5. Het middel richt zich tegen het hiervoor in 3.3 vermelde oordeel. Het strekt ten betoge dat het Hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de verkeersopvattingen meebrengen dat er een rechtsregel bestaat, die onafhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval ertoe leidt dat voor industrieel vervaardigde zaken geldt dat gebreken daaraan voor risico van de verkoper komen, ook als hij de gebreken niet kende noch behoorde te kennen. Daarbij dient er volgens het middel tevens van te worden uitgegaan dat het gebrek geheel buiten toedoen van Oerlemans is ontstaan en dat Oerlemans de zaken niet zelf heeft geproduceerd.

3.6. Bij de beoordeling van de vraag of Oerlemans gehouden is de door Driessen geleden schade te vergoeden heeft als uitgangspunt te gelden dat het ijzerchelaat door de verontreiniging met Ethimiduron niet aan de overeenkomst beantwoordde. Er is derhalve sprake van een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst, die ingevolge art. 6:74 BW tot schadevergoeding verplicht, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend. Nu in cassatie, in ieder geval veronderstellenderwijs, ervan moet worden

71. HR 23 mei 1997, NJ 1998, 129, *Rabobank - Everaars*. Vgl. ook HR 26 juni 1998, NJ 660, nt vZ, *Rabo - van der Klundert*; HR 9 januari 1998, NJ 285, nt WMK, *Mees Pierson - Ten Bos c.s.*

72. NJ 2002, 213, nt JH. In de vorige druk kon dit arrest niet meer meegenomen worden. Dat was wel het geval in *Deel 2*, 2001, Hfdst. 12, § 6, nr 6, in fine (p.592 v.), bij de produktenaansprakelijkheid.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

uitgegaan dat Oerlemans het ijzerchelaat niet zelf heeft geproduceerd, dat het gaat om een gebrek dat geheel buiten haar toedoen is ontstaan en dat zij kende noch behoorde te kennen, zodat de tekortkoming niet aan haar schuld is te wijten, terwijl de tekortkoming evenmin krachtens de wet of een rechtshandeling voor haar rekening komt, moet, zoals het Hof met juistheid heeft overwogen, de vraag of zij aan Oerlemans moet worden toegerekend, worden beantwoord aan de hand van de in het verkeer geldende opvattingen (art. 6:75).

De verkeersopvattingen brengen mee dat in een geval als het onderhavige een tekortkoming bestaande in een gebrek van een verkocht product in beginsel voor rekening van de verkoper komt, ook als deze het gebrek kende noch behoorde te kennen.

Dit zal slechts anders kunnen zijn in geval van, door de verkoper zo nodig te bewijzen, bijzondere omstandigheden. Het bestaan van dergelijke bijzondere omstandigheden, waarop in het onderhavige geval overigens geen beroep is gedaan, zal niet snel mogen worden aangenomen. Dit een en ander vindt ook steun in de parlementaire geschiedenis van het te dezen niet toepasselijke, immers voor consumentenkoop geldende art. 7:24 (vgl. hetgeen daaromtrent is weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal Hartkamp onder 9, met name noot 5).

Voor zover het middel onder 7 klaagt dat de door het Hof aanvaarde regel een feitelijke risicoaansprakelijkheid voor de leverancier van "industriële vervaardigde zaken" introduceert, miskent het dat volgens het uitgangspunt van art. 6:74 deze leverancier aansprakelijk is, tenzij de tekortkoming hem op de voet van art. 6:75, onder meer krachtens in het verkeer geldende opvattingen, niet kan worden toegerekend. Evenmin valt in te zien waarom deze regel op gespannen voet zou staan met de regeling van de productenaansprakelijkheid, die niet op contractuele aansprakelijkheid maar op aansprakelijkheid uit de wet betrekking heeft, en de daarmee verband houdende regeling van art. 7:24 lid 2. Aan de in deze bepaling neergelegde regeling van de aansprakelijkheid van de leverancier in geval van consumentenkoop ligt de gedachte ten grondslag dat hij, anders dan in een geval als het onderhavige, zijn aansprakelijkheid jegens de consument niet kan beperken of uitsluiten.

Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat het oordeel van het Hof juist is, zodat onderdeel 1 faalt.

Men ziet hoe in de opvatting van de cassatierechter de artikelen 6:74 (wanprestatie) en 75 (overmacht) in samenhang genomen worden, en daarbij een fraaie toepassing van de 'verkeersopvattingen' gegeven wordt. Dat de risikogedachte bij die rechtsfiguur thuishoort, is bij de onrechtmatige daad ook al gebleken bij de toepassing van art. 6:162 lid 3, en de verkeersopvatting die daar als norm neer gelegd is, en tot voorkort een slapend bestaan leidde.⁷³

12. Afronding. Wettelijke normen; ethische kanttekeningen

Daarmee zijn wij aan het slot van dit onderdeel gekomen, waarin de materiële vereisten van wanprestatie onderzocht werden. Er is een aantal bijzondere vormen van wanprestatie dat bij de wet of in de rechtspraak geregeld is. Te denken valt aan art. 7:658 (art. 7A:1638x oud BW), aansprakelijkheid van de werkgever voor gevaarlijke zaken in de werksituatie, en de werkstaking. Deze onderwerpen komen vanwege hun inhoudelijke samenhang met de overmacht hieronder bij de behandeling van dat onderwerp (kort) aan de orde.

Intussen dient men in het oog te houden dat vele contractuele verplichtingen die bij schending wanprestatie opleveren op de wet gebaseerd zijn. Dit is met name het geval met de zgn. benoemde contracten (huur, arbeidsovereenkomst,

73. Zie daarvoor *Deel 2*, Hfdst. 10, § 2, nr 3.

§1. WANPRESTATIE

etc.), maar ook buiten het BW (en WvK) wemelt het van wetgeving, met vaak dwingende bepalingen, die contractuele prestaties beïnvloeden. Van Warenwet tot Wet op de effectenhandel; in de publiekrechtelijke sfeer neemt het aantal voorschriften toe. Zelfs met computer en databank is het al bijna niet meer te volgen. Dat kan zo zijn problemen geven bij het volgen van alle regels. Het ziet er niet naar uit dat aan de vloed van wetgeving (cum annexis) op het gebied van waarborgen voor de kwaliteit van zaken, de veiligheid en het milieu op afzienbare tijd een einde zal komen. Als gevolg daarvan zit een wanprestatie in een klein hoekje.

Alvorens over te gaan op de behandeling van de gevolgen van wanprestatie, nog enkele ethische kanttekeningen.

Tot zover werd duidelijk dat de vraag of van wanprestatie sprake is in sterke mate beheerst wordt door het beginsel van de goede trouw. Eén van de vele voorbeelden hoe, zoals Pitlo het ergens beeldend uitdrukt, de ethiek in brede stromen het recht binnengedrongen is, sinds de jaren twintig.

Nog niet kwam aan de orde de vraag of het op zich ethisch verantwoord is om *opzettelijk* wanprestatie te plegen, uit zuiver commerciële overwegingen, en of dat niet in het recht zou moeten doorwerken. Er valt met een ander contract meer te verdienen, zelfs na aftrek van schadevergoeding of boetebeding. Zo denkt de rationeel handelende zakenman (die tegenwoordig ondernemer heet). Het is misschien in moreel opzicht niet zo netjes, maar juridisch is daar toch geen speld tussen te krijgen? Waar blijven wij als wij op een schaalteje wegen hoe de Rockefeller's, de Colijns, noem ze maar op, aan hun geld gekomen zijn?

Het zal duidelijk zijn dat men hier, ook onder juristen, heel verschillend over kan denken. Het maakt natuurlijk nogal verschil of wij het over een partij aardappelen of over een woonhuis hebben, of het enkel een financiële douw is die een ander toegebracht wordt of dat iemand 'out of business' raakt. In de 'commerciële advocatuur', waar soms de advocaat niet van de zakenman te onderscheiden is (idem notariaat), lopen de opvattingen niet altijd synchroon met die in de rechterlijke macht, waar men zich toch vaak als hoeder van ethische beginselen opwerpt.

Meestal is dit een aspekt dat slechts meeweegt bij de beoordeling van de wanprestatie, als één van de factoren. Dat ligt anders bij transakties in onroerend goed, aangezien de notaris daarbij, als openbaar ambtenaar (dat is hij òók) medewerking moet verlenen. Op het punt van het bewust breken van kettingbedingen, commercieel heel aantrekkelijk aangezien dit de waarde van het onroerend goed aanzienlijk verhoogt - is deze kwestie aan de oppervlakte gekomen. Mag de notaris zijn medewerking verlenen aan het transport van onroerend goed indien hij weet dat partijen een kettingbeding in de akte weggelaten hebben en aldus wanprestatie plegen? De Kamer van Toezicht van de Kon. Notariële Broederschap heeft die vraag met nadruk ontkennend beantwoord, wijzend op het maatschappelijk vertrouwen dat in de notaris als openbaar ambtenaar gesteld wordt.⁷⁴ Een andere opvatting wordt ingenomen door De Liagre Böhl, advocaat

74. Zie voor dit onderwerp E.W.J.H. de Liagre Böhl, *Algemene aspecten van beslag en executie*, preadv. Kon. Not. Broederschap 1983, p. 70, op p. 74 v. Schr. signaleert 'mystieke gevoelens' die in het notariaat leven ten opzichte van kettingbedingen. Overigens stemt Kleijn

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

te Rotterdam, die in een kettingbeding slechts een alledaags partijbeding ziet en het notariaat voorhoudt: 'de notaris beware zijn objectiviteit en hoede zich voor een beoordeling van de innerlijke waarde van contractuele bepalingen'. Bij de executie van onroerend goed doet een vergelijkbaar probleem zich voor, hetgeen eveneens tot verschil van mening aanleiding geeft.⁷⁵

Tegenwoordig is dit onderwerp ook onder de aandacht van rechtsekonomen gekomen, die geleid worden door de vraag wat bij een rechtseconomische analyse van het contractenrecht het meest efficiënt is: nakoming of wanprestatie plegen met de verplichting om schade te vergoeden aan de wederpartij? Met andere woorden, de theorie van *efficient breach*. Onder bepaalde omstandigheden kan een contractpartij het recht op wanprestatie hebben, betoogt men in deze school, omdat dit in het voordeel van beide partijen is, economisch gezien.⁷⁶

C. DE GEVOLGEN VAN WANPRESTATIE. DE VORDERINGEN TOT ONTBINDING EN TOT NAKOMING

13. *De ontbinding van de overeenkomst. Rechtskarakter; geen terugwerkende kracht, wel ongedaanmaking. Stelsel van het oude BW*

De ontbinding van de overeenkomst wordt tegenwoordig geregeld in art. 6:265 v. BW. Op enkele belangrijke punten is door de wetgever afgeweken van de ontbindingsregeling onder het oude BW, in art. 1302 oud BW. Anders dan vroeger heeft de ontbinding geen terugwerkende kracht en mist zij zakelijke werking. De verschillen zijn echter minder groot dan men op het eerste gezicht zou denken, aangezien de gevolgen gelijk getrokken worden door de introductie van de verplichting tot *ongedaanmaking*, art. 6:271, waarmee ontvangen prestaties gerestitueerd worden, terwijl het gemis aan zakelijke werking voor een groot deel goed gemaakt wordt door de figuur van het *recht van reclame* bij koop, die in samenhang met de ontbinding geregeld is (art. 7:39 v.). De figuur van ontbinding onder het oude recht was gecompliceerd, al was tenslotte duidelijkheid ontstaan over haar werking in de praktijk; het nieuwe ontbindingsrecht is evenmin eenvoudig, hetgeen alleen al blijkt uit de omvang van een vrij recent proefschrift dat aan die materie gewijd is: bijna 250 bladzijden waarbij het systeem van de wet op de voet gevolgd wordt.⁷⁷ Voor de vele (nieuwe) vragen

in met de uitspraak van de Kamer van Toezicht, *BR* 1984, p. 634 v. Vgl. ook zijn preadv. Ver. v. *BR* 1974, p. 25 v.

75. Zie voor de executie F.H.J. Mijnsen, in zijn preadv. genoemd in vorige nt, p. 33; de executant mag het kettingbeding respecteren, doch is daartoe niet verplicht (in dezelfde zin Böhl en Santen, vgl. ook Kleijn, t.a.p.).

76. Zie voor deze materie, met literatuurverwijzingen, M. Veldman, *WPNR* 6455 (2001), 'Grenzen aan het recht op nakoming', op p.730 v.

77. Vgl. T. Hartlief, *Ontbinding*, diss. Gron., Deventer 1994 (ook: *Serie Recht en Praktijk*, nr 76). Ik heb de indruk dat bij deze materie fervente puzzelaars en kryptogrammen-oplossers een duidelijke voorsprong hebben. Zie voor de rechtshistorische achtergrond van de 'ongedaanmaking' L.C. Winkel, in: Van Dunné-Bundel, 1997, p. 461.

§1. WANPRESTATIE

die op dit terrein bestaan is kennisname van het oude recht van belang; daartoe wordt eerst een overzicht daarvan gegeven.

In het oude recht was de ontbinding geregeld in art. 1302 oud BW, in de afdeling gewijd aan voorwaardelijke verbintenissen, aangezien men wanprestatie als een ontbindende voorwaarde zag. Dat is bepaald geen gelukkige greep van de vroegere wetgever geweest, en heeft het inzicht in de figuur van ontbinding voortdurend vertroebeld. Met name de combinatie met art. 1301, dat leert dat de werking van een ontbindende voorwaarde deze is dat zij alles in een toestand brengt alsof er geen verbintenis geweest was, heeft de gedachtenvorming negatief beïnvloed. Daaruit leidde men namelijk af dat elke ontbinding *ex tunc* werkt, de overeenkomst met terugwerkende kracht ontbindt tot het moment van totstandkoming. Er is weinig fantasie voor nodig om in te zien dat dit tot onhoudbare consequenties voor de praktijk leidt. Bovendien staat deze visie aan de mogelijkheid van gedeeltelijke ontbinding in de weg. Voeg daaraan toe de vraag, wat nu eigenlijk ontbindt, het rechterlijk vonnis, dat in art. 1302 *oud* voorgeschreven wordt, of de wanprestatie zelf?, dan is de verwarring compleet.

De geschiedenis van dit leerstuk is een toonbeeld van die warboel. De leiding die de hoge raad daarbij gaf liet nogal wat te wensen over. Aanvankelijk waren er weinig problemen, die ontstonden pas in de legistische periode van de hoogste rechter, in de laatste decennia van de vorige eeuw, toen men de wetsbepalingen letterlijk ging nemen. Ten aanzien van art. 1301, dat met art. 1302 gecombineerd werd, waren de gevolgen desastreus. Zoals Suijling later aangaf had de beperking van art. 1301 tot de levering van lichamelijke zaken, waarvan het artikel spreekt, veel kwaad kunnen voorkomen.⁷⁸ Bij huur of arbeidsovereenkomst zou men dan buiten schot kunnen blijven van de terugwerkende kracht. Intussen wist de lagere rechtspraak er wel raad op; pro forma het dogma van de terugwerking - *ex tunc* volgend, volstond men met de compensatie van over en weer genoten prestaties. Toen de hoge raad in de loop van deze eeuw zich meer tot de vrije rechtsvinding bekeerde, werd weer orde op zaken gesteld; zo werd in 1930 de gedeeltelijke ontbinding aanvaard.

De vraag naar de grond voor de ontbinding, de wanprestatie of het vonnis waarbij die uitgesproken wordt, wordt door de bovenstaande problematiek beïnvloed. De hoge raad heeft met nadruk de wanprestatie als grond genomen, hetgeen van groot praktisch belang was, aangezien de raad de *exceptio non adimpleti contractus* afgewezen had. Dit in tegenstelling tot de franse rechter in die tijd, die de soepele wetsuitleg van het begin van de vorige eeuw aanhield.⁷⁹ Indien men namelijk niet de *enac* ter beschikking heeft, is het alternatief dat de wederpartij in reconventie ook ontbinding wegens wanprestatie vordert. Aangezien het de wanprestatie zelf is die ontbindt, geldt hier dat de 'oudste' wanprestatie ontbindt, en wordt aldus de oorspronkelijke gedaagde beschermd. Verder is de leer van de hoge raad aantrekkelijk doordat op eenvoudige wijze het probleem van het aanbod tot zuivering van verzuim na de wanprestatie opgelost wordt: omdat de wanprestatie al ontbindt kan de schuldeiser dat aanbod afwijzen. Dat dit voor de genuanceerde denker minder eenvoudig ligt, valt makkelijk in te zien, men denke alleen al aan de geringe wanprestatie, of een ontbinding in strijd met de goede trouw.⁸⁰

Wat de strijdvraag van de grondslag van de ontbinding betreft hebben veel schrijvers de leer van de hoge raad bestreden, en zich op het standpunt gesteld dat het ontbindingsvonnis niet declaratoor maar *constitutief* is (aldus ook het franse recht). Met andere woorden, het vonnis brengt de ontbinding tot stand. Een ontbinding, zo voegt men later toe, die ingaat op het moment van wanprestatie (dus geen terugwerkende kracht tot de aanvang van de overeenkomst, en ook niet *ex nunc*, het tijdstip van het vonnis). In onze tijd is dit met kracht door

78. Suijling, nr 328. Vgl. ook Paul Scholten, noot in *NJ* 1926, 508.

79. Vgl. Ruitinga, p. 144 v.; 169 v.

80. Idem, p. 207 v.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

Rutten verdedigd, daarin gevolgd door Hartkamp (aldus ook het huidige BW). Zijn verwijzing naar de schrijvers die eenzelfde standpunt innemen is nogal ongenueanceerd.⁸¹

Welk standpunt zou hier ingenomen moeten worden? Nu de terugwerkende kracht *ex tunc* geëcarteerd is, liggen beide visies dicht bij elkaar; het moment van wanprestatie is bepalend, de vraag is enkel of het vonnis nodig is om de ontbinding te bewerkstelligen. Pitlo komt uit dit dilemma, door zich als goed leerling van Eggens dialektisch op te stellen: het vonnis heeft *mede* constitutieve kracht, naast de wanprestatie.⁸² En - èn, niet: òf - òf, om het Eggeniaans te zeggen. Het is langzamerhand een academische kwestie geworden, maar als academisch schrijver zal ik mij niet aan een stellingname kunnen onttrekken, hoezeer de pragmatische benadering van Suijling en Ruitinga mij ook aanspreekt.

Naar algemeen erkend is, kunnen partijen van de in de wet voorgeschreven rechterlijke tussenkompst afwijken door een contractsbeding van die strekking op te nemen. Het vonnis is daarmee uitzondering en geen regel geworden. Naar mijn mening kunnen partijen, indien dit niet tevoren overeengekomen was (via een standaardbeding) ook tijdens de duur van de overeenkomst aldus besluiten. Praktisch gezegd, indien een partij onbevoegd tot ontbinding overgaat, kan de wederpartij daarin toestemmen, stilzwijgend. Daarnaast kan hij de ontbindingsvordering inhoudelijk aanvechten. Wat daarvan zij, als een partij zelfstandig tot ontbinding overgaat, zoals in het merendeel van de zaken het geval is, wat ontbindt dan, de wanprestatie of de ontbindingshandeling? Natuurlijk dat laatste; het zou totale rechtsontrichting betekenen als elke wanprestatie *eo ipso* de overeenkomst tot een einde zou brengen (waardoor zuivering en acceptatie van de wanprestatie niet mogelijk zouden zijn).

Is het nu de ontbindingshandeling *alleen* die de ontbinding teweegbrengt? Als men bedenkt dat bij een geringe wanprestatie de ontbindingshandeling geen rechtsgevolg heeft, ziet men in dat voor een rechtsgeldige ontbinding ook de wanprestatie zelf een constitutief vereiste is. Het ligt dan het meest voor de hand om beide elementen als grond voor de ontbinding te nemen: de wanprestatie *en* de ontbindingshandeling. Dat laatste hoeft, zoals wij boven ook bij de ingebrekestelling zagen, geen handeling te zijn die tot de wederpartij gericht is; zij kan blijken uit de maatregelen die men treft om de situatie van de wanprestatie het hoofd te bieden.

Wanneer in het uitzonderingsgeval, de rechter geroepen is de ontbinding uit te spreken, dan is dit niet anders: het vonnis waarin de ontbinding uitgesproken wordt *en* de wanprestatie zelf, zijn beide constitutieve elementen van de ontbinding. Daarmee zijn wij op het standpunt van Pitlo uitgekomen.⁸³

De regeling van het huidige recht, art. 265, wijkt zoals gezegd op een aantal punten af van het oude recht. Eén van de belangrijkste wijzigingen is de introductie van de figuur van de verplichting tot ongedaanmaking, art. 271, een herstel in de oude toestand aangezien de overeenkomst ontbonden wordt. De inhoud van die verplichting hangt van de aard van de prestatie af: bij betaling van een geldsom houdt dat in de verplichting tot het terugbetalen van een gelijk bedrag; bij levering van zaken moeten deze weer teruggeleverd worden, en bij andere prestaties gaat het in beginsel om een waardevergoeding. Die laatste categorie is het meest problematisch, de situatie dat herstel in de oude toestand niet goed meer mogelijk is, 'de zaak niet meer terug te draaien is'. In het systeem van de wet wordt dan onderscheid gemaakt tussen twee situaties: (A) die waarin de prestatie *naar haar aard* niet vatbaar is voor restitutie (art. 272),

81. Asser-Rutten II, 3e dr., 1968, p. 321; Asser-Hartkamp II, 8e dr., nr 517d, p. 478 (vervallen in 10e dr.). Vgl. voor Suijling ook nr 328 v., voor Ruitinga p. 97 v., 206 v., en voor Pitlo nog onder; Hartlief, diss., p. 76 v.

82. Pitlo-Bolweg, p. 119. Vgl. voor de figuur van ontbinding in het algemeen ook: F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, diss. Leiden, 1993.

83. Zie Hartlief, diss., p. 15 v.

§1. WANPRESTATIE

en (B) die waar sprake is van een *feitelijke* onmogelijkheid om een prestatie ongedaan te maken als gevolg van een later intredende omstandigheid (artt. 273 v.; 278). De regeling is verre van eenvoudig en is met gemengde gevoelens ontvangen, en soms aan zware kritiek onderworpen.⁸⁴ Het verst gaat daarin Hartlief, die spreekt van ‘een ingewikkeld systeem’ en verzucht dat ‘het niet eenvoudig uit te leggen is, wat er gebeurt wanneer restitutie door een toevallige omstandigheid niet mogelijk is’ (geval B dus, vgl. p.187 v.); in geval A spreekt hij van ‘weinig zinnige resultaten’ (p.191 v.).

De hoofdlijnen zijn dat in geval A een vergoeding dient plaats te vinden naar de *waarde* van de prestatie ten tijde van de uitvoering, teneinde ongegronde verrijking te voorkomen; meestal zal dit op de waarde van de tegenprestatie neerkomen. Indien niet behoorlijk gepresteerd is gaat het om de vergoeding van de waarde die de prestatie voor de crediteur in casu gehad heeft. In geval B, feitelijke onmogelijkheid, door Hartlief ‘toevallige onmogelijkheid’ genoemd, gaat de wet ervan uit dat de crediteur niet tot schadevergoeding verplicht is indien de niet ongedaanmaking niet aan hem toegerekend kan worden (teniet gaan door overmacht, bijvoorbeeld). Hier liggen vele voetangels en klemmen, waarvoor ik verder naar de genoemde literatuur verwijs.

14. *Diversen. Het ‘redelijk alternatief’ en de hoge raad; Plaza-gebouw-arrest (2000). Gedeeltelijke ontbinding, zakelijke werking, vorm van de ontbindingsverklaring. Onmogelijkheid van de ontbinding*

Art. 6:267 BW is van regelend recht; zoals wij zagen was dat ook met art. 1302 oud BW het geval. Partijen kunnen niet alleen rechterlijke tussenkost voor ontbinding uitschakelen, zij kunnen ook de ontbinding zelf uitsluiten, of het spiegelbeeld: uitsluitend ontbinding overeenkomen, en geen nakoming of schadevergoeding. Veelal werd onder het oude recht al, erfenis uit het verleden, de terugwerkende kracht van de ontbinding uitgesloten; bij koop van onroerend goed was dit bijvoorbeeld standaard. Die laatste mogelijkheid, nakoming voor het verleden, ontbinding voor de toekomst, is bij duurovereenkomsten ook gewenst indien partijen daarin niet contractueel voorzien hebben. De hoge raad had in zijn legistische periode die mogelijkheid afgewezen en daarmee veel kritiek van schrijvers uitgelokt. Met name het verzet van Suijling vanaf 1915 heeft op den duur effect gehad. In 1926 aanvaardde de hoogste rechter de mogelijkheid van gedeeltelijke ontbinding in het arrest *Amsterdamse huizenhandel*, gebruikmakend van de constructie van de stilzwijgende partijbedoeling (waarop kritiek van Scholten in zijn noot).⁸⁵ Kort daarna erkent de raad de mogelijkheid zonder verdere omwegen, in het *Rijwielhandvaten*-arrest van 1930.⁸⁶

De ontbinding had onder het oude recht (art. 1302 *oud*) zakelijke werking. Voor de praktijk is dit van groot belang in geval van faillissement; door een

84. Vgl. Bakels, diss. p. 362 v.; Hartlief, diss. p.183 v.; Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, diss. Leiden 1996, pp. 213 v.; 245 v.; Asser-Hartkamp II, nr 530 v.

85. HR 11 maart 1926 *NJ* 508, nt PS.

86. HR 3 april 1930 *NJ* 1358, nt EMM; Meijers geeft in zijn noot weinig aandacht aan de principiële kant van dit arrest, in tegenstelling tot bijv. Ruitinga.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

ontbindingsakcie in te stellen kan een schuldeiser op die manier buiten het faillissement blijven en zijn geleverde zaak uit de boedel teruggeisen. Hij hoeft dan niet uit de gaarkeuken van de curator mee te eten, en honger te lijden. De vraag of zo niet de *paritas creditorum* van het faillissement doorkruist wordt, is in de literatuur ontkennend beantwoord (al door Molengraaff en Suijling) omdat het faillissement geen verandering in de bestaande toestand beoogt teweeg te brengen. Dit standpunt, door de hoge raad in 1918 al aanvaard, vindt men in het *Restitolo*-arrest van 1974 bevestigd.⁸⁷

Naar huidig recht werd zoals gezegd de zakelijke werking van de ontbinding opgeheven, als gevolg van het afschaffen van de terugwerkende kracht van de ontbinding. Daarvoor is in de plaats gekomen, althans voor het geval van koop van roerende zaken, de mogelijkheid die de verkoper heeft om het recht van reclame uit te oefenen (art. 7:39 BW). Als gevolg daarvan kan de verkoper de geleverde zaak revindiceren. De koppeling met art. 265 heeft tot gevolg dat het vereiste van verzuim gesteld wordt.⁸⁸

Partijen kunnen overigens een zakelijke werking overeenkomen door de wanprestatie als een ontbindende voorwaarde op te nemen; verder kan bij koop aan een eigendomsvoorbehoud gedacht worden, dat eenzelfde werking heeft (zie verder Asser-Hartkamp II, nr 528).

Nog wat gemengd nieuws over de ontbinding. Indien een partij ten gevolge van *overmacht* niet in staat is tot nakoming, werd naar oud recht aangenomen dat de wederpartij van rechtswege van haar verplichting ontslagen is. Aldus ook de hoge raad in *AKU - Stalen Steiger*, anders Hartkamp.⁸⁹ Naar huidig recht is dit anders: volgens art. 6:265 BW is het vorderen van ontbinding door de crediteur ook bij overmacht aan de zijde van de debiteur mogelijk, hetgeen naar oud recht overbodig was.

Voor de problematiek van de geringe wanprestatie, die geen grondslag voor ontbinding kan vormen, de invloed van de rechtsverwerking, het recht om te reclameren, en dergelijke, wordt verwezen naar de vorige paragraaf.

Verscheidene schrijvers hebben het systeem van de wet, 'bevoegdheid tot ontbinding, tenzij' bestreden, met het argument dat ontbinding een zo'n ingrijpende maatregel is dat dit pas gerechtvaardigd is indien de schuldeiser geen minder vergaande maatregelen ter beschikking heeft.⁹⁰ Zij bepleiten dat een crediteur 'geen bevoegdheid tot ontbinden heeft, tenzij', aldus zeer uitgesproken Hartlief; er moet zijns inziens sprake zijn van een wezenlijke tekortkoming zoals ook het geval is in andere Europese landen en in enkele verdragen zoals LUVI en

87. HR 20 dec. 1974 *NJ* 1975, 230 nt GJS, cassatie in het belang der wet; *AA* 1975, p. 556, nt PAS.

88. Vgl. Hartlief, diss. p. 45; zie voor de verdere bepalingen die van overeenkomstige toepassing verklaard zijn ook nog: H.A.G. Fikkers, *Recht van reclame*, diss. Rotterdam 1991, p. 93; en verder: Asser-Hartkamp II, nr 527; Asser-Schut-Hijma I, nr 599 v.; 608.

89. HR 17 juni 1949 *NJ* 544, nt PhANH; Asser-Hartkamp II, 8e dr., nr 513b, p. 470. Vgl. ook Suijling, nr 332.

90. Aldus Bakels, Hartlief en Abas, vgl. Asser-Hartkamp II, nr 316, waar Hartkamp deze opvatting bestrijdt met verwijzing naar Hondius, Nieuwenhuis, Hijma en de jurisprudentie van de HR. Hammerstein en Vranken hebben de opvatting van Bakels en Hartlief ondersteund, in een pleidooi voor gelijkshakeling van *vernietiging, ontbinding en opzegging*, in: Van Dunné-Bundel, 1997, p. 115 en 125.

§1. WANPRESTATIE

CISG (Weens koopverdrag) die in ons land van kracht zijn (diss., pp. 183 v.; 204 v.). In het eerste stelsel is het aan de debiteur om aan te tonen dat er een uitzondering op de regel aangebracht dient te worden; in het tweede systeem moet de schuldeiser aantonen dat zijn beroep op ontbinding aan bepaalde voorwaarden voldoet. Het lijkt een kip of ei-kwestie, maar het kan toch grote gevolgen hebben voor de praktijk. Gezien de overeenkomstige problematiek bij de uitleg en derogerende werking van de goede trouw, e.d., lijkt het mij de voorkeur verdienen om de bevoegdheid tot ontbinding aan normatieve uitleg te onderwerpen, en dan is het een kleine stap om van de bevoegde crediteur te eisen dat hij aantoont waarom die vergaande maatregel in casu getroffen moet worden, en geen lichtere remedie beschikbaar is. Men neemt aldus de ongeletterde debiteur in bescherming, hetgeen geen slechte zaak is. Mijn sympathie gaat derhalve naar de tegenstanders van het wettelijke systeem uit. Het is trouwens veelbetekenend dat dit systeem afwijkt van hetgeen in de omringende landen en in enkele verdragen gangbaar is (vgl. Hartlief).

In 1995 had de hoge raad een standpunt ingenomen dat tegen de visie van Bakels, Hartlief c.s. inging, door de bevoegdheid tot ontbinding van de crediteur voorop te stellen. Dat gebeurde in het arrest *Tromp – Franca/Regency Residence*, een antiliaanse zaak.⁹¹ Indien ontbinding gerechtvaardigd is, stelt de raad, is het niet zo dat ‘van ontbinding zou behoren te worden afgezien op de enkele grond dat de schuldeiser door een alternatief – bijvoorbeeld nakoming met schadevergoeding – niet in een wezenlijk nadelige positie zou komen te verkeren, laat staan dat de rechter deze mogelijkheid ambtshalve zou dienen te onderzoeken’. Ferme taal, dus: handen af van art. 265. Dat dit geen tropenkolder was, bleek uit een reeks arresten die volgde, tot grote ontzetting van schrijvers die een normatief gebruik van ontbinding toegedaan waren, en opkwamen voor de positie van de debiteur, het zogenaamde ‘redelijk alternatief’.⁹² De laatste tijd lijkt de hoge raad gas terug te nemen, en wordt in commentaren ervan gesproken dat ‘de deur op een kier gezet’ is (Abas, Van den Berg). In 1999 werd door de hoogste rechter nog uitdagend gesproken dat volgens art. 265 ‘iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van haar verbintenissen in beginsel aan de wederpartij de bevoegdheid geeft om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden’, maar in arresten van 2000 en 2001 lijkt de cassatierechter aan te geven dat er een versoepeling van zijn standpunt is.⁹³ In het arrest van 1999 had de rechtbank een onderscheid gemaakt tussen wanprestatie die de kern van de prestatie raakt en een tekortkoming waarbij dat niet het geval was. In die laatste situatie achtte de rechtbank voor de crediteur geen bevoegdheid tot ontbinding aanwezig. Een kraamhouder had aan zijn contractuele verplichtingen tegenover de verhuurder voldaan, maar had de

91. HR 24 nov. 1995, *NJ* 1996, 160.

92. Voor een overzicht, zie men Hammerstein en Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, *Mon. NBW A10*, 1998, nr 13; P. Abas, Het recht op ontbinding en toetsing daarvan aan de redelijkheid, *WPNR* 6408 (2000); M.M. Stolp, De bevoegdheid tot ontbinding ex art. 6:265 lid 1 BW in het licht van de subsidiariteit en proportionaliteit, *NTBR* 2000, p. 352; M.A.M.C. van den Berg, De keuze tussen nakoming, schadevergoeding of ontbinding en de belangen van de debiteur, *WPNR* 6439 (2001). Tot de aanhangers van het ‘redelijk alternatief’ behoren intussen ook schrijvers als M.M. van Rossum, S.A. Kruisinga.

93. HR 22 okt. 1999, *NJ* 2000, 208, nt JH, *Twickler - R. Hijma* plaatst in zijn noot het arrest in de lijn van de jurisprudentie.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

Warenwet herhaaldelijk overtreden, waarop de verhuurder ontbinding van de overeenkomst zocht. De hoge raad vernietigt het vonnis.

Wat is nu de recente lente die in de ijzige benadering (pro-schuldeiser) van de hoge raad te bekennen valt? Het arrest van 4 februari 2000 betrof de overname van een vennootschap door koop van aandelen, een bedrijf dat van aardappelen minikrielt maakt.⁹⁴ Er zijn garantiebepalingen geschonden en de koper gaat tot ontbinding over; de rechtbank ontzegt hem die bevoegdheid aangezien de wanprestatie geen ontbinding zou rechtvaardigen. Het hof denkt daar anders over en verkoper gaat in cassatie: er zouden andere mogelijkheden dan ontbinding zijn om tegen de wanprestatie op te treden. Een 'up-hill fight' dus, wat cassatie betreft. De hoge raad begint met een herhaling van zijn standpunt uit de eerder gewezen arresten, en plaatst dan de uitspraak van het hof in het kader van art. 265, dat aldus neergezet wordt: 'uit de bewoordingen en de ontstaansgeschiedenis van art. 6:265 BW blijkt dat in geval van tekortkoming een vordering tot ontbinding van de overeenkomst toewijsbaar is, tenzij de bijzondere aard of de geringe betekenis van de tekortkoming daaraan in de weg staat, zodat slechts een beperkte ruimte is opengelaten'. Dit is de kler van Abas: ook al is het beperkt, er is toch enige ruimte voor de redelijkheid. Van den Berg ziet ook de kler, en vooral: licht, terwijl Vranken in zijn noot opgewekt noteert dat 'behalve de bijzondere aard of de geringe ernst van de tekortkoming ook de redelijkheid en de billijkheid de bevoegdheid tot ontbinding kan aantasten'. Maar het blijft enigszins behelpen, zoals men ziet.

De volgende stap, een veel grotere stap (of opening in de kierende deur), komt met een arrest van 5 januari 2001, inzake de gevelplaten van het rotterdamse Plaza-gebouw die niet deugden, waarvoor Van den Berg aandacht gevraagd heeft.⁹⁵ Er was corrosie aan gevelplaten geconstateerd, enige tijd na oplevering van het gebouw (zgn. FFC, 'filiforme corrosie'). De opdrachtgever/eigenaar zet de aannemer voor het blok en eist, met een beroep op een garantie, dat de gehele gevelbeplating van het gebouw vervangen moet worden, hetgeen ruim f 6 mln gaat kosten. De aannemer, daarentegen, ziet de oplossing in de vervanging van enkele in het zicht zijnde gevelplaten en aangepast onderhoud. Het hof wijst de vordering toe, de garantie strikt toepassend, en dan komt de hoge raad eraan te pas. Diens uitspraak geeft geen soulaas voor de aannemer, maar leidt wel tot een heel interessante overweging over de vrijheid die een schuldeiser heeft bij het optreden tegen wanprestatie:

'In beginsel heeft de crediteur dan de keuze tussen nakoming, voor zover deze nog mogelijk is (dat wil hier zeggen het alsnog aanbrengen van een gevelbeplating zonder FFC) en schadevergoeding in enigerlei vorm (in dit geval heeft Multi Vastgoed aangeboden vervanging van enkele panelen en een aangepast gevelonderhoudsprogramma op haar kosten). De crediteur is evenwel niet geheel vrij in deze keuze, maar daarbij gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen' (ov. 3.5; hierbij wordt verwezen naar art. 7:21 BW, koop, en art. 7:12.8 Ontw. BW, aanneming van werk).

Zoals ook door Van den Berg is opgemerkt, valt niet goed in te zien dat hetgeen hier over de verhouding nakoming – schadevergoeding gezegd wordt, niet

94. HR 4 febr. 2000, NJ 562, nt JBMV, Mol c.s. - Meijer, waarover Abas, t.a.p.

95. HR 5 jan. 2001, NJ 79, Multi Vastgoed - Nethou, zie Van den Berg, t.a.p.

§1. WANPRESTATIE

evenzeer zou moeten gelden voor de relatie ontbinding – nakoming/schadevergoeding. Dat lijkt nu echt een kwestie van tijd geworden te zijn. Eenvoudig is het omgaan van de hoge raad echter niet; behalve gezichtsverlies dat speelt, is er ook nog de trouw aan het nieuwe BW, in een positivistische uitleg (waarvoor indertijd zo gewaarschuwd is van vele zijden, en even hard weggewimpeld van andere zijde), en *last not least* de rechtszekerheid die door voorstanders van art. 265 naar voren geschoven wordt (lees: de bescherming van schuldeisers). Zie in dat opzicht de betogen van Hartkamp, Hijma en Valk, kritisch besproken door Stolp (t.a.p., p.357). De laatste put overigens hoop uit een opmerking van Hammerstein uit 1998, vlak voor zijn zittingname in de hoge raad, dat de moderne benadering uiteindelijk de overhand zal krijgen. Van belang is in dit verband nog dat de gedachte om bij wanprestatie ook aanpassing van de overeenkomst in het pakket op te nemen, en die niet tot de dwalingsfiguur (art. 230) en onvoorziene omstandigheden (art. 258) te beperken, steeds meer aanhang begint te krijgen. Ik verwijs daarvoor naar het *WPNR*-artikel van Nieuwenhuis uit 1995, en het boekje van Hammerstein en Vranken van 1998.⁹⁶

Het *Plaza-gebouw*-arrest van 5 januari 2001 is overigens een minder begrijpelijke uitspraak, uit de Serie: ‘operatie geslaagd, patient overleden’. Men zou ook kunnen zeggen dat het een illustratie is hoe bouwgeschillen kunnen aflopen wanneer men van de gebaande weg van (bouw)arbitrage afgaat en de burgerlijke rechter opzoekt, die de bouwwereld niet kent. Ook Van den Berg, bouwrechtjurist, heeft zijn grote verbazing over het arrest uitgesproken.

Het was een turnkey contract, waarbij de aannemer normalerwijze voor het resultaat instaat, inclusief ontwerp, materiaal, etc. In casu was echter de opdrachtgever degen geweest die de coating van de gevelplaten gekozen had, boven het systeem dat in het bestek stond, hetgeen achteraf gezien een verkeerde keuze geweest was. De aannemer wordt daarvoor aansprakelijk gehouden door het Hof Den Haag, op grond van garantie die gegeven was met betrekking tot de deugdelijkheid van het bouwwerk, die door het hof letterlijk genomen wordt (de coating biedt ‘geen goede bescherming van de ondergrond tegen weersinvloeden’ en heeft dus geen ‘deugdelijkheid’). De gevelplaten waren van gecoat aluminium; de oorzaak van de corrosie, zoals later door TNO vastgesteld werd, is dat als gevolg van het omzetten van plaatranden de coating enigszins poreus geworden is op de buigradii; daardoor kunnen in lucht en regenwater aanwezige agressieve stoffen (Rotterdam!) door de coating heendringen en corrosie van het eronder gelegen aluminium veroorzaken.

De aannemer achtte de geëiste vervanging van alle gevelplaten disproportioneel; de corrosie was op enige afstand niet te zien, vervanging van platen boven de ingangen zou voldoende zijn, in combinatie met aangepast onderhoud. Daarover valt natuurlijk te twisten, maar het hof komt aan dat dispuut niet toe, aangezien het overweegt dat ook al zou het gebrek slechts van cosmetische aard zijn, dat niet afdoet aan de garantieverplichtingen van aannemer. De argumenten van deze kunnen derhalve ‘in het midden gelaten worden’, stelt het hof (ov. 9). De kosten van algehele vervanging van gevel beplating (*f* 6 mln) acht het hof niet buitenproportioneel ten opzichte van de aanneemsom (*f* 157 mln), terwijl er risico van

96. J.H. Nieuwenhuis, Vernietigen, ontbinden of aanpassen. Wat is het lot van teleurstellende overeenkomsten?, *WPNR* 6114/5 (1995), waarover Hammerstein en Vranken, t.a.p., nrs 13.; 43. Overigens heeft Hammerstein de hoge raad medio 2004 al weer verlaten, een verlies voor de modernisering van het contractenrecht. Zie over de ontbindingsvraag recent nog: J.P. Witsen Elias, ‘De ontbinding van een wederkerige overeenkomst is een paardenmiddel’, *Contracteren* 2004, p.50. Volgens schr. kan dat leiden tot ‘flinke kapitaalvernietiging’ voor het bedrijfsleven; hij spreekt de hoop uit dat de HR zal omgaan op dit punt.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

beschadiging van gevelpanelen zou zijn bij het alternatieve herstel, terwijl ook risico van kleurverschillen zou bestaan (ov. 13, 14).

De hoge raad is van oordeel dat een belangenafweging, gebaseerd op redelijkheid en billijkheid, hier op zijn plaats is, maar houdt het erop dat het hof dat gedaan heeft. Een moeilijk te verteren overweging is daarbij dat het 'in het midden laten' van de argumenten van aannemer ten aanzien van de cosmetische aard van het gebrek, door de cassatierechter met de mantel der liefde bedekt wordt: dat is 'kennelijk' meegenomen door het hof. Verder acht de raad die belangenafweging zozeer van feitelijke aard dat deze niet voor toetsing in cassatie vatbaar is; tenslotte is met de motivering door het hof ook niets mis. Het geheel doet denken aan de raad die mijn post-doktorale leermeester Schoordijk op college gaf: wanneer de hoge raad van "kennelijk" spreekt in een arrest, moet dat gelezen worden als: "kennelijk *niet*"! En daarmee valt het doek voor de aannemer, al zal er wel een rotterdamse oplossing gevonden zijn, na deze uitspraak; de gevelbeplating zat er overigens al vanaf de oplevering in 1991 op.

Nog enkele andere kwesties op het gebied van ontbinding. Er werd al op gewezen dat in het stelsel van het BW de praktijk tot hoofdregel wordt gemaakt en de bevoegdheid tot ontbinden bij partijen gelegd wordt. De rechterlijke ontbinding blijft mogelijk en zal met name van nut zijn indien de wanprestatie of de ontbinding omstreden zijn. Zie art. 6:265 BW. De partij-ontbinding geschiedt door een schriftelijke verklaring aan de wederpartij. In deze zin ook het engelse en het duitse recht, evenals het uniforme koopverdrag (LUVI) zo leest men bij Hartkamp (nr 518). Men kan zich afvragen of het vereiste van een *schriftelijke* verklaring wel door de wetgever gesteld moet worden, dat is in wezen een vraag van bewijs. Uit gedragingen en omstandigheden kan het voor de debiteur volstrekt duidelijk zijn dat de schuldeiser de overeenkomst ontbonden heeft; het kan hem ook mondeling meegedeeld zijn, terwijl de tijd ontbroken heeft voor een schriftelijke bevestiging. Ik breng in herinnering dat onder het oude recht in veel gevallen van wanprestatie een ingebrekestelling niet vereist is, terwijl bij overmacht aan de zijde van de debiteur de overeenkomst zonder verklaring van die strekking ontbonden is. In het duitse recht eist par. 349 BGB slechts een 'Erklärung' jegens de wederpartij in geval van wat men 'Rücktritt' noemt. In het engelse recht spreekt men in geval van wanprestatie bij de debiteur (onderscheiden in 'repudiation' en 'fundamental breach') van de bevoegdheid van de schuldeiser 'to treat the contract as at an end, as discharged'. Hij moet zijn beslissing bekend maken aan de wederpartij; Furmston spreekt in dit verband slechts van 'communicate to the other party'.⁹⁷ Ook het LUVI spreekt in art. 43 slechts van 'ontbonden verklaren', terwijl art. 14 stelt dat de in de wet bedoelde mededelingen 'moeten worden gedaan met de in de gegeven omstandigheden gebruikelijke hulpmiddelen'. De menselijke stem kan daartoe ook gerekend worden. Kortom, het nieuwe BW had hier met 'een verklaring' kunnen volstaan. Ik sta hierbij stil, omdat in de praktijk erg veel, vaak zeer verstrekkende, rechtshandelingen slechts mondeling plaatsvinden. Vaak ook wanneer het contract op straffe van nietigheid een schriftelijke verklaring eist, bijvoorbeeld in de bouw de opdracht tot wijzigingen door de aanbesteder (directie). Anders valt er niet te werken. Als in zo'n 'klimaat' een overeenkomst mondeling beëindigd wordt, moet dat rechtsgevolg kunnen hebben. Latere chicanes, met de wet in de hand, moeten afgesneden kunnen worden. Een wetgever dient daarmee rekening te houden, zoals elders ook gebeurd is.

97. Cheshire, Fifoot and Furmston, p. 603.

§1. WANPRESTATIE

Dan nog een laatste punt met betrekking tot ontbinding. Zoëven werd opgemerkt dat partijen kunnen overeenkomen dat hun contract niet door ontbinding beëindigd kan worden. De vraag is nu, of bij afwezigheid van een dergelijk beding ook van een onmogelijkheid van ontbinding sprake kan zijn. Brunner sneed deze kwestie aan in zijn noot onder *Automatic Signal - De Haas* (vgl. boven, nr. 10, in fine); hij vraagt zich af of het recht op ontbinding dat de wet geeft niet een regel is die omgekeerd zou moeten worden: ‘ontbinding is alleen toelaatbaar indien zij, gezien de aard van de wanprestatie en van de ondeugdelijke prestatie, mede met het oog op de gevolgen van ontbinding, gerechtvaardigd is’. Dat laatste is zijn inziens alleen het geval indien door opschorting van de tegenprestatie voor de crediteur geen bevredigend resultaat kan worden bereikt. Hier valt mijns inziens heel veel voor te zeggen; een bepalende faktor lijkt mij ook het type overeenkomst dat in het geding is, en het karakter van de prestatie die geleverd moet worden. Wat de gevolgen betreft, kan men daarbij ook denken aan het effect van de ontbinding, niet alleen op de debiteur, maar ook op de buitenwacht. De publieke opinie kan beïnvloed worden door de beëindiging van een contract, en daarmee de goede naam van de debiteur in kwestie.

Een zelfde situatie kan zich voor doen bij de opzegging, een figuur die in de praktijk nog al eens op één hoop gegooid wordt met de ontbinding. Er zijn veel punten van overeenkomst tussen beide rechtsfiguren; bij een opzegging hoeft geen sprake te zijn van een nalatig handelen van de wederpartij, men kan zich uitsluitend door eigen belang bij beëindiging van de overeenkomst laten leiden. Dat wil zeggen, ook hier getoetst aan het beginsel van de goede trouw.⁹⁸ Zoals elders besproken, is dat zelfs het geval indien het contract ‘opzegging te allen tijde’ toestaat - waarvan men naar mijn indruk in de praktijk niet altijd door-drongen is. Indien de wetgever de opzeggingsbevoegdheid onbeperkt geeft (‘zonder opgave van redenen’, ‘des goedvindend’) is de toets van goede trouw evenzeer op zijn plaats. Dit is naar mijn mening bijvoorbeeld het geval bij aanneming van werk (art. 7A:1647 BW; par. 14 lid 7 UAV); daarover zijn de meningen nog steeds verdeeld.⁹⁹

15. *Nakoming. De exceptio non adimpleti contractus (opschorting)*

De vordering tot nakoming biedt aanzienlijk minder problemen dan die tot ontbinding. Allereerst de situatie dat de daartoe aangesproken schuldenaar op zich geen moeite met nakoming heeft, ware het niet dat zijn schuldeiser boter op zijn hoofd heeft omdat hij nalatig is in de nakoming van zijn verplichting (wij gaan uit van een wederkerige overeenkomst). Eerstgenoemde kan zich verweren door in reconventie nakoming of ontbinding te vragen, doch dat is zwaar geschut. Hij is meer gebaat bij een opschorting van zijn verplichting, tot de ander zijn verplichting voldaan heeft. Het ‘gelijk oversteken’, dat al sinds de Romeinen ten grondslag ligt aan het denken over de overeenkomst. Een dergelijk verweer nu, is de *exceptio non adimpleti contractus* (het verweer dat

98. Zie onder, Hfdst. 7, § 2; uitvoeriger mijn diss. p. 47 v.

99. Zie behalve vorige nt in fine, J. Rozemond, *BR* 1989, p. 237, waar verdere lit.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

eiser het contract (zelf) niet is nagekomen). ‘De pot verwijt de ketel dat-ie zwart ziet’, in rond hollands (dat van die splinter versus balk in het oog, is uit het Nieuwe Testament; oog = put). Een oermenselijke reactie dus, maar geldt dat in het recht? De franse rechtspraak heeft er nooit moeite mee gehad dit verweer te aanvaarden, bij ons lag de hoge raad dwars, en is pas na de oorlog echt omgegaan, door de *enac* te accepteren, met als grondslag de goede trouw (*Van der Plas-Westland*, vgl. nog onder). Vele schrijvers waren de hoogste rechter daarin voorgegaan, in de laatste tijd vooral Ruitinga, die sprak van opschortingsrecht, een vertaling van de oude term ‘*dilatatore exceptie*’.¹⁰⁰ De wetgever had het verweer overigens mogelijk gemaakt bij de koop, artt. 1514 en 1550 oud BW; Suijling had hieruit het bestaan van een *algemene* exceptie afgeleid.

Het arrest van 8 maart 1946 *NJ* 186 betreft een koopovereenkomst tussen Van der Plas en de kistenfabriek Het Westland, gesloten in april 1940. Gekocht werd 50 stds. kisten, af te nemen voor 31 dec. 1940; Westland levert 3.7 stds in de loop van mei, aug. en sept. 1940 tot een bedrag van f849,19. Aangezien Van der Plas dat bedrag niet betaalt en een bedrag van f2240,26 uit vorige leveranties evenmin heeft betaald, weigert Westland de resterende 46.3 stds te leveren. Tot nakoming aangesproken, beroept Westland zich op de achterstallige betalingen, als *enac*. Zoals het hof overweegt, dient een koper volgens geldende usance gedeeltelijke leveranties telkens binnen 30 dagen na faktuurdatum te voldoen. De kern van de uitspraak van de HR is, conform het oordeel van het hof:

‘dat immers het hof het door van der Plas eischen van Westland van verdere levering van hout in strijd met de goede trouw en de billijkheid heeft geoordeeld, zolang de vorige leveranties niet door van der Plas waren betaald, zoodat van een ontheffing van een bij de overeenkomst aanvaarde verplichting geen sprake is;

dat ook overigens het middel ongegrond is, daar het hof met juistheid heeft beslist, dat bij een koopovereenkomst, waarbij in gedeelten moet worden geleverd en de koopprijs van een geleverd deel moet worden betaald telkens zekeren tijd na levering daarvan, de goede trouw en de billijkheid meebrengen, dat de koper geen verdere leveringen vermag te eischen, zolang hij zijnerzijds niet voldoet aan het verlangen van den verkoper tot betaling van de opeisbare bedragen verschuldigd ter zake van de eerdere leveringen’.

Men zou menen dat de cassatierechter het onwillige been heeft bijgetrokken en de *enac* hiermee als algemeen verweer aanvaard heeft. Toch zijn er schrijvers die deze conclusie te ver vinden gaan, en benadrukken dat er hier met zoveel woorden over een *koopovereenkomst* gesproken wordt, zodat onzeker is of de hoge raad ook bij andere soorten contracten het verweer aanvaardt. Aldus Rutten (gevolgd door Hartkamp) en Heyning-Plate.¹⁰¹ Als argument wordt aangevoerd dat in latere arresten de raad het beroep op het verweer afwijst, onder meer in een maatschap en een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten (striptease-danseres). Het heeft mij nooit zo kunnen overtuigen: ook bij aanvaarding van een algemeen verweer kan het in concreto toch wel (om uiteenlopende

100. Ruitinga, p. 39 v.; 66 v.; 173 v. Men vindt daar een arrest uit 1934 besproken dat vooruitloopt op *Van der Plas - Westland*, HR 8 maart 1946 *NJ* 186. Zie voor dit onderwerp ook nog Asser-Hartkamp II, nr 538.

101. Asser-Rutten II, 3e dr., p. 330; Asser-Hartkamp II, t.a.p. L.S.L. Heyning-Plate, *Eigenrichting tot zekerheid*, diss. Rotterdam 1973, p. 149.

§1. WANPRESTATIE

redenen, zie arresten) negatief uitpakken. Dat was trouwens ook in 1934 het geval, bij de voorloper die Ruitinga aanwees.

Gelukkig voor de weifelaars heeft de hoge raad in 1978 en 1988, in resp. een huur- en een onbenoemde overeenkomst, de exceptie van toepassing verklaard.¹⁰² Een hele opluchting. Intussen geeft ook hier het beginsel van de goede trouw aan dat de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval bepalend zijn voor de vraag of een beroep op de *enac* opgaat. In de rechtspraak zijn nadere voorwaarden gesteld, op die leest; zo was de hoge raad in 1958 van oordeel dat indien de wanprestatie bestaat in een ondeugdelijke levering de koper zich slechts op de exceptie mag beroepen indien hij het geleverde ter beschikking van de verkoper stelt. Een verfijning hierop is weer een arrest uit 1977, inzake tv-toestel waarvan beeld en kleur niet goed functioneerden. Uit het enkele feit dat de koper ondanks de geconstateerde gebreken het toestel blijft gebruiken, mag niet afgeleid worden dat hij het heeft 'aanvaard', zodat hij de betaling niet zou kunnen opschorten.¹⁰³

Verder blijven algemene regels gelden, zoals die dat men geen beroep kan doen op geringe wanprestatie. Soms kan het opschortingsrecht niet toegelaten worden omdat de overeenkomst in een volgorde van de prestaties voorziet, of dit door de wet of gebruik geboden is. Ook kunnen partijen dat stilzwijgend overeengekomen zijn, of kan het uit de aard van de overeenkomst voortvloeien.¹⁰⁴

In het BW vindt men het opschortingsrecht in art. 6:262; men zie Hartkamp, t.a.p.

16. *Onmogelijkheid van de prestatie en nakoming*

Het kan zich voordoen dat de schuldenaar, tot nakoming aangesproken, niet in staat is aan zijn verplichting te voldoen, bijvoorbeeld omdat hij de te leveren zaak niet meer in zijn macht heeft. Kan hij dan toch tot nakoming gehouden worden, desnoods met een dwangsom als prikkel? Uiteraard gaat het hierbij niet om een vervangbare zaak, dan dient de debiteur maar op eigen kosten voor een andere soortgelijke zaak te zorgen. Neen, wij hebben het hier over een species-zaak.

De vraag is minder academisch dan op het eerste gezicht lijkt; in de rechtspraak is zij twee keer voorgelegd aan de hoge raad, waarbij het dubbele verkoop en -verhuur van onroerend goed betrof. In het eerste geval had het hof geoordeeld dat de verkoper die het pand al aan de tweede koper geleverd had, het alsnog aan de eerste koper moest leveren. In het belang der wet werd dit door de hoge raad gecasseerd.¹⁰⁵ Het tweede geval, de dubbele verhuur, leidt tot een genuanceerder beslissing van de raad, het *Unigro*-arrest.¹⁰⁶

102. Zie Asser-Hartkamp II, t.a.p.

103. HR 4 maart 1977 *NJ* 337, nt GJS, *Kuipers - Duyvené en Remmers*.

104. Suijling, nr 309.

105. HR 9 mei 1969 *NJ* 338, nt HD, cassatie in het belang der wet.

106. HR 21 mei 1976 *NJ* 1977, 73, nt GJS, *Oosterhuis - Unigro*. In dezelfde zin: HR 27 juni 1997, *NJ* 1997, 641, *Budde - Toa Moa Cruising*.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

Het gaat om een kruideniersruzie; Oosterhuis heeft zijn winkelpand met bedrijfsinventaris in Blijham, gem. Bellingwolde (G) op 16 mei 1974 voor 10 jaar verhuurd aan Unigro NV in Veenendaal, ingaande op 1 okt. 1974, althans dat dacht de laatste. Er blijkt een kaper op de kust te zijn: op 4 sept. 1974 verhuurt Oosterhuis het pand, met overname van inventaris, voor 10 jaar aan Witkop Groothandel BV (dat klinkt noordelijk) met ingang van 1 sept. 1974, welke overeenkomst uitgevoerd wordt. Unigro heeft dus het nakijken. Dat zint haar niet en zij eist in kort geding nakoming door Oosterhuis van hun overeenkomst, die toch de eerste was. Het Hof Leeuwarden stelt haar in het gelijk en verbindt aan de vordering tot nakoming een dwangsom, met het argument dat de verschuldigde zaak nog bestaat en dat voor Oosterhuis (op grond van dat arrest) de mogelijkheid bestaat om dat tweede contract te doen ontbinden, zij het met een te verwachten schadeloosstelling voor Witkop. De hoge raad is het met dat laatste niet eens, aangezien die mogelijkheid niet zonder meer voortvloeit uit het arrest van het hof, waarbij Witkop geen partij was. De argumentatie van het hof wordt onvoldoende geacht, maar van meer belang is de norm die de cassatierechter het hof aanreikt:

‘dat in het algemeen een veroordeling tot nakoming van een verbintenis door de schuldenaar moet afstuiten op de onmogelijkheid voor dezen om die verbintenis ten tijde dier veroordeling na te komen, onverminderd het recht op schadevergoeding dat wegens de niet-nakoming aan de schuldeiser kan toekomen;

dat dit niet anders is indien de schuldenaar zich zelf in de toestand heeft gebracht dat nakoming voor hem onmogelijk is geworden, zoals wanneer de schuldenaar door eigen toedoen niet meer de beschikkingmacht heeft over de zaken die het voorwerp zijn van zijn verbintenis; dat met het laatste geval op één lijn moet worden gesteld het geval dat de schuldenaar deze macht wel kan herwinnen, maar slechts door het brengen van offers die, alle omstandigheden in aanmerking genomen, in redelijkheid niet van hem gevergd kunnen worden;

dat de gronden waarop het hof het verweer van Oosterhuis heeft verworpen, onvoldoende inzicht geven of het hof daarbij een juist criterium heeft aangelegd;’

Het hof had dus in concreto moeten onderzoeken, zo kan men hieruit afleiden, welke offers Oosterhuis zich zou moeten getroosten om de eerste overeenkomst gestand te doen, en of deze in redelijkheid van hem gevergd kunnen worden. Dat hij ervoor moet bloeden dat hij contractueel ‘vreemd gegaan’ is, levert hem geen verweer op; dat is wel het geval als hem het vel over de oren gehaald wordt.

Het middel van de dwangsom mag hierbij toegepast worden, zo stelde de hoge raad eveneens: indien de schuldenaar (echt) niet in staat is aan de veroordeling te voldoen, kan hij tegen de tenuitvoerlegging van het vonnis voor het verbeurde bedrag opkomen, op grond van de artt. 611b lid 2 j° 611 Rv.

Het is niet echt kinderachtig, wat de hoge raad hier voorstaat. Het is niet slechts een juridisch-technische oplossing die hier gegeven wordt voor het euvel van dubbele verkoop en verhuur, er zijn rechtspolitieke ondertonen. In zo’n driehoeksverhouding is vaak de derde, die met de zaak heenloopt, te kwader trouw, of zelfs een stroman van de verkoper (verhuurder); dat is alleen in de praktijk moeilijk of niet te bewijzen, en dan sta je als 1e koper met lege handen. Indien men wel kan bewijzen dat de 2e koper te kwader trouw verkregen heeft, biedt de jurisprudentie de 1e koper de mogelijkheid om hem uit onrechtmatige daad aan te spreken en te dwingen om de zaak hem alsnog te leveren, het *tante Neeltje*-effekt. De *Unigro*-zaak ligt mijns inziens in hetzelfde vaarwater. Op deze wijze kan men dit soort praktijken aanpakken, die naar normen van juridisch fatsoen, de goede trouw dus, niet door de beugel kunnen in de ogen van de rechter. In wezen hebben wij het hier weer over de vraag die boven aan de orde kwam, of opzettelijke wanprestatie-om-het-gewin aanvaard moet worden. De hoge raad

§1. WANPRESTATIE

stelt grenzen daaraan, in redelijkheid, gezien de omstandigheden. Indien louter winstbejag de drijfveer was, zal het offer dat de wanprestatie moet brengen niet gauw te hoog geacht moeten worden.

De problematiek ligt vlak naast die van het afbreken van onderhandelingen - een fase die slechts een stap terug ligt - en de vraag of dat rechtens geoorloofd is. Ook daar lopen commercie, fatsoen en rechtsnorm dooreen. Ik verwijs voor die materie naar elders.¹⁰⁷

De problematiek van onmogelijkheid van nakoming kan ook geplaatst worden in de context van het afstaan van als gevolg van de wanprestatie genoten voordeel, art.78. Dat gebeurde in een recente uitspraak inzake de overdracht van een aan onroerend goed verbonden melk-quotum.¹⁰⁸

In deze friese casus ging het om de overdracht van een kavel wei- en bouwland in 1984 door Zeinstra aan Giliam (te Pingjum) waarbij uitsluitend de grond verkocht werd, en niet het daaraan verbonden melk-quotum. Tegen de bedoeling van pp. in is echter nadien dat melk-quotum als gevolg van de Beschikking Superheffing op Giliam overgegaan. Op grond van de goede trouw was Giliam verplicht om, zodra dat mogelijk zou zijn, ervoor te zorgen dat het melk-quotum alsnog aan Zeinstra overgedragen werd. In 1990 werd het mogelijk om het melk-quotum afzonderlijk te over te dragen, hetgeen Giliam gedaan heeft, echter niet aan Zeinstra maar aan zijn neven, tegen betaling. Dat zint Zeinstra niet en pp. treffen elkaar uiteindelijk voor de hoge raad.

In cassatie gaat het - om procestechnische redenen - om de klacht van Giliam dat het in 1990 niet mogelijk was om een melk-quotum zonder grond aan derden over te dragen en dat niet van hem geveerd kon worden om aan Zeinstra behalve het quotum ook de grond over te dragen. Kortom: onmogelijkheid om na te komen; het hof had namelijk wanprestatie van Giliam aangenomen en een daaruit voortvloeiende verplichting tot schadevergoeding.

De hoge raad overweegt, aanhakend op de omstandigheid dat Giliam het melk-quotum in 1990 aan derden overgedragen heeft:

‘In dit laatste ligt besloten dat Giliam in 1990 in staat was de waarde van het melkquotum door overdracht aan een derde te realiseren, zoals ook het hof klaarblijkelijk heeft aangenomen. Daarin ligt tevens besloten dat Giliam, in verband met de niet-nakoming van zijn voormelde verbintenis jegens Zeinstra, toen in staat was tot het bedrag van deze waarde een voordeel te genieten in de zin van art. 6:78 BW, waarvan de inhoud, voor zover hier van belang, voor 1 januari 1992 reeds als geldend recht kon worden beschouwd, zulks mede gelet op art. 1481 (oud) BW. Dit brengt, mede in het licht van de eisen van redelijkheid en billijkheid, mee dat Giliam toen tot het bedrag van deze - door hem niet weersproken - waarde schadevergoeding aan Zeinstra verschuldigd is geworden, ook indien Giliam zich jegens Zeinstra erop zou kunnen beroepen dat de voormelde niet-nakoming niet aan hem kan worden toegerekend, nu overdracht van het melkquotum in 1990 niet mogelijk was zonder overdracht of verpachting van de grond en zulk een overdracht of verpachting van de grond aan Zeinstra toen niet van Giliam geveerd kon worden’ (ov. 2.4).¹⁰⁹

Op zich een niet echt verrassende uitspraak, indien men art.78 in gedachten heeft, maar daar moet men dan wel aan denken. Het afstaan van voordeel is dus een goed alternatief om een wanprestant tot andere gedachten te brengen, waarbij zoals altijd voorkomen beter dan genezen is (beter dan vòorkomen, zoals een haagse advokaat eens gezegd heeft).

107. Zie Hfdst. 3, § 1, nr 5.

108. HR 13 sept. 1996, *NJ* 732, *Giliam - Zeinstra*.

109. HR 13 sept. 1996, *NJ* 1996, 732, *Gilliam - Zeinstra*.

§ 2. Schade en schadevergoeding

1. *Wat is schade? Rechtskarakter van schade: normatief tegenover feitelijk schadebegrip*

In geval van wanprestatie kan de schuldeiser schadevergoeding vorderen van de schuldenaar; de schadevergoeding kan in de plaats treden van de prestatie of wel daarnaast verschuldigd zijn indien zij ondeugdelijk was (vgl. 6:95 v. BW; art. 1282 v. oud BW). De vaststelling van de omvang van de schadevergoeding is geen sinecure; slechts in enkele gevallen staat dat bij voorbaat vast, op grond van de wet (bijv. de wettelijke interessen van art. 6:119 BW) of krachtens een contractueel beding (schadevergoedings- en boetebeding (artt. 6:91-94 BW; denk ook aan het exoneratiebeding waarbij schadevergoeding tot het faktuurbedrag beperkt wordt). In alle andere gevallen dient de schade vastgesteld te worden die het gevolg is van de wanprestatie; de wet geeft daartoe enkele even klassieke als algemene richtlijnen. De schade bestaat uit het geleden verlies, opgevat als vermogensvermindering (*damnum emergens*) en winstderving (*lucrum cessans*); vergoed dient te worden de ‘kosten, schaden en interessen’ (art. 1282 oud BW). Dat laatste is een vertaling van ‘dommages et intérêts’ van de Franse code, waarbij met ‘intérêts’ op de winstderving bedoeld wordt. Naar huidig BW blijft dit schadeduo gehandhaafd, samengebracht onder de term ‘vermogensschade’; daarnaast kan schade bestaan uit ‘ander nadeel’, ‘voorzover de wet op vergoeding daarvan recht geeft’ (artt. 6:95 en 106 BW), waarin men de zogenaamde ideële schade zal herkennen.

Aan de vraag hoe de schade vastgesteld dient te worden gaat de vraag vooraf wat ‘schade’ eigenlijk is; de wettelijke regels helpen ons wat dat betreft niet veel verder. Wat moet men onder ‘verlies’ verstaan? Over het begrip schade bestaat groot verschil van mening in de doktrine; wij zullen allereerst bij die kwestie moeten stilstaan.

In 1949 werpt R.J. Polak in zijn dissertatie de vraag op naar het karakter van het schadebegrip, is dat een *feitelijk*, economisch begrip, zoals men doorgaans meent, of daarentegen een zuiver *juridisch*, normatief begrip?¹ Polak spreekt zich met nadruk voor de laatste zienswijze uit: het is niet slechts een kwestie van ‘zijn’ maar ook van ‘behoren’ stelt hij in zijn dialektische benadering. De tegenwoordige toestand wordt niet slechts boekhoudkundig vergeleken met het verleden (de vermogensvermindering), doch getoetst aan een toestand waarop men recht heeft, zo stelt hij. De aanvaarding van dit uitgangspunt door Bloembergen in zijn proefschrift van 1965, vormt de aanzet tot wat thans heersende leer genoemd kan worden, nu ook de rechtspraak zich in die zin opstelde.² Dit ondanks verzet van Slagter, Maeijer en Rutten, en in later tijd

1. R.J. Polak, *Aanspraak en Aansprakelijkheid uit Onrechtmatige Daad*, diss. Amsterdam (UvA) 1949, p. 17. Vgl. tevoren al enigszins in die trant, Van Goudoever, *Gedenkboek BW*, 1938, p. 479. Overigens wordt door mij in deze paragraaf de schade bij wanprestatie en onrechtmatige daad als één geheel behandeld, zoals gangbaar is.

2. A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, diss. Utrecht 1965, nr 11 v. Hij werd in zijn opvatting bijgevalen door o.m. Schut en J.H. Beekhuis. Vgl. ook nog van Bloembergen, *Schadevergoeding: Algemeen, deel I, Monografieën Nieuw BW*, 1982, nr 34, B-serie, p. 53 v. (nr 23). Zie voor de relatie tot het bestuursrecht het schadenummer van

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

Hartkamp.³ Het is derhalve nog steeds geen echt uitgemaakte zaak in de doktrine.

Nu ging Polak nog verder, en nam in het schadebegrip het aanspraak-element op; er moet sprake zijn van een rechtsbelang dat door een derde is geschonden. In dat laatste is hij vrijwel alleen komen te staan.⁴ Het eerste onderdeel van zijn opvatting, dat een beter lot beschoren was, zou ik gezien de oppositie die nog steeds door sommige schrijvers er tegen gevoerd wordt, aan een nader onderzoek willen onderwerpen.

Ook voor mij is aan weinig twijfel onderhevig dat schade een normatief begrip is, en niet zoals Rutten/Hartkamp stellen 'een louter feitelijk gegeven, bestaande uit een vermogensvermindering of de beroving van een voordeel'. Barendrecht omschreef dat laatste aldus: het feitencomplex is de schade, de uiteindelijk resulterende norm de schadevergoeding.⁵ Degeen die in de schaduw van Scholtens *Algemeen Deel* opgegroeid is kan dit al niet volgen: feiten en normen zijn naar hedendaagse inzichten toch niet te scheiden? De feiten worden immers met het oog op de norm geselecteerd, en de norm groeit toch mee met de feiten?⁶

Als men de methode van rechtsvinding erbuiten wil laten, zou volstaan kunnen worden met op andere rechtsfiguren te wijzen, zoals daar zijn de rechtshandeling (bijv. een overeenkomst) of een onrechtmatige daad, ook die rechtsbegrippen zijn toch normatief van aard?⁷ Een hoopje feiten wordt toch pas een overeenkomst of een onrechtmatige daad als ze met een normatieve stoffer en blik bijeengeveegd zijn. Norm komt van het latijnse *norma* = maatstaf of duimstok; normatief betekent dus 'gemeten naar een maatstaf'.⁸ Welnu een aantal feiten ('mijn auto rijdt niet'; 'bij het kruispunt zag ik ineens een deuk in mijn spatbord') wordt pas iets dat in rechte 'schade' genoemd wordt, door een proces van interpretatie, normtoepassing ('die auto heb ik net van jou gekocht, ik verwachtte dat-ie zou kunnen rijden'; 'jij kwam van links, ik verwachtte dat jij mij voorrang zou geven'). Er zijn zovele omstandigheden en verwachtingen gelieerd aan feiten, het selekteren van de rechtens relevante leidt hier tot de vaststelling van het begrip schade. Zoals wij nog zullen zien is dit geen louter technisch of logisch proces, maar maatschappelijk van aard: de samenleving bepaalt door middel van haar rechtsnormen wat zij in dat tijdsgewricht als schade opvat. Bij ideële schade zien wij dat heel duidelijk, wat vroeger

Bouwwrecht, BR 1987, p. 485 v. en de preadv. Ver. BR 1988, *Vergelijkend schadevergoedingsrecht*.

3. Asser-Hartkamp I, nr 409; vgl. ook J.M. Barendrecht, *WPNR* 5764 (1985), p. 789, op p. 7-92.

4. Opmerkelijk is echter dat veel Belgische schrijvers, zoals Laurent en De Page, eenzelfde standpunt innemen, zie J. Ronse, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, diss. Gent 1954, p. 41 v. Ronse is zelf overtuigd voorstander van een feitelijk schadebegrip; zie ook zijn *Schade en schadeloosstelling*, 2e dr. 1984, p. 8 v.

5. T.a.p., p. 792.

6. Ik verwijs voor dit onderwerp naar mijn opstellen in *Dialektiek rechtsvinding en rechtsvorming*, Deel 1a, 1984, o.m. p. 3 v.; 31 v. Dit is ook de kern van Larenz' visie op schade, hetgeen Magnus miskent, vgl. onder, nt 98.

7. Polak wijst zelf op de figuur van het subjektieve recht, t.a.p.

8. Zie voor die materie mijn bijdrage aan de lustrum-bundel EUR 1988, *Vuistregels, in de rechtsvinding*, in: *Vuistregels bij besluitvorming*, Rotterdam 1989, p. 187.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

weggelachen zou worden, wordt tegenwoordig in klinkklare munt vergoed. ‘Smartegeld’ werd in 1943 pas door de hoge raad als schadevergoeding erkend (*Van Kreuningen - Bessem, NJ 1943, 455*); in de rechtspraak is dit lange tijd slechts beperkt toegepast.

Er zijn nog verdere argumenten voor het normatieve karakter van schade. Een ‘feitelijk nadeel’ of een ‘feitelijke vermogensvermindering’ is heel vaak niet als simpele boekhoudsom vast te stellen; vaak vindt vaststelling *ex aequo et bono* (naar billijkheid) plaats; wat is de gederfde winst?, wat de toekomstige schade? Als men de zgn. abstracte schadeberekening daaraan toevoegt, is het feitelijk element helemaal zoek, de rechter bepaalt *in abstracto* wat de schade is. Per definitie is dit geabstraheerd van de concrete feiten en omstandigheden. Tenslotte is daar nog het vereiste causaal verband, dat al enige juristengeneraties geen feitelijk begrip is; van de redelijke verwachting is dit geëvolueerd naar de toerekening naar redelijkheid. Daarbij is de wisselwerking tussen feiten en normen compleet.

Wanneer Rutten/Hartkamp stellen dat aan het juridische begrip schade zoals in de wet gebruikt ‘de gewone betekenis moet worden gehecht die daaraan in het spraakgebruik wordt toegekend’, waarop Van Dale volgt, heeft dat geen zin (volgens spraakgebruik: dat is onzin). Bij hantering van een literair schadebegrip (‘door schade en schande wijs worden’) of één volgens dagelijks gebruik (nieuwslezer: ‘de hagel heeft schade aan de oogst toegebracht’), hoeft nog niet eens van economische schade sprake te zijn (resp.: wijs geworden, is hij vervolgens rijk geworden; de oogst zou toch doorgedraaid moeten worden). Kortom, het eind is zoek, een jurist heeft daaraan geen houvast. Bovendien, wat de één schade noemt, hoeft de ander nog niet als schade te zien. Om het handboek van Esser/Schmidt te citeren ‘*Schaden ist keine abstrakte Erscheinung, kein unmittelbarer Tatbestand, sondern ein Funktionsbegriff, der folglich nur im Kontext seiner jeweiligen Verwendung verstanden werden kann*’. Dit is des te opmerkelijker omdat de schrijver uiteindelijk het ‘normative Schadensbegriff’ zoals in de duitse literatuur verdedigd, afwijst.⁹

2. *Wat is schade? De inhoud van het schadebegrip. Ideële schade. Wat is vermogen? Beleidsaspecten*

Daarmee komen wij aan een tweede problematisch aspekt van het begrip schade, zijn *inhoud*. Wederom: wat is schade? De omschrijving zoëven van het geldend

9. Esser/Schmidt, *Schuldrecht*, § 31. Zijn kritiek op de normatieve stroming is gebaseerd op het gevaar van de vermenging van immateriële met vermogensschade, het lossen maken van de feitelijke grondslag van schade en tenslotte de ‘heimliche Einschleusung des Präventions- und Sanktionsgedankens in das Schadensrecht unter dem Deckmantel vermeintlicher Billigkeit’. Kom daar nog eens om! Aanhanger van een normatief schadebegrip is o.m. Larenz, in aansluiting op de duitse rechtspraak, zie *Schuldrecht I, Allg. Teil*, § 27 II. Deze visie, in de jaren ‘60 door Steindorff, Selb e.a. verdedigd, is in de vorm van ‘*wertende Betrachtung*’ thans algemeen aanvaard. Zie ook U. Magnus, *Schaden und Ersatz*, 1987, p.9 v. De spraakverwarring is echter groot. Vgl. ook C. Huber, *Fragen der Schadensberechnung*, 2e dr., Wenen, 1995, pp. 2, 7, 107, die op het gebruik van ‘fiktiver Schaden’ wijst, synoniem aan ‘normativer Schaden’.

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

BW is de neerslag van een discussie; 'schade is vermogensnadeel en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft' (vgl. art. 6:95 BW). Dat laatste is om te beginnen curieus, er wordt van 'wet' gesproken op een plaats waar men, sinds 1919, 'recht' zou verwachten.¹⁰ Het 'ander nadeel' is bij uitstek onderworpen aan maatschappelijke opvattingen die tot rechtsnorm worden (type: vormt het wegvallen van de arbeid als huisvrouw een schade die vergoed dient te worden?). Het eerste is niet minder questieus, wat verstaat de jurist onder 'vermogen', dat nadeel toegebracht zou zijn?

De gangbare opvatting is, dat een belang om tot het vermogen van een persoon te behoren *op geld waardeerbaar moet zijn*. Indien dat niet het geval is, spreekt men van ideële schade, ook wel aangeduid als immateriële schade, onstoffelijke, niet-ekonomische schade of smartegeld. De paradox is dat die schade vervolgens op geld gewaardeerd wordt, waarbij soms zelfs lijsten gehanteerd worden (in de trant van: het missen van een rechter duim = € 7.500). Als men bedenkt dat soms pure vermogensschade *ex aequo et bono* (met de natte vinger) vastgesteld moet worden, ziet men in dat de grens tussen beide schadevormen vloeiend is.

Ook om andere redenen is die grens vloeiend. Een bekend probleem is de affektieve waarde die de geledeerde aan een bepaalde, beschadigde zaak hecht of aan een goed verloop van de overeenkomst (een gekochte vakantie, bijv.). Is dat subjektieve oordeel doorslaggevend? Esser/Schmidt geeft als maatstaf dat de individuele affektieve waarde tot 'standardisierten Genüssen und Vorteilen' geworden moeten zijn. Een 'plezierige' vakantie hoeft daarmee niet een particuliere wens te blijven, bijvoorbeeld wanneer voor veel geld een vakantie gekocht is die als zodanig is afgeschilderd. Vakantiegenot is *gecommercialiseerd*, en derhalve kan op dat punt schade toegebracht worden, ideële schade.¹¹ Bij woongenot is dit nog gemakkelijker in te zien; iedereen wil wel rustig en landelijk wonen, maar nu dat in de koopprijs van een huis doorwerkt, is het een belang geworden dat schade toegebracht kan worden. De reeks van mogelijk rechtens te beschermen belangen is daarmee lang niet uitgeput, in abstrakte richting valt te denken aan levensvreugde, gezondheid, en tegenwoordig ook een gezond milieu; in de concrete sfeer vindt men dingen als 'Jagdfreude', om maar wat te noemen (men ziet overigens de rechtens te beschermen belangen in het kader van art. 6:162 BW; misschien had Polak het toch wel goed gezien, met zijn tweede schade-element).

Ondanks de commercie die alom, als een octopus, om zich heen grijpt, zullen er altijd hoogst individuele waarden blijven, die aan zaken gehecht worden. Het doet mij denken aan het mooie verhaal van Van Kooten, van de oude dame in het Gooi, die een briefje in het lege huis had achtergelaten met een tekst in de trant van: 'Beste mijnheer de inbreker, wilt u s.v.p. het raam achter u dicht doen, want vorige keer stond het open en zijn mijn planten doodgegaan'. Het is maar net wat je belangrijk vindt. Verzekering dekt veel schade, doch

10. Het 'ander nadeel' wordt overigens nader geregeld in art. 6:106 (naar billijkheid vast te stellen).

11. Vgl., indringend, Esser/Schmidt, t.a.p. Zie in dit verband het arrest van het engelse court of appeal, *Jarvis v Swans Tours Ltd* (1973) 1 A11 ER 71, met Lord Denning in een glansrol (ook in Beale, Bishop and Furmston, *Contract Cases and Materials*, 3e dr., 1995, p. 591).

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

meestal niet wat het meest dierbaar is. Bij mensen die normaal in elkaar zitten zijn dat doorgaans juist immateriële zaken.

Dat brengt mij op een principiële vraag, waarom zou in rechte slechts als vermogen aangemerkt kunnen worden hetgeen *op geld waardeerbaar is*? Waarom zo'n materialistisch standpunt? Meijers heeft zich uitdrukkelijk daarop gebaseerd en dit aan Boek 3 BW ten grondslag gelegd; een vermogensrecht is een recht dat 'of overdraagbaar is of ertoe strekt de rechthebbende *stoffelijk voordeel* te verschaffen', derhalve geldelijk voordeel.¹² Toch was dit ook toen al geen algemeen aanvaard standpunt; voor de oorlog heeft bijvoorbeeld Suijling al een niet-materialistisch standpunt ingenomen.¹³ Een haarlok, brief of vergeelde foto kunnen naar zijn mening wel degelijk tot iemands vermogen gerekend worden, evenals, wat minder romantisch, een geamputeerd been (overigens is dat laatste tegenwoordig weer geld waard, met het oog op transplantatie). In onze tijd, beheerst door de media, heeft deze problematiek een nieuwe dimensie gekregen met de kwestie van inbreuk op privacy. Heeft men schade als zijn foto gepubliceerd wordt, waarop men afgebeeld staat met een aantrekkelijke andere persoon, onder interessante omstandigheden? Bijvoorbeeld indien die ander niet de eigen vrouw is en men lid van een koninklijk huis, het kabinet, een kerkgenootschap, of hoogleraar ethiek is? (een leuke bijkomende vraag tegenwoordig is of men recht heeft op de extra recette die het publicerende boulevardblad dankzij de foto beurt, vgl. nog onder). Ook op dit terrein zijn in de rechtspraak regels ontwikkeld, die weer hun invloed op het schadebegrip hebben.

Zoals steeds, gaat het bij deze vragen nooit alléén om het individuele geval waarop de norm ontwikkeld en toegepast wordt; een norm (maatstaf) is per definitie ook op andere, toekomstige gevallen gericht.¹⁴ Men heeft daarbij steeds rekening te houden, zoals ook Bloembergen opmerkt, met de 'doeleinden (strekking) van het schadevergoedingsrecht', zodat 'bij het inkleuren van het begrip schade waardeoordelen mede een rol spelen'.¹⁵ Modieuzer gezegd, er is sprake van een *policy*, een beleid dat gevoerd wordt, niet alleen door de rechter, ook door partijen zelf, het verzekeringswezen, etc. Daarover nog enkele afsluitende opmerkingen.

De oervraag is natuurlijk, voor wiens rekening schade hoort te komen. Dient in beginsel ieder zijn eigen schade te dragen, of is het uitgangspunt dat elke schade vergoed moet worden, indien de dader te vinden is (desnoods met de overheid of een waarborgfonds als achtervanger). Ik verwijs voor die principiële discussie naar onder meer de *NJB*-serie die daaraan gewijd is.¹⁶ De gangbare opvatting, die ik zou willen volgen, is dat ieder zijn eigen schade drage, in beginsel. Om daar een keukentafel-filosofie onder te schuiven: 'zo is het leven nu eenmaal'. Wij brengen elkaar konstant schade toe, ook in materiële zin, hetgeen meestal rechtens geoorloofd is. Anders zou geen vrije concurrentie

12. Zie mijn diss. *Normatieve uitleg*, 1971, p. 290 v.; het betreft art. 3:6 BW.

13. Suijling, *Zakenrecht*, 1940, p. 9 v., 34 v. Aldus ook Asser-Scholten, *Zakenrecht*, 5e dr. 1913, p. 6; 8e dr. 1945, p. 7.

14. Esser/Schmidt, t.a.p., gaat vrij sterk van het individu uit; zo in wezen ook Rutten en Hartkamp. Intussen laat Schmidt zich ook sterk door een economische visie op schade leiden, vgl. ook Magnus, p. 13.

15. Vgl. *Mon. NBW*, p. 54.

16. Onder de titel: *Zelf dragen van geleden schade: regel of uitzondering?*, *NJB* 1980, p. 173 v. Ook als bundel gepubl.

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

mogelijk zijn, je mag een ander tot de bedelstaf brengen door hem te overtroeven als ondernemer, laat staan enige schade toe te brengen. De één zijn brood, is de ander zijn dood. Je mag een ander ook schade toebrengen door hem produkten te leveren die schadelijk zijn, voor zijn bedrijfsvoering of zelfs voor zijn gezondheid. Denk wat dat laatste betreft aan alcohol of sigaretten, ook al worden op dit terrein de zorgvuldigheidsverplichtingen aangescherpt (bijv. met de opdruk bij rookwaar die waarschuwt voor schade aan de gezondheid). Het recht stelt alleen maar grenzen, om uitwassen te voorkomen. Wetgeving volgt doorgaans op schandalen, die de maatschappij verontrusten en wakker schudden (van kinderarbeid tot consumentenkoop).

Een ander aspekt van het voeren van 'policies' is, dat men op zich best bereid is de schade in rechte te erkennen, maar dat er andere maatschappelijke overwegingen zijn om daartoe niet over te gaan. Het kan zijn dat de samenleving gewoon nog niet toe is aan het fenomeen (schadevergoeding van een draagmoeder eisen omdat zij tijdens zwangerschap rookte of dronk, e.d.), of de consequenties niet aantrekkelijk vindt. Als men bijvoorbeeld de barmhartige Samaritaan, die bij een ongeluk het slachtoffer hulp biedt aansprakelijk stelt omdat hij wat onhandig met hem omgegaan is ('wat zei de EHBO-cursus ook weer: laten liggen of optillen?'), moet men niet vreemd staan te kijken als het patroon ontstaat dat automobilisten doorrijden in plaats van hulp bieden bij een ongeluk. In de V.S., met zijn proceslustigheid, is dit al de gewone gang van zaken, willen wij dat ook in onze samenleving? Als men schade louter als een individueel probleem opvat (aldus Esser/Schmidt, en bij ons Hartkamp, c.s.), dan komt men niet eens aan de maatschappelijke problematiek toe, en drijft men doelloos mee op de stroom van gebeurtenissen. Tot het wellicht zó uit de hand loopt, dat de wetgever wakker wordt - zoals in Amerika in vele staten gebeurd is ten aanzien van samaritaanse situaties. Maar de wetgever kan niet alles regelen, nog afgezien van de vraag of wij zo'n Big Brother overal willen hebben.

Het beleidsaspect is bijvoorbeeld ook duidelijk bij economische of bedrijfs-schade als gevolg van wanprestatie of onrechtmatige daad (ook wel omschreven als 'zuivere vermogensschade' naast zaaks- en letselschade)¹⁷. Het 'waar blijven we dan'-argument wordt door onze rechters meestal niet uitgesproken, je hoort het wel gedacht worden. De engelse rechter, gewend om van zijn hart geen moordkuil te maken, doet dat wel. Bekend is bijvoorbeeld de uitspraak van Lord Denning in *Spartan Steel*; het betrof schade als gevolg van een stuk getrokken elektriciteitskabel. Ik parafrazeer: 'Wij willen geen vloed van claims ontketenen in dit soort gevallen; het is een gezonde engelse mentaliteit om de volgende dag wat harder te werken om de opgelopen schade goed te maken'.¹⁸ Intussen gebeurde dit in het kader van het causaal verband; het zal duidelijk zijn dat de toerekeningsvraag op dat terrein in osmose verkeert met de vraag of de schade in kwestie als juridische schade aangemerkt moet worden.

17. Zie voor een rechtsvergelijkende beschouwing over zuivere vermogensschade, mijn artikel: Liability for pure economic loss: rule or exception? A comparatist's view of the civil law - common law split on compensation of non-physical damage in tort law, *European Review of Private Law*, 1999-4, p. 397-428. Dit is het rapport door mij uitgebracht als General Reporter voor het IACL-congres van 1998 in Bristol.

18. *Spartan Steel v Martin* (1973) QB 27 (ook in Tony Weir, *A Casebook on Tort*, 3rd ed. 1974, p. 38). Dit is het zgn. 'floodgates' argument ('het hek van de dam').

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

De rechter kan bij zijn schadebeleid op de rem gaan staan, hij kan daarentegen ook een actieve rol spelen en tegen maatschappelijke wantoestanden optreden. Daarbij zou de omvang van de schadevergoeding die hij oplegt een hulpmiddel kunnen zijn. Schadevergoeding derhalve als straf of boete; wat partijen in die vorm kunnen overeenkomen, zou de rechter ook tot zijn beschikking hebben. In sommige landen, zoals de V.S., is men al overgegaan tot zgn. *punitive damages*, de rechter legt gedaagde boven de schadevergoeding aan geledeerde voor geleden schade, een additionele schadevergoeding op, als sanktie op onrechtmatig gedrag.¹⁹ In produktenaansprakelijkheidszaken kan dit in de miljoenen lopen. Ook in ons recht is de vraag gesteld of de rechter een dergelijke bevoegdheid heeft, met name of hij het strafelement wel mag laten meewegen bij zijn oordeel over de omvang van de schade. Een soortgelijke vraag betreft het corrigeren van een verrijking die zich bij de dader voordoet.

Een aardig geval voor de discussie is het onrechtmatig publiceren van een foto, waarmee de dader grote winst gemaakt heeft. De gefotografeerde mag zich tegen publikatie verzetten indien hij een 'redelijk belang' heeft, aldus art. 21 Auteurswet, terwijl hij ook door art. 1401 in zijn privacy beschermd wordt, vgl. HR 19 jan. 1979 *NJ* 383, nt LWH, 't *Schaep met de vijf pooten*'. Welke schade kan men als uitgangspunt nemen, en mag de winst gemaakt met de onrechtmatige publikatie meetellen? In het genoemde arrest werd als grondslag genomen de vergoeding die betrokkene had kunnen vragen indien tevoren toestemming gevraagd was. Omstreden is of ook de verrijking van de dader als ongerechtvaardigd 'meeegenomen' kan worden. Indien de rechter dat toewijst, lijkt mij dat hij in de sfeer van 'punitive damages' bezig is; op deze wijze wordt immers de gewraakte handeling afgestraft en soortgelijk handelen in de toekomst ontmoedigd (vergelding naast preventie). Indien het een maatschappelijk kwaad is dat men wil keren, lijkt daar alles voor te zeggen.

Vgl. voor dit onderwerp Bloembergen, *Mon. NBW*, p. 57, die een 'forse vergoeding' juist acht. Zie ook het hierop toegesneden art. 6:104 BW, en de verdere lit. bij Asser-Hartkamp I, nr 447. Vgl. ook Hof Amsterdam 13 sept. 1990, *Nieuwe Revue*, besproken door Van en Slok, *NJB* 1990, p. 1829.

3. *Het wettelijke stelsel van schadevergoeding, art. 6:95 v. BW. Vaststelling van schade; immateriële schade*

Hier volgt allereerst een kort overzicht van de wettelijke regeling van schadevergoeding, zoals neergelegd in art. 6:95 BW en volgende.²⁰

In art. 95 staat het uitgangspunt van de wetgever: schade is in beginsel *vermogensschade*; daarnaast wordt bij uitzondering 'ander nadeel' als schade aanvaard, maar alleen voorzover de wet daarnaar verwijst. Dat laatste is bijvoorbeeld het geval in art. 106, waar men de zogenaamde *ideële* of *immateriële* schade geregeld vindt, waarbij steeds van een 'aantasting van de persoon' sprake moet zijn (in de vorm van lichamelijk letsel, belediging of op andere wijze,

19. Vgl. voor die figuur Magnus, t.a.p., pp. 33, 46 v., 212 v.; voor 'peine privée' in het franse recht: G. Viney, *Droit civil V*, 1988, nr 5 v. Een interessante variant is de 'rétablissement de la légalité', gehanteerd om het schadelijk handelen i.h.a. te doen beëindigen (id. nrs 13, 25 v.). Zie ook nog onder nr. 6.

20. Deze sub-paragraaf is een bewerking van een gedeelte uit: Van Dunné, *Natuurschade verhaal*, Natuurmonumenten, 's Graveland, 1999; het werd ook gepubliceerd in een Reader voor het vak Capita Verbintissenrecht in Rotterdam, 1999.

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

bijvoorbeeld door geestelijk letsel). Schade toegebracht aan iemands vermogen zal doorgaans schade aan eigendom van zaken of van andere zakelijke of persoonlijke rechten betreffen. Een vraag die hierbij opkomt is wat subjectieve rechten zijn en hoe hun inhoud bepaald moet worden; kan bijvoorbeeld een ecosysteem voorwerp van een subjektief recht van een persoon zijn? Kan men ook voor belangen opkomen indien men geen subjectieve rechten kan pretenderen (akties in het algemeen belang ingesteld)?

Wat onder vermogensschade verstaan wordt, vindt men in art. 96; behalve geleden verlies en gederfde winst vormen ook redelijke kosten gemaakt met betrekking tot de schadegebeurtenis, inzake voorkoming, beperking, en vaststelling, een onderdeel van de schade. De 'redelijkheid' speelt hierbij al direct een rol, zoals men ziet. Bij veel schadevormen, zoals milieuschade, is dit een belangrijk thema, met name het nemen van preventieve of schadebeperkende maatregelen. Niet onbelangrijk is ook dat kosten gemaakt om zijn recht te krijgen, met name die van advisering door deskundigen, verhaald kunnen worden als onderdeel van de schade.

De vaststelling van de schade is onderwerp van art. 97, waarbij de vrijheid die de rechter heeft opvalt: hij kan zich laten leiden door de aard van de schade, en kan gebruikmaken van een *schatting* indien geen nauwkeurige methode beschikbaar is. Zoals wij nog zullen zien kan schade op twee manieren berekend worden: abstrakt of concreet, afhankelijk van het type schade. Verder kan uitgegaan worden van de waardevermindering die men in zijn vermogen geleden heeft, of van de kosten van herstelmaatregelen om het vermogensobject weer in de oude toestand te brengen. In de rechtspraak is bepaald dat de schadelijgende partij de keus heeft tussen die twee mogelijkheden, ook indien herstel aanzienlijk kostbaarder is dan de waardevermindering die in het spel is.

In de artikelen 103 - 105, met 109 als uitsmijter, vinden wij tenslotte nog enkele bijzondere bepalingen over de vorm waarin schadevergoeding kan plaatsvinden, Art. 103 stelt dat vergoeding in natura kan plaatsvinden (d.w.z. niet in geld maar door herstelmaatregelen); art. 104 geeft de interessante mogelijkheid, met name wanneer de schadeberekening gecompliceerd is, om de winst die de dader met zijn handelwijze behaald heeft 'af te romen'; art. 105, tenslotte, maakt het mogelijk om schade bij voorbaat te begroten en daarvan een voorschot te vragen, als bedrag ineens of in termijnen. Dit zijn alle interessante mogelijkheden voor toepassing bij schade die zich over een lange periode uitstrekt.

In art. 106 heeft de immateriële schade een (moeizame) regeling gevonden; zoals gezegd, stelt hierbij de wetgever 'aantasting van de persoon' als vereiste.

In art. 109 zien wij een algemene bevoegdheid van de rechter om tot matiging van de schade over te gaan indien dat billijk zou zijn, vanwege onder meer de aard van de aansprakelijkheid en de draagkracht van partijen.²¹ Zoals wij zullen zien, hoeft de rechter aan dat middel niet toe te komen, vanwege de grote vrijheid die hij heeft bij de vaststelling van schade. Het kan evenwel een geruststelling zijn, dat de mogelijkheid van matiging bestaat, wanneer de schade hoog kan uitvallen. Wanneer de aansprakelijkheid uit de hand dreigt te lopen, bijvoorbeeld omdat daarvoor geen verzekeringsdekking bestaat, is het ook een

21. In een arrest van 28 mei 1999, *NJ* 510 houdt de HR merkwaardigerwijze op dit gebied de rechter terughoudendheid voor (in andere zin: a-g Hartkamp).

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

andere geruststellende gedachte dat de wetgever kan ingrijpen door limieten voor aansprakelijkheid aan te brengen, bij algemene maatregel van bestuur, aldus art. 110.

Het begrip vermogensschade van art. 6:95. Vaststelling schade, art. 6:97. De tegenstelling: waardevermindering vermogen - herstel van schade

Door het begrip 'vermogensschade' te hanteren verwijst de wetgever al direct naar het kernonderdeel daarvan, het begrip 'vermogen'. Schade wordt algemeen opgevat als de vermindering van iemands vermogen; er bestaat echter minder zekerheid wat daarbij onder 'vermogen' verstaan moet worden. Zoals Bloembergen al in zijn dissertatie van 1965 stelt, kan niet bedoeld zijn vermogen in juridische zin, aangezien dit ongewijzigd kan blijven, terwijl er schade is, of omgekeerd wijziging ondergaan terwijl er geen schade is.²² Bedoeld wordt 'vermogen in feitelijk-ekonomische zin, namelijk datgene wat geldswaarde heeft, datgene wat op geld te waarden is - waarbij onverschillig is of dit zich al dan niet belichaamd heeft in een recht - zulks onder aftrek van de passiva, dus van datgene wat negatieve waarde heeft' (t.a.p.). Bloembergen verwijst daarbij naar Suijling, die vermogensrechten omschrijft als 'op geld waardeerbare rechten, dat zijn rechten ter verkrijging waarvan de normale mens bereid is zich financiële offers te getroosten'.

In de praktijk wordt vermogensschade opgevat als *waardevermindering*, hetgeen vastgesteld wordt door middel van de simpele rekensom: waarde vòòr de schadetoebrengende gebeurtenis, minus waarde nà die gebeurtenis. Over de wijze van berekening van de waarde van een vermogensbestanddeel valt aanzienlijk meer te zeggen.

Dan wordt nu ingegaan op de schadevaststelling, zoals dat in de praktijk gebeurt, aan de hand van voorbeelden uit de rechtspraak die daarvoor illustratief zijn.²³ Zoals gezegd, is het uitgangspunt de waardevermindering in het vermogen van de schadelijdende partij; deze dient in de toestand gebracht te worden zoals die zou zijn geweest indien de schadetoebrengende handeling zich niet had voorgedaan. Een bekend thema daarbij is de problematiek van *abstrakte* versus *concrete* schadeberekening, die hieronder nog besproken wordt. De abstrakte schadeberekening is overigens niet in de wet geregeld, maar valt onder het begrip: 'aard van de schade', van art. 97.

Het karakter van art. 97, dat hier de toon aangeeft, wordt duidelijk uit de hier volgende rechtspraak van de hoge raad. Dat geldt met name voor de kenmerken van dat artikel: de *vrijheid* van de rechter bij schadevaststelling, het belang van de *aard* van de schade, en de mogelijkheid om van *schatting* gebruik te maken als geen nauwkeuriger methode beschikbaar is.

22. Bloembergen, diss. p.22. In 1889 klaagde Drucker al dat er geen heldere omschrijving van vermogen onder juristen bestaat (en evenmin trouwens onder ekonomen); hij kiest voor de zienswijze van een oostenrijks auteur, Hasenöhrl, die onder vermogen verstaat: 'alle zum Eintritte in den Verkehr geeigneten Güter und Vortheile, über welche ein Mensch seine Herrschaft ausübt'. Zie *RM* 1889, p.21.

23. Voor een bespreking van dit onderwerp, zie bijv. Asser-Hartkamp I, nr 415 v., waar verdere literatuur.

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

Het eerste arrest is een voorbeeld van schadevaststelling, waarbij het om zaken gaat die bepaald wel een marktwaarde hebben, maar er problemen zijn om die vast te stellen, namelijk containers die in gebruik zijn, het arrest *Unico - Harteman Vastgoed*.²⁴

Het ging om 60 containers die ontvreemd waren in 1975. Tijdens de procedure, in 1988, was de nieuwbouwprijs f 5.000 à f 6.000 per stuk; de eigenaar, Unico, stelt de waarde op f 2.475 per stuk, conform opgave aan de politie in 1975. Getuigen, gehoord in 1980-1982, spreken echter van een waarde tussen f 200 en 450. Het hof stelt de waarde in het economisch verkeer in 1975 vast op f 1.200. Daarvan gaat Unico in cassatie. De uitspraak van de hoge raad is een aardige samenvatting van het recht op dit gebied:

‘3.2 Onderdeel 1 van het middel voert een rechtsklacht en een motiveringsklacht aan tegen ‘s-hofs oordeel dat de omvang van de schade in beslissende mate wordt bepaald door de marktwaarde van de containers in maart 1975.

De rechtsklacht faalt. Wanneer, zoals hier het geval is, door een onrechtmatige daad een zaak geheel en al verloren gaat voor de rechthebbende, lijdt deze door dit verlies een nadeel in zijn vermogen gelijk aan de waarde van de zaak. De vergoeding hiervoor zal steeds tenminste belopen het geldsbedrag waarin deze waarde kan worden uitgedrukt. De waarde moet in het algemeen worden gesteld op de waarde in het economische verkeer van de zaak ten tijde van het verlies, door het hof ook aangeduid als marktwaarde, resp. waarde in het handelsverkeer. Nu door het hof geen bijzondere omstandigheden zijn vastgesteld die tot een ander oordeel nopen - de in het onderdeel genoemde omstandigheid dat de vraag naar containers als de onderhavige gering was, kan niet als zodanig worden aangemerkt - is ‘s hofs uitgangspunt derhalve juist. De vaststelling van deze waarde is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt. De bestreden overwegingen van het hof hieromtrent zijn niet onbegrijpelijk en geven voldoende inzicht in ‘s hofs gedachtengang.

Ook de motiveringsklacht mist derhalve doel.

3.3. Onderdeel 2 bestrijdt ‘s hofs oordeel dat de in r.o 3 van zijn eindarrest vermelde gegevens het hof in staat stellen de waarde van de containers in het economisch verkeer in maart 1975 ‘ex aequo et bono’ te bepalen. Anders dan onder het onderdeel a betoogt, verzet geen rechtsregel zich tegen vaststelling van een waarde in het economisch verkeer door middel van een redelijke schatting indien de waarde niet nauwkeurig kan worden bepaald.

De klachten onder b en c komen erop neer dat het hof een deskundigenbericht had moeten bevelen omdat in zijn tussenarrest van de wenselijkheid van een zodanig bericht werd uitgegaan. De klachten falen omdat het hof niet aan dat voorlopig uitgangspunt gebonden was.’

Even instruktief is een uitspraak uit hetzelfde jaar, met betrekking tot immateriële schade, waarbij de hoge raad eveneens grote vrijheid aan de rechter laat bij de schadebepaling, die zelfs zonder nader bewijs aangenomen kan worden door het hof, met een stelplicht die zeer beperkt opgevat wordt: *P. - Gem. Amsterdam* (inzake epileptische aanval van arrestant in politiecel).²⁵ Dit arrest komt hieronder, bij de bespreking van art. 106 (immateriële schade) nog ter sprake.

24. HR 12 april 1991, *NJ* 434. Het is overigens heel curieus dat die onzekerheid in casu zou bestaan, bij containers.

25. HR 28 juni 1991, *NJ* 746.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

Een tweede arrest over de methode van vaststelling van materiële schade dat van belang is, is *Gem. Den Haag - Van Schravendijk* uit 1993.²⁶

De casus is deze, dat bij de bouw van de Utrechtse Baan en het Paleis van Justitie in Den Haag de grondwaterstand tijdelijk door bemaling verlaagd moest worden voor het werk in de bouwput; het pand van Van Schravendijk, waarin hij zijn advocatenpraktijk uitoefent, loopt ernstige schade op doordat de fundering droog komt te liggen, met zetting en verzakking tot gevolg, waarvoor hij verhaal zoekt op de gemeente. Nu hadden deskundigen vastgesteld dat de waardevermindering van zijn pand gesteld moest worden op f 440.000; de kosten van herstel waren door een aannemer begroot op f 1,3 mln. De eigenaar kiest voor schadevergoeding op basis van herstel van het pand, hetgeen door de gemeente geweigerd wordt, die slechts bereid is om de vermindering in vermogenswaarde te betalen. Het hof stelt Van Schravendijk in het gelijk, waarop de gemeente in cassatie gaat. De hoge raad overweegt als volgt:

‘4.2 Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat, naar het hof terecht als uitgangspunt heeft genomen en het middel ook niet bestrijdt, de eigenaar van een zaak die wordt beschadigd, een nadeel lijdt, gelijk aan de waardevermindering welke het desbetreffende vermogensbestanddeel heeft ondergaan, en dat, indien het een zaak betreft waarvan herstel mogelijk en verantwoord is, het geldsbedrag waarin deze waardevermindering kan worden uitgedrukt, in het algemeen gelijk zal zijn aan de - naar objectieve maatstaven berekende - kosten, welke met herstel zullen zijn gemoeid. (HR 16 juni 1961, *NJ* 444 en HR 12 april 1985, *NJ* 625).

4.3.1 Onderdeel 1a keert zich meer in het bijzonder tegen r.o 15 van ‘s-hofs arrest en betoogt primair dat het hof heeft miskend dat schadevergoeding aan een eigenaar van onroerende zaken op basis van herstel in de oude toestand slechts dan verantwoord is, indien de kosten van herstel, vermeerderd met de waarde van de onroerende zaken na het schade-evenement, de waarde van die zaken voor dat evenement niet overtreffen.

Dit betoog kan in zijn algemeenheid niet als juist worden aanvaard. In beginsel is ervan uit te gaan dat de eigenaar van een gebouw dat onrechtmatig is beschadigd, aanspraak erop heeft in de gelegenheid te worden gesteld tot herstel. Zulk herstel kan ook verantwoord zijn indien de daarmee gemoeide kosten het bedrag van de als gevolg van de toegebrachte schade opgetreden waardevermindering overtreffen. Of zulks het geval zal zijn, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de functie van de zaak voor de eigenaar - dient zij voor eigen gebruik (ter bewoning of ter uitoefening van een bedrijf of een beroep) of ter belegging -, de mogelijkheid om - aangenomen dat afbraak en herbouw ter plaatse in verband met de daaraan verbonden kosten in ieder geval niet in aanmerking komen, zoals het hof in het onderhavige geval in r.o 15 slot, in cassatie onbestreden, heeft geoordeeld - elders een zaak te verwerven die voor wat betreft gebruikersmogelijkheden, ligging, prijs en andere relevante factoren als gelijkwaardig aan de zaak - in onbeschadigde toestand - kan worden beschouwd alsmede de mate waarin de kosten van herstel in de oude toestand het bedrag van de waardevermindering overtreffen. Omstandigheden als hiervoor aangeduid kunnen meebrengen, dat, hoewel de herstelkosten de waardevermindering overtreffen, toch van de getroffen eigenaar in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij, ter wille van de belangen van de schadeveroorzaker, zijn aanspraak beperkt tot het bedrag van de waardevermindering.

4.3.2. Het vorenoverwogene brengt mede dat ook het subsidiaire betoog van het onderdeel, volgens hetwelk herstel, ingeval de kosten daarvan de waardevermindering overtreffen, overantwoord is indien de beschadigde onroerende zaken niet alle tot eigen gebruik van de eigenaar maar ten dele tot belegging dienen, eveneens in zijn algemeenheid niet opgaat.

4.3.3. Meer subsidiair betoogt het onderdeel dat herstel in ieder geval onverantwoord is bij een onevenredigheid tussen enerzijds de omvang van de waardevermindering en de waarde van de huizen voor het schade-evenement en anderzijds die van de kosten verbonden aan herstel in de

26. HR 1 juli 1993, *NJ* 1995,43, nt CJHB; *NTBR* 1994, p. 61, nt Spier.

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

oude toestand, zoals deze - aldus het onderdeel - in dit geval volgt uit de taxaties van de door de rechtbank benoemde deskundigen enerzijds en de door het hof aangenomen kosten van herstel anderzijds. Ook in zoverre faalt het onderdeel. Daargelaten dat het hof de juistheid van de taxatie door de rechtbank benoemde deskundigen in twijfel heeft getrokken en het middel 's hofs desbetreffende overwegingen - zoals hierna onder 4.5 zal blijken, tevergeefs bestrijdt - komt immers, zoals uit het hier overwogene volgt, aan het enkele verschil tussen het bedrag van de waardevermindering en dat van de herstelkosten in de regel geen beslissende betekenis toe, terwijl het niet aan de cassatierechter is om te beoordelen of het volgens het onderdeel in dit geval bestaande verschil tot een ander oordeel noopt.'

Men ziet hoe hier, met een beroep op de omstandigheden die van belang kunnen zijn, zeer hoge herstelkosten gevorderd kunnen worden, ondanks een aanzienlijk lagere waardevermindering van de beschadigde zaak in kwestie. Dit is ook voor andere schadevormen van belang, zoals milieuschade, waar de vaststelling van de waarde van een ecologisch systeem questieus is en slechts tot een laag bedrag zou leiden.

In zijn noot wijst Brunner erop dat indien zaken uniek en onvervangbaar zijn de vraag of herstel verantwoord is moeilijk te beantwoorden is, aangezien de waarde in het economische verkeer niet altijd met zekerheid vast te stellen is. Met betrekking tot roerende zaken merkt Brunner op:

'Daar komt bij dat onvervangbare zaken het belang van de eigenaar bij herstel gewicht in de schaal kan leggen, ook als de zaak economisch als verloren beschouwd zou moeten worden aangemerkt. Te denken valt daarbij aan voorwerpen van kunst of wetenschap. De herstelkosten zullen dan eerder als maatstaf voor de schade kunnen worden aangemerkt, dan de vaak arbitraire economische minderwaarde.

Hetzelfde geldt voor onroerende zaken. Wordt een oude kerk beschadigd, dan is de waarde van de kerk voor de beschadiging geen goede maatstaf voor de vraag of het verantwoord is haar te herstellen. kerkgebouwen zijn niet of nauwelijks in de handel, afbraak is veelal maatschappelijk niet aanvaardbaar, omdat de kerk een kulturele en historische betekenis kan hebben, die herstel noodzakelijk maakt. Naarmate echter het gebouw nieuwer is en vervanging door een gelijkwaardig gebouw gemakkelijker - men denke aan woonhuizen van een veel voorkomend type in een nieuwbouwwijk - zal de vervangingswaarde meer in aanmerking komen voor de bepaling van de te vergoeden schade, dan de daarboven uitgaande herstelkosten.'

Hiermee zijn de belangrijkste elementen van de methode van schadevaststelling bij zaaksschade besproken. Enkele andere aspecten komen hieronder nog bij de behandeling van de immateriële schade aan de orde.

Het is nog van belang om erop te wijzen dat volgens de rechtspraak van de hoge raad de feitelijke rechter bij het begroten van de schade 'niet gebonden is aan de gewone regels omtrent stelplicht en bewijs'.²⁷ In het arrest van 1996, *Rummikub*, voegde de Hoge Raad aan die regel nog toe, dat er ook geen strenge motiveringsplicht voor de rechter geldt en werd zijn vrijheid benadrukt:

27. Aldus HR 18 april 1986, *NJ 567*, nt G, *ENCI - Lindelauf* (zie ook onder). Deze visie werd bevestigd in HR 15 nov. 1996, *NJ 1998*, 314, *Hertzano c.s. - Simon c.s.* (alias: *Rummikub*). Beide uitspraken betreffen economische schade als zuivere vermogensschade ('bedrijfschade'), in het eerste geval bij stroomuitval als gevolg van een onrechtmatige daad (graafwerkzaamheden), in het tweede geval van oneerlijke mededinging (slaafse nabootsing van het spel 'Rummikub').

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

‘Bij de beoordeling van deze klachten moet worden vooropgesteld dat de tot het vaststellen van een schadevergoeding geroepen rechter de schade moet begroten op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is, en dat de wijze van begroting sterk met de feiten is verweven en in zoverre in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst (HR 18 april 1986, *NJ* 567). Voorts moet in aanmerking worden genomen dat aan de motivering op dit punt geen strenge eisen kunnen worden gesteld, en voorts dat de rechter die over de feiten oordeelt de vrijheid heeft om schade reeds aannemelijk te achten op grond van het vaststaan van feiten waaruit in het algemeen het geleden zijn van schade kan worden afgeleid en om vervolgens de omvang van de schade te schatten (HR 28 juni 1991, *NJ* 746).

Tenslotte is in het onderhavige geval van belang dat het hof in rov. 19 heeft vooropgesteld dat de omvang van de schade, bestaande uit winstderving wegens omzetverlies en prijsbederf niet nauwkeurig kan worden vastgesteld omdat zij afhankelijk is van hypothesen, en dat de omvang van deze schade dus aan de hand van de in dit geding naar voren gebrachte gegevens zal worden geschat.’

Men ziet hoe hier de rechter, gesteld voor de keuze tussen schadeberekeningen die op verschillende hypothesen gebaseerd zijn, de vrije hand heeft om een schatting te maken.

De vergoeding van immateriële schade, art. 6:106 BW

Hierboven kwam de vergoeding van immateriële of ideële schade al even aan de orde; het is nu zaak om daarop nader in te gaan. Hier volgt voor de goede orde de tekst van art. 106:

Art. 106: 1. Voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, heeft de benadeelde recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding:

- a. indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen;
 - b. indien de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast.
- (...)

Allereerst wordt ingegaan op de techniek van het vaststellen van immateriële schade, zoals dat in recente rechtspraak tot uiting komt.

Hierboven werd het geval van de arrestant die in de politiecel schade oploopt al genoemd, het arrest *P. - Gem. Amsterdam* van 1991.²⁸ De politie had onrechtmatig gehandeld door P. niet in de gelegenheid te stellen om zijn medicijnen tegen epilepsie in te nemen; hij krijgt in de cel een epileptische aanval en hij vordert de als gevolg daarvan geleden immateriële schade van de gemeente. Nu maakt art. 106 het mogelijk om de schade naar billijkheid vast te stellen, en de uitleg die daaraan gegeven wordt heeft verstrekkende gevolgen ten aanzien van stelplicht en bewijslast van het slachtoffer, die namelijk uiterst soepel gehanteerd worden. Hier volgen de overwegingen van de hoge raad, waaruit de casus duidelijk wordt:

‘3.2 Het hof is ervan uitgegaan dat P eerst in de middag van 28 april 1983 de politie erop heeft gewezen dat het voor hem noodzakelijk was zijn medicijnen te gebruiken. Het heeft voorts - terecht - tot uitgangspunt genomen dat de gemeente een zorgverplichting heeft ten aanzien van ingesloten arrestanten. De omvang van deze zorgplicht hangt af van de omstandigheden,

28. HR 28 juni 1991, *NJ* 746.

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

waarbij o.m van belang kan zijn wat bekend is of behoort te zijn omtrent de conditie waarin de arrestant bij zijn insluiting verkeert.

Het hof heeft echter geoordeeld dat de gemeente jegens P niet in haar zorgverplichting is te kort geschoten. Het heeft dit oordeel enkel daarmee gemotiveerd dat P “in de allereerste plaats zélf de verantwoordelijkheid voor zijn eigen gezondheid draagt” en dat, kort gezegd, tenminste van hem mocht worden verwacht dat hijzelf bij herhaling duidelijk en gemotiveerd de politie op zijn gezondheidstoestand en het daarmee samenhangend noodzakelijk medicijngebruik zou wijzen.

Deze motivering is echter onvoldoende begrijpelijk in het licht enerzijds van hetgeen omtrent de conditie van P bij insluiting ligt besloten in wat het hof heeft vastgesteld omtrent de onmiddellijk aan de insluiting voorafgegane omstandigheden dat de desbetreffende medicijnen op hem waren aangetroffen en dat namens zijn raadsman voornoemde mr. Pinkster op 27 april 1983 de wachtcommandant van het bureau Warmoesstraat had gewaarschuwd. Voor zover de eerste klacht daarover klacht, is zij gegrond.

3.3 Het hof heeft voorts, klaarblijkelijk veronderstellenderwijs aannemende dat P door het onthouden van medicijnen een epileptisch insult heeft geleden en dat dit onthouden een onrechtmatige daad van de gemeente oplevert, geoordeeld dat ook uitgaande van deze veronderstellingen de vordering niet toewijsbaar is. Het motiveert dit oordeel als volgt: “Dat P materiële of immateriële schade door een epileptisch insult in zijn cel heeft geleden en in welke vorm die schade zich heeft voorgedaan, is door hem niet gesteld en ook niet gebleken en P heeft te dien aanzien geen bewijs aangeboden”.

Het middel klaagt terecht dat dit oordeel niet naar de eis der wet met redenen is omkleed. Het is voldoende voor toewijzing van een vordering tot schadevergoeding dat feiten worden gesteld en komen vast te staan waaruit in het algemeen het geleden zijn van schade kan worden afgeleid. Alsdan staat het de rechter vrij om, mede in aanmerking genomen de aard van de schade, zonder nader bewijs aannemelijk te achten dat schade is geleden en de omvang hiervan vervolgens in te schatten. Tegen de achtergrond van een en ander is niet begrijpelijk op welke grond het hof tot zijn hiervoor vermelde oordeel is gekomen. De inleidende dagvaarding laat immers geen andere conclusie toe dan dat P heeft gesteld dat hij als gevolg van de onrechtmatige daad van de gemeente een epileptisch insult heeft gehad en dat hij als rechtstreeks gevolg hiervan immateriële schade heeft geleden, waarmee P aan zijn stelplicht te dezer zake heeft voldaan. Voorts maakt ‘s hofs motivering niet duidelijk, waarom het, wanneer evenbedoelde veronderstellingen van het hof tot uitgangspunt worden genomen, niet om een zodanige aantasting van de persoon zou gaan dat zonder nader bewijs kan worden aangenomen dat P - vergoedbare - immateriële schade heeft geleden, ook al zou hij bij het epileptisch insult geen lichamenlijk letsel hebben opgelopen.

Ook de tweede klacht treft derhalve doel.’

Een tweede zaak is eveneens een illustratie van de vrije hand die de rechter op dit gebied heeft; in het arrest *AMC - O.* uit 1992 was sprake van een actie tot schadevergoeding van een patient van het AMC die door een fout van het ziekenhuis met het aidsvirus besmet was. Het arrest is niet alleen van belang voor de methode van schadevaststelling, waarbij met name een beroep werd gedaan op voorbeelden uit het buitenland, maar ook voor de vraag of dergelijke gecompliceerde rechtsvragen wel in kort geding behandeld kunnen worden. Beide vragen worden door de hoge raad in positieve zin beantwoord. Het college overweegt als volgt:

‘Ook naar het vóór 1 januari geldende, hier toepasselijke recht heeft iemand die als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, lichamenlijk letsel heeft opgelopen, recht op een naar billijkheid vast te stellen vergoeding van het door hem geleden nadeel dat niet in vermogensschade bestaat. Bij de begroting van deze vergoeding dient de rechter rekening te houden met alle omstandigheden. Hierbij moet in geval als het onderhavige met name worden

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

gedacht aan enerzijds de aard van de aansprakelijkheid en anderzijds de aard, de duur en de intensiteit van de pijn, het verdriet en de gederfde levensvreugde die voor het slachtoffer het gevolg zijn van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. Onder het verdriet is ook begrepen het verdriet dat het slachtoffer heeft doordat als gevolg van deze gebeurtenis zijn levensverwachting is bekort. Ook van deze schade is de begroting voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt. Die begroting is sterk met feiten verweven en kan in zoverre in cassatie niet op haar juistheid worden getoetst, terwijl de rechter daarbij ook niet gebonden is aan de gewone regels omtrent stelplicht en bewijs. Wel zal in cassatie kunnen worden getoetst of de rechter heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, of ter zake van de wijze van begroting (vergelijk HR 18 april 1986, *NJ* 567).

Het ligt in de rede dat de rechter bij zijn begroting let op de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend, daaronder begrepen de maximaal toegekende bedragen. Geen rechtsregel belet de rechter mede acht te slaan op de ontwikkelingen in andere landen met betrekking tot de toegekende bedragen, zij het dat deze ontwikkelingen niet beslissend kunnen zijn voor de in Nederland toe te kennen bedragen. De rechter in kort geding kan ook met betrekking tot nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, een voorschot op de schadevergoeding toekennen. Deze rechter zal niet alleen hebben te onderzoeken of uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist, maar ook of uiteindelijke toewijzing van de vordering van het slachtoffer op de aansprakelijke persoon naar zijn voorlopig oordeel voldoende aannemelijk is, terwijl hij tevens in de afweging van de belangen van partijen zal hebben te betrekken het risico dat geen restitutie kan worden verkregen van het ter voldoening aan de uitspraak in kort geding betaalde voorschot indien uit een uitspraak in het bodemgeschil voortvloeit dat dit voorschot moet worden terugbetaald (vergelijk HR 20 maart 1985, *NJ* 1986, 84).

3.4 Het betoog van onderdeel 1 dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld 'dat een vordering tot betaling van immateriële schadevergoeding in kort geding rechtens mogelijk is en dat daarbij een spoedeisend belang aanwezig kan zijn' stuit af op het hiervoor in 3.3. overwogene. Het hof heeft geoordeeld dat in dit geval uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist, zulks op gronden dat O. nog slechts een zeer beperkte levensverwachting heeft en dat, wil hij zelf nog over de vergoeding beschikken, niet eerst de - naar verwachting nog jaren durende - bodemprocedure kan worden afgewacht (r.o 4.2-4.3).

Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan verder in cassatie niet op zijn juistheid worden getoetst. Het is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. De overige klachten van het onderdeel stuiten hierop af.

3.5 Voor zover onderdeel 2 betoogt dat de waardering voor de omstandigheden die voor de begroting van niet-vermogensschade van belang zijn, is voorbehouden aan de bodemrechter, miskent het dat, zoals hiervoor in 3.3 is opgemerkt, de rechter in kort geding moet onderzoeken of de toewijzing van de vordering van het slachtoffer voldoende aannemelijk is. Daarbij zal de rechter in kort geding ook evenbedoelde omstandigheden in zijn overwegingen moeten betrekken.

Voor zover het onderdeel betrekking heeft op het hiervoor aan het slot van 3.3 besproken restitutierisico, ziet het eraan voorbij dat AMC hierop in de feitelijke instanties geen beroep heeft gedaan, zodat het hof niet gehouden was hierop in te gaan. Voor zover het onderdeel hier klaagt dat 's hofs beslissing nadeel toebrengt aan de zaak ten principale, miskent het dat het de bodemrechter vrijstaat een lager bedrag aan schadevergoeding toe te kennen dan de rechter in kort geding als voorschot heeft toegekend.

3.6 Anders dan oordeel 3 betoogt, belette geen rechtsregel het hof, zoals hiervoor in 3.3 al is gezegd, mede acht te slaan op de rechtsontwikkeling in andere landen, ook al zou door partijen daaromtrent niets zijn aangevoerd. De stelling dat het hof heeft miskend dat de schade moet worden vastgesteld "naar de hier in Nederland geldende normen en de rechtsontwikkeling in Nederland", mist feitelijke grondslag, aangezien het hof klaarblijkelijk Nederlandse maatstaven beslissend heeft geacht.⁷

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

Het goed om te weten dat de kort geding-procedure openstaat voor een eiser op een dergelijk gebied, waar schadevaststelling bij voorbaat problematisch geacht kan worden. Tijd is immers meestal in het voordeel van onrechtmatig handelende partijen, omdat, ook hier, tijd geldt is. Men is dus niet uitsluitend aanwezig op een bodem-procedure die zich eindeloos kan voort-slepen, voordat over een schadevergoeding beslist is. De preventieve werking van procedures in het kader van milieubescherming kan aldus versterkt worden.

In het eerstgenoemde arrest zagen wij dat voor het verhalen van immateriële schade niet het vereiste van lichamelijk letsel gesteld wordt, maar uitsluitend een vorm van aantasting van de persoon. In verscheidene arresten van de laatste jaren heeft de Hoge Raad bovendien bepaald dat ook *zaaksschade* kan leiden tot immateriële schade die vergoed dient te worden door de dader. Dat standpunt werd ingenomen, in beginsel, in een arrest uit 1995, *Ontvanger - Bos*, dat weinig aandacht getrokken heeft, en werd onlangs bevestigd in een arrest van 1997, *Kip en Sloetjes - Rabobank*; in het *FIOM*-arrest van begin 1998 werd andermaal bepaald dat voor 'aantasting van de persoon' geen sprake hoeft te zijn van verwonding of belediging.²⁹ In het eerste geval was sprake van executoriaal beslag dat de fiscus op een huis en een recreatiebungalow ('Het Haasje') gelegd had, met het gevolg dat de eigenaar geestelijk instortte. In het tweede arrest had een bank, financier van een familiebedrijf, het faillissement van dat bedrijf te-weegebracht, waardoor het 'levenswerk en levensgeluk' van de ondernemer en zijn vrouw tenietgedaan werd, met traumatische gevolgen voor hen. In de laatste zaak was een minderjarige in het geding die ingestort was nadat een hulpverleningsinstantie op onrechtmatige wijze plotseling de hulpverlening beëindigd had en het meisje overgeplaatst had.³⁰

In dit verband is het goed om erop te wijzen dat psychische factoren bij het ontstaan van schade in onze rechtspraak erkend zijn, de zogenaamde *stigma damages*, zoals dat in Amerika heet.³¹ Indien in een gebied milieuschade ontstaan is, kan door een geruchtenstroom dat gebied in een kwaad daglicht komen te staan, met omzetverlies van bedrijven of waardedaling van onroerend goed tot gevolg. De *Merwedepolder*-zaak is een goed voorbeeld; de plaatselijke supermarkt had sterke omzetsdaling als gevolg van de ontvluchting van de polder door verontruste bewoners van een verontreinigde woonwijk.³² Een sprekend geval van zuivere vermogensschade: de eiser heeft geen fysieke schade aan zaken of persoon geleden.

29. Zie resp.: HR 13 jan. 1995, *NJ* 1997, 366, nt CJHB, *Ontvanger - Bos*; HR 2 mei 1997, *NJ* 662, *Kip en Sloetjes - Rabobank*; HR 23 jan. 1998, *NJ* 366, *FIOM*. Zie voor dit onderwerp Deel 2, H 12, §1, nr 8.

30. Een ander toepassingsgebied zou milieuschade kunnen zijn, daarbij kan immers ook sprake zijn van een aantasting van de persoon waardoor men geestelijke schade ondervindt. In geval van geluidshinder is psychische schade door de hoge raad reeds erkend in het *kraaiende krielhanen*-arrest van 1993, zie daarvoor Deel 2, H 12, § 7, nr 10, en mijn reeds genoemde *Natuurschade verhaal*, 1999.

31. Vgl. hierover: R.J.P. Kottenhagen en P.A. Kottenhagen-Edzes, Enkele nieuwe schadesoorten, ontstaan tengevolge van milie u-aantasting, in: *Miscellanea. Jurisconsulto vero Dedicata*, Van Dunné-Bundel, Deventer, 1997, p. 229, op p. 238 v.

32. Rb Dordrecht 24 dec. 1986, *TMA* 1987, p. 112; *BR* 1987, p. 835, *Wervenbos Supermarkt - Gem. Dordrecht*.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

In de *Steendijkpolder*-arresten kwam dit thema eveneens aan de orde.³³ Het Hof Den Haag had daarbij overwogen:

‘... dat een waardedaling als een gevolg van een geruchtenstroom, verband houdend met de onderhavige bodemverontreiniging, wel degelijk vergoedbare schade oplevert, en dat psychosociale effecten eveneens relevant zijn’.

In cassatie wordt deze benadering door de hoge raad onderschreven en daarmee is een belangrijke stap bij de erkenning van ‘psycho-sociale schade’ gezet.

Uit de recente rechtspraak noem ik enkele uitspraken waarin de immateriële schadevergoeding nader uitgewerkt wordt. In het arrest van 27 april 2001 bevestigt de cassatierechter dat de rechter bij het bepalen van immateriële schadevergoeding ex art. 6:106 BW rekening mag houden met alle omstandigheden van het geval; hij heeft de bevoegdheid om geen schadevergoeding toe te kennen indien hij daartoe gronden aanwezig oordeelt. Het hof had erkend dat een zoon de eer en goede naam van zijn moeder had aangetast door haar een brief te schrijven waarin sprake is van het doen van aangifte wegens ‘moorden, seksueel misbruik en satanische rituelen’, maar had schadevergoeding afgewezen.³⁴

Het volgende geval is nog sterkere mate macaber, een man doodt kort voor echtscheiding een 7-jarige zoon, met het oogmerk om de vrouw leed toe te brengen.³⁵ De vrouw stelt een vordering tot vergoeding van immateriële schade in tegen de man, en daarbij komt de samenloop van art. 106 met art. 108 aan de orde. Volgens dat laatste artikel doet niet terzake jegens wie het doden onrechtmatig is, komen alleen de daarin genoemde personen in aanmerking voor schadevergoeding, en dan enkel materiële schade (bij wetswijziging, TK 2002-2003, 28 781, is dat laatste echter gewijzigd). De hoge raad neemt, kort gezegd, aan dat vergoeding van immateriële schade kan bestaan, indien voldaan is aan het vereiste van art. 106, lid 1, aanhef en onder *a*, inzake het oogmerk om die schade toe te brengen.

Tenslotte een evenmin opbeurende zaak, van iemand die na een ongeval in coma geraakt is, waarbij de vraag zich voordoet of hij in die toestand schade geleden heeft, en zo ja, hoe deze begroot dient te worden.³⁶ Daaraan ging de vraag vooraf of het recht op vergoeding van immateriële schade op nabestaanden is overgegaan, ingevolge art. 106, lid 2, hetgeen in casu het geval was (de eerder genoemde wetswijziging brengt ook hierin verandering, het nieuwe artikel 107). De hoge raad bepleit terughoudendheid bij de vaststelling van dergelijke schade, en hanteert, kort gezegd, de maatstaf dat geabstraheerd moet worden van de concrete beleving en de mate van nadeel in meer objectieve zin moet worden vastgesteld. Daarbij wordt bij bewusteloosheid in het algemeen aangenomen dat geen nadeel in de vorm van pijn en verdriet geleden wordt,

33. HR 9 okt. 1992, *NJ* 1994, 284-287, zie met name nr 286; *TMA* 1993, p. 59, nt Kottenhagen.

34. HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91, nt CJHB.

35. HR 26 okt. 2001, *NJ* 2002, 216, nt JMBV.

36. HR 20 sept. 2002, *NJ* 2004, 112, nt JBMV, *Cornelisse c.s. – Lokhorst*. Timmerman Beentjes is bij het werk uit een bouwlift gevallen, en na in coma geraakt te zijn, enkele maanden later overleden, na enige tijd bij kennis geweest te zijn.

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

maar dat wil niet zeggen dat er geen sprake kan zijn van gederfde levensvreugd: aan de benadeelde heeft in ieder geval de mogelijkheid ontbroken om van zijn leven te genieten. Ik verwijs verder naar de noot van Vranken, in kritische zin, die de cassatierechter verwijt dat hij niet principieel stelling genomen heeft in deze materie, en nagelaten heeft om van de rechtsvergelijking gebruik te maken die het OM aangedragen had.

Zie voor dit onderwerp verder nog het proefschrift van A.J. Verhey, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. Amsterdam VU 2002, Ars Aequi Libri.

4. Matiging van schadevergoeding en abstracte schadeberekening

Op verschillende wijzen kan de rechter bij de vaststelling van de schadevergoeding deze in wezen matigen. Wij spraken al over het causaal verband (toerekening), en de vaststelling naar billijkheid (*ex aequo et bono*), naar het huidige BW slechts bedoeld voor de ideële schade. Nog onbesproken bleef een algemene matigingsbevoegdheid van de rechter, ook wel in de vorm gegoten dat hij bij de vaststelling van de schade met de schuld van de dader rekening mag houden. In de loop der tijd zijn er vele stemmen opgegaan om die bevoegdheid te aanvaarden, onder meer van Langemeijer, J.C. van Oven, Marx, J.H. Beekhuis (met mate), en meer recent vooral Maeijer *lege ferenda* (voor komend recht) in zijn nijmeegs proefschrift uit 1962.³⁷ Soms vond men inspiratie bij de regeling van artt. 1406 en 1407 oud BW (dood en letsel), met de regeling dat rekening gehouden mag worden met 'wederzijdse stand en fortuin'. Een algemene matigingsregeling kent het Zwitserse BW van 1912 (en eerder), evenals het Oostenrijkse³⁸; onze wetgever voorziet daarin met het art. 6:109 BW. Naar mijn mening heeft de rechter naar het oude recht die bevoegdheid. Trouwens de rechter heeft altijd nog de toerekening naar redelijkheid die hem tot een overeenkomstig resultaat kan brengen.

De *abstracte schadeberekening* heeft met de matiging van de schadevergoedingsplicht gemeen dat men afwijkt van de concrete schadebepaling, aan de hand van het verschil in de vermogenstoestand voor en na de schadetoebrengende gebeurtenis (hetgeen bekend staat als *Differenztheorie*, sedert Mommsen, 1855). Als het gaat om soortzaken waarvoor een marktprijs bestaat (handelskoop) berekent men dat eenvoudigweg aan de hand van de betreffende marktprijs, en wel ten tijde van de wanprestatie (in verzuim

37. J.M.M. Maeijer, *Matiging van schadevergoeding*, diss. Nijmegen 1962, p. 19 v.

38. Resp. artt. 43 en 44; 1324. Voor een overzicht van dit leerstuk, zie: Asser-Hartkamp I, nr 417 v.; A.R. Bloembergen, *Mon. NBW*, B-34, 1982, nr 30; *Onrechtmatige daad, II. Schadevergoeding* (Bloembergen), nr 22 v.; *Schadevergoeding*, art. 97 (Hartlief en Tjittes), aant. 25 v. Vgl. ook: R.A. Salomons, *Schadevergoeding, Zaakschade*, *Mon. NBW*, B-38, 2e dr., nr 19 v. Voor toepassing in geval van wanprestatie bij koop, zie ook nog: Asser-Schut-Hijma, nrs 485 v.; 594 v.

Abstracte schadeberekening is in het huidige BW niet geregeld en valt onder art. 97; in de Boeken 7 en 8 vindt men voorbeelden ervan op deelterreinen, vgl. ook Asser-Hartkamp I, nr 419.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

geraken). Als de marktprijs dan hoger is dan de overeengekomen koopprijs, kan de koper als schadevergoeding het verschil in prijs vorderen. Het abstracte zit hem hierin, dat hij dat kan doen *ongeacht* zijn verdere handelwijze, hij kan de partij bijvoorbeeld niet doorverkocht hebben, of door zijn koper van verplichting tot levering ontslagen zijn. Indien de marktprijs sterk stijgt heeft de koper een voordeel ten koste van de nalatige verkoper, terwijl hij strikt genomen in zijn vermogen geen nadeel lijdt. De hoge raad heeft de abstracte schadeberekening in een dergelijk geval aanvaard, *engelse kolenstaking*.³⁹ Als men dit toetst aan de hand van eventuele beleidsaspecten, dan vallen twee observaties te maken. Allereerst kan de rechter menen dat schade-afwikkeling eenvoudiger en efficiënter gedaan kan worden indien men de debiteur niet in de gelegenheid stelt om zich te gaan verdiepen in de positie van de crediteur, om dat als verweer te kunnen aanvoeren. Verder zit er een aspect in van 'peine privée' ('punitive damages'): als men wil voorkomen dat debiteurs listig gebruik maken van gestegen marktprijzen en overgaan tot opzettelijke wanprestatie (zie boven), dient men de gemaakte winst af te romen en die als schade te laten vergoeden aan de in de steek gelaten crediteur. Trouwens, zoals Meijers in zijn noot onder het genoemde arrest opmerkt, is bij doorverkoop geen plaats voor een beroep op overmacht van de koper jegens de tweede koper; hij had een dekkingskoop moeten plegen, dat wil dus zeggen tegen de marktprijs ten tijde van de wanprestatie van zijn verkoper.

In het genoemde arrest, *engelse kolenstaking*, waren de kolenprijzen gestegen als gevolg van een kolenstaking. Het engelse bedrijf Cleeves had een partij steenkool gekocht van Van Rompu in Terneuzen, die niet in staat was te leveren. Cleeves eist de abstracte schade die zij heeft geleden, uitgaande van de (aanzienlijk gestegen) marktprijs ten tijde van de wanprestatie. Van Rompu is slechts bereid de concrete schade van Cleeves te vergoeden, aangezien hij meent te weten dat deze zich tegen een lagere prijs dan de marktprijs ingedekt heeft, of zelfs de zaak met haar koper, de engelse overheid, heeft geregeld tegen een lagere schadevergoeding.

De hoge raad stelt dat Cleeves 'in haar vermogen een nadeel leed ten bedrage van het verschil tussen koopprijs en toenmalige waarde' (volgens de marktprijs). Het voordeel dat Cleeves van haar koper heeft verkregen komt daarop niet in mindering, aangezien deze 'alleen haar en niet Van Rompu aangaat'.

Hiermee staan wij aan het begin van een lange reeks arresten over abstracte schadeberekening. Ik zou twee elementen van dit arrest willen benadrukken, die later veelal uit het oog verloren zullen worden: *het gaat om zaken met een marktprijs; het persoonlijk voordeel en de handelwijze van de crediteur regarderden de debiteur niet* ('gaan hem niet aan', in rond hollands). Wij zullen zien dat het in latere arresten meestal fout gaat, dat wil zeggen tot een onbillijke uitspraak leidt, indien men deze beide factoren veronachtzaamt, en met name wanneer geen sprake is van een marktprijs de schade toch abstract gaat berekenen.

In 1961 wordt wederom een belangrijke uitspraak gedaan, *Staat - Knebel*⁴⁰; de vraag hier was of de PTT in geval van stuk getrokken kabels de slechts daadwerkelijk gemaakte loonkosten als schade mocht opvoeren, nu het herstel door eigen personeel verricht was, of ook 'overheadkosten' (zoals dat

39. HR 18 nov. 1937 *NJ* 1938, 269, nt EMM.

40. HR 16 juni 1961 *NJ* 444, nt LEHR.

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

tegenwoordig zou heten) in rekening mocht brengen. De hoge raad stelt niet het herstel centraal, maar het nadeel in het vermogen van de Staat; dat laatste wordt gelijkgesteld aan de waardevermindering die het vermogen onderging. Dan komen de kernoverwegingen:

‘dat het geldsbedrag, waarin de waardevermindering van een beschadigde zaak waarvan herstel mogelijk en verantwoord is kan worden uitgedrukt, in het algemeen gelijk zal zijn aan de - naar objectieve maatstaven berekende - kosten, welke met het herstel zullen zijn gemoeid;

dat geen aanleiding bestaat om bedoelde kosten naar andere dan objectieve maatstaven te berekenen indien, zoals in het onderhavige geval, de aard van de toegebrachte schade in verband met den aard van het bedrijf waarin die schade werd geleden, meebrengt dat deze binnen dat bedrijf zelf zal worden hersteld, waaruit volgt dat de arbeid welke met het herstel zal zijn gemoeid, moet worden gewaardeerd naar zijn normale geldswaarde dat wil zeggen naar de normaal daaraan verbonden loonkosten;

dat daarbij de vraag of in dat bedrijf het herstel in feite kon worden verricht dank zij de aanwezigheid van personeel hetwelk het mede met het oog op de dreiging van zulk een schade ter beschikking had, evenmin van belang is als de vraag of dat personeel als gevolg van die herstelwerkzaamheden al dan niet ander werk heeft moeten laten liggen’.

Ik wijs erop dat het hier gaat om een zaak die geen marktwaarde heeft, en dat het herstel moet betreffen dat *mogelijk en verantwoord is* (vgl. straks de *meerstoel II*-zaak). Verder ziet men hier de aard van de schade een plaats toegekend in de visie van de raad.⁴¹

Kort daarop wordt een tweede arrest op dit gebied gewezen dat eveneens betrekking heeft op schade uit onrechtmatige daad, maar waarbij het gaat om een soortzaak die beschadigd is: de *autoschade*-zaak van 1963.⁴² Langemeijer benadrukt het marktprijs-element in zijn conclusie, evenals aspecten die later in het lijstje van Bloembergen zullen voorkomen: doelmatigheid en strekking van het schadevergoedingsrecht. Volgens Langemeijer dient hantering van de abstracte methode de rechtszekerheid en worden veel processen daardoor overbodig gemaakt.⁴³ Hij acht het geen toeval dat de vraag van abstracte schadeberekening in Duitsland en in ons land ‘juist bij auto’s is gerezen’; Langemeijer voegt daaraan veelbetekend toe: ‘en dat sluit niet uit dat de bijzonderheden van de daar zich voordoende situatie de vraag als geheel in een scherper licht zou kunnen plaatsen dan daarop anders zou kunnen vallen’. Zoals wij nog zullen zien, lijkt hier eerder van een overbelichting sprake te zijn geweest; in de jaren die volgden heeft men getracht de abstracte leer op allerhande situaties toe te passen. Vrijwel steeds is dat door de hoge raad tenslotte afgewezen.

Hier volgen de overwegingen van de hoge raad in de *autoschade*-zaak van 1963:

41. Vgl. ook Asser-Hartkamp I, nr 414, met verdere lit. De overwegingen van de Rb. lijken geïnspireerd op het *RTM*-arrest (*NJ* 1950, 592); in dat arrest werd aanvaard dat redelijke kosten die voorafgaand aan de gebeurtenis gemaakt waren om mogelijke schade te beperken, op de dader verhaald kunnen worden.

42. HR 13 dec. 1963, *NJ* 1964, 449, nt GJS, *autoschade*.

43. Ook Salomons wijst in dit verband op het veelvuldig voorkomen van dit type schade en op de doelmatigheid als grondslag van het schadevergoedingsrecht, t.a.p., nr 19 II, sub a, p.35. In dezelfde zin: Barendrecht, *NTBR* 1996, p.42.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

'O. dat, indien de feitelijke stellingen van Van Driessen juist zijn, de door de aanrijding beschadigde auto van Van Driessen na herstel van de beschadiging, ondanks dat herstel een mindere waarde had dan hij zonder de aanrijding zou hebben gehad, omdat bij verkoop of inruil de gegadigde met het oog op de kans van verminderde deugdelijkheid van de auto, ondanks het herstel, daarvoor een lager bedrag zou geven dan hij gegeven zou hebben als de auto geen aanrijding had gehad;

dat dientengevolge Van Driessen door de aanrijding een nadeel in zijn vermogen leed ten bedrage van de waardevermindering van de tot dat vermogen behorende auto, en hij recht had op vergoeding van dat nadeel, onverschillig of hij al dan niet daaraan door verkoop of inruiling de vorm gaf van een verminderde opbrengst;

O. dat die waardevermindering hieraan was toe te schrijven, dat de aan de auto toe te kennen waarde in het gegeven geval mede bepaald werd door de waardering van het risico, dat de auto, ondanks het herstel, ten gevolge van de aanrijding zou, hebben;

dat bij zodanige waardering uiteraard de mogelijkheid bestaat dat de kans op een gebrek zich niet zal verwezenlijken, terwijl, naar gelang er na de aanrijding tijd verstrijkt, de auto, ook afgezien van het risico van een gebrek tengevolge van de aanrijding, in waarde vermindert, en bovendien de kans dat zich alsnog zulk een gebrek zal openbaren afneemt; dat dientengevolge naar gelang de bepaling van de waarde van den auto naar een later tijdstip geschiedt, het bedrag van de waardevermindering, die het gevolg is van de aanrijding, zal zijn afgenomen;

dat dit een en ander echter niet wegneemt, dat het vermogen van den eigenaar door de aanrijding terstond een vermindering ondergaat gelijk aan de vermindering van de waarde van den auto, die het gevolg is van de omstandigheid, dat bij de waardebepaling in aanmerking moet worden genomen het op dat ogenblik te waardenen, door de aanrijding geschapen risico van het blijken van een gebrek;

O. dat de eigenaar recht heeft op een vergoeding van deze vermogensvermindering al gaat hij tot verkoop of inruil in het geheel niet of eerst op een later tijdstip over, en ook al verwezenlijkt het risico, hetwelk hij door den auto te blijven gebruiken op zich heeft genomen, zich niet.'

Gezien het belang van dit arrest, dat de grondslag gevormd heeft voor de praktijk van schadevaststelling, ook buiten het terrein van blikshade, wil ik nader stilstaan bij inhoud en strekking van deze uitspraak. Zoals G.J. Scholten in zijn noot opmerkt, gaat het in het arrest van 1963 om twee vragen:

1. moet de mindere waarde die een gerepareerde auto heeft vergoed worden, ook al wordt deze niet verkocht of ingeruild?;
2. zo ja, moet de rechter de omvang daarvan bepalen naar het moment waarop de schade toegebracht werd of zoals ze is op het moment dat hij oordeelt?

Zoals wij zagen heeft de hoge raad de eerste vraag bevestigend beantwoord, en bij de tweede vraag gekozen voor het moment van de schade. De cassatierechter heeft daarvoor geen argumenten gegeven; annotator Scholten verwijst daarvoor naar de uitvoerige conclusie van p-g Langemeijer, met toevoeging van een eigen argument. Voor een goed inzicht in het arrest en de vraag of het precedentwaarde heeft, is het zinvol om bij die argumenten stil te staan.

Langemeijer stelt voorop dat de lagere waarde van een na ongeval gerepareerde auto deze is: 'een reëel risico, namelijk dat van groter gevaar voor ernstige defekten dan bij auto's, die geen ongeval hebben doorstaan'. Hij vervolgt dan: 'Wel acht ik het zeer goed mogelijk, dat de vermindering groter, misschien zelfs belangrijk groter is dan het gekapitaliseerde equivalent van dit risico'. Van de verschillende oorzaken daarvoor noemt Langemeijer onder meer de omstandigheid dat veel gebruikers van auto's technische kennis missen en daardoor geneigd zijn om de risikofactor zwaar te laten wegen. Juist omdat hier geen sprake is van een zuiver

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

aequivalent van waardevermindering tegenover daadwerkelijk gelopen risico, is er zijns inziens geen aanleiding een verrekening toe te passen voor de periode dat de eigenaar al schadevrij doorgereeden is met de gerepareerde auto. Derhalve bestaat er goede reden om hier abstracte schadeberekening toe te passen, luidt zijn conclusie, die door de cassatierechter zonder opgave van redenen overgenomen werd.

Scholten kan zich in zijn noot, met enige moeite, vinden in dat oordeel; als eigen argument voegt hij toe dat met de abstracte leer voorkomen wordt dat de dader er voordeel bij zou hebben om het op procederen te laten aankomen of daarin te traineren. Met de fixatie die de Hoge Raad aanbracht (let wel: het moment van schadetoebrengring, en niet ten tijde van het oordeel) heeft het maatschappelijk belang geprevaleerd boven de concrete verhouding van partijen, zo is zijn slotsom.

Wat is de betekenis van dit arrest met betrekking tot de vraag van abstracte schadeberekening? Afgezien van het aspect van schade aan een soortzaak met een geldende marktprijs, hetgeen een eenvoudige schadevaststelling mogelijk maakt, en dat van het grote aantal schadegevallen dat zich op dit terrein voordoet, zijn allereerst het beginsel van de rechtszekerheid en doelmatigheid van schadevaststelling doorslaggevend. Indien die barrière gepasseerd is, leert het arrest niet meer dan dat bij het gebruik van de beschadigde zaak na het schadevoorval (en eventueel: reparatie), er gronden kunnen zijn om af te wijken van een concreet vastgestelde waardevermindering en over te gaan tot de abstracte leer. Ook indien dat laatste het geval zou zijn, is wel een vereiste dat er sprake moet zijn van op eenvoudige wijze vast te stellen waardevermindering, zoals dat bij soortzaken het geval is.

De conclusie moet dus zijn dat de precedentwaarde van het arrest van 1963 voor de problematiek van abstracte schadeberekening zeer beperkt is. Hieronder wordt, na het overzicht van de meer recente jurisprudentie, nog op deze kwestie teruggekomen.

Overigens is de probleemstelling van het arrest van 1963, autoschade, geen actuele kwestie meer, zoals ik van een deskundige uit de autobranche begrepen, heb. Het probleem doet zich tegenwoordig niet meer voor: het is (al geruime tijd geleden) door de techniek ingehaald. Als gevolg van de technische perfectie bij schade-reparaties wordt namelijk met het resultaat de kwaliteit van een nieuwe auto geëvenaard, zo niet overtroffen. Voor de inruilwaarde van de auto is de reparatie derhalve zonder betekenis.

In dezelfde zin Salomons, die een artikel van Rutten uit 1964 aanhaalt waarin deze gewag maakt van het standpunt van de Technische Afdeling van de ANWB dat een deskundig gerepareerde auto niet slechter is dan dezelfde auto voor beschadiging.⁴⁴ Er is geen sprake meer van vermindering van handelswaarde in de praktijk, op enkele uitzonderingen (zeer ernstige schades bij vrijwel nieuwe auto's).⁴⁵

Daarnaast bestaat het probleem dat de zaak als gevolg van de reparatie in waarde gestegen kan zijn, hetgeen zich behalve bij auto's ook bij schepen voordoet. In de rechtspraak pleegt hier een aftrek 'nieuw voor oud' gedaan te worden, tenzij de omstandigheden aanleiding geven een andere oplossing te volgen.⁴⁶

44. Salomons, t.a.p., nr 19 II, sub b, p.37.

45. Idem. Salomons vermeldt dat de Raad van Toezicht op het schadeverzekeringsbedrijf in 1981 oordeelde dat een schadeverzekeraar zich op het standpunt mag stellen dat geen schadevergoeding voor waardevermindering hoeft te worden verleend, zolang niet van een reële waardevermindering is gebleken.

46. Zie hieromtrent: *Schadevergoeding*, nr 82 (Bloembergen); Salomons, t.a.p., nr 19 II, p. 38.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

Enkele jaren na het *autoschade*-arrest wordt het arrest *Flint - Veldpaus* gewezen, inzake wanprestatie bij de koop van onroerend goed.⁴⁷ Toepassing van abstracte schadeberekening heeft hier een onbevredigend resultaat, hetgeen mijns inziens veroorzaakt wordt door dat deze berekeningsmethode toegepast wordt op een zaak die *geen marktprijs* heeft, uiteraard wel een waarde, doch deze fluctueert sterk, zoals uit de casus blijkt.

Flint koopt in jan. 1958 van Veldpaus een winkelwoonhuis in Boxmeer voor *f* 80.000. Flint pleegt wanprestatie en arbiters veroordelen hem daarop bij uitspraak van mei 1961 tot een schadevergoeding van *f* 18.000, namelijk het verschil tussen de koopprijs en de door arbiters vastgestelde waarde van *f* 62.000. Nadien ontdekt Flint dat Veldpaus het pand in 1959 al had verkocht aan een ander voor *f* 80.000. Flint vecht het arbitrale vonnis aan wegens bedrog van Veldpaus en in dat verband geeft de HR een oordeel over de schadeberekening in dit geval. Daarbij doet Flint de das om dat hij niet heeft betwist dat *f* 62.000 de objectieve waarde van het pand was (sic!). De HR stelt allereerst vast dat de schade bij wanprestatie bestaat in het verschil tussen de verkoopprijs en de waarde van het verkochte goed ten tijde van de wanprestatie. Het voordeel dat de verkoper vervolgens verkrijgt 'doordat hij het goed weet te verkopen voor een boven de waarde van het goed gelegen prijs' komt niet op de schade in mindering. En wel omdat 'dit voordeel geen gevolg is van de wanprestatie maar van de handeling van de verkoper dan wel van de omstandigheid dat waardevermeerdering evenals waardevermindering van het goed na de dag van de wanprestatie voor zijn rekening is'.

Het resultaat is dus dat Veldpaus per saldo een bedrag van *f* 98.000 ontvangt voor een pand dat hij (tweemaal) voor *f* 80.000 had verkocht, doch een 'objectieve waarde' had van *f* 62.000! Anders dan Van der Grinten in zijn noot vind ik het niet alleen op het eerste gezicht, maar ook na verdere beschouwing, onbevredigend. Zoals de annotator ook stelt, heeft onroerend goed geen marktprijs zoals koffie, thee of kolen. In de praktijk kunnen schattingen van makelaars sterk uiteenlopen, soms tonnen (het is 'wat de gek ervoor geeft'). In zo'n situatie is naar mijn mening voor abstracte schadeberekening geen plaats. Daar komt nog bij de onhandige procesvoering van Flint, door de objectieve waarde niet aan te vechten. Men moet een cliënt niet aan de fout van zijn advocaat ophangen, zeker niet als er alternatieven zijn. Derhalve, een *misleading case*.

5. *Abstracte versus concrete schadeberekening in de jurisprudentie sinds 1977. Van pootaardappelen, meerstoelen en polderwoningen, en zo.*

Aldus werd in de jaren '60 in de rechtspraak de grondslag gelegd voor de methode van schadeberekening, voortbouwend op de oude *engelse kolen*-zaak. In de decennia die volgden werd dit thema uitgewerkt, maar daarbij ontbrak een strakke lijn in de jurisprudentie, zodat in de literatuur verwarring ontstond wat de naar geldend recht aanvaarde wijze van schadevaststelling is. Uiteindelijk werd de hegemonie van de concrete leer gevestigd, met een beperkte toepassing van de abstracte methode van schadeberekening in bijzondere gevallen.

47. HR 15 jan. 1965 *NJ* 197, nt GJS; AA 269, nt G.

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

Gezien de onduidelijkheid die in de doktrine over dit onderwerp bestaat, en de moeilijkheidsgraad, wordt hier uitvoerig ingegaan op de meer recente rechtspraak. Het is een bonte stoet, waarbij allerhande schadevormen aan de orde komen.

De abstracte methode van schadeberekening werd afgewezen in de jurisprudentie uit de jaren '70 en '80. Het betreft de volgende arresten:

HR 28 jan. 1977, *NJ* 1978, 174, nt ARB, *Van de Weijert - Nieuwkoop* (pootaardappelen);
HR 23 maart 1979, *NJ* 482, nt ARB, *Van Hogenhoucklaan - Staat* (huurdersverplichting); HR 25 sept. 1981, *NJ* 1982, 255, nt CJHB, *Caderius van Veen - X* (fout advocaat);
HR 20 sept. 1985, *NJ* 1986, 211, *Meerstoel I* (schade aan meerstoel);
HR 18 april 1986, *NJ* 567, nt G, *ENCI - Lindelauf* (stroomstoring).
HR 10 juni 1988 *NJ* 965, *Van Ulzen - Goolkate* (huurdersverplichting herstelkosten). HR 3 april 1992, *NJ* 396, N. - *Van Ess* (onjuist fiscaal advies).
HR 1 juli 1993, *NJ* 1995, 43, nt CJHB, *Gem. Den Haag - Van Schravendijk* (verzakkingsschade aan panden).
HR 24 dec. 1993, *NJ* 1995, 421, nt CJHB, *Waeyen-Scheers - Naus* (concurrentiebeding).
HR 15 nov. 1996, *NJ* 1998, 314, *Rummikub* (naboetsing spel).
HR 28 april 2000, *NJ* 690, nt ARB, *Gem. Dordrecht - Stokvast* (Merwedepolder).

De abstracte schadeberekening is, zoals doorgaans aangenomen wordt, door de hoge raad in deze periode aanvaard in de volgende arresten, waarbij echter de waardevermindering gelijkgesteld wordt aan de herstelkosten, objectief berekend (in de lijn van het *kabelschade*-arrest van 1961):

HR 12 april 1985, *NJ* 1985, 625, *Staat - Van Driel* (aanvaring viaduct).
HR 27 sept. 1985, *NJ* 1986, 212, nt G, *Meerstoel II* (schade aan meerstoel).

Tenslotte is de mogelijkheid van abstracte schadeberekening erkend in:

HR 9 okt. 1992, *NJ* 1994, 286, *Steendijkpolder*.

Of deze methode in het concrete geval toegepast moet worden, is een vraag die in dit arrest echter niet aan de orde gekomen is.

Men ziet uit dit overzicht reeds dat het hoge uitzondering is wanneer de cassatierechter de abstracte leer toepast, of zelfs maar het gebruik daarvan toestaat.

Dan wordt het nu zaak om nader in te gaan op deze jurisprudentie en te achterhalen op welke grondende abstracte methode afgewezen wordt, om, aldus een systeem in de leer van de hoge raad aan te brengen.

Het arrest van 1977, *Van de Weijert - Nieuwkoop*, is een uitspraak over abstracte schadeberekening bij wanprestatie waarbij het niet een geval van niet-nakoming betrof zoals in de *Engelse kolen*-zaak, maar het leveren van

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

ondeugdelijke produkten, in casu pootaardapelen. De gedupeerde koper trachtte verhaal te krijgen voor de gedeerde winst, die hem ontgaan was als gevolg van de misoogst van aardappelen. De hoge raad bevestigt de aanvaardig van de abstracte leer bij wanprestatie, waarbij opvalt dat het moet gaan om soortzaken. maar wijst die methode af voor de berekening van gedeerde winst:

‘dat, indien een verkoper van naar de soort bepaalde goederen wanprestatie pleegt door goederen te leveren van onvoldoende kwaliteit de schade van de koper in het algemeen zal bestaan uit het verschil tussen de waarde ten tijde van de wanprestatie van de goederen welke moesten worden geleverd, en de waarde van de geleverde ondeugdelijke goederen, zulks afgezien van eventuele verder geleden schade;

dat de waarde der goederen veelal zal zijn te stellen op de marktwaarde op de dag van de wanprestatie, of, wanneer de koper redelijkerwijze eerst later en tegen een hogere prijs eenzelfde hoeveelheid goederen kan kopen ter vervanging van de ondeugdelijke, op de dan te betalen prijs;

dat deze wijze van schadeberekening hier evenwel niet in aanmerking komt;

dat immers, naar ‘s hofs in cassatie niet aangetaste vaststelling, de schade waarvan Van de Weijgert vergoeding vordert, niet bestaat uit een waardeverschil als hiervoor bedoeld, doch uit het derven van winst ten gevolge van het mislukken van de aardappelteelt op de 5,45 hectare grond, waarop hij de 10 000 kilogram pootaardappelen had gepoot, welke schade is beperkt doordat Van de Weijgert de genoemde grond alsnog heeft bebezigt voor de bonenteelt.’

Aldus werd een beperking aangebracht op de toepassing van de abstracte methode volgens de arresten van 1937 en 1963. Bloembergen heeft in zijn noot de aandacht erop gevestigd dat de hoge raad het waardeverschil als uitgangspunt voor de abstracte schadeberekingsmethode slechts ‘in het algemeen’ aanvaard heeft, daarop lijken uitzonderingen mogelijk op grond van bijzondere omstandigheden (t.a.p., sub *e*). Dat wordt overigens door Bloembergen betreurd, aangezien ‘een abstract begrip schade dan veel van haar aantrekkelijkheid verliest’; met die opvatting behoeft men het niet eens te zijn, afhankelijk van het standpunt dat men in deze inneemt. Die zienswijze wordt in ieder geval niet door mij gedeeld, aangezien naar mijn mening aan het gebruik van de abstracte leer beperkingen gesteld moeten worden (zie boven).

In ieder geval blijft overeind staan dat de hoogste rechter de term ‘in het algemeen’ gebruikt heeft voor de toepassing van de abstracte leer, hetgeen toch naar algemeen inzicht ruimte laat voor uitzonderingen op de regel of het uitgangspunt. In combinatie met het beklemtonen van toepassing van de leer bij ‘naar de soort bepaalde goederen’ begint een beeld zich af te tekenen. Een beeld namelijk van een zeer beperkt toepassingsterrein van de abstracte methode.

In 1979 brengt de cassatierechter wederom een beperking aan, eveneens in een contractuele situatie, in het arrest *Van Hogenhoucklaan - Staat*. Deze casus is interessant vanwege de wijze de abstracte methode van schadeberekening, resoluut verworpen wordt.

De casus is vrij gecompliceerd en komt in grote lijnen hierop neer. De Staat heeft een gebouw gehuurd van Van Hogenhoucklaan BV en heeft dat als kantoor in gebruik; ingevolge het huurcontract dient hij na beëindiging daarvan het pand weer als woonflatgebouw op te leveren.

De huur wordt opgezegd door de verhuurder, waarbij de staat zich op huurbescherming beroept; in de onderhandelingen die volgen deelt verhuurder mee bereid te zijn om de staat van haar contractuele herstelplicht te ontslaan bij betaling van een geldsom, maar partijen worden

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

het niet over het bedrag eens, en komen niet tot overeenstemming op dit punt (naar het hof vastgesteld heeft). Vervolgens weet Van Hogenhoucklaan een andere huurder, Shell, te interesseren in het pand, nota bene als kantoorpand, tegen een aanzienlijk hogere huur. Van de gemeente wordt toestemming gekregen om het pand aan de woonvoorziening te onttrekken tegen betaling van f 730.000. Daarop doet de staat afstand van zijn recht op huurbescherming en levert het pand op ten behoeve van Shell als nieuwe huurder, zonder aan zijn herstelverplichting te voldoen. Van Hogenhoucklaan vordert alsnog de kosten van herstel van de staat, ook al was de omzetting in woonruimte van de baan, en begroot dat op f 730.000.

De hoge raad komt tot het volgende oordeel:

‘Onderdeel la van het middel berust primair op de stelling dat de enkele niet-nakoming door de Staat van zijn verplichting uit art. 5 huurcontract om het gehuurde bij de beëindiging van de huur "als woonflatgebouw in goede staat van onderhoud op te leveren", reeds zou meebrengen dat Van Hogenhoucklaan ten minste een schade heeft geleden ten bedrage van de kosten van herstel tot woonflatgebouw, vermeerderd met de huur over de herstelperiode. Deze stelling faalt. Het hof heeft vastgesteld dat Van Hogenhoucklaan er voor de door haar gestelde niet-nakoming in was geslaagd, met bewilliging van en onder betaling aan de gem. ‘s-Gravenhage van een bedrag van f 730 000, het gebouw per 1 febr. 1971 tegen een aanzienlijk hoger huurprijs dan de door de Staat verschuldigde als kantoorruimte te verhuren aan Shell, die voor eigen rekening het gebouw in de door Shell gewenste (kantoor-)toestand zou brengen. Deze feiten laten slechts de conclusie toe dat de voormelde niet-nakoming door de Staat geen schade voor Van Hogenhoucklaan heeft teweeggebracht. De in dit onderdeel subs. aangevoerde omstandigheden maken dit niet anders zodat het hof daarop niet behoefde in te gaan. Onderdeel la treft derhalve geen doel’.

Volgens Bloembergen in zijn noot, heeft de hoge raad hier terecht niet de abstracte schadeberekening gevolgd; hij kan hier geen doelmatigheidsoverwegingen vinden die voor de abstracte methode pleiten, zoals bij zaaksbeschadiging het geval is.

Een vergelijkbare zaak is het arrest *Van Ulzen - Goolkate* van 1988, inzake schade als gevolg van verbouwing aan een woning.

Hier ging het om een huurder die verbouwingen in het pand had aangebracht (stal omgebouwd tot woonruimte, e.d.); hij vertrekt en de verhuurder vordert de herstelkosten van onzorgvuldig tot stand gebrachte verbouwingen en veranderingen die zonder toestemming werden aangebracht, ad f 17.421. Kort na de beëindiging van de huur verkoopt hij echter het pand aan een derde, zonder tot herstel over te gaan; hij stelt dat de verbouwingen van invloed zijn geweest op de koopprijs, maar geeft niet concreet aan waarin de waardevermindering zou bestaan.

De hoge raad acht dat te vaag als basis voor een vordering en overweegt daarbij dat het standpunt van de verhuurder op de stelling berust dat hij reeds voor en onafhankelijk van het herstel een schade heeft geleden ter grootte van het bedrag waarop de herstelkosten moeten worden gesteld. Het college overweegt:

‘Deze stelling kan in zijn algemeenheid niet als juist worden aanvaard’. Het betoog ‘ziet eraan voorbij dat de verhuurder te dezer zake geen schade lijdt, wanneer hij, zoals hier moet worden aangenomen, niet daadwerkelijk tot herstel overgaat, maar het gehuurde in niet herstelde staat verkoopt en de verbouwingen tezamen met zonder toestemming verrichte veranderingen niet een nadelige invloed op de koopprijs hebben gehad’.

De noot van Van der Grinten is het vermelden waard; hij begint met de zinsnede: ‘Rechtsgeschillen behoren met gezond verstand te worden opgelost’. Hij benadrukt dat de Hoge Raad de stelling van de verhuurder die op de abstracte leer gebaseerd was ‘in haar

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

algemeenheid' niet als juist kan worden aanvaard. In casu was er naar vaststelling van de rechtbank geen sprake van waardevermindering geweest, met als gevolg dat er geen schade geleden was nu er van geen nadelig effect op de verkoop sprake geweest was. Ook acht Van der Grinten het mogelijk dat de verbouwing, ook al was zij ondeugdelijk en onaf, de waarde van de woning verhoogd kan hebben; de gewezen huurder zou in zo'n geval niet aansprakelijk gehouden kunnen worden voor de herstelkosten.

Van der Grinten wijst erop dat de stelling van de verhuurder geïnspireerd lijkt te zijn op een arrest uit 1985, HR 12 april 1985, NJ, 625, *Staat - Van Driel*, waarin de Raad overweegt dat op het moment waarop de zaak wordt beschadigd de eigenaar in zijn vermogen een nadeel lijdt, gelijk aan de waardevermindering welke het betreffende vermogensbestanddeel door de beschadiging ondervond en dat wanneer herstel mogelijk en verantwoord is, waardevermindering in het algemeen kan worden gesteld op de herstelkosten welke met het herstel zijn gemoeid. Dit is een aanvaringszaak, waarbij een spoorwegviaduct beschadigd was; de overweging uit dat arrest heeft model gestaan voor het arrest *Meerstool II* uit hetzelfde jaar, 1985 (vgl. nog onder), dat met dit arrest van 1988 dus weer op de achtergrond geplaatst is.

Het slot van Van der Grintens noot onder dat laatste arrest verdient, zeker voor ons onderwerp, om geciteerd te worden:

'Voor een abstracte benadering van een schadevergoedingsaanspraak kan slechts aanleiding bestaan, indien voldoende, vaststaat dat schade is geleden. Gezond verstand moet ons behoeden om via abstracte vergoedingsaanspraken te construeren, terwijl in werkelijkheid er geen schade is. De verhuurder poogde in het onderhavige geval met behulp van de abstracte leerschade te fingeren. Deze poging had terecht geen succes'.

Indien wij terugkeren naar de chronologische lijn, is daar een arrest uit 1981 waarin wederom abstracte schadeberekening afgewezen wordt, *Caderius van Veen - X*, inzake de fout van een advocaat waardoor schade werd toegebracht aan een cliënt.

De casus is als volgt. Caderius van Veen heeft een geschil met een aannemer die tegen hem een rechtsvordering tot betaling van ruim f 65.000 instelt. Hij geeft een advocaat opdracht om zich procureur te stellen en verweer te voeren. Deze verzuimt dat te doen; Van Veen wordt bij verstek tot betaling veroordeeld. Tegen het verstekvonnis wordt een verzetsdagvaarding ingesteld, die door een tweede fout van de advocaat niet te rolle ingeschreven wordt, met als gevolg dat het verstekvonnis in kracht van gewijsde is gegaan. Van Veen spreekt de advocaat aan tot vergoeding van het bedrag, tot betaling waarvan hij veroordeeld was. Het hof was van oordeel dat hij tot dusver nog geen schade had geleden, aangezien hij nog niet aan het vonnis voldaan had. De hoge raad overweegt als volgt:

'Onderdeel A berust op de onder 3 geformuleerde stelling dat de vergoeding verschuldigd voor een door een beroepsfout veroorzaakt verstekvonnis steeds tenminste zal belopen het geldbedrag dat in dat verstekvonnis is uitgedrukt, vermeerderd met rente en kosten. Deze stelling vindt, in haar algemeenheid, geen steun in het recht. Met name gaat zij niet op voor het geval er een reële kans bestaat dat aan het verstekvonnis niet of niet volledig zal worden voldaan. Dat deze laatste situatie zich hier voordoet, heeft het hof kennelijk aangenomen op grond van de - in appel op zichzelf niet aangevochten - overweging van de Rb. dat omtrent de vraag of Caderius van Veen enige betaling op grond van het tegen hem gewezen verstekvonnis zal verrichten, geen enkele zekerheid bestaat. Onderdeel A kan derhalve niet tot cassatie leiden'.

Zoals men ziet wordt hier wederom de abstracte leer naar de coulissen verbannen. Opmerkelijk is dat de cassatierechter hier niet alleen weer de formule gebruikt dat de regel van abstracte schadeberekening 'in haar algemeenheid' niet

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

opgaat, maar bovendien voldoende vindt voor afwijzing van die methode dat er 'een reële kans bestaat' dat er geen sprake van schade is (hier: in de vorm van het voldoen aan het verstekvonnis). Het hoeft dus niet vast te staan dat er geen werkelijke schade is, de kans daarop is voldoende.

Intussen heeft annotator Brunner grote moeite met het arrest; hij bepleit met de onderhand klassieke argumenten van de arresten van 1937 en 1963 de hantering van abstracte schadeberekening, aangezien de omstandigheden van de schadelijdende partij de aansprakelijke persoon niet zouden aangaan.

In een ander geval van een beroepsfout, een onjuist fiscaal advies, heeft de hoge raad eveneens de abstracte leer afgewezen, het arrest *N.- Van Ess* (1992).

Het betrof de mogelijkheid van belastingaftrek van restauratiekosten in verband met de aankoop van twee monumentale panden door Van Ess, waarbij hij afgegaan was op het belastingadvies van N. Naderhand blijkt dat belastingaftrek niet mogelijk is; Van Ess had f 750.000 in de panden geïnvesteerd en had gerekend op een belastingvoordeel van ruim f 250.000. De Rb. stelt zijn schade, als 'belastingnadeel', vast op dat laatste bedrag; het vonnis wordt vernietigd door het Hof Amsterdam, dat op dat punt van mening verschilt met de Rb. In cassatie overweegt de hoge raad:

'3.4 Laatstbedoeld oordeel van het hof is juist. Wanneer zou komen vast te staan dat N een onjuist advies heeft gegeven en dat Van Ess niet - of op andere wijze - tot aankoop en restauratie van "De Swaen" zou zijn overgegaan als hem een juist advies was gegeven, moet de door Van Ess geleden vermogensschade in beginsel worden gesteld op het nadelige verschil tussen de financiële situatie waarin hij na aankoop en restauratie verkeerde en de financiële situatie waarin hij zou hebben verkeerd indien hij niet - of op andere wijze - tot die aankoop en restauratie zou zijn overgegaan. Niet valt in te zien waarin (lees: waarom) dit verschil zou moeten worden gesteld op het bedrag van het belastingnadeel dat voortspruit uit het ontbreken van de aftrekmogelijkheid. Deze mogelijkheid bestond immers noch bij aankoop en restauratie noch wanneer van een en ander werd afgezien'.

Terug naar de zaaksschade. In het bekende arrest *Meerstoel I* (1985) was sprake van de aanvaring van een meerstoel (een grote meerpaal ter waarde van f 80.000 tot f 250.000) door een binnenvaartschip. De beschadigde meerstoel was voor de aanvaring al bestemd om deel uit te maken van de fundering van het ten tijde van de aanvaring in aanbouw zijnde sluishoofd. De staat vordert als eigenaar f 250.000; schadevergoeding van de eigenaar van het binnenschip.

De hoge raad wijst de vordering af: de meerstoel 'deed geen dienst meer als meerstoel' door de bestemming als fundament voor het sluishoofd; het hof had terecht geoordeeld dat de meerstoel 'geen relevant economische waarde meer had'. De 'fundamentwaarde' was door de aanvaring niet aangetast en derhalve was er geen sprake van waardevermindering, noch van schade bij de staat.

In het arrest *Meerstoel II* (1985), wordt ogenschijnlijk een andere lijn gevolgd; het is een van de weinige arresten van de hoge raad waarin de abstracte berekening van schade toegestaan wordt, hetgeen door vrijwel alle schrijvers bestreden is voor het onderhavige geval.

De onderhavige casus wijkt af van die van *Meerstoel I* op het volgende punt. De hoge raad acht hier van doorslaggevend belang dat het Amsterdamse hof vastgesteld heeft dat de

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

aangevaren meerstoel 'nog wel een, zij het bescheiden, functie': hij werd namelijk een beperkt aantal dagen per jaar als meerstoel gebruikt. De staat vordert schadevergoeding, gebaseerd op herstelkosten, hoewel hij niet tot herstel is overgegaan (de aanvaring vond plaats in 1970).

Van der Grinten wijst erop in zijn noot dat het hof in zijn behandeling van de zaak het arrest *Staat - Van Driel* (1985) volgt, dat zoals wij zagen in de lijn van het *kabelschade*-arrest van 1961 als uitgangspunt het vermogensnadeel van de schadelijgende partij neemt, op gevat als waardevermindering door beschadiging van de zaak, hetgeen gesteld wordt op de naar objectieve maatstaven te berekenen kosten van herstel.⁴⁸

In de procedure leveren die objectieve maatstaven hoofdbreken op: 6 wiskundige modellen passeren de revue, in uitkomst variërend van f 0 tot f 64.607,-. Het hof stelt de herstelkosten tenslotte op f 53.760,- vast, en de waarde op f 57.400,- (nieuwbouwwaarde 1970, minus 30% aftrek 'nieuw voor oud', intuïtief begroot). Volgens het hof mochten de kosten van herstel de waarde van de zaak niet te boven gaan, omdat anders van 'total loss' sprake zou zijn.; het hof wist een schadevergoeding ten bedrage van de herstelkosten toe (f 53.670,-).

Voor de hoge raad blijft het arrest van het hof in stand: het cassatieberoep wordt verworpen aangezien het middel van een onjuiste lezing van het arrest van het hof uitging.

Nu is de wijze waarop de toetsing in cassatie plaatsvindt heel interessant; de hoge raad geeft de waardebeoordeling van het hof weer als theoretische exercitie, die slechts tot doel heeft om te bepalen of de gevorderde herstelkosten niet boven de waarde van de zaak uitstijgen, en daarmee terzijdegesteld kunnen worden. De cassatierechter overweegt daaromtrent (ov. 3.4.1, laatste alinea):

'In zijn ro. 4.6 en 4.7 heeft het hof de waarde van de meerstoel in 1970 zelfstandig vastgesteld op het bedrag van f 57.400, zijnde de kosten van nieuwbouw in 1970, verminderd met een post "aftrek nieuw voor oud", welke post door het hof intuïtief is begroot op 30% van de vervangingswaarde. Daarbij heeft het hof ro. 4.7 geformuleerd als irrealis om aan te geven dat het hier slechts een berekening betreft waarvan de uitkomst enkel betekenis zou hebben voor de uitslag van het geding indien de gevonden waarde lager zou zijn dan de geraamde herstelkosten, hetgeen blijkt niet het geval te zijn'.⁴⁹

Wij hebben hier te maken met een schadebeoordeling die niet zozeer 'abstract' is, maar een schatting betreft, waartoe de feitelijke rechter bevoegd is en waarvoor hij geen motivering behoeft te geven. Aldus het oude recht in een vaste rechtspraak, en thans art. 6:97 BW.⁵⁰ In ov. 3.5 geeft de hoge raad daar uitdrukking aan, door te stellen dat het hof, voor de vraag gesteld de waarde van de meerstoel te bepalen, 'als appelrechter tot taak had deze vraag zelfstandig te beantwoorden en niet gehouden was daarbij ... te verantwoorden waarom het de door de Rb. gevolgde zienswijze van waardebeoordeling (volgens een lineaire afschrijvingsmethode) verwierp'.

48. Arresten in diezelfde lijn zijn: HR 9 nov. 1973, NJ 1974, 351, *Romulus - Staat*, en HR 9 nov. 1973, NJ 1974, 352, *nt ARB, Nordström - Staat*, resp. een geval van wrakopruijing en aanvaring van een steiger. In beide gevallen waren de herstelkosten gemaakt en door de staat gevorderd, daarover bestond geen strijd. Het geschil betrof telkens de vraag of het bedrag gebracht aan omzetbelasting verschuldigd was, een voordeel van de staat was dat in mindering gebracht zou moeten worden. Dat laatste werd door de HR afgewezen.

49. Overweging 4.7 van het hof luidt: 'Zou men hierop (d.w.z.: de nieuwbouwkosten ad f 82.000, in confesso tussen pp., v.D.) een aftrek nieuw voor oud toepassen van 30%, welk percentage het hof redelijk acht, dan zou dit resulteren in een bedrag van f 57.400.

50. Zie o.m. het arrest *ENCI - Lindelauf* (1986); HR 28 juni 1991, NJ 1991, 746, *P. - Gem. Amsterdam*; HR 15 nov. 1996, NJ 1998, 314, *Rummikub*.

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

Bij nader inzien blijkt het abstracte gehalte van *Meerstool II* derhalve zeer gering te zijn: herstelkosten (die als schadevergoeding toegewezen waren) moeten objectief berekend worden, zoals in 1961 al bepaald was met de *kabelschade-zaak*, en daarin heeft het hof de vrije hand als feitenrechter.

De kritiek op dit arrest van de hoge raad in de literatuur is algemeen. Het arrest is al direkt bestreden door Van der Grinten in zijn noot, met het argument dat een meerstoel geen marktwaarde heeft zelfs niet verkoopbaar is. Bovendien heeft een eigenaar zijns inziens geen recht op schadevergoeding indien hij niet tot herstel overgaat bij beschadiging van een dergelijke zaak; er is geen schade omdat er geen reële vermogensvermindering is bij de eigenaar. Er is geen genot, geen inkomstenderving, en daarmee doet de waarde van de meerstoel niet ter zake.

Van der Grinten heeft bijval gekregen van Asser-Hartkamp I, Salomons, Barendrecht en schrijver dezes.⁵¹ Hartkamp wijst erop dat de hoge raad de abstracte methode niet toegepast heeft, maar het arrest van het hof dat die methode gehanteerd had, in stand gelaten heeft, aangezien het arrest door eiser verkeerd gelezen was. Er is dus geen echt precedent.

Intussen is de eventuele precedentwaarde van het arrest nog verder gedaald, doordat de hoge raad in 1993 bepaald heeft dat de herstelkosten de waarde van de zaak onder omstandigheden mogen overstijgen, indien dat redelijk is, in het arrest *Gem. Den Haag - Van Schravendijk*.⁵² De raad overwoog daarbij dat 'aan het enkele verschil tussen het bedrag van de waardevermindering en dat van de herstelkosten in de regel geen beslissende betekenis toekomt'; het oordeel daaromtrent van de feitelijke rechter is in cassatie niet toetsbaar. De omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat 'van de getroffen eigenaar in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij, terwille van de belangen van de schadeveroorzaker, zijn aanspraak beperkt tot het bedrag van de waardevermindering'.

Ook in dit arrest is de abstracte schade-leer ver te zoeken: de keuze is tussen waardevermindering en herstelkosten, waarbij omstandigheden en de redelijkheid de doorslag geven. Met andere woorden: de schade moet concreet berekend worden. Daarmee is bij zaaksschade ook de 'kabelschade-variant' van abstracte schadeberekening verlaten, waarbij de waardevermindering q.q. op de herstelkosten vastgesteld wordt, naar objectieve maatstaven te berekenen. Dat gebeurt op een principiële wijze door de hoogste rechter, waarbij evenals in eerdere arresten het geval was, de regel van het kabelschade-arrest slechts als algemene regel aanvaard wordt, een 'uitgangspunt', zoals de raad het noemt, waarvan afgeweken kan worden naar gelang de omstandigheden. Daarmee wordt echter de abstracte schadeberekening als hoofdregel die altijd toegepast,

51. Zie resp.: Asser-Hartkamp 1, nr 418; Salomons, t.a.p., nr 1911, sub a, l p.36; Barendrecht, t.a.p. (1985). In de vorige drukken van dit boek werd de opvatting van Van der Grinten ook door mij onderschreven.

52. Hier was de waardevermindering van panden (die verzaakt waren als gevolg van bouwwerkzaamheden) vastgesteld op f 440.000; terwijl de kosten van herstel begroot waren op f 1,3 mln. De panden waren in gebruik voor een advocatenpraktijk.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

zou moeten worden, zoals eisers in de *Maassluis*-zaak betoogd hebben, de doodsteek toegebracht. De hoge raad overweegt als volgt:

‘4.2. Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat, naar het hof terecht als uitgangspunt heeft genomen en het middel ook niet bestrijdt, de eigenaar van een zaak die wordt beschadigd, een nadeel lijdt, gelijk aan de waardevermindering welke het desbetreffende vermogensbestanddeel heeft ondergaan, en dat, indien het één zaak betreft waarvan herstel mogelijk en verantwoord is, het geldsbedrag waarin deze waardevermindering kan worden uitgedrukt, in het algemeen gelijk zal zijn aan de - naar objectieve maatstaven berekende - kosten, welke met herstel zullen zijn gemoeid. (HR 16 juni 1961, NJ 444 en HR 12 april 1985, NJ 625).’

Dit klinkt nog weinig opzienbarend; de aangehaalde arresten zijn *Kabelschade en Staat – Van Driel*. Maar dan komt het:

‘4.3.1. Onderdeel la keert zich meer in het bijzonder tegen ro. 15 van ‘s hofs arrest en betoogt primair dat het hof heeft miskend dat schadevergoeding aan een eigenaar van onroerende zaken op basis van herstel in de oude toestand slechts dan verantwoord is, indien de kosten van herstel, vermeerderd met de waarde van de onroerende zaken na het schade-evenement, de waarde van die zaken voor dat evenement niet overtreffen.

Dit betoog kan in zijn algemeenheid niet als juist worden aanvaard. In beginsel is ervan uitgegaan dat de eigenaar van een gebouw dat onrechtmatig is beschadigd, aanspraak erop heeft in de gelegenheid te worden gesteld tot herstel. Zulk herstel kan ook verantwoord zijn indien de daarmee gemoeide kosten het bedrag van de als gevolg van de toegebrachte schade opgetreden waardevermindering overtreffen. Of dat het geval zal zijn, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval (...).’

Daarmee is de abstracte schadeberekingsmethode ook bij zaaksschade, als *hard and fast rule*, definitief terzijde gesteld.

De omstandigheden die de cassatierechter van belang acht - typisch voor concrete schadeberekening - worden door hem als volgt aangegeven (onder meer):

‘of zulks het geval zal zijn, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de functie van de zaak voor de eigenaar - dient zij voor eigen gebruik (ter bewoning of ter uitoefening van een bedrijf of beroep) of ter belegging -, de mogelijkheid om - aangenomen dat afbraak en herbouw ter plaatse in verband met de daaraan verbonden kosten in ieder geval niet in aanmerking komen, zoals het hof in het onderhavige geval in ro. 15 slot, in cassatie onbestreden, heeft geoordeeld - elders een zaak te verwerven die voor wat betreft gebruiksmogelijkheden, ligging, prijs en andere relevante factoren als gelijkwaardig aan de zaak - in onbeschadigde toestand - kan worden beschouwd, alsmede de mate waarin de kosten van herstel in de oude toestand het bedrag van de waardevermindering overtreffen.’⁵³

53. Het belang van de omstandigheden voor de toewijzing van de herstelkosten (i.p.v. waardevermindering), zoals uit dit arrest blijkt, wordt uit het oog verloren door Bloembergen, die een recht-toe, recht-aan toepassing van het *telefoonkabel*-arrest van 1961 bepleit. Zie zijn noot onder HR 18 sept. 1998, NJ 1999, 69, *Luykx - Bastiaansen (Bijzpat II)*. In dat arrest was de HR van oordeel dat kosten van herstel (reiniging van ramen van kassen, vervuild door uitwerpselen van bijen van een naburige amateur-imker) niet voor vergoeding in aanmerking komt, ‘voor zover zij het bedrag van de exploitatieschade overtreffen, een en ander behoudens bijzondere omstandigheden, welke echter niet zijn gesteld en evenmin gebleken’ (ov. 3.6). Het

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

Gezien het belang dat de hoge raad hecht aan de omstandigheden van het geval bij de vaststelling van schade toegebracht aan onroerende zaken, kan vastgesteld worden dat het arrest van het Hof Den Haag in *Merwedepolder*-zaak van 1989 achterhaald is.⁵⁴ In deze bodemvervuilingszaak achtte het hof het argument van de Gemeente Dordrecht niet van belang, waarbij het beleggingskarakter van de eigendom van de woningen benadrukt werd, waardoor er geen sprake van schade zou zijn. Met het arrest *Gem. Den Haag - Van Schravendijk* van 1993 is de grond komen te ontvallen aan de verwerping van dat argument door het hof.

Voor de goede orde volgt hier de overweging van het hof in dat arrest, die momenteel slechts van rechtshistorisch belang is:

'2.9. Met betrekking tot de waardevermindering van haar woningbezit in de Merwedepolder heeft Aegon aan 3 deskundigen opdracht gegeven de verkoopwaarde daarvan te taxeren in verhuurde staat zowel rekening houdend met de bestaande toestand als met de toestand waarbij de verontreiniging en de saneringsmaatregelen zijn weggebracht (lees: weggedacht, v.D.). Taxateurs zijn van oordeel dat de waardevermindering 20% à 30% bedraagt. Aegon heeft op grond daarvan en op grond van de door de Gemeente bij de vaststelling van de onroerend-goedbelasting in acht genomen waardevermindering gevorderd 30% van laatstgenoemde verkoopwaarde van f 20.750.000 of f 6.250.000. De Gemeente is in hoger beroep van mening dat de waardevermindering nihil is omdat alle woningen inmiddels zijn verhuurd zonder huurprijsverlaging en Aegon als institutionele belegger niet heeft geïnvesteerd om op korte termijn vermogenswinst te maken doch om op lange termijn vaste opbrengsten te realiseren. Terecht heeft Aegon bij pleidooi in hoger beroep hiertegen aangevoerd dat de bodemverontreiniging de markt voor die woningen heeft bedorven en dat door het onvergoed blijven van de waardevermindering op basis van verkoopwaarde zij in haar mogelijkheid om over haar goed te beschikken zou worden beperkt, hetgeen in strijd zou zijn met het uitgangspunt dat de schadeveroorzaker het slachtoffer in dezelfde positie moet brengen als waarin hij verkeerde zonder de onrechtmatige daad.⁵⁵

Nog enkele arresten vragen om bespreking in deze jurisprudentie-analyse. Een jaar na de *Meerstoel*-arresten had de hoge raad te oordelen in een kabelschade-zaak: *ENCI - Lindelauf* (1986).

lichtverlies door de bevuilde ramen bedroeg 0,1% op jaarbasis, hetgeen correspondeerde met eenzelfde oogstverlies voor de tuinder. *Peanuts*, dus, die men in het kader van hinder heeft te dulden. Bloembergens zware kritiek op het arrest (van iemand 'die al een halve eeuw over schade en schadevergoeding nadenkt') is volslagen ten onrechte.

Het is overigens vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de vraag hoe herstelkosten begroot moeten worden aan de hand van de redelijkheid en billijkheid beantwoord dient te worden, terwijl er ruime beoordelingsmarge gelaten wordt aan de schadelijgende partij bij haar beslissing op welke wijze hersteld moet worden. Vgl. reeds: HR 21 nov. 1940, *NJ* 1942, 425, nt PS, *Meyer - De Ruiter*, en de belangrijke noot van Scholten; ook besproken in: *Schadevergoeding* (Boonekamp), art. 10 1, Aant. 40; Barendrecht en Storm, t.a.p., p.37.

54. Hof Den Haag 24 mei 1989, *BR* 1990, p. 468, *Merwedepolder*.

55. Daarop volgt het gelasten van een comparitie van pp. om een minnelijke schikking te bereiken. Overigens is bij het tijdelijk gemis van het genot van een zaak in rechtspraak algemeen aanvaard dat de schadeberekening volgens de concrete methode dient te geschieden, vgl. *Onrechtmatige daad* (Bloembergen), t.a.p. nr 25; Salomons, t.a.p., nr 21. De literatuur is merendeels ook in die zin.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

Het betrof een klassiek geval van schade door stroomstoring, veroorzaakt door een gebroken elektriciteitskabel, ten gevolge van een aanrijding waarvoor Lindelauf aansprakelijk was. Het slachtoffer was de eigenaar van een baksteenfabriek die zijn ovens zag uitvallen. De fabriek, ENCI, vordert van Lindelauf de abstrakt berekende schade: het produktieverlies voor de tijd dat de ovens stilgelegen hadden. Het ging hier om goederen die een marktprijs of naar objectieve maatstaven vast te stellen prijs hebben, stelde ENCI, en zij berekent haar schade op de bijdrage aan vaste kosten en winst van $f\ 27,37$ per ton bij een misgelopen productie van 5.910 ton klinkers.

De hoge raad verwerpt de abstracte methode van berekening ook al is er sprake van een marktprijs of objectieve prijs. Het gaat niet aan om schade te vorderen op basis van de waarde van goederen, die geproduceerd hadden kunnen worden, indien geen werkelijke schade geleden is.

Aldus wijst de hoge raad hiermee vergoeding van *bedrijfsschade* af, ook wel als 'zuivere vermogensschade' bekend; dat ligt in de lijn van de engelse *Spartan Steel*-zaak die boven aan de orde kwam. Dat is een beslissing van juridisch beleid, die echter gepresenteerd wordt in de gedaante van abstracte schadeberekening, wel of niet te aanvaarden. De hoogste rechter pareert dat door het lijden van 'werkelijk nadeel' voorop te stellen. Een meer principiële benadering zou interessant geweest zijn; met name de relatie die hierbij met de causaliteitsvraag gelegd kan worden is intrigerend, de problematiek van *Van Hees – Esbeek*, van 1977.⁵⁶

Het *ENCI*-arrest loopt in de pas met dat inzake de pootaardappelen, *Van de Weijert – Nieuwkoop* (1977) waarin zoals wij zagen eveneens een abstracte berekening van gederfde winst afgewezen werd, in een geval van wanprestatie. Het *ENCI*-arrest werd in 1996 bevestigd in het reeds genoemde *Rummikub*-arrest, waarin de hoge raad allereerst stelt dat de feitenrechter 'de schade moet begroten op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is, en dat de wijze van begroting sterk met de feiten is verwezen en in zoverre in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst' waarop verwijzing naar het *ENCI*-arrest van 1986 volgt. Ook aan de motivering op dit punt kunnen geen strenge eisen gesteld worden; dan overweegt het college:

'Tenslotte is in het onderhavige geval van belang dat het hof in rov. 19 heeft vooropgesteld dat de omvang van de schade, bestaande uit winstderving wegens omzetverlies en prijsbederf niet nauwkeurig kan worden vastgesteld omdat zij afhankelijk is van hypothesen, en dat de omvang van deze schade dus aan de hand van de in dit geding naar voren gebrachte gegevens zal worden geschat'.

Ook hier is derhalve slechts plaats voor concrete schadeberekening.⁵⁷ De omstandigheid dat de schade geschat moet worden heeft niets met de abstracte methode te maken, zoals al eerder door mij door voren gebracht werd. Sommige schrijvers laten zich daardoor op het verkeerde been zetten.

56. HR 1 juli 1977, *NJ* 1978, 84, nt GJS, waarover Deel 2, H 11, § 2, nr 2 v.

57. In de literatuur werd overigens al geruime tijd algemeen aangenomen dat bij winstderving de concrete methode gehanteerd moet worden, vgl. Salomons, t.a.p., nr 21. Voor schadeberekening in geval van *compensatie* (verrekening), zie men HR 24 mei 1991, *NJ* 246, nt PvS, *Ontvanger - Amro-bank*, waarin met grote stelligheid de abstracte methode verworpen wordt.

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

Tenslotte het arrest van 1993, *Waeyen-Scheers - Naus* inzake het concurrentiebeding.

Naus, een werknemer van een accountantsmaatschap had in strijd met zijn arbeidsovereenkomst gedurende het dienstverband' werkzaamheden ten behoeve van derden voor eigen rekening verricht. De maatschap stelt een vordering in tot vergoeding van de schade die de maatschap geleden heeft als gevolg van de overtredingen van het concurrentieverbod door Naus; zij begroot de geleden schade op het bedrag van de winst die Naus met de overtredingen behaald heeft, ruim f 55.000. Deze mogelijkheid is voor het huidige recht neergelegd in art. 6:104 BW, maar op dit geschil was het oude recht van toepassing. De Rb. had vastgesteld, dat geen causaal verband bestond tussen de verboden gedragingen van Naus en de schade van de maatschap: de derden voor wie Naus gewerkt had behoorden niet tot de doelgroep van de maatschap en waren dus niet als cliënt verloren gegaan voor de maatschap.

In het arrest wordt veel aandacht besteed aan de vraag of de bepaling van art. 6:104 ook onder het oude recht toegepast kan worden, waarbij van belang is wat het rechtskarakter daarvan is, in verband met het overgangsrecht. Op die kwestie wordt ook ingegaan door Brunner in zijn noot (en andere auteurs); het gaat ons hier echter om de methode van schadeberekening.

In cassatie betoogt Naus dat slechts causaal verband tussen de gedragingen en de winst vereist is en dat niet van belang is of de maatschap schade geleden heeft. De hoge raad overweegt daaromtrent:

'3.4. Voorop moet worden gesteld dat de door het middel verdedigde opvatting niet juist is. Art. 6:104 geeft niet aan degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld of wanprestatie is gepleegd, een 'vordering tot winstafdracht', doch verleent aan de rechter een discretionaire bevoegdheid om, in geval schadevergoeding is gevorderd, de schade te begroten op het bedrag van de door dit handelen of die wanprestatie genoten winst of op een gedeelte daarvan. Het artikel vormt blijkens zijn plaatsing, zijn bewoording en zijn parlementaire geschiedenis een uitwerking voor een bijzonder geval van de algemene regel van art. 6:97. De in het artikel bedoelde wijze van begroting komt neer op een vorm van abstracte schadeberekening, waarbij wordt geabstraheerd van de vraag of concreet nadeel is komen vast te staan, zodat zodanig nadeel bij onzekerheid niet door eiser behoeft te worden aangetoond. Dit neemt echter niet weg dat, zo de rechter vaststelt dat in het gegeven geval in het geheel geen schade is geleden, daarmee de weg naar toepassing van art. 6:104 is afgesneden. In een en ander ligt tevens besloten dat de rechter niet tot toepassing van art. 6:104 kan overgaan, indien de aangesprokene bewijst dat door de gedragingen waarvoor hij aansprakelijk gesteld wordt, geen schade ontstaan kan zijn'.

Men ziet hier opnieuw een verband aangebracht tussen het daadwerkelijk hebben van schade en de toepassing van de abstracte methode van berekening. Indien gedaagde kan aantonen dat er geen sprake is van schade komt men aan de abstracte schadeberekening in het geheel niet toe.⁵⁸

Het arrest van 9 oktober 1992 inzake Steendijkpolder

Het arrest van de hoge raad van 9 oktober 1992 lijkt op het eerste gezicht van belang voor de aanvaarding, van de abstracte schadeberekeningsmethode. Het is

58. Overigens heeft Brunner in zijn noot moeite met de omschrijving die de HR geeft van de berekeningsmethode van art. 6:104, als abstracte schadeberekening; dat laat ik voor zijn rekening.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

echter de vraag op welke wijze het *Steendijkpolder*-arrest geplaatst moet worden in de jurisprudentie van de hoge raad inzake abstracte schadeberekening van de laatste decennia. Dan zal blijken dat dit arrest geen verandering in het totaalbeeld brengt, dat de concrete methode de toon aangeeft in de jurisprudentie.

Voor een goed begrip van het arrest van de hoge raad is het van belang om in het oog te houden wat precies door het Hof Den Haag beslist is met betrekking tot de abstracte schadeberekening, welk advies a-g Mok gegeven heeft, en hoe tenslotte het oordeel van de hoge raad luidde. De nuances die daarbij aan de oppervlakte komen vallen namelijk weg, zoals wij zullen zien, indien men enkel van de overwegingen van de hoge raad kennisneemt, zonder rekening te houden met de verdere context. Ik veronderstel daarbij de casus bekend.

De kernoverwegingen van het hof zijn ov. 5 t/m 8 en 31, die hier volgen:

‘5. De rechtbank heeft de vorderingen van appellanten afgewezen omdat er geen sprake zou zijn feiten ‘waaruit aannemelijk is geworden dat zij vermogensschade hebben geleden en/of zullen lijden ten gevolge van de door hen gestelde wanprestatie c.q. onrechtmatige daad’.

6. Hiertegen is de grief van appellanten gericht. Zij hebben, mede aan de hand van een in hoger beroep overgelegd taxatierapport, uitvoerig betoogd dat hun woning aanzienlijk in waarde is gedaald en dat deze waardedaling een gevolg is van de verontreiniging.

7. Geïntimeerden hebben dit bestreden. Daarbij hebben zij onder meer betoogd dat, indien de gestelde waardedaling al heeft plaatsgevonden, appellanten geen schade kunnen lijden zolang zij hun woning niet hebben verkocht en dat, als straks de bodem zijn gesaneerd (vgl. hierboven punt 3 sub e), van schade geen sprake meer kan zijn.

8. Het hof is van oordeel dat in een geval als het onderhavige de schade in verband met de waardedaling van een woning abstract mag worden berekend en dat, hiervan uitgegaande, reeds op dit moment aannemelijk is dat appellanten door de bodemverontreiniging schade hebben geleden. Daar komt nog bij dat voor een schadestaatveroordeling zoals in casu werd gevorderd reeds de mogelijkheid van schade voldoende is (HR 13 juni 1981, *NJ* 185). Schade bij appellanten lijkt eens te meer aannemelijk wanneer men bedenkt dat, zoals tussen alle partijen vaststaat, de bodemsanering vermoedelijk slechts een zeer beperkt karakter zal hebben - Maassluis spreekt in dit verband zelfs over een ‘minimale sanering’ (memorie van antwoord, p.2 onderaan) - en dat het bekende verschijnsel van een schade-auto die, ondanks volledig herstel, toch in waarde blijkt te zijn gedaald (HR 13 dec. 1963, *NJ* 1964, 449) zich bij een bodemverontreiniging eveneens kan voordoen. Naar aanleiding van stellingen van geïntimeerden verdient daarbij nog opmerking, dat een waardedaling als gevolg van een geruchtenstroom, verband houdend met de onderhavige bodemverontreiniging, wel degelijk vergoedbare schade oplevert, en dat psychosociale effecten eveneens van belang zijn. Bij dit alles laat het hof nog in het midden dat appellanten, behalve de gestelde waardedaling, ook nog andere schadeposten hebben opgevoerd. De grief is derhalve gegrond.

.....

31. Toewijzing van de primaire vordering, voorzover strekkende tot schadevergoeding in de vorm van een ‘terugoverdracht’ van het betreffende perceel, komt naar het oordeel van het hof voorlopig niet in aanmerking. Daarvoor hebben appellanten omtrent hun schade te weinig gesteld en aannemelijk gemaakt. Het hof acht evenwel een schadevergoeding in de zoeven vermelde vorm te zijner tijd niet uitgesloten. In het kader van een schadestaatprocedure zouden immers nadere gegevens dit alsnog kunnen rechtvaardigen. Het hof zal derhalve de primaire vordering afwijzen en naar aanleiding van de subsidiaire vordering een schadestaatveroordeling uitspreken en daarbij verstaan dat te zijner tijd - zodra een stabielere schadebeeld is ontstaan - een schadevergoeding in de vorm van een ‘terugoverdracht’ van het

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

betreffende perceel nog altijd mogelijk zal zijn. Het in dit verband gevorderde voorschot zal het hof, als zijnde onvoldoende onderbouwd, afwijzen’.

In zijn conclusie geeft a-g Mok een samenvatting van deze overwegingen van het hof en van het daarop gerichte cassatiemiddel (sub 4.1). De a-g merkt daarover op, sub 4.2:

‘Het middel ziet over het hoofd dat het hof in r.o. 8 verscheidene afzonderlijke gronden heeft genoemd, nl. ten eerste dat de schade abstrakt mag worden berekend, ten tweede dat bij een schadestaatveroordeling reeds de mogelijkheid van schade voldoende is en ten derde dat de bodemsanering vermoedelijk een minimaal karakter zou hebben, zodat ook daarna van waardevermindering sprake zou zijn.

Het hof heeft niet beslist dat de schade abstrakt moet worden berekend. De methode van schadeberekening komt dus in de schadestaatprocedure nog aan de orde. Men zou deze ook niet tevoren kunnen vastleggen, omdat de situatie zich kan wijzigen, bijv. door verkoop van de woning door Van Koppen. Op de - in cassatie niet bestreden - overweging dat voor een schadestaatprocedure de mogelijkheid van schade voldoende is kan het door het onderdeel wel bestreden gedeelte steunen 1), zodat het onderdeel wegens gebrek aan belang niet kan slagen.’

Noot 1: ‘Die overweging is overigens juist, zoals blijkt uit het door het hof genoemde arrest HR 13 juni 1980, *NJ* 1981, 185, m. nt. W.H. Heemskerk. Zie voorts: HR 21 dec. 1984, *NJ* 1985, 904, m. nt. M. Scheltema, Hugenholtz - Heemskerk, *Hoofdlijnen*, 1991, nr 214, p.252, *Burgerlijke Rechtsvordering*, losbl., aant. 4 op art. 612 (J. Gerretsen).’

In de visie van a-g Mok staat dus allerm minst vast dat volgens het hof in de schadestaatprocedure de abstracte schadeberekening toegepast moet worden, het is slechts een mogelijkheid, die naderhand op haar merites beoordeeld moet worden, aan de hand van de dan bekend geworden feiten met betrekking tot de schade. Verder is van belang dat alleen al de mogelijkheid van schade (die ‘aannemelijk’ is) een voldoende grondslag is voor de rechter om de zaak naar de schadestaatprocedure te kunnen verwijzen, zoals het hof gedaan had. De a-g wijst daarbij op de vaste rechtspraak in die zin.

De Hoge Raad volgt de a-g in zijn benadering, blijkens ov. 5.1, die uiterst beknopt van formulering is:

5.1. Onderdeel 1 van het middel bestrijdt ‘s hofs oordelen (r.o. 8) dat in een geval als het onderhavige de schade in verband met de waardedaling van een woning abstrakt mag worden berekend en dat reeds ten tijde van ‘s hofs beslissing aannemelijk was dat Van Koppen c.s. door de bodemverontreiniging schade hebben geleden.

Deze oordelen moeten, gelet op ro. 7, aldus worden verstaan dat aannemelijk is dat Van Koppen c.s. niettegenstaande het feit dat zij hun woning niet hebben verkocht, schade hebben geleden in de vorm van waardedaling van de woning als gevolg van de bodemverontreiniging, en dat deze schade voor abstracte berekening in aanmerking komt.

Met deze oordelen heeft het hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. ‘s Hofs motivering is niet onbegrijpelijk en het hof was niet tot nadere uiteenzettingen op dit punt gehouden. Het onderdeel faalt mitsdien’.

Bij deze overweging van de hoge raad springt in het oog dat hij het ‘aannemelijk’ zijn van schade van belang acht, hetgeen zoals wij zagen een (formeel) vereiste is voor verwijzing naar de schadestaatprocedure, niets meer en niets minder, terwijl verder gesteld wordt dat ‘deze schade voor abstracte schadeberekening in aanmerking komt’. Deze formulering wordt gekenmerkt door een ruimte die aangehouden wordt, als een mogelijke methode van schadeberekening die het hof aangegeven heeft, evenals overigens een andere methode die in ov. 31 door het hof genoemd werd, namelijk de

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

‘terugoverdracht’ als vorm van schadevergoeding (waar Brunner in zijn noot aandacht voor vraagt). Dat alles staat nog te bezien in de fase van de schadestaatprocedure. De benadering van het hof acht de cassatierechter niet blijkgevend van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl de motivering ook voldoende geacht wordt, in dat stadium.

De conclusie moet derhalve zijn, dat naar oordeel van de hoogste rechter, evenals naar dat van zijn a-g, alles nog open is, en het op de keuze van methode van schadeberekening, in de vervolprocedure die van de schadestaat, aankomt. Uiteraard is daarbij ook de motivering van die keuze door de lagere rechter van belang, hetgeen in cassatie wederom toetsbaar is.

De toepassing van het arrest is aan de orde gekomen in een vervolprocedure die door de huiseigenaren Van Koppen en Schiks ingesteld werd. Intussen was de sanering afgerond, waardoor niet langer van waardedaling van de woningen sprake was, niettemin eisen de eigenaren de schade die zij indertijd in hun vermogen geleden hebben, als abstracte vorm van schade. De Rb. Rotterdam stelt hen in het gelijk, bij vonnis van 4 sept. 1997, waarin de abstracte leer gevolgd wordt. De Gemeente Maassluis is daarvan in appel gegaan.

Het standpunt van de Gemeente Maassluis vindt steun in het arrest van de hoge raad van 28 april 2000 in een soortgelijke zaak die in de Merwedepolder speelde.⁵⁹ De raad wees de vordering van een eigenaar van 7 woningen (Stokvast) af die na afloop van de sanering door de Gemeente Dordrecht in 1989 haar abstrakt berekende schade aan de woningen van de gemeente vorderde. Het Hof Den Haag had die vordering toegewezen, hetgeen de steun krijgt van a-g Spier, die in zijn conclusie met nadruk de abstracte leer volgt. Het is des te opmerkelijker dat de hoge raad die zienswijze van tafel veegt. Dat gebeurt in de volgende overweging:

3.4.2. ‘Ingevolge het bepaalde in art. 6:97 BW - dat ook het voor 1 januari 1992 geldende recht weergeeft - dient de rechter de schade te begroten op de wij ze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Het gaat in het onderhavige geval om schade welke bestaat in waardevermindering van door de eigenaar van bouwgrond daarop gebouwde woningen, ontstaan als gevolg van het later aan de dag treden van verontreiniging van die grond. Mede met het oog op hanteerbaarheid van de methode van schadebegroting, rechtvaardigt de aard van zodanige schade dat het de rechter vrijstaat bij het begroten daarvan te abstraheren van bepaalde, de bijzondere situatie van de benadeelde eigenaar betreffende, omstandigheden. In het bijzonder kan buiten beschouwing worden gelaten dat de eigenaar de woningen niet heeft verkocht (vgl. het onder 5.1 overwogene in HR 9 oktober 1992, nr. 14.671, *NJ* 1994, 286).

Indien en voor zover echter ten tijde van de vaststelling van de schade door de rechter, de aanvankelijk opgetreden waardevermindering van de woningen ongedaan blijkt te zijn gemaakt door een van overheidswege uitgevoerde bodemsanering in het gebied waar de woningen zich bevinden, is dit waardeherstel een niet met de individuele situatie van de eigenaar samenhangende omstandigheid die redelijkerwijs in aanmerking behoort te worden genomen om te voorkomen dat meer dan de werkelijk geleden schade wordt vergoed.

De onderdelen treffen derhalve doel voor zover zij erover klagen dat het Hof ten onrechte heeft geoordeeld dat geen rekening behoeft te worden gehouden met de in het gebied van de zeven woningen van Stokvast uitgevoerde, in 1989 voltooide bodemsanering.

Opmerking verdient dat, voor zover ‘s Hofs oordeel dat geen rekening behoeft te worden gehouden met de sanering, mede mocht berusten op de veronderstelling dat de Staat ingevolge

59. HR 28 april 2000, *NJ* 690, nt ARB, *Gem. Dordrecht - Stokvast*.

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

het bepaalde in het door het Hof vermelde art. 75 lid 3 Wet bodembescherming (voorheen art. 21 lid 2 Interimwet bodemsanering) de op de woningen van Stokvast betrekking hebbende saneringskosten op Stokvast zal kunnen verhalen, het Hof heeft miskend dat zodanig verhaal uitgesloten is omdat niet kan worden gezegd dat het saneren van de grond, met het daardoor teweeggebrachte waardeherstel, onder de gegeven omstandigheden een ongerechtvaardigde verrijking van Stokvast betekent.’

Uit de verwijzing naar het *Steendijkpolder*-arrest van 1992 door de hoge raad kan afgeleid worden dat de hierboven gegeven analyse van dat arrest juist is, immers gedekt wordt door het arrest inzake de Merwedepolder van 2000. Het valt ook op dat de raad als ratio voor de abstracte leer geeft ‘de hanteerbaarheid van de methode van schadebegroting’; hierboven zagen wij dat bij soortzaken, met een geldende marktprijs, en veel voorkomende vormen van schade (zoals blikshade), de abstracte schadeberekening in de ogen van vele schrijvers de geëigende methode is. Dit jongste arrest leert (wederom) dat deze methode tot die situatie beperkt moet worden.

Conclusies uit de rechtspraak-analyse.

Hier volgen nog enkele conclusies. De abstracte schadeberekeningsmethode, waarvoor in de literatuur in beperkte mate steun gevonden kan worden voor sommige typen schaden (gekenmerkt door: soortzaak met marktwaarde, veel voorkomende schadevorm, op eenvoudige wijze vast te stellen), blijkt in de jurisprudentie van de hoge raad in de afgelopen jaren een zeer beperkte toepassingsgebied gekregen te hebben.

In een lange reeks van arresten met ingang van de jaren ‘70 heeft de hoge raad de regel van abstracte schadeberekening uitgehold, en tenslotte enkele jaren geleden zo goed als terzijde gesteld voor een zeer groot gedeelte van het schadevergoedingsrecht. Aanvankelijk werd bepaald dat het slechts een regel betreft die ‘in haar algemeenheid’ geldt, en werd een groeiend aantal uitzonderingen op de regel aangenomen (onder meer in geval van gedeerde winst, schending van contractverplichtingen, beroepsfouten, e.d.). In verschillende uitspraken werd vervolgens als vereiste voor toepassing van de abstracte methode gesteld dat sprake moest zijn van schade. Indien gedaagde kan aantonen dat eiser geen schade heeft, komt deze aan hantering van de abstracte methode van schadeberekening in het geheel niet toe. Een benadering die Van der Grinten gelijkstelde met het gebruik van het gezonde verstand, en het tegengaan van constructies en ficties om vergoedingsaanspraken te creëren.

Het leek er geruime tijd op dat er één terrein was waar die ontwikkeling geen vat had, namelijk dat van zaaksschade, met name onrechtmatig toegebrachte zaaksschade. Vrij algemeen was aanvaard dat met betrekking tot herstellkosten van de abstracte leer uitgegaan dient te worden; deze kosten - en daarmee de schade - dienden op objectieve wijze berekend te worden. Ook dat terrein is echter prijsgegeven aan de concrete schadeberekeningsmethode; met name in het geval van zaaksschade aan onroerende zaken heeft de hoge raad onomwonden bepaald dat hier voor de abstracte berekeningsmethode geen plaats is; met inachtneming van de concrete omstandigheden, en de redelijkheid, dient vastgesteld te worden welke omvang de schade heeft.

Als vanouds mag daarbij door de rechter gebruik gemaakt worden van schatting. Het arrest *Gem. Den Haag - Van Schravendijk* (1993) vormt daarbij

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

een culminatie van deze ontwikkelingslijn in de rechtspraak, daarin gevolgd door *Gem. Dordrecht - Stokvast* (2000).

Daarmee kan vastgesteld worden dat de oudere rechtspraak door de hoge raad in de laatste jaren verlaten is, waarbij de voortekenen daarvan overigens al veel langer aanwezig waren voor degenen die oog had voor de beperkingen van de abstracte leer (zoals bij onder meer Van der Grinten en Bloembergen het geval was). Hierboven werd uiteengezet waarom het beroep op het *autoschade*-arrest van 1963 in een onrechtmatige daadsakke, waarbij schade aan onroerende zaken in het geding is, niet opgaat. Daarbij kan nog de kanttekening geplaatst worden dat het in het arrest van 1963 ging om schade in de vorm van waardevermindering na herstel; indien een dergelijke herstelschade niet gevorderd is een beroep op dat arrest evenmin steekhoudend, gezien de geldende jurisprudentie.

Tenslotte nog een opmerking over de berekening van de wettelijke rente bij een vordering tot schadevergoeding. Ook hier bestaat verschil van mening of de abstracte, dan wel de concrete methode van berekening gevolgd moet worden. Dat laatste werd, terecht, door Spier bepleit, in reactie op een betoog van Zwitser in tegengestelde zin.⁶⁰

Recente rechtspraak over schadeberekening. Verbrande schuur-arrest (2004) en schadeberekening bij wanprestatie: Sparrow – Van Beukering (2002) en V. – Branderhorst(2003)

De hoge raad heeft recentelijk een uitwerking gegeven van de concrete wijze van schadeberekening waarbij uitgegaan wordt van de waardevermindering in het vermogen van de eigenaar van de beschadigde zaak (een abstract begrip), echter vastgesteld aan de hand van de herstelkosten, op objectieve wijze bepaald (concrete kosten, dus).⁶¹ Daarbij werd het thema van *Gem. Den Haag – Van Schravendijk* (1993) nader uitgewerkt, in een casus waarbij herstel weliswaar beoogd, maar niet uitgevoerd werd. Het geval was als volgt.

Hiddema is eigenaar van een boerenschuur die als gevolg van spelende kinderen geheel door brand verwoest wordt; de ouders zijn aansprakelijk en hun verzekeraar gaat tot uitkering van de brandschade over, maar partijen kunnen het niet eens worden over de omvang van de schade. Hiddema heeft de schuur enkele jaren later overgedragen en geleverd aan zijn zoon die het boerenbedrijf overgenomen heeft. Assuradeuren zijn bereid om de verkoopwaarde van de schuur te vergoeden, vastgesteld op f 100.000, terwijl Hiddema de herbouwwaarde wil hebben, ad f 274.903. De rechtbank wijst de laatste vordering af, het hof wijst hem toe.

Het hof sluit daarbij aan op de Van Schravendijk-zaak van 1993, en gaat na of herstel een reële zaak is, qua kosten en gebruik van de schuur. Dat is het geval, waarbij herstelkosten niet bovenmatig afwijken van verkoopwaarde. Het hof noemt dat merkwaardigerwijze een

60. Zie resp.: J. Spier, WPNR 6199 (1995), en WPNR 6213 (1996), p.146; R. Zwitser, idem, p.145 v. en reeds WPNR 5517 (1980). Zwitser maakt gebruik van een abstract begrip 'vermogen' in zijn 'reële economisch maatschappelijke betekenis', waardoor onderscheid tussen abstracte en concrete schadeberekening wegvalt. Zie, hierover, in afwijzende zin: Bloembergen, *Mon. NBW*, 1982, p.66; Barendrecht en Storm, t.a.p., p.40 v.

61. HR 7 mei 2004, *RvdW* nr 71, *verbrande schuur*.

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

‘abstrakte’ schadeberekening, en komt dan tot de conclusie dat al of niet tot herstel overgaan niet van belang is.

In cassatie wordt dat laatste aangevochten, allereerst met het argument dat de Van Schravendijk-regel niet met zich brengt dat wanneer herbouwkosten van een door brand verwoest gebouw de waarde ervan in het economisch verkeer overtreffen de herbouwkosten ‘steeds en zonder meer zouden moeten worden vergoed met abstractie van de omstandigheden van het geval’. De cassatierechter verwerpt dit onderdeel van het beroep als volgt:

‘Het onderdeel mist feitelijke grondslag en kan dus niet tot cassatie leiden. Het hof heeft immers niet geabstraheerd van de omstandigheden van het concrete geval, maar heeft in zijn beoordeling van de zaak betrokken op welke wijze en met welke frequentie Hiddema de schuur in zijn bedrijf gebruikte, dat niet was gesteld of gebleken dat in de directe omgeving van zijn bedrijf een gelijkwaardige vervangende schuur kon worden verworven en dat de kosten van het bouwen van een nieuwe schuur niet onevenredig hoog zijn in vergelijking met de verkoopwaarde van de schuur voor de brand.’

Dat laatste verwondert enigszins, aangezien de herstelkosten bijna drie keer hoger zijn dan de verkoopwaarde van de schuur.

In het middel wordt ook betoogd dat wanneer een gebouw geheel verloren is gegaan in redelijkheid kan worden verlangd dat de eigenaar zijn aanspraak beperkt tot de waardevermindering ervan. Hierbij achten eisers ook van belang dat herstel van de schuur niet meer aan de orde is aangezien de restanten van de schuur inmiddels een andere bestemming hebben gekregen.

In zijn reactie hierop begint de hoge raad met een herhalingscollege schadeberekening, waarbij een aantal standaardarresten van de afgelopen decennia de revue passeert (aan de ontwikkelde, respectievelijk zich ontwikkelende lezer, de vraag welke arresten dat zijn):

‘3.6 Bij de beoordeling van dit onderdeel wordt vooropgesteld dat de eigenaar van een zaak die wordt beschadigd, door die beschadiging reeds voor en onafhankelijk van herstel daarvan in zijn vermogen een nadeel lijdt, gelijk aan de waardevermindering welke het desbetreffende vermogensbestanddeel heeft ondergaan, en dat, indien het een zaak betreft waarvan herstel mogelijk en verantwoord is, het geldsbedrag waarin deze waardevermindering kan worden uitgedrukt, in het algemeen gelijk zal zijn aan de - naar objectieve maatstaven berekende - kosten, welke met het herstel zullen zijn gemoeid (HR 16 juni 1961, *NJ* 1961, 444).

Is de onrechtmatig beschadigde zaak een gebouw, dan is in beginsel ervan uit te gaan dat de eigenaar daarvan aanspraak erop heeft in de gelegenheid te worden gesteld tot herstel. Zulk herstel kan ook verantwoord zijn indien de daarmee gemoeide kosten het bedrag van de als gevolg van de toegebrachte schade opgetreden waardevermindering overtreffen. Of dat het geval zal zijn, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de functie van de zaak voor de eigenaar, de mogelijkheid om - aangenomen dat afbraak en herbouw ter plaatse in verband met de daaraan verbonden kosten in ieder geval niet in aanmerking komen - elders een zaak te verwerven die voor wat betreft gebruiksmogelijkheden, ligging, prijs en andere relevante factoren als gelijkwaardig aan de zaak - in onbeschadigde toestand - kan worden beschouwd, alsmede de mate waarin de kosten van herstel in de oude toestand het bedrag van de waardevermindering overtreffen. Omstandigheden als hiervoor aangeduid kunnen meebrengen dat, hoewel de herstelkosten de waardevermindering overtreffen, toch van de getroffen eigenaar in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij, ter wille van de belangen van de schadeveroorzaker, zijn aanspraak beperkt tot het bedrag van de waardevermindering (HR 1 juli 1993, *NJ* 1995, 43).

Het vorenoverwogene heeft in beginsel ook te gelden indien het desbetreffende gebouw niet slechts is beschadigd, maar door een onrechtmatige daad geheel en al verloren is gegaan.

Opmerking verdient nog dat het vorenstaande anders is indien de desbetreffende, verloren gegane, zaak een exemplaar is zonder eigen, individueel bepaalde, kenmerken, van een soort waarvoor een voor het publiek toegankelijke markt bestaat. In een zodanig geval zal de

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

eigenaar van de zaak, wanneer deze door een onrechtmatige daad geheel en al verloren gaat, door dit verlies een nadeel in zijn vermogen lijden dat in het algemeen moet worden gesteld op de waarde in het economische verkeer van de zaak ten tijde van het verlies (de marktwaarde; vgl. HR 12 april 1991, *NJ* 1991, 434).

3.7 Voor zover onderdeel 2.3 stelt dat het hof heeft miskend dat onder omstandigheden van de eigenaar van een gebouw dat door een onrechtmatige daad geheel en al verloren is gegaan, in redelijkheid kan worden verlangd dat hij zijn aanspraak beperkt tot de waardevermindering daarvan, kan het bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Zoals besloten ligt in het hiervoor in 3.4 overwogene, heeft het hof immers wel degelijk onderzocht of van de getroffen eigenaar, Hiddema, in redelijkheid kan worden verlangd dat hij, ter wille van de belangen van de schadeveroorzaker, zijn aanspraak beperkt tot het bedrag van de waardevermindering, maar heeft het daarvoor in het concrete geval onvoldoende aanleiding gezien.

Voor zover het onderdeel dit oordeel als onbegrijpelijk gemotiveerd bestrijdt, en het zich daartoe beroept op het feit dat de restanten van de schuur inmiddels een andere bestemming hebben gekregen, stuit het af op het feit dat Hiddema in dit geding onweersproken heeft gesteld dat hij de schuur wenste te herbouwen, maar in dat voornemen is gedwarsboemd doordat achtereenvolgens (i) de provincie de herbouw niet toestond op de daartoe door Hiddema beoogde plaats, voorts (ii) tussen hem en zijn schadeverzekeraar een langdurige correspondentie en daarna een juridische procedure is gevoerd over de vraag in welke omvang de verzekeraar de door de brand geleden schade diende te vergoeden en hij ten slotte, ruim drie jaar na de brand, toen hij inmiddels 65 jaar was geworden, (iii) de schuur in het kader van een bedrijfsovername heeft overgedragen aan zijn zoon, die het bedrijf heeft voortgezet en die ter plaatse een andere schuur heeft gebouwd, terwijl alle rechten die Hiddema in verband met de brand tegen derden kon doen gelden, bij hem zijn verbleven (pleitnotities in eerste aanleg onder 4). In elk geval onder deze, door het hof kennelijk mede in zijn beoordeling betrokken, omstandigheden, kan niet worden gezegd dat het feit dat de opvolgend eigenaar aan de schuur inmiddels een andere bestemming heeft gegeven (de nieuwe schuur dient niet, zoals de oude, voor opslagdoeleinden; daarin is een pluimvee-bedrijf ondergebracht), 's hofs oordeel onbegrijpelijk maakt dat Hiddema in redelijkheid aanspraak kan maken op de naar objectieve maatstaven berekende kosten van herbouw van zijn schuur en dat niet van belang is of Hiddema daadwerkelijk tot herbouw is overgegaan.

.....

3.9 onderdeel 2.4 stelt dat uit het hiervoor in 3.6 aangehaalde arrest HR 1 juli 1993, *NJ* 1995, 43, logischerwijs volgt dat de toetsing aan de in dit arrest genoemde feiten en omstandigheden dient plaats te vinden naar het moment van het beoordelen van de rechtsvordering en niet naar het moment van het ontstaan van de brand, zoals het hof kennelijk heeft gedaan.

3.10 Het onderdeel is op een onjuiste rechtsopvatting gebaseerd en kan daarom geen doel treffen. Zoals in het eveneens in 3.6 aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 16 juni 1961, *NJ* 1961, 444, waarop het in het onderdeel genoemde arrest voortbouwt, reeds besloten ligt ("dat de eigenaar van een zaak die wordt beschadigd, door die beschadiging reeds voor en onafhankelijk van herstel daarvan in zijn vermogen een nadeel lijdt, gelijk aan de waardevermindering welke het desbetreffende vermogensbestanddeel heeft ondergaan"; vgl. ook HR 13 december 1963, *NJ* 1964, 449), en eveneens aan het wettelijk systeem ten grondslag ligt (vgl. de MvA II bij art. 6:119 BW, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 475), dient de omvang van de schade die naar objectieve maatstaven wordt begroot, te worden berekend naar het moment waarop zij wordt geleden. Daaraan doet niet af dat in het door het onderdeel bedoelde arrest besloten ligt dat onder omstandigheden gebeurtenissen van later datum kunnen meebrengen dat van de getroffen eigenaar in redelijkheid kan worden verlangd dat hij zijn aanspraak beperkt.⁶²

62. De aangehaalde arresten zijn resp.: *Staat – Knebel*, 1961; *Gem. Den Haag – Van Schravendijk*, 1993; *Unico – Harteman*, 1991; *autoschade*, 1963.

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

Wat leert dit arrest ons? Allereerst verwerpt de hoge raad de stelling dat het hof de abstracte methode van schadeberekening gevolgd heeft. Het is een concrete schadeberekening waarbij herstelkosten een hoofdrol spelen, afgezet tegen de waardevermindering (als vermogensnadeel, het uitgangspunt bij schade). In de Van Schravendijk-zaak ging het om herstelkosten die aanzienlijk hoger waren dan de waardevermindering; normaal niet toegestaan, maar bij uitzondering wel, indien de redelijkheid dat met zich brengt. In de onderhavige zaak was het argument tegen toewijzing van herstelkosten dat herstel niet meer aan de orde was omdat Hiddema's schuur al een andere bestemming gekregen zou hebben. De hoge raad stelt vast dat de schuur geen zaak is waarvoor een markt bestaat (vgl. de meerstoel-diskussie) en erkent dat wanneer een zaak geheel verloren is gegaan door onrechtmatig handelen de redelijkheid met zich kan brengen dat de schadevergoeding tot de waardevermindering beperkt wordt. Dat is echter door de feitenrechter onderzocht en heeft tot een negatieve uitkomst geleid; bij de weergave van het feitenonderzoek door het hof geeft de raad aan dat er geen sprake is van 'een andere bestemming' die de schuur gekregen zou hebben, hetgeen leidt tot de conclusie dat het hof kon oordelen dat Hiddema in redelijkheid de herstelkosten kon vorderen, op objectieve wijze begroot, waarbij niet van belang is of dat herstel daadwerkelijk plaats gevonden heeft.

Indien men aarzelt bij het volgen van deze redenering (waarom zijn de aangehaalde omstandigheden een ondersteuning van de redelijkheid van herstelkosten als basis voor schadevergoeding?; dat is mij niet direkt duidelijk), de cassatierechter geeft een aanvullend argument. Naar aanleiding van de stelling van eisers dat uit de Van Schravendijk-regel volgt dat voor de schadebeoordeling beslissend is het moment van de beoordeling van de rechtsvordering, en niet het moment van ontstaan van de brand, overweegt de raad dat uit de arresten van 1961 en 1963, de bakermat van de abstracte schadeberekening zoals wij eerder zagen, en het wettelijk systeem blijkens art. 6:119 BW (dat over schadevergoeding wegens vertraging gaat, *sic!*) volgt dat de omvang van de schade naar objectieve maatstaven berekend moet worden naar het moment van de schade. Op die abstracte leer wordt meteen afgedongen met de erop volgende zin dat de door eisers aangehaalde Van Schravendijk-norm met zich brengt dat 'gebeurtenissen van later datum' bepalend kunnen zijn om de vordering naar redelijkheid te beperken.

De redenering die de hoogst rechter volgt doet wel een groot beroep op de lezer, die gevaar loopt het spoor bijster te raken, met het bange vermoeden dat er wellicht niet zo'n duidelijk spoor was, om te beginnen. De uitspraak is van een hoog abstraktieniveau, niet altijd even concreet, dus. De klacht dat het hof de abstracte leer volgt wordt verworpen, met argumenten die tenslotte ontleend zijn aan diezelfde abstracte leer, zij het dat onder omstandigheden een beroep op de redelijkheid zal opgaan, en er was niet gebleken dat het hof dat uit het oog verloren had. De cassatierechter vindt het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk, een stereotype marginale toetsing van een aan de feitenrechter voorbehouden oordeel, lijkt het. Zoveel is duidelijk, dat het onverkort toepassen van de abstracte methode van schadeberekening door de hoge raad afgewezen wordt, zodat wederom de concrete methode overblijft, zij het met enkele abstracte elementen. Ook lijkt duidelijk dat in ons recht te weinig over schade en schadeberekening is nagedacht, en dan heeft een hoogste rechter weinig om op terug te vallen.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

Tot dusver ging het bijna steeds om schade toegebracht door onrechtmatig handelen. Hoe is het gesteld met schadeberekening bij wanprestatie? In twee recente arresten is die materie aan de orde gesteld. Daarbij komt naar voren dat *in een contractuele context andere regels gelden dan bij schade uit onrechtmatige daad*, die hierboven voornamelijk aan de orde was: meerstoelen die omver gevaren werden, huizen die gingen verzakken door naburige bouwwerkzaamheden, en dergelijke. Daarbij voert de concrete berekening de boventoon.

Het eerste arrest, van 26 april 2002, gaat over een huis in de Leidse binnenstad dat door Sparrow gekocht was van mevr. Van Beukering; daarbij was een overeenkomst gesloten waarbij de laatste tegen betaling van f 207.840 zich tegenover Sparrow verbonden had tot strikte nakoming van een aannemingsovereenkomst die zij met ene Ooyevaar gesloten had inzake de restauratie van het pand.⁶³ Ooyevaar pleegt wanprestatie, en Sparrow zoekt verhaal op Van Beukering, met succes voor de rechtbank, die een vordering van een ton toewijst. Al direkt wordt het verweer gevoerd dat Sparrow geen schade heeft, aangezien zij het pand met winst doorverkocht had. Daarmee wordt in appel de inzet of de schade abstract of concreet berekend moet worden; Van Beukering betoogt uiteraard het laatste, en beroept zich daarbij op *Van Ulzen – Goolkate* (1988). Het hof is daarvan onder de indruk en beslist dat Sparrow slechts schade lijdt voorzover komt vast te staan dat de niet herstelde tekortkomingen een nadelige invloed op de verkoopprijs gehad hebben, hetgeen door een deskundige vastgesteld moet worden. Sparrow gaat van dat tussenarrest in cassatie, en wordt door de hoge raad in het gelijk gesteld, echter niet op grond van abstracte schadeberekening. De raad legt de nadruk op het bestaan van een overeenkomst tussen partijen, hetgeen consequenties heeft voor de wijze van schadeberekening: hier is sprake van *vervangende schadevergoeding*, een contractuele aktie. Het college overweegt, conform de conclusie van a-g Keus:

‘3.4.1 Het middel bevat onder 2 in de eerste plaats de klacht dat 's Hof's oordeel in rov. 17, dat Sparrow c.s. slechts schade hebben geleden voorzover komt vast te staan dat de niet herstelde tekortkomingen, zoals door de deskundige vastgesteld, nadelige invloed op de verkoopprijs hebben gehad, blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, nu het bij de gevorderde schade gaat om het bedrag dat nodig is om de feitelijke situatie in overeenstemming te brengen met de verplichtingen uit de aannemingsovereenkomst.

3.4.2 Deze klacht is gegrond. In de zaak waarop het in rov. 15 van het Hof genoemde arrest betrekking heeft, ging het om een vordering tot vergoeding van de kosten van herstel van schade door een huurder toegebracht aan een huis in een geval dat daardoor werd gekenmerkt dat a) geen herstel van de schade had plaatsgevonden en b) de eigenaar van het huis kort na het einde van de huur tot verkoop van het huis was overgegaan. In een dergelijk geval is van schade slechts sprake voorzover het handelen van de huurder een nadelige invloed op de bedongen verkoopprijs heeft gehad. In het onderhavige geval gaat het om een overeenkomst waarbij Van Beukering zich heeft verbonden tot het verrichten van een bepaalde prestatie in verband met de restauratie, waartegenover Sparrow c.s. zich hebben verbonden tot betaling van een geldsom. Sparrow c.s. vorderen in de onderhavige procedure vervangende schadevergoeding als bedoeld in art. 6:87 BW, wegens gedeeltelijke niet-nakoming door Van Beukering van haar verbintenis en zij stellen de door hen geleden schade op het bedrag van de herstellkosten, hoewel zij de gebreken niet hebben doen herstellen en enige jaren later het betrokken huis hebben verkocht. In een dergelijk geval moet de schade worden begroot op basis van de vermogensvermindering die ten tijde van de niet-nakoming door de tot de prestatie gerechtigde is geleden ten opzichte van de situatie waarin hij zou zijn geraakt bij behoorlijke nakoming van de verbintenis, en is de latere verkoop van het huis een

63. HR 26 april 2002, NJ 2004, 210, nt JH, *Sparrow – Van Beukering*.

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

omstandigheid waaraan in het kader van een vordering tot vervangende schadevergoeding als de onderhavige geen betekenis toekomt.’

Het arrest dat de raad bij zijn overwegingen betreft is het al genoemde *Van Ulzen – Goolkate* (1988). Zoals a-g Keus opmerkt, had Sparrow ook voor de boeg van gedeeltelijke ontbinding kunnen gaan liggen, en op die manier de klippen van abstracte versus concrete schadeberekening kunnen omzeilen.⁶⁴

Het tweede arrest is op soortgelijke leest geschoeid: binnen contract gelden eigen regels ten aanzien van schadeberekening. Het arrest van 28 maart 2003 heeft betrekking op een fout van een advocaat die zijn cliënt geld kost.⁶⁵ De advocaat, discreet V. genoemd, want het gaat om een beroepsfout, had vergeten om Branderhorst, die geplaagd werd door een aktie van burens die zijn bedrijfsvoering wilden laten stilleggen wegens geluidsoverlast, te waarschuwen dat dwangsommen die door het hof opgelegd waren verbeurd zouden worden in de periode voor in cassatie gegaan zou worden. Branderhorst deed in verpakking van geslacht pluimvee, en dat is rond de Kersttijd een topdrukte. Dat feitelijk element speelt hier een grote rol; op 4 december 1990 ontvangt Branderhorst de betekening van het arrest van het hof, en op 26 februari 1991 wordt namens hem cassatie ingesteld (verwerping daarvan volgt bij arrest van 15 mei 1992). Er was door het hof een dwangsom opgelegd van f 1.000 per dag dat Branderhorst het verbod om het bedrijf uit te oefenen zou overtreden, en over de eerstgenoemde periode wordt aldus een bedrag van f 85.000 aan dwangsommen verbeurd, die door de tegenpartij opgeëist worden en Branderhorst aan haar betaald heeft. Vervolgens zoekt hij verhaal op zijn advocaat, die verzuimd heeft om hem op dat risico te wijzen.

Deze voert een slim advocaten-verweer: ook al zou hij Branderhorst wel gewaarschuwd hebben voor het verbeuren van de dwangsommen zou deze vanwege de decemberdrukte toch zijn bedrijfsactiviteiten niet gestaakt hebben. Het hof wijst dat af als niet terzake doende, want Branderhorst zou, indien ingelicht, om hem moverende redenen gekozen kunnen hebben voor voortzetting van zijn bedrijfsactiviteiten, daarmee bewust een risico nemend. Dat zou dan geheel voor zijn rekening en risico komen, maar die situatie heeft zich niet voorgedaan, overweegt het hof (is dus hypothetisch). Typisch de abstracte methode van schadeberekening.

De hoge raad vernietigt het arrest, en daarmee deze redenering. Voor een beter begrip van de betreffende overweging dient men eerst de conclusie van a-g Verkade gelezen te hebben. Deze betoogt namelijk dat het doel van schadevergoeding bij wanprestatie is het zoveel mogelijk brengen van de benadeelde in de positie waarin hij zou hebben verkeerd indien de ledens zijn verplichting wel was nagekomen. Dit heeft tot gevolg dat ‘uitsluitend de werkelijk geleden schade moet worden vergoed’ (nr 4.4, met verwijzing naar

64. Hijma wijst erop in zijn noot dat de term ‘herstel’ hier tot verwarring heeft geleid: dat kan betrekking hebben op het wegnemen van een beschadiging (zoals bij *Van Ulzen – Goolkate*), maar ook op het alsnog uitvoeren van contractueel overeengekomen werk, zoals in casu.

Wat Sparrows voordeel bij verkoop betreft, deze had erop gewezen dat de huizenprijzen sterk gestegen waren, voor f 115.000 verbouwingen uitgevoerd waren en verder nog f 70.000 besteed was. Dat heeft de HR kennelijk laten meewegen.

65. HR 28 mrt 2003, NJ 389, V. – *Branderhorst*.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

rechtspraak). Typisch de concrete methode van schadeberekening. De cassatierechter volgt dit standpunt, en overweegt als volgt:

3.3 Het middel keert zich met een rechtsklacht en een motiveringsklacht tegen 's Hofs oordeel dat het verweer, dat Branderhorst vanwege de decemberdrukte toch zijn bedrijfsactiviteiten niet zou hebben gestaakt, irrelevant is voor de vaststelling van de schade, welk oordeel kennelijk aldus moet worden begrepen, dat - anders dan V. subsidiair had betoogd - voor die schadevaststelling evenmin relevant is of Branderhorst bij de voortzetting van de exploitatie ter plaatse voordeel heeft genoten in vergelijking met het geval dat hij die exploitatie onmiddellijk zou hebben gestaakt. Naar het middel terecht betoogt, heeft het Hof aldus oordelende miskend dat voor de vaststelling van de door Branderhorst als gevolg van de tekortkoming van V. geleden schade een vergelijking dient te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie na het uitblijven van de waarschuwing inzake het verbeuren van dwangsommen en de hypothetische situatie bij het wegdenken van die tekortkoming. De rechtsklacht slaagt derhalve.

Aldus heeft de hoge raad de schadeberekening bij wanprestatie stevig op de basis van de concrete methode geplaatst.

6. *Betekenis en functie van abstracte schadeberekening*

De vraag is nu wat wij met de abstracte schadeberekening als instrument aanmoeten. De literatuur kent om te beginnen voor- en tegenstanders. Tot de eerste categorie moet Bloembergen gerekend worden, al moet hij toegeven dat op de vraag in welke gevallen die methode toegepast moet worden geen algemeen antwoord is te geven. Dat staat overigens nog te bezien. Wel kunnen zijns inziens enige 'aanknopingspunten' gegeven worden, 'zoals wettelijke gegevens, de aard van de schade, de doelmatigheid, de strekking van het schadevergoedingsrecht en de redelijkheid van het bereikte resultaat'.⁶⁶ Tot de tegenstanders behoort, niet verrassend, Rutten, op de voet gevolgd door Hartkamp. De bezwaren van Rutten zijn allereerst dat deze methode 'moeilijk in overeenstemming gebracht kan worden met het vooropgezette beginsel, dat de *in werkelijkheid* geleden schade moet worden vergoed'. Een mooier voorbeeld van een *petitio principii* ('begging the question') is moeilijk te bedenken. Men leze hier: 'het door Rutten vooropgestelde beginsel'. Het is natuurlijk ook een gevolg van Ruttens visie op schade als feitelijk begrip.

Een tweede argument is dat de abstract berekende schade slechts een *minimum* zou zijn, de schuldeiser kan altijd nog de werkelijke (concrete) schade vorderen, volgens de jurisprudentie. Ook dit argument lijkt mij minder valide; als de hoge raad verwijst naar mogelijke andere schadefactoren (in *Flint - Veldpaus*, geen sterke zaak, zoals wij zagen) dan kan men aan posten van bijkomende schade denken, als expertisekosten, en dergelijke. De andere genoemde gevallen zijn te brengen onder de rubriek 'afwijzing van abstracte schadeberekening', bijv. indien gedeelde winst wordt gevorderd (*NJ* 1978, 174), beroepsfout van advocaat (*NJ* 1982, 255), nevenverplichting huurder (*NJ* 1979,

66. *Mon. NBW*, p. 67 v. (nr 30).

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

482). Dit betreft dus de vraag *wanneer* men de abstracte methode mag toepassen (zie ook *meerstoel I* en *ENCI*, boven).

Juist omdat dat laatste volgens Rutten/Hartkamp niet duidelijk te beantwoorden is, en evenmin een deugdelijke motivering van deze methode bestaat, mag men volgens hen 'niet spreken van een rechtsregel, maar eerder van een praktisch hulpmiddel, dat *in sommige gevallen* bij het vaststellen van de schadevergoeding goede diensten kan bewijzen' (nr. 418). Voor aanhangers van een normatief schadebegrip is deze opvatting niet aanvaardbaar. Juist omdat, zoals ook Bloembergen benadrukt, de vaststelling van schade niet losgedacht kan worden van doel en strekking van schadevergoeding, bewijst de abstracte methode van schadevaststelling en rechtsregel daarbij goede diensten. Die regel geldt naar mijn mening indien sprake is van: *een geldende marktprijs van de zaak die voorwerp van overeenkomst was* (op een eenvoudige wijze vast te stellen), *en het mogelijk voordeel van de schuldeiser de schuldenaar niet regardeert, aangezien de regels van goede trouw of een efficiënte afwikkeling van de schade dat met zich brengen*.

Op een rechtsregel zijn altijd uitzonderingen, 'die de regel bevestigen', zoals dat in de volksmond, en goed dialektisch heet. Als men gemaakte uitzonderingen in de rechtspraak constateert, wil dat nog niet zeggen dat de regel niet zou gelden. Inherent aan iedere regel is de mogelijke 'uitzondering' die bij de verbijzondering van de regel gemaakt wordt, want een regel berust op één of meer beginselen, en die zijn van een hogere orde dan de regel.

In de drieslag: 1. beginsel; 2. regel; 3. beslissing, is niet alleen sprake van een toe- en afnemende graad van concreetheid, resp. abstraktheid, bovendien geldt dat geen enkel onderdeel kan bestaan zonder de andere twee componenten. Anders gezegd, men kan geen fase overslaan bij het afleiden van de ene categorie uit de andere (2 uit 1, of 3 uit 2, 3 uit 1). Indien aan een regel tegengestelde beginselen ten grondslag liggen (rechtszekerheid en billijkheid, om eens wat te noemen), wordt de zaak complexer, en zullen uitzonderingen eerder geboden zijn.

Ik sta bij dit rechtsvindingsaspect stil, omdat wanneer men dit ABC uit het oog verliest, de verwarring alleen maar groter wordt.⁶⁷ Bij autoschade, een klassiek voorbeeld onderhand, is de abstracte schadeberekening accepté. Een deuk in de auto brengt schade aan het vermogen van de eigenaar toe; of hij daadwerkelijk tot reparatie overgaat, hoe, door wie, en tegen welke kosten, 'gaat de dader niet aan'; de schade wordt objectief vastgesteld. Maar wat nu als een bejaarde man schade aan zijn eveneens bejaarde auto oploopt; reparatiekosten *f* 1.500, waarde auto *f* 300. *Total loss* dus. Argument voor toewijzing van de concrete reparatiekosten vormde de omstandigheid dat de man op zijn leeftijd niet meer aan het besturen van een andere auto zou wennen.⁶⁸ Zoals dat bij de causaliteit heet, in de woorden van Pitlo: 'objektiveren naar boven, subjektiveren naar beneden'.

De schade kan voor een deel uit bijkomende kosten bestaan; ook dan doet de vraag zich voor of deze abstrakt berekend dienen te worden. De vervangende huurauto bij reparatie van de beschadigde auto, de huishoudelijke hulp die voor

67. Zie nader voor deze materie de lit. genoemd in mijn *Dialektiek R en R*, Deel 1c, 1988, p. 79, naast de eerder aangehaalde algemene lit.

68. Ktg. Heerlen, 28 sept. 1973 *VR* 1975, 63, ontleend aan Barendrecht, p. 793.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

de gewonde vrouw invalt. Rechtspraak en literatuur zijn over het algemeen terughoudend hierin, en hebben een voorkeur voor concrete berekening, of aarzelen. Gezien vanuit de doeleinden van schadevergoeding is veel voor terughoudendheid te zeggen; het is de vraag of die kosten in hun algemeenheid bestaan (denk aan: vriendendiensten, openbaar vervoer, burenhulp). Wat wel zeker is, is dat abstracte berekening tot premieverhoging en algemene kostenstijging zal leiden; de vraag is of dat zo wenselijk is. Voor de fijnproevers nog een curiositeit uit de Duitse keuken: is er sprake van ideële schade indien een Mercedes-bezitter in een vervangende Opel moet rijden? Is het schade indien men niet meer over zijn auto kan beschikken, ook al is niet aan te tonen dat deze in die periode nodig zou zijn? Dat laatste als voer voor fervente niet-fietsers, die ook buiten Duitsland te vinden zijn. Terzijde: wat indien dit voorgelegd wordt aan een (uit principe) fietsende rechter?

Het dilemma tussen abstract of concreet schade-berekenen heeft Barendrecht - uitgaande van een feitelijk schadebegrip - in 1985 gebracht tot het interessante voorstel om het *herstel van de zaak* als uitgangspunt te nemen. Het algemeen beginsel, dat de rechtspraak zou verklaren, luidt: 'De kosten van een redelijke maatregel, die erop gericht is de negatieve gevolgen van het schadetoebrengende feit weg te nemen, zijn vergoedbaar (t.a.p., p. 791). Het voordeel van deze zienswijze is dat een zaak als *meerstoel II* als onjuist beslist aangemerkt kan worden, omdat vervanging niet redelijk was (en ook niet plaatsvond; dat laatste acht Barendrecht overigens een indicatie voor redelijkheid). Het nadeel is echter (onder meer) dat men dan toch nog een gang naar de rechter, en als men genoeg geld en adem heeft tenslotte de HR, moet maken om uit te maken of herstel in casu redelijk was, hetgeen vaak van de herstelkosten afhangt, met alle wiskundige akrobatiek vandien. Het is eenvoudiger om vast te stellen of een zaak een marktwaarde heeft, al of niet genoteerd (voor auto's: lijst van de ANWB). Aldus de regel als vuistregel. En beter één regel in de vuist, dan tien in de lucht.

Zie ook het artikel van Barendrecht in *NTBR* 1996, p. 370. en verder: Barendrecht en Storm, t.a.p., pp. 28 v.; 38 v.; 65 v.; 112 v.

Barendrecht ziet beperkte mogelijkheden voor de abstracte leer; hij bepleit vooral toepassing van de methode bij letselschade en intellectuele eigendomszaken. Het snel afhandelen van veel voorkomende schadegevallen waarbij over het algemeen duidelijk is wat de herstelmethode is staat voorop, en daarbij bepleit Barendrecht het geven van een voorschot (in de Maassluis-zaak werd dat laatste door het Hof Den Haag overigens indertijd afgewezen). Verder bepleit schr. de toepassing in de vorm bewijsregels waarbij uitgegaan wordt van de normale gang van zaken, in situaties waarin de omvang van de schade moeilijk vast te stellen is.

7. *Diversen. Voordeelstoerekening, causaal verband en boete*

Nog enkele onderwerpen rond de schadevergoeding verdienen kort bespreking.⁶⁹ Allereerst de figuur van *voordeelstoerekening*: bij de vaststelling van de schade mag in beginsel rekening gehouden worden met een voordeel dat de schuldeiser uit andere hoofde verkregen heeft. Het geijkte voorbeeld is een verzekeringsuitkering. Dat voordeel kan in mindering worden gebracht, in de gedachte dat gestreefd wordt naar schadeloosstelling en niet naar verrijking van

69. In Deel 2 komen nog bijzondere schadevormen aan de orde, zoals milieuschade (ecologische schade) en letselschade (shock-schade, psychische schade), zie H 12, § 1, nr 8; § 7, nr 10.

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

de benadeelde. Ook deze toerekening gaat naar redelijkheid (vgl. ook art. 6:100 BW dat spreekt van 'voor zover dit redelijk is'). Zowel op het punt van belastingvoordeel als van verzekeringsuitkeringen is de rechtspraak van de hoge raad, die doorgaans voordeelstoerekening toestaat, omstreden.⁷⁰

Ten aanzien van de verzekeringsproblematiek dient onderscheid gemaakt te worden tussen *schadeverzekering* en *sommenverzekering*. In het eerste geval vindt toerekening van voordeel een rechtvaardiging in het regresrecht dat de verzekeraar ex art. 284 K toekomt, met als gevolg dat de schade uiteindelijk slechts één keer vergoed hoeft te worden door de dader. Indien van geen regresrecht sprake is, komt dit anders te liggen. Dat is ook het geval bij sommenverzekering, waarbij per definitie geen regres geboden wordt aan de verzekeraar. In *IBC - Derkx*⁷¹ heeft de hoge raad beslist dat de uitkering uit zo'n verzekering niet als voordeel in mindering gebracht moet worden, omdat het bestaan van een sommenverzekering een aangelegenheid is die de pleger van een onrechtmatige daad niet aangaat.

Indien echter art. 6:108 BW (1406 oud BW) aan de orde is (schade door overlijden) moet wèl rekening gehouden worden met een verzekeringsuitkering; in dat kader speelt namelijk de *behoefte* aan onderhoud van de nabestaanden. Aldus *NBM - Eagle Star*.⁷² De vraag is, of dit in de 6:107 BW art. 1407 *oud BW*-sfeer zo anders zou moeten zijn; men zie voor die discussie Asser-Hartkamp, t.a.p., waar verdere literatuur en rechtspraak. Factoren hierbij zijn onder meer, wie de verzekeringspremie betaald heeft, of er een WA-verzekering in het spel is, en of het om schuld- of risico-aansprakelijkheid gaat. Een reparatie-artikel van het NBW is door de Kamer verworpen, en daarmee is de verdere ontwikkeling aan de rechtspraak overgelaten.

Het vraagstuk van de *causaliteit* bij schade, dat al enkele keren terloops aan de orde kwam, dient nog nader besproken te worden. Nu ook hier de toerekening naar redelijkheid geldt, zoals ook door mij verdedigd, kan dat kort zijn, met verwijzing naar hetgeen nog volgt.⁷³ Ik uitte in 1986 kritiek op Asser-Rutten-Hartkamp (Rutten mocht er toen nog bijstaan, de tekst is nog steeds grotendeels van hem), aangezien de oude liefde van Rutten, de adequatieleer, bij wanprestatie gehandhaafd was gebleven. In de druk van 1988 heeft Hartkamp die passage gewijzigd en deze in de sleutel van 'TNR' gezet.⁷⁴ Voor het causale verband bij deze operatie refereer ik aan het oordeel van de lezer. Intussen hebben de ontwerpers van het Nieuw BW toen in 1976 de TNR-leer overgenomen werd - tot ongenoegen van Rutten indertijd - het cruciale adjektief *redelijk* niet bij de 'toerekening' opgenomen (zie art. 6:98 BW). Dat laatste weer tot ongenoegen van de (bekeerde) Rutten, in de 6e druk, die daarin gesteund werd door onder meer Brunner en Langemeijer. Ten onrechte neemt Hartkamp die kritiek niet ter harte, ook hier verdedigt hij het nieuwe BW *à tort et travers* (8e dr., p. 371; 10e dr. nr 432).

70. Zie Asser-Hartkamp I, nr 443, 477, 486, waar verdere lit.

71. HR 28 nov. 1969 *NJ* 1970, 172, nt GJS.

72. HR 19 juni 1970 *NJ* 380, nt GJS.

73. Zie Deel 2, Hfdst. 11, § 2; oorspronkelijk: *Suppl. 1986*.

74. T.a.p., nrs 432, 435.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

De ontwikkeling van het *schadevergoedings-* en *boetebeding* is een afspiegeling van de rechtsontwikkeling van het verbintenissenrecht in het algemeen. De wetgever gaf in art. 1285 oud BW een regeling van het schadevergoedingsbeding, de gefixeerde schade ('liquidated damages') met de vermaning dat bij wanprestatie van dat bedrag niet mocht worden afgeweken. Bij het boetebeding, art. 1340 v. BW, werd van dezelfde visie uitgegaan, de volle boete wordt verbeurd, tenzij de hoofdverbintenis voor een gedeelte vervuld is (art. 1345 oud BW). Vgl. thans artt. 6:91 v. BW, die hieronder nog besproken worden (nr. 7).

Bij de interpretatie van de wettelijke regeling heeft een grote rol gespeeld het maatschappelijke gegeven dat boete- en schadebedingen vaak buitensporig hoog zijn indien deze opgelegd zijn door een partij met een machtspositie. Anderzijds kunnen schuldenaren soms als gevolg van economische ontwikkelingen in problemen komen bij het uitvoeren van de overeenkomst. De vooroorlogse crisistijd bood ook wat dat betreft een troosteloze aanblik. Dat heeft soms een creatieve wetsuitleg als gevolg gehad. Ervan uitgaande dat het verschil tussen schadefixatie en boete in de praktijk moeilijk te maken is - inderdaad loopt dat vaak dooreen, het gemak van schadevaststelling bij voorbaat, en de prikkel tot nakoming - wist men om te beginnen alle bedingen als boetebedingen op te vatten. Vervolgens kon men, mits er van enige uitvoering sprake was, gebruik maken van de matigingsbevoegdheid van art. 1345 oud BW.⁷⁵

Intussen ging dat fout indien echt in het geheel niet nagekomen was, aangezien de hoge raad lang vasthield aan zijn leer uit 1926, het *sarong- en weefgetouwen*-syndroom: de goede trouw vermag het overeengekomene niet te wijzigen of opzij te zetten. In 1967 wordt dit nog door Rutten onderschreven, die echter een leemte-theorie verdedigt, op grond van uitleg van de overeenkomst, om in concreto tot een matiging te komen. In 1979 hoopt Pitlo nog dat de hoge raad op dit punt van meer soepelheid zal blijkgiven.

Die wens is verhoord, in 1984; het lag natuurlijk in de lijn der ontwikkeling, nu de hoge raad in het algemeen de aanpassing van overeenkomsten op grond van de goede trouw steeds dichter benaderde, sinds *Saladin - HBU* van 1967. De omslag kwam met het arrest van 1984, toevallig inzake een boetebeding, *Nationale Volksbank - Helder*, HR 27 april 1984 NJ 679, nt G. Dit arrest komt hieronder nog ter sprake (zie nr. 6). In dat arrest werd de boete (mijns inziens ten onrechte) niet beperkt. Dat was wel het geval in het recente arrest *Shell - Van Dooren* HR 4 nov. 1988 NJ 1989, 244, nt MMM; hier ging de raad echter niet akkoord met de beperking die het hof had aangebracht, waarbij ten onrechte niet alle omstandigheden van het geval bij de beoordeling betrokken waren (vgl. nog onder).

De schadevergoeding kent nog vele andere aspecten die hier niet behandeld kunnen worden. Te wijzen valt o.m. op de problematiek van de vergoeding van in de tijd gespreide schade *ineens*, vgl. L. Mok e.a., *Schadevergoeding in één som*, 1984. Intrigerend is verder de vergoeding van het verlies van een *kans op voordeel*, die wegviel door het handelen van de ledens (kans op herstel bij ziekte, op winst bij transactie, etc.). In het franse recht is deze figuur sterk ontwikkeld, vgl. Viney, *Droit civil IV*, 1982, nr. 278 v.; Weill-Terré, nr 602.

75. Zie de rechtspraak vermeld bij Pitlo-Bolweg, p. 159 v.; Asser-Rutten I, 3e dr., p. 241 v. Het duitse recht geeft bij standaardcontracten bescherming tegen een buitensporig boetebeding, § 11 nr 5 AGBG, vgl. Larenz I, § 24 II.

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

8. *Het boetebeding nader bezien. 'Punitive damages' en 'peine privée'*⁷⁶

Hierboven kwam al aan de orde dat in het privaatrecht de gedachte aan 'schuld en boete' in het onrechtmatige daadsrecht obsoleet geraakt is, en dat het beginsel van vergelding heeft moeten plaats maken voor dat van toerekening, of eigenlijk, toedeling. De schuld in de zin van verwijtbaarheid heeft afgedaan: de grondslag voor aansprakelijkheid is het niet naleven van verplichtingen van maatschappelijke zorgvuldigheid; bij het vaststellen daarvan zijn vooral bepalend de maatschappelijke positie van de dader en hetgeen geacht wordt in zijn risikosfeer te liggen. Zoals Langemeijer eens zei: 'het feit dat ik een lichamelijke afwijking heb die het schadevoorval veroorzaakt heeft, komt voor mijn risico'. Wij hebben het intussen nog steeds over de zogenaamde schuld-aansprakelijkheid, niet over de risico-aansprakelijkheid, waarbij het opkomen voor risico's die de handelende persoon toegerekend worden, dat wil zeggen voor de schadelijke gevolgen ervan, al jaar en dag het uitgangspunt is.

Deze ontwikkelingen kan men in het privaatrecht van alle westerse landen waarnemen, sinds het laatste kwart van de 19e eeuw. Het is een lange historie, waarvan de wortels in de oudheid liggen, en waarbij blijkt dat er vrijwel niets nieuws onder de zon is. De schuldgedachte lijkt een intermezzo van de 19e eeuw te zijn, niet toevallig in een periode waarbij het individualisme en de bescherming van de opkomende industrie in een laissez-faire-ekonomie het doktrinaire denken bepaalden. De tegenstroming die in de jaren tachtig van de vorige eeuw ontstond, bracht nieuwe denkbeelden, die vandaag-de-dag zeer modern aan doen, en verwant zijn met 'enterprise liability' en rechtseconomie in het algemeen.⁷⁷

Ik sta bij deze achtergronden van de civiele aansprakelijkheid stil, omdat er voor een goed begrip van de te bespreken figuur van boete-schadevergoeding, of 'punitive damages' meer aan de hand is dan een leentjebuur spelen bij het strafrecht, met zijn vergeldingsgedachte.⁷⁸ Men kan het namelijk ook zien als een versterkte vorm van toerekening van aansprakelijkheid, waarbij vooral de preventie-gedachte de boventoon voert. In de Verenigde Staten is deze figuur tot grote bloei gekomen, vooral op het gebied van de produktenaansprakelijkheid. Overigens is deze vorm van schadevergoeding op dit terrein door een student ontwikkeld in een noot in een law review.

De toepassing laat zich het beste illustreren aan de hand van de *Ford-Pinto case*. Bij de constructie van het Pinto-model werd de benzinetank direkt tegen de achterbumper geplaatst, met als gevolg dat bij een botsing aan die kant heel snel gevaar voor brand ontstond. Dat gebeurt inderdaad, er vallen zelfs doden en gewonden, en Ford krijgt veel claims binnen. Een rekensom leert echter dat het goedkoper is om die claims te betalen dan een andere constructie in te voeren,

76. Vgl. ook mijn opstel *Privatisering van het strafrecht: beeld en spiegelbeeld*, in: *Dading in plaats van strafrecht*, Redactie P.G. Wiewel c.s., 1993, p. 45.

77. Zie voor deze materie Deel 2, H 12, § 1, nr 2; de hier volgende *Ford - Pinto case* wordt ook besproken in H 12, § 6, nr 3.

78. Zie voor de achtergronden van 'punitive damages': W.M.K. Slok en A.J. Van, *De privaatrechtelijke boete en artikel 6:106 Nieuw BW, NJB* 1990, p.1823; F.C. Schirmeister, *Amerikaanse toestanden in het schadevergoedingsrecht*, diss. VU A'dam 1996, p. 139-194.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

auto's naar de garage terug te roepen ('recall'), en dergelijke. Het aanbrengen van een beveiliging zou \$ 11 per auto kosten, hetgeen bij 12,5 mln. verkochte auto's een schadepost van \$ 237 mln. zou zijn. Ford doet dus niets aan het gebrek van de Pinto.

In de vele procedures die volgen, gebaseerd op produktenaansprakelijkheid, wordt door de eisers behalve schadevergoeding ook punitive damages gevorderd. Bijvoorbeeld in de zaak *Grimshaw v. Ford Motor Co.* wordt \$ 3,5 mln. als boete opgelegd, en \$ 615.000,- schadevergoeding, beide komen ten goede aan eiser. De jury had overigens punitive damages van \$ 125 mln. opgelegd (de winst van Ford over 1 maand), maar de rechter had dit gematigd tot \$ 3,5 mln.⁷⁹

In ons recht kennen wij deze vorm van schadevergoeding niet; bij de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding is er echter niets dat de rechter belet om het opzettelijke karakter van de schadetoebrengende handeling, of haar maatschappelijke ongewenstheid te laten meewegen. Dat zal dan meestal niet aan de oppervlakte komen, de beslissing is trouwens niet te toetsen door de cassatierechter, aangezien volgens vaste jurisprudentie dit rechterlijk oordeel geacht wordt intuïtief van aard te zijn.

Als degene die de onrechtmatige daad gepleegd heeft daarmee grote winst behaald heeft, zonder dat het slachtoffer daardoor direkt verarmd hoeft te zijn, kan die winst ten dele door de laatste opgeëist worden. De jurisprudentie en doktrine in die zin is van verdere steun voorzien in het nieuwe art. 6:104 BW.⁸⁰ De gangbare voorbeelden zijn het maken van winst door de boulevard-pers met het schenden van auteurswet en privacy door spraakmakende foto's van bekende personen te publiceren, met een mega-omzet van het betreffende blad als gevolg. Die extra winst wil men kunnen afromen, ter afschrikking van dergelijke perspiraten en hun praktijken.

Uit dat laatste blijkt al het boete-karakter van deze vorm van schadevergoeding, en de preventie-gedachte. Het lijkt mij dat het spiegelbeeld hiervan, een claim leggen op besparingen ten aanzien van schadebeperkende maatregelen als vorm van maatschappelijk onaanvaardbare verrijking, een grotere rol zou verdienen in de rechtspraak. Hierbij valt niet alleen aan de produktenaansprakelijkheid te denken - het Amerikaanse voorbeeld - maar bijvoorbeeld ook aan de milieu-aansprakelijkheid: een bedrijf dat ongezuiverde afvalstoffen loost of stort heeft zich de kosten van zuivering of opslag bespaard. Die verrijking zou gevorderd kunnen worden als boete-schadevergoeding. Er is hier overigens ook sprake van een vorm van oneerlijke concurrentie, indien de concurrenten zich dergelijke financiële inspanningen wèl getroosten.

Ook op dit gebied is het franse recht van belang, met zijn figuur van 'peine privée'. Het is echter niet eenvoudig om kort weer te geven welke rol dit begrip in Frankrijk speelt. Het Cour de cassation heeft allereerst een traditioneel stand-

79. 119 Cal. App. 3d 757, 174 Cal. Rptr. 348 (1981). Zie voor deze en vele andere Pinto-zaken: *Product Liability Reports*, Commerce Clearing House (losbl.). Vgl. voor dit onderwerp ook Deel 2, Hfdst. 12, § 6, nr 4 v.

80. Zie voor dit onderwerp, met verdere verwijzingen naar rechtspraak en lit. boven, § 2 nr 3; vgl. ook nog *Monografieën Nieuw BW, Schadevergoeding: Alg., dl. 1*, B nr 34, A.R.Bloembergen, 1982, p. 57; *dl. 3*, nr 36, J. Spier, 1992, p. 53 v.

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

punt ingenomen dat het privaatrecht niet van een strafrechtelijke sanktie gebruik mag maken: een schadevergoeding die boven de schuld van de dader uitgaat zou ongegronde verrijking van het slachtoffer betekenen. Zoals zo vaak, gaat de lagere rechter echter zijn gang op dit punt, zo stellen de schrijvers vast, maar de rechter weet dat dit in verkapte vorm moet gebeuren. De doktrine is eveneens verdeeld op dit punt, zij het om heel andere redenen. De inzet van de discussie is doorgaans de figuur van immateriële schade, met name bij lichamelijk letsel; voorstanders zien als enige mogelijkheid voor de introductie daarvan de figuur van *peine privée*. Een complicerende factor is hierbij, dat deze auteurs veelal aanhangers van schuld-aansprakelijkheid in klassieke zin zijn. De voorstanders van een sterk geobjektiveerde aansprakelijkheid of zelfs risico-aansprakelijkheid (de overgrote meerderheid in de franse doktrine) hebben weinig affiniteit met die benadering. Bovendien verwerpen zij de consequentie van deze visie, namelijk het ontbreken van de mogelijkheid van immateriële schadevergoeding bij risico-aansprakelijkheid, waar immers de schuld (en boete)-basis ontbreekt. Ik verwijs voor deze problematiek naar de handboeken van Geneviève Viney.⁸¹ Opmerkelijk is dat zij een belangrijk toepassingsgebied van de *peine privée* signaleert, namelijk de civiele voeging in strafgedingen door rechtspersonen die een actie op grond van het algemeen belang instellen, juist omdat de kollektieve schade in een dergelijke situatie moeilijk vast te stellen is.

Overigens wijst Viney nog op het verkapte gebruik van de dwangsom als civiele boete: volgens vaste jurisprudentie hoeft de hoogte van de boete niet te corresponderen met de eventuele schade, waardoor het een instrument in de handen van de rechter is om tegen maatschappelijke wantoestanden op te treden. Verder wijst zij nog op de variant van '*rétablissement de légalité*', een figuur die de rechter hanteert om het schadelijk handelen in het algemeen te doen eindigen.

Samenvattend, in ons privaatrecht zijn er aanzetten en aanknopingspunten om tot het opleggen van een civiele boete te komen.⁸² Het franse recht bewijst, ook hier weer, dat men geen wetsbepaling of een arrest van de hoogste rechter hoeft te hebben als vereiste voor het gebruiken van een dergelijke rechtsfiguur. Het is een kwestie van doen. De nuances komen wel in de praktijk van het doen, zoals altijd.

Het hanteren van de figuur van civiele boete als vorm van schadevergoeding die de rechter kan opleggen, kent overigens een pendant in de contractuele figuur van het boetebeding.⁸³ Partijen kunnen tevoren overeenkomen welke sanktie er staat op niet-nakoming van contractuele verplichtingen. Zij kunnen ook een regeling treffen die veel overeenkomst daarmee vertoont, namelijk een schadevaststellingsbeding ('*liquidated damages*', is de engelse term). Ook daarin kan een verkapte sanktie zitten op wanprestatie.

81. *Traité de droit civil. Les obligations. La responsabilité: conditions*, Paris, 1982, p. 311 v., waar verder lit. Zie ook haar deel: *Les obligations. La responsabilité: effets*, Paris, 1988, p. 5 v.; 15 v. Vgl. ook het overzicht dat Slok en Van Geven, t.a.p., p. 1824.

82. Ook Slok en Van bepleiten invoering van de privaatrechtelijke boete, en zien een basis daarvoor in art. 6:106 BW, inzake immateriële schadevergoeding; lid 1, sub *a*, is gericht op opzettelijk toegebracht nadeel.

83. Art. 6:91 v. BW. Zie Asser-Hartkamp I, nr 388 v. Vgl. ook H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht*, diss. Utrecht 2004, Kluwer.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

Het strafelement bij het boetebeding komt vooral aan de orde indien een partij een beroep erop doet bij wanprestatie van de wederpartij. Het blijkt dan niet altijd te gaan om de 'prikkel tot nakoming', die traditioneel in de doktrine aan dat beding verbonden wordt. Vaak kan het bestrijden van een ongewenste situatie het oogmerk zijn, vanwege mogelijke schadelijke gevolgen daarvan, of het ontstaan van een gevaarssituatie. Dan ligt de gedachte van preventie om de hoek.

Een goede illustratie voor deze problematiek is het geval van *Shell Nederland - Van Dooren BV*.⁸⁴ Hier ging het om een contract dat Shell gesloten had met Van Dooren BV waarin bepaald was dat de laatste zich diende te onthouden van het vullen van Shell-gasflessen, op verbeurte van een boete van f 5.000 per overtreding. Shell constateert dat haar wederpartij die onthoudingsverplichting schendt, maar volstaat niet met het vaststellen van één of twee overtredingen, doch komt tot het aantal van 50, dat bovendien uitgelokte contractsschendingen betreft. Shell eist vervolgens 50 x f 5.000 boete, hetgeen het hof naar billijkheid terugbrengt tot een boete die met twee overtredingen correspondeert, aangezien het uitlokken van overtredingen niet verder zou mogen gaan dan nodig is voor het verkrijgen van voldoende bewijs van de wanprestatie.

Shell gaat in cassatie en vindt steun bij de hoge raad voor haar standpunt dat onder de gegeven omstandigheden voor een dergelijke matiging van de boete op grond van de goede trouw geen plaats is. Die omstandigheden waren, dat door Van Dooren bij het vullen van de Shell-gasflessen belangrijke veiligheidsvoorschriften overtreden werden; voor butaan bestemde gasflessen werden met propaan gevuld, hetgeen zeer gevaarlijk kan zijn, en de flessen werden niet erop gecontroleerd of herkeuring nodig was. Shell betoogde dat bij een dergelijk gevaarscheppend handelen van Van Dooren het gebeuren van een ongeluk niet denkbeeldig zou zijn, met negatieve gevolgen voor Shells reputatie en mogelijke aansprakelijkheid die moeilijk te weerleggen is. Verder werd door Shell aangevoerd dat de handel in vloeibaar gas zeer lucratief is, met name indien men geen kosten voor aanschaf en onderhoud van de emballage heeft, zoals bij de illegale vuller van andermans flessen het geval is; de winst van Van Dooren wordt geschat op f 25.000 tot f 50.000 per jaar. Hier is dus ook het element aanwezig van het afromen van de winst van degenen die onzorgvuldig handelt. Tenslotte moest Shell aanzienlijke kosten maken om de controle op het navullen van de flessen uit te oefenen, hetgeen eveneens een hoge boete zou rechtvaardigen.

Wij kunnen hieruit concluderen, dat indien van de hoogte van een boete per overtreding te weinig preventieve werking zal uitgaan, de partij die tot de boete gerechtigd is, deze mag 'opvijzelen', zelfs met oneigenlijke middelen, zoals het uitlokken van overtredingen met stromannen. Althans, het is een factor die tegenwicht biedt bij het matigen van een excessieve boete op grond van de goede trouw.⁸⁵ Het gevaarsaspect dat hierbij in het geding is, heeft een ineenvloeiende van het private belang van Shell als contractspartij en het algemeen belang tot gevolg. Het is Shell natuurlijk erom te doen om niet alleen Van Dooren te ontmoedigen met Shell-gasflessen te rommelen, maar ook andere

84. HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 244, nt MMM.

85. Zie voor de toetsing van de boete aan de goede trouw recentelijk: HR 26 apr. 1996, *NJ* 1996, 490, *Honig - Westland/Utrecht Hypotheekbank*.

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

bedrijven schrik aan te jagen door de hoogte van de verbeurde boete. Derhalve een combinatie van speciale en generale preventie. De feitelijke rechter zal uiteraard moeten nagaan of bij Shell geen commerciële motieven de overhand hebben, zoals de bescherming van een eigen gasdistributie-netwerk. Maar dat is een vertrouwd beeld, indien in rechte door belanghebbenden tegen beunhazen opgetreden wordt.⁸⁶

9. *Uitleg van boetebedingen in het systeem van de wet. Het stelsel van art. 6:91 v. BW. Jurisprudentie inzake het boetebeding*

Hierboven kwam de hantering van het boetebeding onder het oude recht al aan de orde (nr 5). In het huidige BW is de regeling van artt. 6:91 v. grotendeels een nieuwe redactie van de artt. 1340 v. oud-BW, maar er zijn enkele belangrijke verschillen. Allereerst is het onderscheid tussen de twee typen boetebedingen dat de wetgever vroeger maakte, namelijk tussen de *fixatie van schadevergoeding* op voorhand en het *strafbeding*, als prikkel tot nakoming, verlaten; aldus uitdrukkelijk art. 91.

In de Toelichting van de ontwerpers van het NBW op Boek 6 (van het 'Driemanschap', 1961), wordt over art. 6:92 (in huidige nummering) opgemerkt dat dit artikel met bepalingen verdeeld over drie leden bedoeld is om de rechter terzijde te staan bij de uitleg van boetebedingen: 'De drie bepalingen zijn alle een toepassing van het beginsel, dat een boetebeding, waarvan de strekking niet duidelijk is, in het voordeel van de schuldenaar moet worden uitgelegd'.⁸⁷ Men ziet hier het *contra proferentem*-beginsel neergelegd, dat hierboven in het hoofdstuk over uitleg besproken werd.⁸⁸ De wetgever heeft dus bepaald dat boetebedingen in beginsel in het nadeel van de opsteller ervan uitgelegd dienen te worden, een belangrijk gegeven voor het geldend recht op dit gebied. Wij zullen zo dadelijk zien, dat de jurisprudentie al geruime tijd in die zin gevestigd is, bij de 'redelijke uitleg' van boetebedingen.

In hoofdlijnen komt de wettelijke regeling erop neer dat een schuldeiser bij wanprestatie een keus moet maken tussen het vorderen van nakoming en het innen van de boete, tenzij anders bepaald is, en de boete enkel op vertraging betrekking had (dat laatste stond met zoveel woorden in het oorspronkelijke

86. Voor een bespreking van de mogelijkheid voor de overheid om van boetebedingen gebruik te maken bij rechtshandhaving, bijv. in beleidsovereenkomsten, zie: J.M. van Dunne en A.J. Van, *Aansprakelijkheid voor milieuschade ten gevolge van oliemorsingen*, onderzoeksrapport Instituut voor Milieuschade, 1992, EUR. Ook het gebruik van de dwangsom in dit opzicht wordt besproken.

87. *Toelichting Ontwerp Meijers* (J. Drion, G. de Grooth, F.J. de Jong), 1961, p.557 v.; vgl. ook Parl. Gesch. Boek 6, p.322 v. De hier volgende passage is een bewerking van een noot in AA, 2001, p.251, onder het arrest *Kok - Schoor*, dat onder nog ter sprake komt.

88. Zie boven, H 2 §2, nrs 16-19. Wij zagen dat *contra proferentem* volgens de hoge raad aan het begin van de jaren '90 geen rechtsregel, doch een 'algemeen gezichtspunt' was en dat die regel niet langer als geldend recht voor alle uitleg van overeenkomsten aanvaard werd, zoals in de landen om ons heen gebruikelijk is. Daarmee kwam de HR in ieder geval ten aanzien van consumentenovereenkomsten in aanvaring met de EG-richtlijn 93/13, inzake oneerlijke bedingen.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

ontwerp van art. 92 lid 1, maar is later geschrapt, aangezien de gehele bepaling van regelend recht is).

Een regel die naar mij bleek weinig bekendheid geniet, en zeer ingrijpende gevolgen in de praktijk kan hebben, is dat *de boete in de plaats treedt van de schadevergoeding*, met als gevolg dat de schuldeiser slechts recht heeft op de bedongen boete, en dus niet op de volledige schadevergoeding. Wederom, tenzij anders bepaald is in het contract. Ik heb eens bij advocaten en bedrijfsjuristen die ik ken navraag gedaan, en deze regel blijkt onbekend te zijn (met een uitzondering van iemand die in zijn bedrijf net een cursus gevolgd had). Deze regel geldt ook – en dat is een geniepig aspect – wanneer de boete enkel op vertraging gesteld was, daar zal men doorgaans niet op verdacht zijn geweest. Contractenmakers opgelet! De regel was overigens ook onder het oude recht bekend; in de huidige regeling wordt, als pleister op de wond, de crediteur die met een magere boete geconfronteerd wordt, de mogelijkheid geboden om bij de rechter een aanvullende vergoeding te vragen, ‘indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist’, aldus art. 94 lid 2. Zoals gezegd kunnen partijen hiervan afwijken, en uitdrukkelijk bepalen dat naast de boete de wettelijke schadevergoeding gevorderd kan worden; de ontwerpers merken daarover op dat in dat geval eerder sprake zal kunnen zijn van vermindering van de boete die dat zelfde artikel in het eerste lid mogelijk maakt.

Daarmee komen wij op het belangrijkste artikel, art. 94 lid 1, de bevoegdheid van de rechter om op verzoek van de schuldenaar de boete te matigen, ‘indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist’. Hiermee is afgeweken van het oude BW, dat in navolging van de Code Civil, geen matiging van boetes toestond, anders dan door Pothier voorgestaan werd, de grote inspirator van de Franse Code. De ontwerpers keerden terug naar Pothier, met een uitvoerige toelichting waarom dit gedaan werd. Overigens had, zoals eerder besproken (nr 5), de rechtspraak onder het oude recht mogelijkheden gevonden om toch tot matiging van boetes over te gaan, met constructies dat er een leemte in de boeteregeling bestond die met behulp van de goede trouw ingevuld moest worden, of met de redenering dat er gedeeltelijke uitvoering van de overeenkomst plaatsgevonden had, zodat niet de gehele boete verschuldigd was bij de wanprestatie. De ontwerpers zijn niettemin gevoelig voor kritiek van de ‘contract is contract’-aanhangers en spreken de hoop uit dat de rechter zal beseffen dat ‘voor de verhouding van partijen het uitdrukkelijk overeengekomene in de eerste plaats bepalend is en de rechter dus van zijn bevoegdheid om in te grijpen een spaarzaam gebruik behoort te maken’ (p.558). Daaraan voorafgaand wordt een heel interessante opmerking gemaakt die nog steeds tot nadenken stemt. Bij de afwijzing van de oude gedachte dat het contract tot wet strekt, stellen de ontwerpers:

‘De regeling van het (oud) BW houdt niet voldoende rekening met het feit dat de inhoud van het boetebeding gewoonlijk niet op dezelfde wijze als de verdere inhoud van de overeenkomst het resultaat is van loven en bieden. De schuldenaar die de door de wederpartij voorgestelde boete excessief oordeelt, zal daarover, vooral als hij de economisch zwakkere is, niet gaarne een discussie openen omdat dit het vertrouwen van de wederpartij dat het contract zal worden nagekomen, zou ondermijnen. Uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt dan ook, dat de bedongen boete niet zelden geheel onevenredig is aan het belang van de schuldeiser bij nakoming.’

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

Over het criterium 'indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist' is in de parlementaire behandeling discussie geweest tussen de minister en de Kamercommissie over de strekking ervan. De bevoegdheid tot matiging moet volgens de minister door de rechter 'voorzichtig gehanteerd worden' en hij moet niet al te snel tot matiging overgaan, hetgeen uit de bewoording blijkt.⁸⁹ Die tekst was overigens overgenomen uit de Beneluxovereenkomst betreffende het boetebeding 1973; in dit verband wordt in de MvA opgemerkt dat 'het enkele uiteenlopen van boete en werkelijke schade niet voldoende is' om rechterlijk ingrijpen in de contractsvrijheid van partijen te rechtvaardigen. Verder wordt gewezen op de afwijking van de terminologie die in art. 6:109 gebruikt werd, inzake de bevoegdheid tot matiging van de rechter van een verplichting tot schadevergoeding 'die ... tot kennelijke onaanvaardbare gevolgen zou leiden', hetgeen gezien wordt als een 'nog iets meer tot terughoudendheid nopende omschrijving'.

De genoemde Beneluxovereenkomst van 1973, die nooit tot wasdom gekomen is, heeft nog in een ander opzicht tot voorbeeld gestrekt: art. 93 is rechtstreeks daaraan ontleend en werd bij Gewijzigd Ontwerp in 1976 ingevoegd. Het is een regel die weinig bekendheid geniet in de praktijk, en ook tot verrassingen kan leiden: voor een beroep op het boetebeding is vereist dat men de schuldenaar ingebreke gesteld heeft, door middel van 'een aanmaning of andere voorafgaande verklaring'. In de toelichting (MvA) wordt daarbij verwezen naar de artt. 82 en 87, en het geval van blijvende onmogelijkheid. In art. 92 lid 3 werd bepaald dat sprake moet zijn van een tekortkoming die de schuldenaar kan worden toegerekend, als voorwaarde voor het inroepen van een boetebeding.

Jurisprudentie inzake uitleg van boetebedingen en matiging van boetes. Commentaar in de literatuur

Zoals wij eerder zagen, werd ook al voor inwerkingtreding van de regeling van het huidige BW werd in de rechtspraak het standpunt ingenomen dat een boetebeding onderworpen moet worden aan redelijke uitleg, hetgeen tot matiging kan leiden. In een arrest uit 1989 bevestigde de cassatierechter die visie van het hof, in een geval waar partijen in een schikkingsovereenkomst een boetebeding opgenomen hadden.⁹⁰

In deze zaak was de Verkoopcentrale enige tijd als alleenverkoopster van Dannemann opgetreden; de relatie werd beëindigd en de problemen ontstaan doordat de Verkoopcentrale, naar zij stelt per abuis, sigaren van derden in kistjes van Dannemann, onder diens merk 'Atlas' ('lichte Sumatra miskleur') op de markt gebracht heeft. Dannemann neemt daarmee geen genoegen, partijen treffen een dading, die inhoudt dat de Verkoopcentrale zich zal onthouden van merkinbreuk (art. 1) en binnen drie weken de gewraakte kistjes terughaal bij haar afnemers (art. 2). De dading voorzag in een boete van f 3.000 per dag, 'voor iedere dag dan wel – naar keuze van Dannemann - voor ieder produkt waarmee Verkoopcentrale geheel of gedeeltelijk in gebreke is'. Na enige tijd vordert Dannemann de boete van haar wederpartij, en wel voor een bedrag van f 579.000, dat wil zeggen: f 3.000 voor de overschrijding van de termijn en f 576.000 voor 192 aangetroffen sigarendozen. Kassa!, dus.

89. MvA, TK 1975-1976, 7729, nrs 6-7, p.85; Parl. Gesch. Boek 6, p.324 v.

90. HR 20 jan. 1989, NJ 1989, 323, *Dannemann Cigarrenfabrik - Verkoopcentrale van Tabaksprodukten Holland*.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

Wat het Hof Amsterdam betreft gaat dat feest niet door: een ‘redelijke uitleg’ van het boetebeding, gezien de aard van de verplichting, brengt met zich dat de boete uitsluitend wordt gerelateerd aan *het aantal dagen* dat de Verkoopcentrale, na verloop van de overeengekomen termijn, tekortgeschoten is bij het leveren van de vereiste inspanning, en dat gedurende de periode dat Dannemann in redelijkheid geacht kon worden alsnog op de toegezegde prestatie aanspraak te maken. Bij gebreke van aanmaning stelt het hof die periode op een maand. Vervolgens gaat het hof over tot matiging; in aanmerking genomen de inspanning die Verkoopcentrale zich heeft getroost ten aanzien van het terughalen van de kistjes, en de overige omstandigheden van het geval, eist de billijkheid klaarblijkelijk dat de boete wordt gematigd, en wel tot een bedrag van *f* 15.000.

Dat is niet naar de zin van Dannemann, en zij wendt zich tot de Hoge Raad. Deze kan zich echter goed in de uitspraak van het hof vinden en overweegt dat het hof er kennelijk van uitgegaan is dat de keuzemogelijkheid slechts aan Dannemann gegeven is voor het geval van schending van hetgeen in een ander onderdeel van de dading bepaald was, namelijk inbreuk op het merkrecht van Dannemann door het produceren of verhandelen van sigaren, e.d. (art. 1) en dat schending van hetgeen over het terughalen van produkten bepaald was (art. 2) niet aan produkten maar aan het aantal dagen moet worden gekoppeld. Dat aantal dagen mag bij stilzwijgen van de tekst van de overeenkomst bij wijze van aanvulling door de rechter vastgesteld worden, overweegt de cassatierechter, waarmee de oude leemteconstructie in beeld komt.

Men ziet dat hof en hoge raad in dit arrest geanticipeerd hebben op de regeling van art. 91 v., die in die tijd nog geen geldend recht was. Dat betreft niet alleen de matigingsbevoegdheid, maar ook het vereiste van ingebrekestelling (losjes gehanteerd). Die lijn wordt doorgezet na 1992, in het arrest van 13 febr. 1998.⁹¹ Hierin heeft de hoge raad een *vuistregel* geformuleerd, zoals het in Asser-Hartkamp genoemd wordt, waarmee de ‘deur tot matiging vrij ruim opengezet wordt’ (I, nr 402).

Bij de verkoop van camping ‘De Tonmolen’ te Paasloo, in combinatie met een exploitatie-overeenkomst, voor *f* 900.000 was een boete van 10% van de koopsom overeengekomen die verschuldigd was bij ‘elke tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst’. Partijen krijgen ruzie met elkaar, bestoken elkaar met aanzienlijke vorderingen en proberen de overeenkomst ontbonden of vernietigd te krijgen. In die context was Hauer, de koper, aan Monda een bedrag van *f* 14.166 verschuldigd uit hoofde van de laatste twee termijnen van het exploitatiecontract voor hij het campingbedrijf voor gezien hield, waar echter een omvangrijke vordering tot schadevergoeding op Monda tegenover stond die hij daarmee wilde verrekenen. Wanneer de betalingstermijn van de schuld van *f* 14.166 overschreden is, doet wederpartij Monda een beroep op het boetebeding en vordert *f* 90.000. Hauer lijdt schipbreuk met zijn aktie uit dwaling voor het Hof Amsterdam, aangezien hij niet voldaan zou hebben aan zijn onderzoekplicht (ten aanzien van de elektrische installatie die niet deugde). Het hof wijst Monda’s vordering van de boete toe en acht geen grond aanwezig om tot matiging van de boete van *f* 90.000 over te gaan – hiermee is gehele motivering van het hof weergegeven – waarop Hauer in cassatie gaat.

91. *NJ* 1998, 725, nt JH, *Hauer - Monda Recreatie*, verder ook *camping*-arrest genoemd. Het arrest heeft een vervolg gekregen in HR 26 okt. 2001, *NJ* 2002, 595, nt JH, *Monda – Hauer II*, zie de noot van H.N. Schelhaas, *NTBR* 2002, p.71. Na verwijzing was het Hof Den Haag niet tot een andere conclusie gekomen wat het ontbreken van gronden voor matiging betreft, met een veel uitvoeriger motivering dan die van het Hof Amsterdam. Cassatieberoep werd verworpen.

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

De hoge raad gaat na of het standpunt van het hof inzake de afwijzing van matiging juist is – waarmee a-g Spier in zijn conclusie instemming betuigd had – *gezien de omstandigheden van het geval en het in art. 94 lid 1 bepaalde*. Die omstandigheden zijn ‘in elk geval’ de omvang van de door Hauer als gevolg van de beëindiging geleden schade en zijn onervarenheid, ‘zulks in het licht van de overige omstandigheden’ (Hauer had ook gewezen op de ernstige tekortkomingen van Monda). Dan wordt met betrekking tot de uitleg van het boetebeding overwogen (‘daarbij verdient opmerking’) dat het bedrag van de boete afgestemd leek te zijn op een tekortkoming die grond gaf voor algehele ontbinding van de overeenkomst. In een dergelijk geval, vervolgt de raad, ‘waarin het boetebeding één bedrag bevat voor vele, mogelijk sterk uiteenlopende tekortkomingen, ligt het voor de hand dat in beginsel – in de bewoordingen van art. 6:94 lid 1 – de billijkheid klaarblijkelijk eist dat de rechter van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik maakt om, voor wat betreft het bedrag van de uiteindelijk verschuldigde boete, *aan de hand van die maatstaf te differentiëren naar gelang de ernst van de tekortkoming waardoor zij is verbeurd, en van de schade die daardoor is veroorzaakt* (mijn curs.).’ De cassatierechter acht van belang dat partijen in een situatie verkeerden dat zij over en weer belangrijke vorderingen op elkaar pretendeerden, vernietiging en ontbinding van de overeenkomst verlangden en ‘derhalve verrekening van het eventueel uiteindelijk over en weer verschuldigde op een later tijdstip in de lijn der verwachting lag’ (ov. 4.4). Het arrest van het hof wordt vernietigd.⁹²

De commentaren op dit *camping*-arrest, dat als standaard-arrest gezien kan worden, zijn het vermelden waard. Asser-Hartkamp werd al genoemd; Hijma wijst in zijn noot op het fundamentele karakter van de uitspraak, waarbij de regel van het in beginsel niet kunnen matigen van een boete onder het oude recht, vervangen werd door de matigingsbevoegdheid van de rechter in het nieuwe recht; ook hij spreekt van een ‘vuistregel’. In Asser-Hartkamp wordt bij de bespreking van dit arrest de methode waarbij van een geconstateerde leemte gebruik gemaakt wordt bij de uitleg van het boetebeding naar voren gebracht, een leemte die met behulp van de billijkheid (art. 248) opgevuld moet worden. Het gaat dan om de onbelangrijke wanprestatie, die niet geregeld werd aangezien met de boete slechts aan belangrijke overtredingen gedacht is. Bij die uitlegvraag stelt Hartkamp veelbetekenend: ‘Daarbij is de rechter natuurlijk niet gebonden aan de letterlijk betekenis der gebezigde woorden’. Na *Haviltex* (1981), en de gelijknamige formule die pasmunt voor normatieve uitleg van overeenkomsten is – die overigens al jaar en dag door de overgrote meerderheid van schrijvers (en rechters) aanvaard werd – is dit een open deur. Ik vermeld het toch even, omdat de laatste tijd er weer stemmen opgaan om terug te keren naar de letterlijke betekenis van woorden, indien zij een gebruikelijke betekenis hebben, dat wil zeggen, naar gewoon spraakgebruik. Zo heeft Grosheide onlangs in het *WPNR* daarvoor een lans gebroken.⁹³

92. Ik gaf de overwegingen van de HR uitvoerig weer, omdat in een arrest van 30 juni 2000, dat hieronder nog aan de orde komt, de HR niet tot cassatie overgaat van een arrest waarin het hof even ongemotiveerd matiging achterwege laat, met instemming van a-g Hartkamp, die een aanvechtbaar beroep op het *camping*-arrest van 1998 doet.

93. F.W. Grosheide, ‘Lees maar, er staat wat er staat’, *WPNR* 6428 (2001), p.5.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

In het arrest *Kok – Schoor* van 11 febr. 2000, had de hoge raad andermaal gelegenheid om de ‘vuistregel’ van matiging van boete door de rechter nader in te vullen.⁹⁴ In dit geschil tussen de rattenvanger Kok en de jachtkleding-handelaar Schoor, ging het weer om een geval van een schuldeiser die belust is op het innen van een boete naar de letterlijk bewoording ervan (zij had overigens het bedrijf intussen verkocht). Dat dit geen volkomen achterhaald standpunt is, blijkt alleen al uit de aanvaarding van die zienswijze door rechtbank en hof. Het letterlijk nemen van contracten is nog geen verleden tijd, zien wij weer, ook al stammen de normatieve geschriften en arresten van het begin van de vorig eeuw. Het befaamde adagium: ‘woorden zijn nooit duidelijk’, lijfspreuk van vele generaties normatieve uitleggers, schreef Scholten in 1909.

De kernoverweging van de hoge raad is deze:

‘3.4 Het middel klaagt in de eerste plaats dat het hof bij de bespreking van grief IV niet (voldoende kenbaar) is ingegaan op de relevante stelling van Kok dat matiging van de boete (ook) dient plaats te vinden omdat sprake is van een enorme discrepantie tussen de hoogte van de schade (ongeveer f 210 bruto) en de hoogte van de boete (f 50 000). Voor het geval het hof mocht zijn uitgegaan van de opvatting dat die discrepantie geen argument is dat kan leiden tot matiging van de boete, bevat het middel voorts de klacht dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, nu het hier gaat om een argument dat (mede) kan bijdragen tot het oordeel dat de verschuldigde boete dient te worden gematigd.

3.5 Het middel is gegrond. Art. 6:94 lid 1 BW geeft de rechter de bevoegdheid een contractuele boete op verlangen van de schuldenaar te matigen indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist. Aan deze voorwaarde kan voldaan zijn in het, zich hier naar de stellingen van Kok (“een enorme discrepantie”) voordoende, geval dat de bedongen boete in verhouding tot de schade als gevolg van de overtredingen buitensporig is. Naar aanleiding van het door Kok op die enorme discrepantie gedane beroep heeft het hof niet meer of anders overwogen dan dat “ook verder geen feiten en omstandigheden zijn gesteld of gebleken, die tot het oordeel zouden kunnen leiden dat de billijkheid klaarblijkelijk tot matiging der bedongen boete noopt.” Voorzover het hof aldus zou hebben geoordeeld dat een enorme discrepantie als door Kok gesteld nimmer grond kan bieden voor toepassing van art. 6:94 lid 1, heeft het derhalve blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Mocht het hof hebben geoordeeld dat de door Kok gestelde enorme discrepantie op grond van de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval geen aanleiding geeft tot matiging, dan heeft het zijn beslissing onvoldoende gemotiveerd door niet aan te geven welke omstandigheden het daarbij op het oog heeft gehad.’ (volgt: vernietiging arrest Hof Amsterdam, conform concl. a-g Hartkamp, met verwijzing naar Hof Den Haag, dat nog geen uitspraak gedaan heeft).

Om een aantal redenen is deze uitspraak weer een standaard-arrest over matiging van boetes. Het onderstreept om te beginnen het uitgangspunt van de huidige wettelijke regeling, die ruimte biedt aan matiging van boetes op grond van de billijkheid. Verder sluit het arrest aan bij dat van 1998 inzake de camping: wanneer een boetebeding één bedrag bevat voor vele, sterk uiteenlopende mogelijke overtredingen, ‘ligt het voor de hand’ om aan de hand van de maatstaf van de billijkheid ‘te differentiëren’ naar gelang de ernst van de tekortkoming en de veroorzaakte schade. Ook a-g Hartkamp wijst daarop aan het slot van zijn conclusie; het beding had immers betrekking op ‘elke overtreding’. Dat heeft ook consequenties voor de motiveringsplicht van de lagere rechter: hij moet aangeven hoe zijn differentiëring in het kader van omstandigheden en billijkheid

94. HR 11 febr. 2000, *NJ 2000*, nr 277; *AA 2001*, p.251, noot Van Dunné.

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

uitgevallen is. Tenslotte is het arrest van groot belang voor situaties waarin de omstandigheden niet zijn komen vast te staan of betwist zijn, zoals ook in de onderhavige zaak het geval is. Men kan dan volstaan met zich op de grote discrepantie tussen de geleden schade en de boete te beroepen als grond voor matiging. De zinsnede in de MvA met betrekking tot art. 94, die in andere richting wijst (die boven aan de orde kwam), mag men derhalve niet op zich nemen en los van de context zien. Dat is een belangrijk hulpmiddel voor benarde contractspartijen die zich met een torenhoge boete en een torenhoge wederpartij (qua macht of onbuigzaamheid) geconfronteerd zien.

Casus en het verloop van de procedure Kok - Schoor

Kok houdt zich bezig met het vangen van ratten en heeft het plan opgevat om onder de naam 'Musko' een onderneming in de verkoop en levering van artikelen op het gebied van de bestrijding van muskusratten op te zetten. Hij neemt contact op met mevr. Schoor, die een groothandel in buitenkleding, schoeisel en jacht- en visartikelen genaamd 'Gundog' heeft, en in 1990 sluiten zij een overeenkomst, die onder meer het volgende inhoudt:

'H.M. Schoor zal de heer W. Kok in contact brengen met de inkopers van de overheid voor wat betreft de bestrijding van de muskusrat ter bevordering van artikelen welke benodigd zijn voor de rattenbestrijding.

De heer W. Kok zal zich niet inlaten met de verkoop van kleding en persoonlijke toebehoren de jacht en de rattenbestrijding betreffende. De verkoop van deze artikelen zal geheel aan mw. H.M. Schoor worden gelaten.

Voor elke overtreding zal de heer W. Kok mw. H.M. Schoor een geldbedrag ad f 25 000 verschuldigd zijn.'

Enkele jaren later ontstaat een conflict tussen partijen, waarbij Schoor zich op het boetebeding beroept. De Rechtbank Utrecht stelt vast dat Kok twee overtredingen heeft gepleegd, bestaande in de verkoop aan de Provincie Utrecht van twee paar resp. drie paar lieslaarzen, die een fabrikant in samenwerking met provinciale overheden (o.m. Zuid-Holland) speciaal met het oog op de rattenbestrijding aan het ontwikkelen was. Schoor heeft zich terzake van deze transacties op het boetebeding beroepen en f 50 000 gevorderd. De rechtbank heeft die vordering, ondanks een beroep op matiging van Kok, toegewezen. Kok had gesteld dat de winst die hij op die transacties verkreeg (derhalve de schade voor Schoor) in totaal f 210 bedroeg. De rechtbank overwoog:

'2.5 (...) Tot een matiging van de boete ziet de rechtbank geen aanleiding. Kok was nauw betrokken, zonder vooroverleg met Schoor, bij de ontwikkeling van de lieslaarzen, opdat hij later tot (exclusieve) levering ervan kon overgaan. Dat hij in de ontwikkelingsfase nog nauwelijks verkopen pleegde, doet daaraan niet af. De al dan niet door Kok gemaakte winst is evenmin terzake dienende, omdat enkel op basis daarvan de boete, naar haar aard, niet kan worden gematigd.'

In appel betoogt Kok dat de rechtbank op grond van de billijkheid had behoren te komen tot matiging van de bedongen boete omdat, kort gezegd:

Schoor haar deel van de tussen partijen gemaakte afspraken niet, dan wel in zeer beperkte mate is nagekomen;

de aan de Provincie Utrecht verkochte lieslaarzen speciaal voor de muskusrattenbestrijding werden ontwikkeld, en Schoor geweigerd had dit type in haar assortiment op te nemen;

c) er een enorme discrepantie is tussen de door Schoor als gevolg van de overtredingen geleden schade van ongeveer f 210 bruto en de boete van f 50 000;

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

d) de rechter bij de op 12 juni 1995 gehouden comparitie van partijen als zijn voorlopig oordeel te kennen heeft gegeven dat een boete gebaseerd op tienmaal de schade van Schoor redelijk moest worden geacht.

Het Hof Amsterdam heeft deze grief ongegrond bevonden, met de overweging:

‘Volgens Kok is het onredelijk dat hij volledig op het onderhavige beding wordt afgerekend, dit terwijl ook Schoor van haar kant in zeer beperkte mate aan haar verplichtingen uit het contract heeft voldaan. Dit betoog gaat reeds op grond van hetgeen hierboven in het kader van grief I is overwogen en beslist niet op, terwijl ook verder geen feiten en omstandigheden zijn gesteld of gebleken die tot het oordeel zouden kunnen leiden dat de billijkheid klaarblijkelijk tot matiging der bedongen boete noopt. Een zodanig feit of omstandigheid ziet het hof niet in de stelling dat Schoor gezegd zou hebben dat zij de onderhavige laarzen niet in haar assortiment heeft willen voeren. Dit - door Schoor overigens betwiste - gegeven bracht immers niet mee dat het Kok dus vrij stond het onderhavige beding te overtreden, nog daargelaten dat niet gesteld of gebleken is dat hij dienaangaande enig overleg met Schoor heeft gevoerd. Bij deze stand van zaken is derhalve voor matiging van de boete als verzocht geen plaats. Hieraan kan niet afdoen dat de rechtbank ter comparitie van partijen als voorlopig oordeel te kennen zou hebben gegeven dat er voor matiging van de boete aanleiding bestond. Een dergelijk - kennelijk met het oog op schikkingsbesprekingen – gegeven oordeel, is per definitie niet bindend.’

Het hof had ter afwijzing van Koks argument dat Schoor zelf niet aan haar verplichtingen uit de overeenkomst voldaan had (grief I) het volgende overwogen. Dit speelde overigens in Koks vordering in reconventie om de overeenkomst wegens wanprestatie ontbonden te krijgen. Het hof wijst die vordering af aangezien niet gesteld of gebleken is dat Kok ooit Schoor gesommeerd heeft tot nakoming van haar verplichtingen (het in contact brengen met provinciale inkopers); verder sluit het hof zich aan bij het oordeel van de rechtbank dat Schoor haar verbintenis voldoende nagekomen was. Het hof had in een ‘redelijke uitleg’ van het boetebeding bepaald dat de lieslaarzen onder het beding vielen, aangezien Kok zich diende te onthouden van verkoop van ‘alle artikelen die Schoor in haar assortiment voerde’.

De benadering van het hof houdt terecht in cassatie geen stand. Het arrest van de hoge raad valt toe te juichen als bijdrage tot de ontwikkeling van het beginsel van de billijkheid (goede trouw) in het contractenrecht, op het belangrijke gebied van contractuele boetes. Voor de vraag of dat het ook in het geval van rattenvanger Kok een juiste benadering is, verwijs ik naar mijn AA-noot, met uitzondering van het volgende, dat van meer algemeen belang is.

Eén van de omstandigheden die meegewogen moet worden (‘differentiëring’) is de vraag of Schoor niet boter of haar hoofd had aangezien zij zich zelf niet aan haar verbintenis gehouden had, om Kok in contact te brengen met de provinciale inkopers. Het hof had dat terzijde gelegd aangezien Kok nooit een sommatie daaromtrent uitgebracht had. Dat kan concludent zijn wanneer het gaat om een aktie uit wanprestatie (in reconventie gebracht), maar is een vorm van *overkill* wanneer het de matiging van de boete betreft (vergelijk ook de camping-casus). Ook de rechtbank had zich daarover enkel in verband met de reconventionele vordering uitgelaten. In casu was er alle reden voor Kok om niet tot sommatie over te gaan, omdat het nakomen van de verbintenis door Schoor al door de feiten achterhaald was. Hij had zelf namelijk al de nodige contacten verkregen en gelegd (door middel van een via faillissement verkregen adressenbestand en een landelijke open dag voor rattenvangers).

§2. SCHADE EN SCHADEVERGOEDING

Overigens is bij de behandeling van het geschil in feitelijke instanties niet duidelijk of de rechter wel getoetst heeft of Schoor met haar beroep op het boetebeding wel voldaan heeft aan het in art. 93 gestelde vereiste van aanmaning (of voorafgaande verklaring). In combinatie met het in art. 92 lid 3 gestelde dat er van een toerekenbare tekortkoming sprake moet zijn voor een beroep op de boete, heeft het afkaarten hiervan in ieder geval het voordeel dat de feitenrechter gedwongen wordt om op een rij te zetten waar het bij de gewraakte overtreding eigenlijk over gaat. Ik vermoed dat er dan minder giswerk ten aanzien van de feitelijke toedracht in relatie tot de verplichtingen uit de overeenkomst overblijft in latere instantie(s). Daar komt nog iets anders bij. Aangezien een geringe schending van een contractuele verplichting nog geen wanprestatie hoeft op te leveren – *de minimis non curat praetor*, zeiden de Romeinen al: ‘de rechter houdt zich niet met kleinigheden bezig’ – kan het volgen van die weg wel eens tot resultaat hebben dat men aan de uitleg van het boetebeding en de matiging van de boete niet toekomt. Zijn vijf paar lieslaarzen geen ‘minima’ waar de rechter zijn schouders over moet ophalen?

Degeen die zou denken dat met dit arrest de problematiek van boetebedingen en matiging wel voldoende in kaart gebracht is, komt voor een verrassing te staan wanneer hij kennisneemt van de uitspraak die de hoogste rechter een half jaar later gedaan heeft: HR 30 juni 2000, NJ 2000, 675, *Van der Hoek c.s. – Stedehouder*. Hier kan niet uitvoerig op die zaak ingegaan worden, een gecompliceerd geval van verkoop van grond die verontreinigd blijkt te zijn. Vooral is van belang dat het hof het beroep op matiging van de boete (10% van de koopsom) door de koper afwijst met de opmerking: ‘Voor enige matiging ziet het hof geen grond’. A-g Hartkamp vindt dat juist en geen nadere motivering behoevend, omdat dit geval anders ligt dan die welke in het *camping*-arrest en het hier besproken *rattenvanger*-arrest voorgelegd waren. De hoge raad volgt zijn a-g op dit punt met de sobere overweging:

‘Nu matiging van de contractuele boete alleen mogelijk is indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, en naar ‘s hofs oordeel kennelijk geen bijzondere omstandigheden zijn gesteld die tot een conclusie zouden kunnen leiden dat zulks het geval is, behoeft het hof niet nader te motiveren waarom het geen grond heeft gezien voor matiging van de boete’ (ov. 3.10).

Dit is niet direct begrijpelijk wanneer men kennisneemt van hetgeen in het kader van het beroep op matiging naar vorengebracht is door Van der Hoek c.s., namelijk dat verkoper Stedehouder (die de boete inroept) geen uitstel van de afname van het verkochte perceel heeft willen verlenen (het bodemonderzoek was nog niet gereed; aanvraag bouwvergunning vroeg meer tijd), een verzoek om alsnog te leveren afgewezen heeft, de moeilijkheden aan zichzelf te wijten heeft, en de eventuele schade bewust heeft laten ontstaan en voortbestaan. Men zou zeggen dat het hof ten minste had kunnen aangeven in zijn motivering waarom deze omstandigheden geen rol kunnen spelen bij de beoordeling of er reden voor matiging van de boete is. Ook hier had een reconventionele vordering van Van der Hoek c.s. schipbreuk geleden, en waren de

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

omstandigheden die in dat verband aangevoerd werden door het hof niet meer van belang gevonden voor de matigingsvraag.

Een extra complicatie was hier dat gekocht werd op voorwaarde van verlening van een bouwvergunning voor een bepaalde datum, en het niet aanwezig zijn van bodemverontreiniging. Eén van de vragen die zich voordeed was of Stedehouder de niet-ervulling van de voorwaarde(n) bevorderd hadden, hetgeen zich door de werking van de redelijkheid en billijkheid tegen hen keert, ingevolge art. 6:23.

Daarmee zijn wij aan het eind van de bespreking van het boetebeding gekomen. Het is een onderwerp waar veel leerstukken uit het contractenrecht elkaar raken, terwijl ook het overkoepelende beginsel van de goede trouw (billijkheid) nadrukkelijk aanwezig is. Dat is niet verwonderlijk, want het gaat tenslotte om uitleg van de overeenkomst en dus om de vraag naar de betekenis van de letter van het contract. De besproken jurisprudentie maakt dacht ik duidelijk, om het woord van Scholten uit zijn eerder genoemde artikel uit 1909 aan te halen, dat 'de geest boven de letter van het contract gaat'.

§ 3. Overmacht

A. OVERMACHT

1. *De relatie tussen overmacht en wanprestatie. Historische ontwikkeling van de overmacht. Inspannings- versus resultaatsverbintenis*

Hierboven kwam bij de behandeling van de wanprestatie al aan de orde dat er een nauwe band bestaat tussen dat leerstuk en de overmacht (H 6, § 1, nr 1). Men kan het één definiëren met behulp van het ander: wanprestatie betekent geen overmacht, en vice versa. Er zijn meer punten van overeenkomst tussen deze buurlanden: beide worden beheerst door de uitleg, en wel van de contractuele verplichtingen, kort gezegd, de overeenkomst. Om de rechtsvraag te kunnen beantwoorden of er sprake is van wanprestatie, c.q. overmacht, moet men terug naar het contract. Een ander gemeenschappelijk punt is de hegemonie van de goede trouw; met behulp van dat beginsel dienen omvang en strekking van de contractuele verplichting nader bepaald te worden, hetgeen kan leiden tot de vaststelling wanprestatie of overmacht. Tussen deze twee polen, *belofte* en *norm*, treft men nog enkele ermee verwante factoren aan, de aard van de overeenkomst en de verkeersopvatting. Vrij vertaald, wat is het voor soort belofte die gedaan is, en vindt men in het algemeen dat je daaraan gehouden kunt worden, ook als de omstandigheden tegenzitten? Wet, gebruik en billijkheid, naar de aard van de overeenkomst, zijn voor partijen verbindend naast hetgeen zij uitdrukkelijk overeengekomen zijn, leren de artt. 6:2 en 248 BW (art. 1375 oud BW). Onder het oude recht heeft het voorgaande artikel, 1374, dat veel meer aandacht opgeëist heeft, onderstreept de twee polen waartussen partijen zich bevinden: datgene waartoe zij zich gebonden hebben (de overeenkomst strekt tot wet, lid 1) en het zich volgens normen gedragen (te goeder trouw ten uitvoer brengen, lid 3). Het is geen wonder dat de aanhangers van normatieve uitleg sinds het ontstaan van die stroming in 1875, zich op deze samenhang van de artt. 1374 en 1375 oud BW beroepen hebben. Dit tegenover degenen die slechts het eerste lid van art. 1374 voor ogen hadden, de overeenkomst strekt partijen tot wet; 'contract is contract'. *Pacta sunt servanda*.

Tegen deze achtergrond kunnen wij de figuur van overmacht plaatsen. Als een partij niet in staat is de overeenkomst ten uitvoer te brengen zoals overeengekomen was, pleegt zij dan altijd wanprestatie? Van oudsher heeft men ingezien dat er sprake van 'overmacht' kan zijn, zoals het ook in het dagelijkse spraakgebruik heet. Wat daaronder verstaan moet worden is van tijd tot tijd verschillend. De wetgever drukt het in art. 1280 oud BW fraai uit met de formule dat het niet of niet tijdig uitvoeren van de verbintenis voortkomt uit 'een vreemde oorzaak die de schuldenaar niet kan worden toegerekend'. Of zoals het tegenwoordig meestal heet, niet 'voor zijn rekening en risico komt'. Men ziet hier de toerekening als sleutelbegrip gehanteerd; voor de invulling dient men te rade te gaan bij genoemde polen van het contract, de belofte en de norm. Zie thans art. 6:75 BW.

In de loop der tijden heeft men het overmachtsbegrip verschillende inhoudsgeven; van die verschillende stadia in ontwikkeling zijn nog steeds brokstukken te vinden in het denken over overmacht in onze tijd. In de vorige eeuw was nog vrij gangbaar de leer die uitging van de *onmogelijkheid* van de

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

prestatie als gevolg van omstandigheden, nader omschreven als *absolute of objektieve* onmogelijkheid. In het Romeinse recht kende men dit al als *vis maior* (groot geweld), hetgeen in het Duitse recht nog steeds als 'höhere Gewalt' bekend staat, en in het Engelse recht als 'an Act of God and the King's Enemies'. Dat betreft de zogenaamde 'Restraint of Princes', ook wel bekend onder de Franse naam 'fait du Prince', hetgeen wij de 'maatregel van hoger hand noemen', nu prinses meestal verdwenen zijn en tot het kappersblad gedoemd zijn. Het Engelse standaardarrest op het gebied van overmacht is nog steeds *Paradine v. Jane* uit 1647, waarbij als gevolg van een invasie van een buitenlandse macht, Prince Rupert en zijn troepen, tijdens de burgeroorlog een pand enkele jaren niet toegankelijk was voor de huurder, die daarop weigerde zijn huur te betalen, met een beroep op overmacht. Dat werd overigens afgewezen door de Engelse rechter, waarmee de grondslag gelegd werd voor een zeer beperkt overmachtsbegrip naar common law, hetgeen tot de dag van vandaag doorwerkt. De redenering was opmerkelijk: indien een wettelijke verplichting door handelingen van de King's enemies verhinderd zouden zijn, zou dat een overmachtsgrond zijn, maar niet wanneer het *contractuele* verplichtingen betrof: dan heeft men immers de mogelijkheid gehad om in dat risico te voorzien door een contractsbepaling op te nemen waardoor de debiteur onder dergelijke omstandigheden bevrijd zou zijn. Kortom, contract is contract; het doet denken aan het Engelse gezegde: 'God helps who help themselves, and God help the rest'. Uitzonderingen werden in later tijd slechts gemaakt voor het tenietgaan van het contractsvoorwerp en het overlijden of invalide raken van een persoon, en verder voor het geval van een wettelijk verbod. Vandaar de vlucht die overmachtsclausules in de common law-wereld genomen hebben: geen luxe, maar noodzaak; bovendien zijn ze berucht om hun omvang (waarbij de rechtspraak vaak op de voet gevolgd wordt).

Een aantekening is op zijn plaats, dat de meeste gevallen van overmacht niet meer aan hogere krachten, 'höhere Gewalt', 'Acts of Gods' of *vis maior*, toegeschreven kunnen worden, zoals bij financiële en economische rampspoed die contractanten kan treffen. Bij dat soort onweerstaanbare krachten, die doorgaans een wereldwijd karakter hebben, zouden ekonomen wel weer een 'invisible hand' kunnen vermoeden die de verschuiving teweeggebracht heeft. Wat daarvan zij, men kan zich tegen dergelijke, bovenmenselijke krachten wapenen, zoals ook het Engelse voorbeeld leert. Indien men het gebed – en als het er hard aan toegaat: het schietgebed – terzijde laat als behorend tot een andere wereld, blijft daar het contracteren over, het 'wegcontracteren', wel te verstaan. Van oudsher is er het gebruik om de aansprakelijkheid voor bepaalde risico's uit te sluiten. Hoe oud het onderwerp is blijkt al uit de herkomst van het woord risico, namelijk het Griekse woord voor 'rots'. In vroeger tijden was het grootste risico bij vervoer, zeevaart dus, de onder water verborgen rotsen waarop het schip kon lopen.

De klassieke figuur van overmacht had dus betrekking op zaken als: oorlog, overstromingen en andere (natuur)rampen. Na enige tijd werd met absolute onmogelijkheid *praktische onmogelijkheid* gelijk gesteld (hetgeen ook wel bekend werd als 'relatieve onmogelijkheid').¹ In het Duitse recht is 'Unmöglichkeit' overigens een begrip dat nog steeds gehanteerd wordt. Het zou nog wel

1. Zie reeds Meijers, in zijn preadv. *NJV* 1918, *Hand. NJV I*, 1918, p. 142.

§3. OVERMACHT

(technisch) mogelijk zijn het gezonken schip te lichten, maar dat zou zo kostbaar worden, dat dit praktisch onmogelijk is.

Dan ontstaat er een stroming die zich door de schuldgedachte laat leiden, als de schuldenaar gedaan heeft wat hij redelijkerwijze kon doen, dan kan hem het niet presteren niet verweten worden en is dus sprake van overmacht. Wij zijn dan aan het begin van deze eeuw beland; het probleem met de beschrijving van de ontwikkeling die daarop volgt, is de al eerder geschetste vertekening die Ph.A.N. Houwing aanbracht met zijn onderscheid 'inspanningsverbintenis' - 'resultaatsverbintenis', die leidraad voor vele schrijvers is geweest, waaronder Rutten (en Hartkamp).²

Ik vermeldde al eerder dat Houwing Sr in 1904 niet de formule in omloop bracht dat 'overmacht begint waar de *schuld* ophoudt', maar 'waar de *toerekening* ophoudt'.³ Zijn uitgangspunt is hetzelfde dat de hoge raad in 1968 in het *vliegtuigvleugel*-arrest neerlegde, bepalend zijn de *aard van de overeenkomst, de verkeersopvatting* en de *redelijkheid*. Toerekening is immers altijd een kwestie van 'redelijke toerekening'; de wet houdt dat ook al in, gezien de formulering in art. 1280 oud BW 'zo daartoe gronden bestaan', die wij vaker in de wet tegenkomen (bijv. art. 1489 oud BW, schadevergoeding bij nietigverklaring wegens handelingsonbekwaamheid en 'wilsgebreken', art. 699 oud BW, ladderrecht). Vergelijk thans artt. 6:77 en 5:56 BW. Niettemin is het onderscheid inspannings- en resultaatsverbintenissen in het juridisch spraakgebruik ingeburgerd geraakt, het wordt trouwens in het buitenland ook gehanteerd.⁴ Hieronder zal nagegaan worden of er naar geldend recht behoefte aan dit onderscheid bestaat, aan de hand van de jurisprudentie. Het vertrekpunt voor de gedachtenvorming ligt bij de zienswijze van J.F. Houwing, Paul Scholten en Suijling. De verwevenheid van inspanning en resultaat komt tot uitdrukking in een uitspraak van Scholten uit 1915:

'in de verplichting die de schuldenaar op zich heeft genomen kan tweemaal zitten: in de eerste plaats een belofte tot *inspanning* om het beloofde resultaat te bereiken, tot het aanwenden van de nodige zorg en moeite, maar in de tweede plaats ook een belofte *in te zullen staan*, dat het *resultaat* ook bereikt wordt, het op zich nemen van bepaalde risico's. Van de persoonlijke zijde bezien is de verbintenis niet dan een plicht tot handelen of laten, van de vermogenskant is zij ook een verdeling van goederen en van risico's'.⁵

Suijling verwoordde het zo:

2. Asser-Rutten, 3e dr., p. 251 v.; Asser-Hartkamp I, nr 311.

3. Zie Hfdst. 4, § 3, nr 2; daarbij kwam ook de onjuiste weergave van de leer van J.F. Houwing door Rutten en Hartkamp in de Asser-serie ter sprake.

4. Het franse recht bijv. kent sinds 1923 (Demogue) 'l'obligation de moyens (diligence)' tegenover 'l'obligation de résultat', vgl. Weill-Terré, *Droit civil. Les Obligations*, 4e dr. 1986, nrs 396-403; J. Carbonnier, *Droit civil. Les obligations*, 16e dr., 1992, nr 73b, en vooral Viney IV 1982, nrs 521-556. Van een scherp onderscheid is weinig overgebleven, kritiek en nuancerings overheersend. Voor het duitse recht, zie Larenz I, § 24 I; Van der Meer, *WPNR* 5706 (1984).

5. *WPNR* 2373 (1915), p. 321, mijn curs.; ook in *Verz. Geschr. IV*, p. 252.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

‘De grondslag van de verbintenis is een *garantieplichting*, daarin ligt de basis voor de verplichting tot schadevergoeding bij het uitblijven van een prestatie’; ‘de debiteur heeft er voor in te staan dat de schuldeiser het zijne krijgt’.⁶

De les die hieruit te trekken valt, is dat wij steeds zullen moeten nagaan of het niet voldoen aan een bepaalde verplichting van een contractspartij in de sfeer ligt van een inspanning doen of van een resultaat leveren. Dit zal een *Leitmotiv* blijken te zijn bij de bewijslastverdeling op dit terrein, zoals deze in de rechtspraak gestalte gekregen heeft.

Intussen hebben de ontwerpers van het Nieuw BW een geheel nieuwe en unieke terminologie ingevoerd bij de overmacht: de ‘niet-toerekenbare tekortkoming’, die in art. 6:75 BW neergelegd is (ontleend aan wanprestatie als ‘toerekenbare tekortkoming’, zie boven, H 6, § 1, nr 1). Een dergelijke tekortkoming wordt de debiteur niet toegerekend indien deze niet te wijten is aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. In de ‘rechtshandeling’ herkent men de overeenkomst zelf, die een bepaalde risikoregeling kan inhouden; de in het verkeer geldende opvattingen, die men ook bij de onrechtmatige daad tegenkomt, art. 6:162, lid 3 BW, omvatten ook de redelijkheid en billijkheid, een beginsel dat ook via art. 6:248 (en in het algemeen: art. 6:2) zijn werking uitoefent. Bij de totstandkoming van het Nieuw BW heeft de minister de Kamer meegedeeld dat de oude term ‘overmacht’ niet in de ban gedaan is door de wetgever, en gehanteerd kan blijven worden in de praktijk (evenals als dat met ‘wanprestatie’ het geval is). In dit boek zullen oude en nieuwe termen afwisselend gebruikt worden.

De nieuwe wettelijk regeling wijkt af van hetgeen in omringende landen gebruikelijk is op dit gebied. Dat is niet alleen het geval met het gebruik van het (moeizame) begrip ‘niet-toerekenbare tekortkoming’, opvallend is ook dat het begrip ‘verhinderung van de prestatie’ ontbreekt, dat in andere rechtsstelsels steevast gehanteerd wordt bij overmacht (het stond ook in art. 1281 oud-BW). In zijn recente proefschrift heeft Goedmakers een lans ervoor gebroken om dat laatste begrip ook in ons recht bij overmacht te gebruiken.⁷ Een voorbeeld van een doorsnee overmachtsbepaling is het artikel van de *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, art. 7.1.7 (verhinderung is ‘impediment’):

Art. 7.1.7 Unidroit Principles

Non performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.

6. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 1923, p. 170.

7. A.J. Goedmakers, *Overmacht bij overeenkomst en onrechtmatige daad*, diss. Rotterdam 1998, *Serie Aansprakelijkheidsrecht*, Deel 5, Gouda Quint, 1998, p. 24 e.v. Overmacht wordt door hem omschreven als: ‘een niet toerekenbare verhindering van de nakoming met een vreemde oorzaak’. Het is opvallend dat in veel standaardvoorwaarden in de bouw in het overmachtsartikel het begrip ‘verhinderung’ gehanteerd wordt, zie onder, § 4.

§3. OVERMACHT

When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract.

The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on its ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, it is liable for damages resulting from such non receipt. (...)

De overmachtsbepaling van de 'Principles of European Contract Law' (PECL, van de zgn. Lando-commissie) is vrijwel gelijklopend, art. 3.108. Ook art. 79 van de CISG (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, alias het Weens Koopverdrag) vertoont grote overeenkomsten hiermee. Voor een bespreking hiervan verwijst ik naar Goedmakers' dissertatie, p. 205 e.v., waar verdere literatuur over dit onderwerp. Ik laat het CISG-artikel hier nog volgen:

Art. 79 CISG, leden 1, 3 en 4

1. A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.

(...)

3. The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists.

4. The party who fails to perform must give notice to the party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such non-receipt.

Curieus is overigens dat de ontwerpers van het NBW de minderheidsopvatting van Houwing Jr. gevolgd hebben, die betoogd had dat overmacht niet de verbintenis opheft, doch slechts de verplichting tot schadevergoeding. Die gedachte is terug te vinden in art. 6:79. De opvatting van Houwing Jr. (Ph.A.N.) was onder het oude recht al onhoudbaar en zeer ongebruikelijk (zie boven, H 6, bij de behandeling van wanprestatie), en het wijkt af van hetgeen in omringende rechtsstelsels gangbaar is.⁸ Het zou mij niet verbazen indien deze constructie een dode letter zal blijven.

Uit de zojuist geciteerde overmachtsbepalingen blijkt dat in onze wettelijke regeling nog iets ontbreekt: de verplichting van een debiteur in een overmachtssituatie om de crediteur daarvan op de hoogte te stellen en hem te informeren wat de invloed van de verhinderende omstandigheid is op de toegezegde prestatie. Goedmakers heeft terecht bepleit dat die regel ook in ons recht geldt, uit hoofde van de goede trouw; een regel die trouwens al in een arrest uit 1923 door de hoge raad aanvaard werd.⁹

In art. 6:77 werd het *Fokker vliegtuigvleugel*-arrest van 1968, inzake de aansprakelijkheid voor zaken, gecodificeerd; een onderwerp dat hieronder nog ter sprake zal komen. Ook hier moet men het begrip goede trouw, alias

8. Ook deze problematiek komt uitvoerig bij Goedmakers aan de orde, zie o.m. p. 74 v.

9. A.J. Goedmakers, De mededelingsplicht bij overmacht gedurende de uitvoering van de overeenkomst, in: '*... maar dit geheel terzijde*', Opstellen aangeboden aan J.M. van Dunné, Red. P.G.J. van den Berg en W.T.M. Uilhoorn, Lelystad, 1997, p.61; vgl. ook zijn diss. Het arrest is: HR 23 febr. 1923, NJ 802, *Hofman - Triezenberg*.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

redelijkheid en billijkheid, dat de hoge raad hanteerde, in het begrip 'in het verkeer geldende opvattingen' zoeken, dat in art. 77 genoemd wordt.

2. *De jurisprudentie inzake overmacht. Aansprakelijkheid voor zaken; inspanning versus resultaat*

De uitwerking van de eerder beschreven visie, leidend tot de risikoleer, door onder meer Wery en Levenbach in hun dissertaties van resp. 1919 en 1923, laat ik rusten.¹⁰ Van groter belang is een analyse van de recente jurisprudentie. Zoals zal blijken speelt op het eerste gezicht het onderscheid inspanning - resultaat een belangrijke rol. Bij nader onderzoek blijkt dat de betekenis ervan betrekkelijk is. Het onderscheid werd door Schoordijk in 1969 verworpen; in 1979 volgde Pitlo in zijn handboek, bij welke visie ik mij aangesloten heb.¹¹ Overigens legt Pitlo (en voor hem al Wery) een verband met de leer van de *gevaarzetting* die voor buiten-contractuele aansprakelijkheid ontwikkeld werd. Deze leer, ongeveer in dezelfde tijd in ons land verdedigd als de risikoleer bij overmacht, is in de handboeken sterk onderbelicht gebleven, evenals bij de laatste leer het geval is.

Terug naar het onderscheid inspanning - resultaat, dat voor het beroep op overmacht zo belangrijk is. Mijn bezwaar tegen het onderscheid geldt de mechanische, alles of niets toepassing ervan, alsof een contractuele relatie in zijn geheel gedekt kan worden door één van beide kwalifikaties. Dat was namelijk het oorspronkelijke uitgangspunt; het gangbare beeld was dat er overeenkomsten zijn, zoals dienstverlening door een arts of advocaat, waarbij de debiteur slechts tot het doen van inspanningen gehouden was en niet voor een resultaat hoeft in te staan. Het slagen van een operatie of proces wordt niet gegarandeerd, men spant zich slechts naar beste vermogen in. Een vervoerder, daarentegen, is het voorbeeld bij uitstek van iemand die een resultaat toezegt, namelijk een zaak of persoon te bestemder plaatse af te leveren (behoudens overmacht). Dat sjabloon heeft directe consequenties voor de bewijslastverdeling, en daar was het oorspronkelijk ook om te doen: in het eerste geval dient de opdrachtgever-eiser te bewijzen dat zijn wederpartij als vakman zijn vak niet verstond en wanprestatie pleegde, in het tweede geval dient de vakman als gedaagde te bewijzen dat de prestatie als gevolg van overmacht niet gerealiseerd kon worden. Een prachtig onderscheid toch?; iedereen weet nu waar hij aan toe is en wie wat moet bewijzen.

Dat leek te mooi om waar te zijn, en dat was het ook. Er kwam al vrij gauw kritiek op het onderscheid, zoals gezegd van de zijde van Schoordijk en Pitlo. Beiden wezen erop dat het onderscheid in theorie misschien wel aardig is, maar in de praktijk tot problemen leidt, omdat zelden een concrete rechtsverhouding in zo'n keurslijf te persen is, en bovendien het toewijzen van de bewijslast naar redelijkheid en billijkheid een veel handzamer instrument is. Pitlo gaf hierbij het sprekende voorbeeld, dat men wel kan stellen dat een chirurg tot niet meer

10. J.L.L. Wery, *Overmacht bij overeenkomsten*, diss. Leiden 1919; Marius G. Levenbach, *De spanning van de Kontraktsband*, diss. Amsterdam (UvA) 1923.

11. Schoordijk, *BR* 1969, p. 65 v. (vgl. ook diens *Alg. gedeelte NBW*, p. 182 v.); Pitlo-Bolweg, p. 83 v. Voor soortgelijke kritiek in de franse lit. zie o.m. Weill-Terré, nr 398; Viney IV, nr 527 v.; Mazeaud-Chabas, 1991, nr 402.

§3. OVERMACHT

gehouden is dan tot het verrichten van een inspanning om de operatie te doen slagen, hetgeen betekent: een inspanningsverbintenis, maar dat hij toch gehouden is om op tijd (en fris) in de operatiekamer te verschijnen, zijn apparaat in goede orde te hebben, kundig personeel ter beschikking, en dergelijke, hetgeen inhoudt: een resultaatsverbintenis. Kortom: wij hebben hier met een *gemengde* rechtsverhouding te maken, waarbij verplichtingen om een inspanning en een resultaat leveren elkaar aanvullen.

Eigenlijk wisten wij dit al lang, zoals gebleken is uit de eerder gegeven citaten van Paul Scholten en Suijling, de grondleggers van het moderne privaatrecht. Wij zullen nu eerst nagaan hoe deze figuren van inspannings- en resultaatsverbintenis in de rechtspraak ontwikkeld zijn; naderhand wordt nog teruggekomen op de toepassing ervan in de ‘vrije beroepen’-sfeer: arts, advocaat, accountant, etc. (nr 4, in fine).

Vertrekpunt bij de bestudering van de jurisprudentie is het *vliegtuigvleugel*-arrest, dat al eerder, bij de behandeling van exoneratiebedingen aan de orde kwam.¹² Terwille van het overzicht laat ik hier de overwegingen van de hoge raad nogmaals volgen:

‘dat de vraag of en in hoever de schuldenaar voor de gebreken van zodanige zaken aansprakelijk is, naar de aard der overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid moet worden beantwoord;

dat ook bij overeenkomsten als de onderhavige, waarbij een resultaat is toegezegd voor het bereiken waarvan de schuldenaar zich moet bedienen van werktuigen, die, indien zij falen, aan de wederpartij een ernstige schade kunnen berokkenen, de aard der overeenkomst, de verkeersopvattingen of de redelijkheid kunnen meebrengen dat de schuldenaar die aantoonde dat dit falen door hem niet kon worden voorzien, niet het gevolg was van een gebrek aan zorg bij de aanschaffing, het onderhoud en de controle aan het werktuig besteed en ook overigens niet aan zijn schuld te wijten was, voor de door dat falen ontstane schade niet aansprakelijk is;

dat dit in het bijzonder het geval kan zijn, indien het falen van het werktuig aan de wederpartij een schade kan berokkenen van een dergelijke omvang dat het, gezien de in verhouding daartoe geringe hoogte van de door de schuldenaar genoten contra-prestatie, onredelijk zou zijn de schuldenaar het risico daarvan te doen dragen;

dat in dergelijke gevallen ook in de omstandigheid dat het de schuldenaar was die zich voor een dergelijke schade door verzekering had gedekt, een aanwijzing kan worden gevonden dat naar verkeersopvattingen het desbetreffende risico voor zijn rekening was.’

Hiermee werd in 1968 de resultaatsverbintenis in de rechtspraak van de hoogste rechter geïntroduceerd, terwijl ook het risico-denken, inclusief verzekeringsaspecten, een grote sprong voorwaarts maakt.¹³ Men leert uit deze uitspraak dat het toezeggen van een resultaat als kenmerk voor een verbintenis, slechts een beginpunt is, ‘a starting point of legal reasoning’, zoals de Engelsen het zo mooi noemen. In de woorden van Eggens - om dichterbij huis te blijven - het is ‘een beginsel, geen eindsel’. De belofte (resultaat) moet hier wijken voor de norm (redelijke risikoverdeling naar verkeersopvattingen). De redelijkheid van deze oplossing blijkt (zoals zo vaak) hieruit dat zij strookt met het gezonde verstand: ‘je kunt niet voor een kwartje op de eerste rij zitten’. Als je maar

12. Boven, Hfdst. 4, § 2, nr 4. HR 5 jan. 1968 NJ 102, nt GJS; AA p. 441, nt Koster. Zie ook art. 6:77 BW.

13. Zie voor die materie boven, Hfdst. 4, § 2, nr 4.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

f 17,50 per uur aan de kraanbaas betaalt elke keer dat-ie komt opdraven om vleugels uit de dekschuit te tillen en op de vrachtwagen te zetten, mag je niet verwachten dat hij bij schades van meer dan een ton die voor zijn rekening neemt, dat wil zeggen, daarvoor verzekerd is.

Kort daarop krijgt de hoge raad een tweede zaak te beoordelen die een verborgen gebrek aan een hijskabel betrof, in dit geval werd de oorzaak nooit vastgesteld. Het *Van der Spek*-arrest, HR 23 febr. 1968, *NJ* 103, nt GJS.

Van Dijk had een tweedehands Liebherr-kraan gekocht van (een koper van) Van der Spek, die de kraan vervolgens in onderhoud bleef houden. Twee jaar later geeft Van Dijk aan Van der Spek opdracht om de kraan te verplaatsen (demonteren en monteren) op een werkterrein in Bruinisse. Bij die werkzaamheden breekt de hijs- en strijkabel, waardoor de kraan omvalt; schade f48.000. De kabel blijkt niet doorgeroest, wat Van der Spek aanvankelijk stelde; de oorzaak wordt niet opgehelderd. De verzekeraar van Van Dijk spreekt hem voor de schade aan. Dan nu de overwegingen van de HR:

‘dat in onderdeel 1a van het middel wordt gesteld dat hetgeen het Hof aangaande de inhoud van de overeenkomst heeft vastgesteld de conclusie dat het te dezen niet om een inspanningsverbintenis, maar om een resultaatsverbintenis zou gaan, niet rechtvaardigt, doch het middel in zover tevergeefs opkomt tegen een feitelijke beslissing;

dat hetgeen in onderdeel 1b van het middel wordt gesteld in zover juist is dat de omstandigheid dat Van der Spek een resultaatsverbintenis op zich had genomen, op zich zelf geen grond geeft Van der Spek voor de tijdens de verplaatsingswerkzaamheden aan de kraan overkomen beschadiging aansprakelijk te stellen, indien deze zou zijn te wijten aan een omstandigheid welke t.a.v. Van der Spek als overmacht zou kunnen gelden;

dat stelplicht en bewijslast te dien aanzien echter op Van der Spek rustten en Van der Spek zich daarvan alleen had kunnen kwijten door te stellen en te bewijzen, hetzij dat de beschadiging van de kraan een bepaalde oorzaak had die niet voor haar rekening kwam, hetzij dat die beschadiging plaats vond onder omstandigheden die uitsluiten dat deze een oorzaak had welke wèl voor haar rekening kwam;

dat Van der Spek, die zich in eerste instantie op het voor haar niet kenbare doorgeroest zijn van een kabel als oorzaak van het breken daarvan had beroepen, doch er niet in was geslaagd dit te bewijzen, in hoger beroep geen andere oorzaak voor dat breken heeft genoemd, doch er zich toe heeft bepaald te stellen, dat zij al het mogelijke had gedaan de haar opgedragen werkzaamheden naar behoren te verrichten;

dat deze stelling echter niet uitsluit dat het breken van de kabel van deze, naar het Hof vaststelde, al jaren lang bij Van der Spek in onderhoud zijnde kraan gevolg is geweest van een omstandigheid welke voor rekening was van Van der Spek, zodat ‘s Hof’s beslissing dat deze stelling voor Van der Spek niet bevrijdend was, wat er zij van de gronden waarop de beslissing berust, juist is.’

Men ziet hieruit, dat het aannemen van een resultaatsverbintenis - waarvan Schoordijk terecht stelt dat dit een *rechtsvraag* en geen feitelijke, in cassatie niet toetsbare vraag is¹⁴ - vooral van belang is voor de bewijslast bij het beroep op overmacht. Daarbij mocht het hof een bewijs door vermoedens hanteren, oordeelde de raad in een vrije interpretatie van het arrest *a quo*; het in onderhoud hebben van de kraan wettigt immers het vermoeden dat men meer weet of behoort te weten van ernstige gebreken aan de kraan. Met andere woorden, het gebrek ligt in de risico-sfeer van degeen die de zaak in onderhoud heeft. Maar draagt de eigenaar van de zaak niet evenzeer het risico voor gebreken in de

14. *Alg. gedeelte NBW*, p. 192; *BR* 1969, p. 72 v.

§3. OVERMACHT

zaak?; waarom zouden die overgaan op het onderhoudsbedrijf? Ik heb daar zo mijn twijfels over, in tegenstelling tot Schoordijk, die enkel moeite heeft met het resultaat-karakter van de prestatie als grondslag voor de aansprakelijkheid, niet ten onrechte. Een meewegen van de verzekeringsaspecten als indicatie voor de risikoverdeling, zou ook hier heilzaam zijn. Dat wordt dan een afwegen van de positie van de aannemer Van Dijk, die zich verzekerd had voor schade aan het materieel (en de schade uitgekeerd had gekregen), en de positie van Van der Spek, voor wiens aansprakelijkheid de normale AVB-polis in de gegeven omstandigheden geen dekking bood. Als men zich afvraagt, wie het beste dekking voor zo'n schade zou kunnen zoeken, dan lijkt mij de eigenaar in het algemeen, en zo ook hier, meer geëigend om een (all risk) verzekering voor zijn zaken af te sluiten.¹⁵ Daarmee zou de onderhavige gebeurtenis in diens risikosfeer vallen.

Nog even een kanttekening bij de bewijsaspecten. Door Houwing Jr. is indertijd het onderscheid inspanning - resultaat aan de man gebracht vanwege het grote belang voor de bewijslastverdeling; dit is door Schoordijk en Pitlo weerlegd (t.a.p.). Er werd al op gewezen dat bij de bewijslastverdeling de billijkheidsleer tenslotte de overhand gekregen heeft, na oppositie van aanhangers van de objectiefrechtelijke leer, hetgeen resulteerde in art. 177 Rv, dat in 1988, na een wetsgeschiedenis van twintig jaar, van kracht werd. De bewijslast wordt derhalve toegerekend naar redelijkheid.

Ook afgezien daarvan kan het oude middel van bewijslastverdeling op grond van vermoedens (aanvankelijk feitelijk van aard, vervolgens steeds normatievegekleurd) goede diensten bewijzen. Dat geldt niet alleen voor resultaatsverbintenissen, zoals in dit laatste arrest, maar ook voor inspanningsverbintenissen, zoals hieronder zal blijken bij de bespreking van het *kraamzuster*-arrest (1976).

In het jaar 1968 wijst de hoge raad nog een arrest over het risico voor bij de uitvoering van de overeenkomst gebruikte zaken, dit keer geen materieel maar materiaal: een schoonmaakmiddel dat gebruikt was en schadelijke werking bleek te hebben. In het *Polyclens*-arrest geeft de raad een bevestiging van de *vliegtuigvleugel*-zaak voor een dergelijk soort schade, HR 13 dec. 1968 *NJ* 1969, 174, nt GJS.

Deze wat gecompliceerde casus komt hierop neer. Hessing heeft met Aluminium Extruders Holland een overeenkomst gesloten om de fabriekshal van de laatste (AEH) in Harderwijk schoon te maken. De vloer wordt daarbij met het door Hessing gekozen schoonmaakmiddel 'Polyclens' gereinigd, hetgeen desastreus gevolgen heeft voor de aanwezige aluminium goederen, die een schade van f 18.000 oplopen. Voor het verloop van het geding is van belang dat het middel betrokken was van Cadix, die naar in cassatie vaststaat de 'volledige neutraliteit en onschadelijkheid' van het middel had gegarandeerd. Onder ons gezegd werd dit middel van Cadix, een bedrijf in Schiedam, veel gebruikt om olieschepen schoon te maken (het zgn. 'classificeren', zie het mooie opstel van J.M. Biesheuvel daarover, uit zijn schiedamse gymnasiumtijd); het zal dus wel een paardemiddel geweest zijn, met alle gevolgen vandien. Intussen, een belangrijk detail, door de keuze van het materiaal door Hessing, droeg zij het risico voor het falen ervan naar algemene regels van overmachtsrecht. Het is echter AEH die Cadix tot schadevergoeding aanspreekt in deze procedure (na cessie van Hessings vordering op Cadix).

15. Zie de beschouwingen waarnaar in nt 145 verwezen werd.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

De hoge raad stelt vast dat het falen van het middel te wijten was 'aan eigenschappen die het middel voor het doel waarvoor Hessing het in dit geval gebruikte, in het algemeen ongeschikt maakten'; het hof heeft derhalve terecht beslist dat de schade 'voor rekening van Hessing kwam', want:

'indien de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen of de redelijkheid van een bepaald geval geen aanwijzing opleveren voor het tegendeel, als regel valt aan te nemen dat de schuldenaar van een resultaatsverbintenis er voor heeft in te staan dat het materiaal waarvan hij zich voor de uitvoering van zijn verbintenis bedient, in het algemeen de eigenschappen bezit die dit voor dit doel geschikt doen zijn'.

Cadix was (op het laatste moment) op de *vliegtuigvleugel*-toer gegaan door te stellen dat de tegenprestatie in verhouding tot de schade zeer gering was, en Hessing niet verzekerd was voor deze schade; de HR legt dit argument ter zijde in een *obiter dictum*, overwegend dat Hessing zich 'op andere wijze had ingedekt' tegen de gevolgen, nl. door het verhaal op Cadix op grond van een gegeven garantie voor de deugdelijkheid van het middel (dat laatste was een stelling van AEH, die in cassatie door de HR als juist aangenomen wordt).

In zijn noot geeft G.J. Scholten een uitleg aan het 'in het algemeen' geschikt zijn van materiaal, die veel discussie heeft uitgelokt, en tot het onderscheid 'generieke' tegenover 'specifieke' ondeugdelijkheid geleid heeft. In het laatste geval zou een aannemer bij voorgeschreven materiaal zijn aansprakelijkheid behouden (door een productiefout zijn alleen enkele bussen Polyclens ongeschikt, die de aannemer toevallig gekocht heeft). Ik heb elders dit onderscheid uitvoerig bestreden; voor de argumenten verwijs ik naar die beschouwingen.¹⁶

3. *De jurisprudentie (vervolg). Overeenkomsten van vervoer en kraamzorg*

Enkele jaren later wordt de nieuwe regel getest op het gebied van de *vervoers-overeenkomst*, in de literatuur doorgaans aangehaald als een schoolvoorbeeld van een resultaatsverbintenis voor de vervoerder. Niks inspanning, de in punt A aangeboden persoon of zaak wordt in punt B afgeleverd, alleen dat resultaat telt. Laten wij eens zien hoe de cassatierechter daarmee opereert. Allereerst het *lijn 10*-arrest, HR 26 febr. 1971 NJ 270, nt GJS; AA p. 331, nt A. v. Oven.

Mevrouw Ivens stapt in de Mariniersweg in Rotterdam op lijn 10; terwijl zij nog bezig was haar wisselgeld in ontvangst te nemen trekt de bestuurder plotseling en krachtig van de halte weg, waardoor mevr. Ivens, die een bejaarde vrouw is, komt te vallen. Zij loopt ernstig letsel op en moet in het Bergwegziekenhuis verpleegd worden.

Ieder die in een tram gezeten heeft, herkent de situatie; maar wie draagt nu de aansprakelijkheid voor de schade, is de bestuurder te snel en fors weggereden, zonder de passagier de nodige tijd te gunnen om het geld te ontvangen en weg te bergen, of bleef het oude dametje treuzelen en moet de tram toch eens verder? Wie zal het zeggen?, of liever gezegd: wie moet wat bewijzen? De hoge raad zoekt de oplossing in de aard van de overeenkomst:

'dat de overeenkomst tot het vervoer van personen als regel voor de vervoerder de verplichting meebrengt om de reiziger veilig naar de plaats van bestemming te brengen waaruit volgt dat bij het ontstaan van schade veroorzaakt door letsel aan de reiziger in verband met het vervoer overkomen, op de vervoerder de last rust te bewijzen dat dit letsel is voortgekomen uit een oorzaak welke hem niet kan worden toegerekend;

dat hiermede in overeenstemming is dat in een aantal bijzondere wettelijke regelingen welke m.b.t. bepaalde vormen van personenvervoer zijn getroffen - als de artt. 522 en 920 K., art. 5 Verenwet, art. 1 Spoorwegwet, art. 5 lid 2 Lokaalspoor- en Tramwegwet, art. 8 Wet

16. Zie mijn artikel in *BR* 1978, p. 262 v.; vgl. ook dat in *BR* 1984, p. 649 v.

§3. OVERMACHT

Autovervoer Personen, art. 24 Wet van 19 sept. 1936 Stb. 523 houdende voorzieningen inzake het luchtvervoer - de wetgever van het bestaan van evengenoemde verplichting is uitgegaan, zij het dat daarbij soms eerder aan een verplichting uit de wet dan aan een verplichting uit overeenkomst is gedacht;

dat uit het bestreden arrest en de stukken van het geding niet blijkt van omstandigheden welke grond zouden kunnen geven voor een afwijking van deze regel met betrekking tot de onderhavige overeenkomst'.

Men ziet hier wederom een regel gesteld, waarop uitzonderingen mogelijk zijn (annotator Scholten blijft zich daarover verbazen), hetgeen zich echter in casu niet voorgedaan heeft.

Een decennium later wordt opnieuw een vervoersovereenkomst aan de hoge raad voorgelegd, dit keer veevervoer, *dwarse vaars*, HR 19 febr. 1982 *NJ* 402, nt BW. Het model van regel - uitzondering maakt hier plaats voor een veel genuanceerdere regel, waarin resultaat en inspanning met elkaar vervlochten worden. Hierbij werpen een internationaal verdrag en nationale wetgeving hun schaduw vooruit.

Het vervoersbedrijf De Clippeleir is met Vonk overeengekomen om op 24 okt. 1974 zijn 10 dikbilvaarzen van Ochten naar de veemarkt in Den Bosch te brengen. Het inladen van de vaarzen (niet te verwarren met pinken) gebeurt door de chauffeur van De Clippeleir, met hulp van Vonk en zijn schoonzoon. Nu gingen 9 van de 10 beesten 'vlot en helder' de wagen in, doch een vaars met een gewicht van zo'n 360 kilo deed moeilijk en 'wilde dwars'. De mannen konden het dwarse vaars niet de baas, het komt te vallen, breekt een poot en moet daarop geslacht worden, een schadepost van f1834. De Bond van Handelaren in Vee komt voor Vonk op en eist schadevergoeding van het transportbedrijf (kennelijk een proefprocedure, want 'wie pleit om een koe...').

De HR overweegt als volgt:

'Het middel komt in al zijn onderdelen op tegen de beslissing van het hof in r.o. 7 van het tussenarrest dat "de vordering van de Bond moet stranden indien De Clippeleir niet tot meer verplicht was dan zij heeft gepresteerd", waarbij het hof kennelijk doelt op de in r.o. 4 van dat arrest vermelde stelling van De Clippeleir dat zij tot niet méér verplicht was dan de inbreng van een goedgekeurde en deugdelijke veewagen en het inzetten van één, tevens vakbekwame, chauffeur.

Terecht klaagt het middel erover dat het Hof aldus is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de door art. 91 K beheerste aansprakelijkheid van de vervoerder voor beschadiging van het vervoerde goed, ontstaan nadat dit onder de hoede van de vervoerder is gekomen. Voor de niet-aansprakelijkheid van de vervoerder is dan niet voldoende dat hij op het punt van het door hem in te zetten materiaal en personeel gepresteerd heeft waartoe hij krachtens de overeenkomst verplicht was. Hij zal tevens hebben te bewijzen, dat bij een zodanige inzet van materiaal en personeel een zorgvuldig vervoerder - daaronder begrepen de personen van wier hulp hij bij de uitvoering van de overeenkomst gebruik maakt - de schadeoorzaak niet had kunnen vermijden of de gevolgen daarvan verhinderen. Het middel gaat echter te ver, voor zover het er tevens toe strekt te betogen, dat aansprakelijkheid van de vervoerder in zo'n geval ook zou bestaan, als hij door inzet van ander materiaal en/of meer personeel het ontstaan van de schade had kunnen voorkomen.

Wanneer voorts, zoals in het onderhavige geval, de schade ontstaat bij en door de inlading, zal de vervoerder voor die schade niet aansprakelijk zijn, als hij bewijst dat hij deze alleen had kunnen voorkomen door van vervoer van het betreffende goed af te zien, en dat hem van het feit dat hij zulks niet heeft gedaan door de wederpartij, gezien haar eigen houding en gedrag bij de inlading en haar deskundigheid ter zake, geen verwijt kan worden gemaakt.'

(vgl. de artt. 8:23 jo. 8. 8:1098 BW en het CMR-verdrag voor internationaal vervoer over de weg, waarover J. van der Meer, *WPNR* 5706 (1984), p. 458).

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

Het arrest is niet van de gemakkelijkste; wat opvalt is dat het risico van de vervoerder, die toch moet instaan voor een resultaat, nader ingevuld wordt met behulp van het begrip 'zorgvuldig vervoerder', naar verkeersopvattingen, mogen wij veronderstellen. Ook in de laatste overweging wordt, in dezelfde denktrant, van 'verwijt maken' gesproken - overigens in een kader dat als risico-aanvaarding door de wederpartij, Vonk, omschreven kan worden. Daarmee zijn de begrippen inspanning en resultaat vloeiend geworden, niet anders dan in het citaat van Paul Scholten uit 1915 het geval was (zie boven, nr 1).¹⁷

Of men in de praktijk met deze uitspraak blij zal zijn, valt te betwijfelen; veel duidelijkheid over wie nu het risico draagt en zich dient te verzekeren is niet verkregen, het hangt immers in sterke mate van de omstandigheden af. Contractueel vastleggen van de risico's heeft ook hier grote voordelen. In de praktijk sluiten beide partijen een verzekering: de ladingbelanghebbende een goedertransportverzekering en de vervoerder een vervoerdersaansprakelijkheidsverzekering.

Wat de aard van de overeenkomst betreft nog een opmerking. Het feit dat de vervoerder slechts met één man personeel komt, de chauffeur, en dat de verzender onmisbaar is bij de inlading van het vee, heeft verschillende aspecten. De transportkosten worden aldus gedrukt; men dient dan ook de aan het vervoer te stellen eisen aan te passen. Het kan beter, maar duurder; ook het te verzekeren risico drijft de vervoersprijs op. Verder speelt de eigen bijdrage van de verzender aan het inladen een rol; het aspect van risico-aanvaarding werd al genoemd. Men kan ook aan mederisico (-schuld) denken.

Intussen doet de laatste omstandigheid denken aan het *sleepboot*-arrest uit 1941, HR 9 jan. 1941 NJ 935, nt EMM (waarover ook Schoordijk, p. 192). Bij een sleepovereenkomst nam de hoge raad een inspanningsverbintenis aan voor de sleepboot, met verwerping van de resultaatsgedachte. Doorslaggevend was daarvoor dat de sleepboot weliswaar de leiding heeft bij de vaart, maar dat het sleepschip in beperkte mate, door de omstandigheden bepaald, de vrijheid heeft om eigen koers te bepalen. Als de partij die de overeenkomst uitvoert het niet alleen voor het zeggen heeft, kan men hieruit afleiden, heeft dat zijn effect op de risikoverdeling.

Tot slot een overeenkomst met een inspanningskarakter die door de hoge raad beoordeeld wordt. In het *kraamzuster*-arrest ging het om een overeenkomst tussen een kraamcentrum en een jonge vader met betrekking tot kraamhulp, HR 7 mei 1976 NJ 1977, 63, nt GJS. Een geval dat doet denken aan het *Jumbo*-arrest.

Haasnoot, vader van de op 25 april 1965 geboren Catharina, sluit een overeenkomst tot kraamhulp met de Stichting Kraamcentrum Noordwijk. Een kraamzuster bij de stichting in dienst, plaatst bij de 5 dagen oude baby een kruik - van de familie Haasnoot - gevuld met heet water, die even later gaat lekken, met rampzalige gevolgen. Als gevolg van de brandwonden zijn er blijvende littekens over het hele linkerbeen, terwijl de hiel misvormd is en twee teentjes verdwenen zijn. De vader eist schadevergoeding en smartegeld voor een bedrag van f 100 000 van de stichting en de kraamzuster in persoon.

17. Zie voor een recenter, soortgelijke uitspraak, voor het internationale wegvervoer (CMR): HR 12 april 1998, NJ 602, *Oegema - Amev* (overval vrachtwagen in Italië).

§3. OVERMACHT

Nu is de toedracht van het lekken nooit opgehelderd; een TNO-rapport wijst uit dat er een aantal mogelijkheden is met betrekking tot het aanbrengen en functioneren van het rubber plaatje in de dop van de kruik. In zo'n situatie is van doorslaggevend belang wie wat moet bewijzen: de vader dat de zuster onzorgvuldig handelde, of de zuster/stichting dat er zorgvuldig gehandeld was en welke vreemde oorzaak in het spel geweest was? Een voor beide zijden onmogelijk bewijs, in de gegeven omstandigheden (hetgeen vroeger een *probatio diabolica* genoemd werd, een duivels moeilijk bewijs). Het is dus geen verrassing dat vader Haasnoot de redenering volgt dat de onderhavige overeenkomst een resultaatsverbintenis inhoudt, zodat de stichting de bewijslast ten aanzien van de oorzaak draagt. Hij gaat zover te stellen dat hier sprake is van een 'welzijnsgarantie'.

De HR overweegt daaromtrent:

'dat bij een overeenkomst als de onderhavige in beginsel (en voor zover hier van belang) slechts dan van wanprestatie door het betreffende kraamcentrum sprake is, indien de door het kraamcentrum ter beschikking gestelde kraamverzorgster in haar zorg te kort is geschoten;

dat, indien de baby letsel oploopt als waarvan hier sprake is, het de rechter die over de feiten oordeelt uiteraard vrijstaat uit de omstandigheden van het geval een vermoeden van schuld aan de zijde van de kraamverzorgster af te leiden - een hoedanig vermoeden het Hof in dit geval niet aanwezig heeft geacht - maar dat een overeenkomst als door de Rb. vermeld in beginsel niet meebrengt dat, zo de baby een ongeval overkomt als waarvan hier sprake is, het kraamcentrum - op grond van het feit dat het welzijn van de baby is aangetast - geacht moet worden wanprestatie te hebben gepleegd, behoudens bewijs van overmacht;

dat weliswaar uit de overeenkomst of de omstandigheden van het geval een verdergaande aansprakelijkheid van het kraamcentrum kan voortvloeien, maar dat door Haasnoot geen feiten zijn gesteld welke tot het aannemen van een dergelijke verdergaande aansprakelijkheid aanleiding zou kunnen geven'.

In de visie van de raad betreft het hier dus een inspanningsverbintenis; tegelijkertijd wordt erop gewezen dat de bewijslast omgekeerd kan worden op grond van een vermoeden van schuld, gezien de omstandigheden. Doch het hof had geen aanleiding daartoe gehad (men zie daarvoor het complexe geheel van mogelijkheden ten aanzien van de oorzaak van het ongeval). Interessant is nog dat de hoge raad, uitgaande van een zorgverplichting, in de laatst aangehaalde overweging de mogelijkheid opent van een verdergaande aansprakelijkheid die 'uit de overeenkomst of de omstandigheden van het geval' kan voortvloeien; daartoe zijn echter door eiser geen feiten gesteld. Wellicht zou men kunnen denken aan het geval de kruik door het kraamcentrum ter beschikking was gesteld, en een aansprakelijkheid voor zaken verbonden zou zijn aan de zorgplicht.¹⁸

Opmerkelijk is nog, dat de verzekeringsaspecten in het geheel niet aan de orde zijn gesteld. Op het eerste gezicht zou het kraamcentrum de meest gereede partij zijn om zich tegen dergelijke gebeurtenissen te verzekeren, met name voor gevolgschade en ideële schade (de kraamzuster kan meeverzekerd worden). Als een dergelijk voorval tot de risikosfeer van het kraamcentrum gerekend zou kunnen worden, dan zou dat ook consequenties voor het bewijsrisiko kunnen hebben. Het geval vertoont enige overeenkomst met de *Van der Spek*-zaak, in die zin dat hier de aansprakelijkheid van de eigenaar voor zijn kruik tegenover die van de zuster (stichting) staat die met de kruik gewerkt heeft. Gezien de

18. De benadering van de HR komt overigens overeen met die van de franse en duitse rechtspraak, zie onder, p. 475 v. Zie ook nog: *Jumbo III*, HR 1 okt. 1993, *NJ* 1995, 182, nt CJHB.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

grootte van de risico's die bij dat handelen gemoeid zijn, lijkt mij er veel voor te zeggen om onopgehelderde gebeurtenissen in de risikosfeer van de handelende te leggen, en niet in die van de eigenaar-wederpartij. Ook hier zouden die risico's overigens contractueel vastgelegd kunnen worden.

Op een heel ander terrein, de levering van water, electriciteit en gas, kan ook de vraag gesteld worden of verplichting tot levering van de nutsbedrijven een inspanning of een resultaat betreft. In de procedure van de Consumentenbond tegen EnergieNed en VEWIN stelden de laatste uitdrukkelijk dat zij slechts tot inspanning gehouden waren; in zijn conclusie wordt dat standpunt op overtuigende wijze verworpen door a-g Hartkamp. De hoge raad heeft zich op dat punt niet uitgesproken.¹⁹ Ik verwijs voor die problematiek naar de eerdere bespreking van het arrest. Ook daar zijn verzekeringsvragen aan de orde.

4. Samenvattende beschouwingen. Risikosferen als grondslag voor aansprakelijkheid. Verzekeringsaspecten. Nogmaals: de overeenkomst tot verlening van diensten

Het beeld dat uit deze jurisprudentie van de laatste decennia naar voren komt, is dat de hoge raad het onderscheid inspannings- versus resultaatsverbintenissen steeds meer is gaan nuanceren, daarbij een toerekeningsmodel hanterend, gebaseerd op de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid. Een oorzaak is als gevolg daarvan pas een 'vreemde' oorzaak, indien zij niet in de risikosfeer van de betreffende partij ligt. Beide partijen bevinden zich in risikosferen ten aanzien van een aantal gebeurtenissen die zich kunnen voordoen; die sferen kan men zich als cirkels voorstellen, met elke partij in het middelpunt van zijn cirkel (zie afbeelding fig. 1). De problemen ontstaan vooral indien deze cirkels elkaar snijden en partijen op het overlappende gebied *beide* aansprakelijkheden blijken te hebben (fig. 2a en 2b). Het ontwarren daarvan wordt dan aan de rechter voorgelegd: bijvoorbeeld de aansprakelijkheid van de eigenaar van de zaak tegenover die van degeen die met die zaak werkte. Indien partijen op zo'n situatie anticiperen, kunnen zij hun risikosferen tevoren afbakenen en van een deugdelijke verzekeringsdekking voorzien (fig. 3a en 3b). Bij gebreke daarvan zouden beide partijen zich voor eenzelfde risico moeten verzekeren, hetgeen economisch gezien weinig aantrekkelijk is (fig. 1).²⁰ Ook uit de besproken rechtspraak bleek het belang van dit aspect, waarbij de hoge raad soms richting gaf, zoals in *vliegtuigvleugel*.

Daarmee is het onderscheid in 'inspanning' of 'resultaat' slechts een beginpunt van elke redenering. Bij een overeenkomst met inspanningskarakter kunnen nevenverbintenissen met het karakter van garanties bestaan; andersom kan een contract met een resultaatkarakter elementen bevatten die zorgverplichtingen inhouden. Een overeenkomst met een arts of specialist is hierbij een veel besproken voorbeeld. Eerder kwam de opmerking van Pitlo al ter sprake dat de verplichting om een operatie te verrichten wel op een vereiste inspanning kan

19. HR 16 mei 1997, NJ 2000, 1, *Consumentenbond - EnergieNed en VEWIN*. Zie boven, Hfdst. 4, § 1, nr 14.

20. Vgl. het betoog in Hfdst. 4, § 2, nr 4.

§3. OVERMACHT

duiden, maar dat dit toch niet geldt voor het verschijnen in de operatiekamer. Een advocaat dient zich voldoende in te spannen om een proces te winnen, maar voor het in acht nemen van termijnen dient hij in te staan. Daar komt nog bij dat sommige ingrepen op den duur zo resultaat-gericht en soms routinematig zijn, dat het spreken van 'een inspanning doen' wat Weltfremd begint te worden. Men wil gewoon een blindedarm verwijderd of een standaardcontract gesloten hebben, en dan moet er een goed verhaal komen waarom dat niet lukte. Veel ongelukken gebeuren overigens niet door een verkeerd handelen, maar door een gebrek aan communicatie of andere logistiek in de ondersteunende sfeer. Het wordt natuurlijk ongrijpbaarder indien de inspanning wel gegeven is, maar onvoldoende was, en de indruk bestaat dat niet vakbekwaam gehandeld is, soms omdat men het vak niet goed bijgehouden heeft, innovaties niet gevolgd heeft, etc.

Een aardig voorbeeld hoe een nevenverbintenis in een overeenkomst met een inspanningskarakter tot garantieverbintenis verheven wordt, terwijl van nalatigheid geen sprake is en de handeling zelfs een gevestigde praktijk is, is het arrest *Baarns beslag*, inzake de aansprakelijkheid van een notaris bij transport van onroerend goed, HR 30 jan. 1981 *NJ* 1982, 56, nt WMK. De verzekeringsaspecten, door a-g Franx met nadruk aan de orde gesteld, worden door de hoge raad in de overwegingen betrokken.

Tan koopt een huis in Baarn van Hulsbus voor f 690 000, transport op 10 aug. 1977. Hij stort het geld op de rekening van de notaris en op 10 aug. om 10.00 uur wordt de transportakte gepasseerd, waarbij de verkoper kwijting geeft voor de koopsom; dezelfde dag wordt de koopsom door de notaris aan de verkoper overgedragen. De akte wordt per post opgestuurd (vast gebruik) en op 11 aug. in de openbare registers ingeschreven. Wat de notaris niet weet, is dat de Ontvanger op 10 aug. executoriaal beslag op het goed gelegd heeft, dat dezelfde dag om 14.30 uur ingeschreven wordt in het hypotheekregister. De Ontvanger had een vordering uit hoofde van inkomstenbelasting op Hulsbus van f 161 387. Tan voldoet deze vordering om het huis vrij te maken van beslag; bij verkoper is geen verhaal te vinden, en derhalve stelt hij de notaris voor deze schade aansprakelijk op grond van wanprestatie.

De HR overweegt dat de notaris dient 'zorg te dragen' dat verkoper en koper geen risico's lopen in verband met de betaling van de koopprijs. De bescherming van de koper had gerealiseerd kunnen worden door de koopsom pas aan de verkoper door te betalen wanneer zekerheid bestaat of de levering vrij van hypotheek en beslagen plaatsvindt. Indien nu de akte dezelfde dag aangeboden was aan de bewaarder van de openbare registers, zou ingevolge art. 505 Rv het beslag geen doel getroffen hebben. Die gang van zaken zou in strijd zijn met de notariële praktijk, maar dat legt voor de HR geen gewicht in de schaal:

'Een zodanige praktijk - hoezeer begrijpelijk in verband met de wens een vlotte afwikkeling van transacties in onroerend goed te bevorderen - brengt noodzakelijkerwijs mee dat de notaris de koper aan bepaalde, in beginsel vermijdbare risico's bloot stelt, waarvan deze in de regel niet op de hoogte zal zijn en waartegen deze zich ook moeilijk kan wapenen. Deze praktijk kan de notaris dan ook niet van zijn aansprakelijkheid ontslaan, wanneer een zodanig risico zich verwezenlijkt'.

Met 'het zich wapenen tegen risico's' heeft de hoge raad de verzekeringsmogelijkheid voor de koper op het oog, die a-g Franx uitvoerig aan de orde stelde. Het technische probleem is intussen door het notariaat opgelost; belangrijker is dat wij een belangrijk arrest rijker zijn waarin de risikogedachte, in relatie tot verzekering, opnieuw tot uitdrukking gebracht is. Van

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

verwijtbaarheid is geen spoor te bekennen, het is zelfs 'begrijpelijk' dat de notaris conform de gangbare praktijk gehandeld had.

Ik wil nog even terugkomen op de overeenkomst tot verlening van diensten, medische ingrepen, het geven van juridische, fiscale of financiële adviezen, voeren van procedures, e.d.²¹ De laatste jaren neemt het aantal procedures op het gebied van wat bekend geworden is als 'beroepsaansprakelijkheid' enorm toe, en daarbij is stee vast het onderscheid tussen inspannings- en resultaatsverbintenissen in het geding.²²

21. De passage die hier volgt verscheen eerder als onderdeel van een artikel in AA 1995 in de Serie Beroepsaansprakelijkheid, p. 664.

22. Zie voor de behandeling van de verschillende vormen van beroepsaansprakelijkheid: *Beroepsaansprakelijkheid*, congres-bundel Jonge Balie congres, Zwolle, 1991; *De aansprakelijkheid en draagplicht van bestuurders, commissarissen en accountants; verzekeringsaspecten*, J.M.M. Maeijer, c.s., Symposium-bundel Nijmegen 1991, Deventer, 1991; C.J.J.M. Stolker, *Aansprakelijkheid van de arts*, diss. Leiden 1988; Losbl. bundel *Onrechtmatige daad VI* (Huijgen), waarvan alleen het onderdeel jur. beroepen verschenen is.

In Deel 2 van dit boek komt dit onderwerp weer terug, in het kader van de onrechtmatige daad en bijzondere aansprakelijkheden. Hetzelfde geldt voor de bewijsproblematiek.

§3. OVERMACHT

RISIKOSFEREN

fig. 1

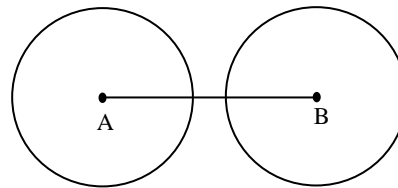


fig. 2a

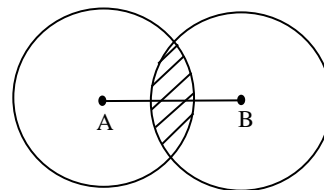


fig. 2b

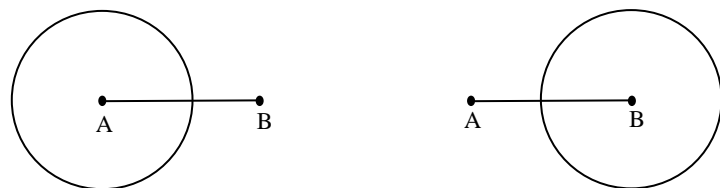
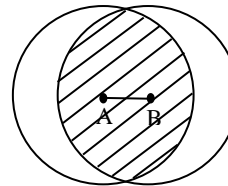


fig. 3a

Risikosferen van partijen
bijv. bij aansprakelijkheid voor zaken
bij uitvoering overeenkomst
A = cred./eigenaar B = deb./gebruiker

fig. 3b

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

Ook bij het doen van inspanningen - operatie of proces - zijn er allerlei handelingen die resultaat-gericht zijn en waarvoor de beroepsbeoefenaar heeft in te staan. Een arts of specialist moet bereikbaar zijn, niet alleen buiten het ziekenhuis, maar ook intern. Medische fouten liggen vaak in de logistieke sfeer, doordat de specialist niet of te laat bij de patient verschenen is (omdat hij in een ander gebouw was, in het verkeer of op het golfveld vast zat). Hier hoeft de geledeerde niet te bewijzen dat de specialist nalatig was bij zijn verschijnen en dus schuld had aan de schade; deze wordt voorondersteld, de specialist kan zich op overmacht beroepen. In de sfeer van advocatuur en notariaat zijn er de bekende voorbeelden van het laten verstrijken van termijnen en vormfouten: beide kunnen fataal zijn, een proces dat verloren wordt, en rechtshandeling die nietig is.²³ Ook hier hoeft in beginsel geen schuld (onrechtmatig handelen) bewezen te worden door de wederpartij, aangezien voor een resultaat ingestaan moet worden door de ander.²⁴

Er kan sprake zijn van een vergissing, bijvoorbeeld een verschrijving bij het geven van een dosering of het nemen van een conclusie. Indien zonneklaar is dat geen weldenkend vakgenoot dit zo gedaan zou hebben, zijn wij hier in dezelfde categorie van aperte fouten die geen nader bewijs vergen. Hier kunnen ook vragen van overmacht spelen, bijvoorbeeld het geval van de oververmoeide arts die een te hoge dosering van een medicijn voorschrijft, hetgeen de dood van de patient ten gevolge heeft.²⁵

Dan zijn er gevallen waarbij in het kader van het verrichten van een inspanning fouten of vergissingen gemaakt worden die zijdelings verband houden met de hoofdprestatie. Een sprekend geval is hier dat van de tandarts die tijdens de behandeling een naald laat vallen die in de maag van de patient terechtkomt en operatief verwijderd moet worden.²⁶ In de reeks vergissingen valt het spreekwoordelijke amputeren van het verkeerde been, dat soort dingen schijnt toch

23. Zo herinner ik mij het verhaal - even een *petite histoire* - van een advocaat die voor een buurtvereniging optrad tegen een akte van de gemeente, en op het laatste moment ontdekte dat de termijn om in beroep te gaan van een vonnis net op die dag verlopen was, maar handig zijn stuk een dag geantedateerd had en daarop met vakantie ging. Zijn secretaresse had echter de verkeerde datum in het concept gezien en had die, heel attent, verbeterd. Daarmee was het hoger beroep van de baan, en viel het buurtcommittee een en ander uit te leggen door de advocaat, na terugkomst van vakantie.

24. Niet in acht nemen van termijnen, door een advocaat: vgl. HR 2 april 1982, *NJ* 1983, 367, nt CJHB; door een belastingadviseur: HR 5 jan. 1962, *NJ* 1962, 356. Voor het nalaten van betaling van griffiegeld (*f* 7,50) met niet-ontvankelijkheid als gevolg, zie Rb. Zwolle 14 okt. 1992, *Prv* 1993, 3792. Omkering van de bewijslast wordt in dergelijke gevallen ook voorgestaan door I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, 3e dr. 1995, p. 14.

Vergelijkbare tekortkomingen van een notaris betreffen de identificatie van partijen of getuigen, waarvoor hij dient in te staan, waarover ook interessante jurisprudentie bestaat.

25. Aangehaald door Michiels van Kessenich-Hoogendam, p. 27; de arts had het recept opgesteld aan het eind van een druk spreekuur, terwijl hij de vorige drie nachten bij patienten geroepen was. Deze omstandigheid dient echter naar de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de arts te komen.

26. Hof Den Bosch 13 dec. 1977, *TvG* 1978, 49. Het hof oordeelt dat een arts tegenover zijn patient verplicht is om duidelijke fouten en voor ieder kenbare vergissingen te voorkomen, anders gezegd:

ongelukken te voorkomen; hij is behoudens overmacht voor de gevolgen daarvan aansprakelijk.

§3. OVERMACHT

voor te komen, hetgeen volgens een oude Witz op te vatten is als een 'identiteitscrisis'. Een heel navrant voorbeeld noemt Stolker ergens: twee patientes met dezelfde achternaam worden op een afdeling gynaecologie met elkaar verward; bij de patiente die na jaren eindelijk zwanger geworden was wordt zo per abuis een abortus verricht. In dergelijke situaties is een discussie over inspanning en schuld niet aan de orde.

Verder zijn er fouten die voor een deel samenhangen met de beoordeling van de zaak, zoals het laat indienen van een verzoekschrift door een advocaat, waardoor hij moest begrijpen dat de vraag van ontvankelijkheid moest rijzen.²⁷ Een tussen-kategorie is ook die van het zonder meer verkeerd adviseren of nalaten te adviseren indien dat voor de hand lag.²⁸ Bij de notaris geldt een streng gehanteerde informatieplicht; met name de maatschappelijk zwakke partij moet op eventuele vergaande financiële consequenties van een voorgenomen handeling gewezen worden.²⁹

Daarmee komt de vraag in zicht welke eisen aan de inspanning van de arts of advocaat gesteld worden. In een vaste jurisprudentie is bepaald dat deze beroepsbeoefenaren zo moeten handelen als van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht.³⁰ Maar wat moeten wij hiermee aan als het niet gaat om het werken zonder fouten in de marge, maar om het verrichten van de eigenlijke prestatie: de operatie of het proces, die geslaagd moeten zijn, liefst zonder dat de patient overleden is of de client failliet gegaan is. De complicatie bij deze echte beroepsfouten of kunstfouten is, enerzijds het complexe karakter van de verrichte prestatie, waardoor al gauw geen zicht is op het niveau van de handelwijze, en anderzijds het resultaat dat nu eenmaal niet gegarandeerd kan worden: het menselijk lichaam is geen machine, wat de medische sfeer betreft, en de menselijke geest en het menselijk gedrag evenmin, wat het juridische metier betreft. Men heeft met levende stof te maken, en die

27. HR 2 april 1982, *NJ* 1983, 367, nt CJHB, inzake huurverlenging. Vgl ook het geval dat een advocaat een verzoekschrift ex art. 89 SV indient zonder dit door de client persoonlijk te laten ondertekenen, waardoor het niet ontvankelijk verklaard werd. De advocaat had moeten begrijpen dat het risico van niet-ontvankelijk verklaring ontstaan was door niet-tekening. De HR overweegt: 'Van een niet verwijtbaar handelen zou pas sprake kunnen zijn indien de advocaat aan de voor hem kenbare rechtspraak en literatuur het vertrouwen heeft kunnen ontlenen dat van de indiening van het slechts door hem ondertekende verzoekschrift geen moeilijkheden waren te verwachten'.

28. HR 7 juni 1991, *NJ* 1992, 420; de advocaat had verzuimd zijn client te adviseren om beroep in te stellen tegen een beslissing van de bedrijfsvereniging waarbij hij arbeidsongeschikt werd verklaard. De HR overweegt dat de verplichting van een advocaat om een hem opgedragen zaak met zorg te behandelen in beginsel meebrengt dat hij zich niet beperkt tot de verrichting waarom zijn client uitdrukkelijk heeft gevraagd, maar dat hij zelfstandig beoordeelt wat voor de zaak van nut kan zijn en daarnaar handelt.

29. Vgl. HR 20 jan. 1989, *NJ* 1989, 766, nt EAAL, omzetting van een gemeenschap van vruchten en inkomsten in een algehele gemeenschap, waar het vermogen van de vrouw in verdwenen is. De aansprakelijkheid van de notaris is soms gebaseerd op risico-aansprakelijkheid, vgl. het eerder besproken *Baarns beslag*, *NJ* 82, 56, en soms op een 'hoge mate van zorgvuldigheid', HR 9 maart 1990, *NJ* 1990, 428 (vervalste papieren van koper).

30. Vgl. voor de advocaat: HR 12 april 1985, *NJ* 1986, 809, nt CJHB, (zie hof); voor de deurwaarder-gemachtigde: HR 26 april 1991, *NJ* 1991, 455; voor de arts: HR 9 nov. 1990, *NJ* 1991, 26, *orthopaedisch chirurg*. Zie voor deze en oudere rechtspraak ook Michiels van Kessenich-Hoogendam, p. 27 v.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

laat zich niet altijd dwingen; daar komt nog bij dat die stof stevast met mogelijke inherente gebreken ter behandeling aangeboden wordt.³¹ Dit neemt niet weg, dat op elk terrein koekebakkers bestaan, die de zaak verprutsen, soms met de beste bedoelingen, maar dat maakt het resultaat doorgaans niet veel beter. Ook kunnen uitstekende vaklieden fouten maken - het blijft mensenwerk nietwaar? - of door omstandigheden, die soms buiten hun macht maar wel in hun risico-sfeer liggen, tot slecht werk komen. Die slechte prestaties of menselijke fouten moeten toch aan het licht kunnen komen en afgerekend worden door degenen die het betreft?³²

Indien wij de zaak op een rij zetten, ontstaat het volgende beeld van de aansprakelijkheid op het terrein van verrichting van diensten door beoefenaren van vrije beroepen, en de daarmee samenhangende bewijslastverdeling.

Indien sprake is van *kennelijke fouten* of *vergissingen* die de voorbereiding of de logistiek van de uitvoering van de werkzaamheden betreffen, of formele of procedurele eisen die daaraan gesteld worden, is sprake van de schending van een garantieverplichting door de beroepsbeoefenaar die zijn diensten aangeboden heeft. In dat geval kan de wederpartij die van de diensten gebruik gemaakt heeft, volstaan met het stellen dat het beoogde resultaat niet bereikt is. De beroepsbeoefenaar is aansprakelijk indien hij zich niet op overmacht kan beroepen.

Wanneer sprake is van een *kunstof* bij de uitvoering van de werkzaamheden dient allereerst de feitelijke toedracht vastgesteld te worden. In de vaste rechtspraak, met name in de medische sfeer, is de medewerkingsplicht van de gedaagde/arts om feitelijke informatie te geven die het de eiser/patient mogelijk kan maken zijn bewijs rond te krijgen een uiterst belangrijke tussenschakel bij de bewijslastverdeling.³³ Zoals naderhand nog aan de orde zal komen (in Deel 2) kan het schenden van die verplichting die gelijk staat met een stelplicht van gedaagde, de consequentie hebben dat de bewijslast omgekeerd wordt (*heupoperatie*-arrest, 1988) of zelfs aan verder bewijs geen behoefte bestaat en de stelling van de eiser aanvaard wordt (*ziekenhuis De Heel*-arrest, 1995).³⁴ Verder kan de gedaagde/arts op zijn eigen stelling vastgeprikt worden, en

31. In het *kraamzuster*-arrest, HR 7 mei 1976, *NJ* 1977, 63, nt GJS, waarin sprake was van schade veroorzaakt door een lekkende kruik die aangelegd was, werd door eiser betoogd dat hier een 'welzijnsгарantie' aangenomen dient te worden. De HR wees dat af, en achtte hoogstens ruimte voor aansprakelijkheid op grond van vermoeden van schuld aanwezig (waarvoor in casu te weinig gesteld was). Zie boven.

32. Hier wordt voornamelijk ingegaan op de vraag naar wanprestatie; het bewijs van causaal verband is minstens zo gecompliceerd bij beroepsaansprakelijkheid, aangezien doorgaans niet bij voorbaat vaststond dat de operatie/het proces zou slagen. Maar ook de *kans van slagen* is op geld waardeerbaar, het franse leerstuk van 'perte d'une chance' is vooral bij medische aansprakelijkheid ontwikkeld, vgl. Stolker, diss. p. 123 v.; E.H. Hulst, *Grondslagen van milieu-aansprakelijkheid*, diss. Rotterdam 1993, p. 395 v.; M. de Ridder, *AA* 1995, p. 548.

33. Ingevolge de Wet Geneeskundige Behandelingsovereenkomst heeft de arts een informatieplicht en de patiënt een inzage-recht ten aanzien van zijn dossier; de laatste jaren werd op dit terrein al grote vooruitgang geboekt.

34. Zie resp. HR 20 nov. 1987, *NJ* 1988, 500, nt WLH, *heupoperatie*; HR 13 jan. 1995, *NJ* 1997, 175, *ziekenhuis De Heel*. Zie Deel 2, Hfdst. 12, § 1, nr 6, in fine, en § 11.

§3. OVERMACHT

kunnen de omstandigheden het vermoeden wettigen dat er aan zijn kant een kunstfout gemaakt is. Die materie moet hier verder blijven rusten.

5. *Diversen. Crediteursovermacht, werkstaking en maatregel van hoger hand*

Hiermee zijn de belangrijkste aspecten van de figuur van overmacht belicht, waarbij het accent viel op de risikoverdeling. Veel andere zaken moeten hier onbesproken blijven; enkele onderwerpen stip ik nog aan.

Zoals overmacht de debiteur bevrijdt, is ook denkbaar dat de crediteur in een overmachtssituatie komt te verkeren, en van zijn verplichting bevrijd kan worden. Wij spreken dan van *crediteursovermacht*, de crediteur is niet in staat van de prestatie van de debiteur gebruik te maken. Ook hier is het een vraag van toerekening, met name dient vastgesteld te worden of de verhinderende omstandigheid in de risikosfeer van de schuldeiser lag. Zie *AKU - Stalen Steiger*, HR 17 juni 1949, *NJ* 544, nt PhANH.

AKU had steigermateriaal gehuurd van Stalen Steiger in Haarlem, voor het bedrijf van AKU in Arnhem. Als gevolg van de slag om Arnhem is het AKU onmogelijk het gehuurde materiaal te gebruiken, zij beroept zich op overmacht, en weigert de huur te betalen. De rechtsvraag is bekend geworden door Cavadino's dissertatie uit 1919, *Onmogelijkheid van rechtsuitoefening*, waarin een oplossing gezocht wordt op grond van de goede trouw, terwijl ook art. 7A:1638d BW analoog toegepast wordt, waar de term 'persoonlijk betreffende toevallige verhindering' gebruikt wordt. De HR volgt Cavadino in dat opzicht: de evacuatie van Arnhem (op bevel van de Duitse bezetter) was een AKU persoonlijk betreffende omstandigheid. Dat dit alle inwoners van Arnhem trof acht de HR niet van belang, aangezien Stalen Steiger geen in Arnhem gevestigd verhuurbedrijf was.

Het genoemde art. 7A:1638d BW, thans: art. 7:628 BW, is rechtstreeks aan de orde in geval van werkstaking, waarbij onderzocht moet worden of de staking gezien haar achtergronden een omstandigheid is die de werkgever persoonlijk betreft of niet. Indien die vraag bevestigend beantwoord moet worden, heeft de werknemer die zijn arbeid aanbiedt recht op loon. In het arrest *Schelde III*, HR 7 mei 1976 *NJ* 1977, 55 nt GJS, waar het een 'wilde staking' betrof, spreekt de hoge raad met zoveel woorden over de 'risikosfeer' van de werkgever tegenover die van de arbeiders.

De HR overwoog o.m., na een bespreking van de artt. 7A:1638b en d BW (artt. 7: 627 en 628):

'dat een redelijke toepassing van genoemde artikelen meebrengt dat de arbeider zijn recht op loon behoudt, indien de bedongen arbeid buiten schuld van beide pp. niet kan worden gebruikt of niet kan worden verricht ten gevolge van een omstandigheid, die in de verhouding tussen de partijen meer in de risikosfeer van de werkgever of diens bedrijf ligt dan in die van de arbeider'.

Vervolgens overweegt de HR dat de onderhavige aktie in de risikosfeer van beide pp. ligt, en dat de vraag of deze meer in de risikosfeer van de een of de ander ligt 'afhangt van de aard van de aktie en de omstandigheden waaronder deze plaatsvindt'. Men zie voor de uitwerking daarvan verder het arrest, en de noot van Scholten. Vgl. ook nog Schoordijk, t.a.p., p. 197 v.

In sommige gevallen heeft de wetgever de risico's tussen partijen geregeld, zoals in art. 7:658 BW (art. 7A:1638x oud) is gebeurd ten aanzien van gevaren

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

in de werksituatie. In de rechtspraak van de laatste jaren is ook op dat terrein de verdeling in risikosferen nader uitgewerkt. In verband met de nauwe relatie tot het onderwerp *gevaarzetting*, dat elders aan de orde komt, houd ik de bespreking van deze jurisprudentie nog aan.³⁵

Over de aard van de gebeurtenissen die een overmachtsfeit kunnen opleveren is ook nog veel te doen; in overmachtsclausules kunnen deze door partijen vermeld worden, in de angelsaksische traditie gebeurt dit zeer uitvoerig, op het continent houdt men het beknopter en vertrouwt op het beginsel van de goede trouw. Een gebeurtenis waaraan ook nog moreel aspecten verbonden zijn is de verhindering die gebaseerd is op een wettelijk verbod, de zgn. 'maatregel van hoger hand', *fait du prince* of *restraint of princes*.³⁶ Hier heeft de oude gedachte van 'morele onmogelijkheid' geleidelijk plaats moeten maken voor het denken in risikosferen. Een complicatie doet zich voor bij internationale overeenkomsten, indien de buitenlandse debiteur zich op nationale wetgeving als overmachtsfeit beroept. In een oud arrest heeft de hoge raad gesteld 'dat het voorschrift ener vreemde wet den loop des rechts hier niet vermag te keren', HR 2 nov. 1917 *NJ* 1136, *stalen vaten*. In beide wereldoorlogen namen landen veelal 'Trading with the Enemy Acts' aan, die overeenkomsten met de vijand nietig verklaarden (zo ook in het *weefgetouwen*-arrest van 1926). Indien men, wat meer bij de tijd en internationaler gedacht (*comitas*-gedachte) de vreemde debiteur zijn beroep op overmacht voor de nederlandse rechter toestaat, is denkbaar dat men toch via executie verhaal op hem zoekt, aldus Meijers in zijn noot in *W* 10194. Vgl. tegenwoordig art. 6:79 BW. In die benadering lijkt de overmacht meer tot opschorting van de verbintenis - het normale geval bij tijdelijke overmacht - te leiden dan tot bevrijding ervan.

Indien er sprake is van de uitvoering van een overeenkomst verhinderende omstandigheden die een beroep op overmacht zouden kunnen rechtvaardigen, of indien een grote kans daarop bestaat, rust er op de debiteur een verplichting om zijn wederpartij daarover te informeren. In het franse recht is die mededelingsplicht een gebruikelijke figuur, in ons recht is daar minder over bekend.³⁷

35. Zie HR 27 juni 1975 *NJ* 1976, 81, nt GJS, *Heesters - Schenkelaars*; HR 14 april 1978 *NJ* 1979, 245, - *Messaoudi - Hoechst*; HR 9 jan. 1987 *NJ* 948, nt PAS; AA 477, nt v. Sch., *beijzelde loopkat*; HR 6 maart 1987 *NJ* 533, *Dirmik - Van Nelle Lassie*, waarover L. Bier in *Kwart.Ber.NBW* 1988, 31. Zie onder, Deel 2, Hfdst. 12, § 9, nr 2.

36. Zie Asser-Rutten I, 3e dr., p. 267 v.; Asser-Hartkamp I, nr 338.

37. Zie voor dat onderwerp, met verwijzing naar P.H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Parijs, 1992; A.J. Goedmakers, *De mededelingsplicht bij overmacht gedurende de uitvoering van de overeenkomst*, in: ...*Maar dit geheel ter zijde*, Jubileum-bundel Van Dunné, Lelystad, 1997, p. 57. Zoals schr. aantoont werd deze verplichting al aanvaard in HR 23 febr. 1923, *NJ* 802, *Hofman - Triesenberg*.

§ 4. Veranderde omstandigheden

1. De verhouding tussen veranderde omstandigheden ('onvoorziene' omstandigheden) en overmacht. Ontwikkeling van de jurisprudentie. Art. 6:258 BW, *imprévision*

Hooggestemde verwachtingen bepalen de contractssluiting, de uitvoering blijft mensenwerk. Om verschillende redenen; de mens kan nu eenmaal niet alles voorzien, en omstandigheden zijn per definitie veranderlijk, en hetzelfde geldt voor zijn eigen prestaties, en die van andere personen of zaken waarvan hij gebruik denkt te maken. In de oudheid was een overeenkomst gelijk aan ruil, 'gelijk oversteken' (*do ut des*). Een stap verder ging het met de belofte, terwijl de uitvoering in de toekomst lag; dan moest er wel een dure eed gezworen worden, liefst met 'eedhelpers' en ten overstaan van een priester (de eerste jurist), *Spondeo - Spondeo*. De authentieke akte, door de notaris vastgelegd met getuigen, is een relikwie uit dat verleden.¹ Weer wat later, Rome is intussen een wereldmacht en handelsnatie geworden, wordt formalisme een keurslijf, en doet men zaken op grond van wederzijds vertrouwen, *bona fides*. Aanvankelijk verbindt men nog zware sankties aan het verbreken van dat vertrouwen, de banvloek.

In onze tijd is nog steeds veel herkenbaar van de bakertijd van het contract (het recht van derde wereldlanden, 'volksrecht' is nog steeds heel instruktief voor ons westers recht). Contracteren is een zaak van vertrouwen, juist omdat alles zo veranderlijk is. De risico's van het leven zal de één trachten zoveel mogelijk uit te bannen door in het contract daarvoor een regeling te treffen ('dat ligt immers vast'), terwijl de ander genoeg neemt met een globale regeling, je kunt toch niet alles voorzien, en zijn vertrouwen stelt in de betrouwbaarheid van zijn contractspartner ('als er een probleem komt, gaan we aan tafel zitten en komen we er altijd wel uit'; 'we can trust old Max').² Men stuit hier op een verschil in rechtskultuur dat vaak geografisch bepaald is (*common law* tegenover *civil law* landen), maar ook binnen een rechtstraditie aangetroffen kan worden.

De overeenkomst bestaat uit verbintenissen over en weer, die in een bepaalde spanning tot elkaar staan. Door een wijziging in de omstandigheden tijdens de uitvoering van het contract kan er sprake zijn van overspanning van de contractuele verhouding. Levenbach sprak in zijn belangrijke proefschrift van 1923 van de 'overspanning van de contractsband', waarbij hij zich liet leiden door de gedachte van het 'economisch synallagma', een bepaald evenwicht dat de verhouding tussen prestatie en contraprestatie kenmerkt. Aan die problematiek is het leerstuk van de veranderde omstandigheden gewijd, dat zich naast de overmachtsfiguur ontwikkeld heeft. De aanleiding voor dat laatste was dat naar klassieke opvatting een geslaagd beroep op overmacht leidt tot bevrijding van de schuldenaar en daarmee tot het einde van de overeenkomst. In plaats van een dergelijke alles of niets-oplossing had men behoefte aan een tussenoplossing: *de aanpassing* van de overeenkomst.³ De grondslag, hetgeen

1. Zie mijn genoemde diesrede, 1987, t.a.p., p. 130; 182.

2. Vgl. Hfdst. 4, § 1, nr 4.

3. Vgl. S. Royer, *RmTh* 1972, p. 514. Zie voor de leer van *l'imprévision* in het franse recht, Weill-Terré, nrs 377-385.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

niet zal verwonderen, zocht men in het beginsel van de goede trouw. Overigens hoeft men de overmacht niet zo star op te vatten, vaak wordt ook bij overmacht een alternatieve verplichting aanvaard, ook wel ‘surrogaatverplichting’ genoemd⁴; verder kan men ook aan de figuur van novatie denken, waardoor de inhoud van de overeenkomst gewijzigd wordt. Maar wat als de andere partij niet wil meewerken en zich beroept op de letter van het contract?

In de rechtspraak is de hoge raad, na de kategorische weigering in 1926 in de *sarong-* en *weefgetouwen*-arresten⁵ (die beide op post-overmacht situaties betrekking hadden) en de reeks die volgde, in 1984 definitief omgegaan in het arrest *Nationale Volksbank - Helder*.⁶ Al eerder waren zwaluwen gesignaleerd die zomer voorspelden, te beginnen met *Saladin - HBU* van 1967 en verder onder meer in *plattelandsarts* (1977).⁷ De lagere rechtspraak hield zich, al voor de oorlog, niet altijd aan de leer van de hoge raad (zie Abas’ diss.) en het Hof Amsterdam liep in 1982 op de hoge raad vooruit door aanpassing van de overeenkomst wegens veranderde omstandigheden te aanvaarden, in het *Bijenkorf II*-arrest.⁸ Op deze plaats wil ik deze problematiek slechts bezien vanuit de risico-aspekten. Hierbij moet vooropgesteld worden dat de hoge raad in de zaak van *Nationale Volksbank - Helder* in 1984 heeft aangegeven dat de rechter bij de aanvaarding van een beroep op onvoorziene omstandigheden ‘*terughoudendheid dient te betrachten*’, in het bijzonder wanneer sprake is van een ‘belangrijke ingreep’. Dit overigens conform de toelichting die de ontwerpers van het Nieuw BW in de Memorie van Antwoord geven, bij art. 6:258, waarbij de leer van het *imprévision* is overgenomen.⁹ Deze leer werd in deze eeuw door vrijwel alle schrijvers aanvaard, in oppositie met de hoogste rechter.

Deze episode in de jurisprudentie verdient een nadere uitwerking; het is één van de voorbeelden van de hoogste rechter die strak in de leer zijn eigen weg volgt en zich niets gelegen laat liggen aan hetgeen rechtsgeleerd Nederland daar tegenin brengt. Het is niet het enige voorbeeld (vgl. ook de aansprakelijkheid voor zaken en dieren, bijvoorbeeld), maar wel één van de bekendste. De hoge raad koos voor het beginsel van *pacta sunt servanda* (contract is contract) en voor de rechtszekerheid, gebaseerd op de duidelijke, letterlijke tekst van het contract. De debiteur moet gewoon doen wat er staat, en verder geen praatjes. De schrijvers zaten op de lijn van het beginsel van de goede trouw, de geest van het contract die boven de letter gaat; het moet redelijk blijven, dat wil zeggen, de overeenkomst moet te goeder trouw uitgevoerd worden, zoals art.1374 oud BW voorschreef (het huidige 6:248), zeker bij gewijzigde omstandigheden waardoor het contractuele kader van partijen op zijn kop gezet wordt.

4. Vgl. in die zin al Meijers, preadv. NJV 1918.

5. Vgl. daarvoor Pitlo-Bolweg, p. 254 v., en nog verder.

6. HR 27 april 1984 NJ 679, nt G, waarover E.H. Hondius, *Kwart., Ber. NBW* 1984, p. 102.

7. HR 16 dec. 1977 NJ 1978, 156, nt ARB, cass. belang der wet.

8. Hof Amsterdam 6 mei 1982, gepubl. *WPNR* 5625 (1982), p. 623, door Abas. Voor een beschouwing over de in de tekst genoemde rechtspraak, en het stelsel van het NBW, zie mijn opstel *Adaption by renegotiation. Contractual and judicial revision of contracts in cases of hardship*, in: *The complex long-term contract, Technologie und Recht* 8, Fritz Nicklisch Ed., Heidelberg, 1987, p. 413.

9. MvA, p. 228 v., *Hand. Tweede Kamer* 1975-76, nr 7729, nrs 6-7. Hierin wordt een reactie gegeven op de kritiek uit de praktijk, met name advocatuur en bedrijfsleven; zie daarvoor o.m. het rapport van de Commissie ingesteld door de Ned. Maatschappij voor Nijverheid en Handel, 1977, waar verdere lit.

§4. VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN

De *cause célèbre* was het al genoemde *Sarong*-arrest uit 1926 (met als andere helft van de tweeling het *weefgetouwen*-arrest uit hetzelfde jaar. De casus van de *Sarong*-zaak is als volgt. Stork, koopman te Almelo en Rangoon, koopt voor en tijdens de Eerste wereldoorlog van de NV Haarlemsche Katoen Maatschappij partijen sarongs, te leveren in Rangoon, die hij daar verkoopt. Dat gaat een tijd goed, maar met het contract van nov. 1916 gaat het fout: als gevolg van de oorlog, onder meer het stil liggen van de scheepvaart, kan de fabriek niet leveren. Overmacht dus, en schorsende werking op de uitvoeringsverplichting. In 1919 zijn de verhoudingen weer genormaliseerd en de Katoen Maatschappij zou weer kunnen leveren. Intussen zijn echter de produktiekosten met 70% gestegen, hetgeen zou betekenen dat op het resterende contract ter waarde van f 100.000,- een bedrag van f 70.000,- verlies geleden zou worden. Het bedrijf is intussen in liquidatie en de vereffenaar voelt er niets voor om het contract onder de oude voorwaarden uit te voeren. Hij beroept zich op de goede trouw en wil slechts tegen een aangepaste prijs leveren. Stork is daartoe niet bereid, hij had gedacht de partij in Rangoon met ruim f 265.000,- winst te kunnen verkopen. Dat wordt dus procederen. De katoenfabriek krijgt het hof mee, maar stuit op een hoge raad die niets voor de billijkheidsoplossing voelt.

De cassatierechter geeft een grammatikale uitleg aan de artt. 1374 en 1375 oud BW, en zegt over het laatste artikel:

‘dat deze regel, die uitbreiding en aanvulling der verbintenissen uit overeenkomst .. niet de tegenovergestelde strekking heeft om, door de werking der billijkheid, aan het uitdrukkelijk bepaalde zijn kracht te ontnemen en dusdoende de uit de overeenkomst voortspuitende verbintenissen te niet te doen.’

Er volgt een reeks arresten in dezelfde zin, tot ver in de jaren dertig, steeds voorzien van een noot, of commentaar in de vakpers, waarbij de auteurs (onder andere Meijers, Scholten, en Van Oven) elkaar in scherpe kritiek proberen te overtreffen. In 1931 vraagt Meijers zelfs wat cynisch of een raadsheer van de hoge raad de visie van het college eens in een tijdschriftartikel zou willen verdedigen, hetgeen hem niet wel mogelijk lijkt (dat wordt inderdaad door Kirberger gedaan, een havik in de raad). Meijers schreef dat in een noot onder het *Mark is Mark*-arrest, dat eveneens grote verontwaardiging teweegbracht, HR 2 jan. 1931 *NJ* 274, nt EMM.

Het ging hierbij om een in Duitsland wonende vrouw, Van Heerdt, die geld geleend had in Duitse Marken aan een Nederlands bedrijf, Müller & Co. in Den Haag, waarvan tenslotte nog 125.000 Mark terug betaald moest worden. De lening was gesloten rond 1911 toen de mark f 0,60 waard was, en werd in 1924 opgezegd. Intussen had in Duitsland als gevolg van de economische crisis de geldontwaarding toegeslagen; bij wet van aug. 1924 werd de waarde van de Mark zelfs vastgesteld op 1 *biljoen* oude marken voor 1 nieuwe mark (het weekloon kon in die tijd slechts in een koffer vervoerd worden; bij de bakker kreeg je daar met moeite een brood voor). Dat zou betekenen dat de uitstaande M 125.000,- bij de voldoening door de debiteur in 1924 1/100.000 cent waard was. Dus minder dan een velletje WC-papier. Het Haagse hof vond dat wat gortig, en stelde de betalingsplicht van Müller & Co. op 12 1/2% van de destijds ter leen ontvangen som, op grond van de billijkheid.

Ook deze aanpassing vond geen goed in de ogen van de hoge raad, de bewaker van de rechtszekerheid; met een beroep op art. 1793 oud BW, dat zou inhouden dat met een in geld uitgedrukte schuld slechts de nominale waarde en niet de intrinsieke waarde aangegeven wordt. Deze regel is weliswaar van aanvullend recht, stelt de raad, maar de rechter is niet bevoegd om deze op grond van zijn oordeel over billijkheid en goede trouw opzij te zetten. Het tandenknaarsen van annotatoren en commentatoren werd intussen hoorbaar. Vertwijfeld schrijft Meijers in zijn noot: ‘de hoge raad gaat door zijn leer toe te passen alsof daarop geen kritiek mogelijk is’. ‘Deze uitspraak kwetst ons rechtsgevoel en kan slechts dienen onze rechtspraak impopulair te maken’. Toch heeft het nog tot ver na de oorlog geduurd voor de hoge raad omging. Men ging truc'en en foefjes verzinnen om de leer van de hoge raad te ontfopen; Bregstein bedacht in zijn preadvies *NJV* van 1936 een constructie die echter geen

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

positief onthaal kreeg (vgl. de bespreking van Van Oven), en de annotatoren raadden de lagere rechters aan om het aanpassen van contracten onder de mom van uitleg te doen, dat is immers een feitelijke kwestie, en niet door de hoge raad te toetsen. Wij zagen elders dat dit trauma zo diep zat, dat in 1949, toen de hoge raad uitleg te goeder trouw hanteerde, dit weer aangezien werd voor de uitleg-truc van voor de oorlog (aldus Houwing Jr in zijn noot onder *Rederij Koppe*, zie Deel 1).

Met het verschijnen van art. 6:258 in het BW ligt deze episode ver achter ons; het zal duidelijk zijn dat wanneer de hoge raad in 1984, na wat vingeroefeningen, de werking van de goede trouw bij veranderde omstandigheden aanvaardt, er meer aan de hand is dan het anticiperen op het nieuwe BW. Het was een inhaal oefening die al rond 1926 had moeten plaatsvinden, als het aan de (alle) schrijvers lag. Het arrest van 1984, *Nationale Volksbank - Helder*, is overigens geen typisch *imprévision*-geval; bovendien is het weer een voorbeeld van een principiële uitspraak van de hoogste rechte, gecombineerd met een minder gelukkige toepassing van de nieuwe regel. Het was kennelijk een rechtspolitieke uitspraak: de raad zocht naar mijn indruk een gelegenheid, niet alleen om de oude rekening te vereffenen, maar ook om de sterke kritiek op 6:258 uit het bedrijfsleven en de advocatuur (een speerpunt in de kritiek op het Nieuw BW) het hoofd te bieden, door de nadruk erop te leggen dat de rechter slechts zeer met mate van dit gevaarlijke instrument gebruik mocht maken. 'Terughoudendheid' is het devies, de schrijver van deze woorden in de MvA met betrekking tot art. 6:258 maakte ook deel uit van de kamer van de hoge raad die dit arrest wees: regeringscommissaris Snijders. In 1984 hing het nieuwe wetboek (weer) aan een zijden draad, en de oppositie moest de wind uit de zeilen genomen worden. Wat daarvan zij, met dit arrest was een minder fraai hoofdstuk van de rechtsvorming door de hoge raad afgesloten en was het leerstuk van de veranderde omstandigheden echt geldend recht geworden.

In deze zaak ging het om een kredietbemiddelaar in Drachten, Sipke Helder, die met de Nationale Volksbank in Amsterdam, een dochter van de NMB, een overeenkomst gesloten had over de bemiddeling van kredieten aan derden door zijn toedoen. Het zijn eigenlijk twee overeenkomsten, waarin de provisie, de wijze van het aanbrengen van cliënten voor de bank, etc. geregeld was. De bank had een boetebeding opgenomen, waarin op iedere overtreding van contractvoorwaarden per client een niet voor matiging vatbare boete van f 10.000,- gesteld werd. Het aardige van dit geval is nu, dat niet de bank, maar de wederpartij, Helder, zich op deze clause gaat beroepen, en wel voor 59 overtredingen, dus in totaal een vordering heeft van f 590.000,-. En hij krijgt nog gelijk ook, voor hof en hoge raad, tot verbazing van rechtsgeleerd Nederland, onder meer Van der Grinten in zijn noot. Hoe was dat zo gekomen? De overeenkomsten van Helder met de bank dateerden van maart 1979, en in dec. 1980 wil de bank de overeenkomsten wijzigen. Zij doet dat, zoals banken dat wel meer doen, zoals a-g Mok droogjes opmerkt: eenzijdig, en Helder heeft dat maar te accepteren. De laatste doet dat niet, want hij gaat er aanzienlijk op achteruit in het nieuwe contract: provisie wordt later betaald dan voorheen, en is afhankelijk van het instandblijven van het krediet, etc. Helder protesteert meteen bij de bank, die daar echter geen oren naar heeft en de nieuwe overeenkomst gewoon uitvoert: per 1 jan. 1981 gaat de nieuwe provisieregeling in. Als Helder weigerachtig blijft mee te werken volgens het nieuwe contract neemt de bank vanaf aug. 1981 geen door hem aangebrachte kredieten meer in behandeling. Zo werkt dat. Maar Helder, een oprechte Fries, denkt daar anders over, en gaat procederen. De bank is achter met provisiebetalingen volgens het oude contract (ong. f 8.000,-) en Helder telt daarbij 59 overtredingen: kassa! De rechtbank vindt dit een tikje te wild, en matigt de boete tot 1/10 van de boete van f 10.000,- per overtreding, en wijst f 67.000,- toe. Het hof is Helder beter gezind,

§4. VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN

ziet geen grond voor matiging, aangezien de wanprestatie van de bank niet gering en gedeeltelijk was, en wijst f 559.000,- toe.

De hoge raad overweegt dat het hof 'terecht mede onderzocht heeft of er sprake was 'van een onvoorziene omstandigheid, van dien aard dat Helder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mocht verwachten''(ov.3.2). Dat volgens het hof de door de bank naar voren gebrachte omstandigheden die conclusie niet wettigen in dit geval, acht de raad juist, mede gezien de terughoudendheid die de rechter hier dient te betrachten, bij zo'n belangrijke ingreep. Hier lijkt van belang (vgl. ov. 3.4) dat tot de omstandigheden gerekend wordt de houding die de bank tegenover Helder innam: het consequent volgens de nieuwe overeenkomst provisie uit betalen, wetend dat deze door Helder afgewezen werd. Het hof had dit gedrag ernstig en onaanvaardbaar genoemd. Het lijkt erop dat de tamelijk draconische boetebepaling die de bank had opgenomen in het contract, als een boemerang tegen haar werkt. Wie niet horen wil moet voelen.

Banken gedragen zich wel vaker niet netjes, en op het gebied van algemene voorwaarden hebben zij geen naam te verliezen, men kan zich echter afvragen of deze uitkomst niet wat veel van het goede is. Wat waren eigenlijk die veranderde omstandigheden waarop de bank zich beriep? De lezer van het arrest krijgt de indruk dat dit enkel het afkondigen (eenzijdig, nog wel) van het nieuwe contract door de bank was. Hondius heeft in zijn bespreking in *Kwart.Bericht NBW* erop gewezen dat er veel meer achter zit, hetgeen ten dele ook in de conclusie van a-g Mok te lezen is. Dat nieuwe contract is niet uit de lucht komen vallen, maar opgesteld door de brancheorganisatie van de bank die dit weer in overleg gedaan had met een organisatie van kredietbemiddelaars, waarbij Helder echter niet aangesloten was. De kredietbanken hadden dit initiatief genomen om een ingediend wetsontwerp voor te zijn, dat opgesteld was naar aanleiding van groeiende kritiek in consumentenkringen op de praktijk van kredietbemiddeling. Weinig draagkrachtige personen werden wat al te gemakkelijk ertoe gebracht gelden te lenen die zij later niet zouden kunnen terugbetalen. Tegen dergelijke misstanden wilde de wetgever in actie komen. Hiermee komt het vasthouden aan de oude condities door Helder, in een wat helderder licht te staan. Hij stond wat zijn bezwaar tegen de inhoud van de nieuwe contractsbepalingen niet zo sterk, de oude regeling was een aflopende zaak: het maatschappelijke en politieke getij zat tegen. Dat neemt niet weg, dat de manier waarop de bank van het oude op het nieuwe systeem overgegaan was, nogal eenzijdig was. De door de bank voorgestelde regeling was overigens conform een circulaire van haar branche-organisatie en hield een overgangsregeling in, over enkele jaren uitgesmeerd. De stelling dat hier van veranderde omstandigheden sprake is, lijkt verdedigbaar; het is jammer dat de discussie daarover niet in het arrest te vinden is.

Het heeft er alle schijn van dat het hier in wezen gaat om *punitive damages* die toegekend worden aan Helder. Dat deze mogelijkheid ook naar ons recht bestaat, kwam boven al ter sprake, waarbij een voorbeeld gegeven wordt van de hantering van een boetebeding voor dat doel (*Shell - Van Dooren* (1988), zie boven, § 2, nr 7). Een aanwijzing hiervoor zou kunnen zijn dat de hoge raad weliswaar art.1345 oud BW interpreteerde in het licht van het nieuwe art.6:94, matigingsrecht op grond van de billijkheid, maar zich op het standpunt stelde dat het hof *kon* oordelen dat *in casu* de goede trouw geen matiging gebod. Het is jammer dat ook deze discussie niet in openheid gevoerd werd, maar slechts bij *close reading* naar voren komt. Als het gaat om 'boeteschadevergoeding', kan men nog van mening verschillen wat een redelijke hoogte zou zijn in dit geval. Indien men denkt dat banken een dikke huid hebben, best een corrigerende tik nodig hebben en financieel wel tegen een stootje kunnen, is de kleine 6 ton die het hof toevees aanvaardbaar. Nu hebben banken ook niet mijn onverdeelde sympathie, maar de oplossing van de rechtbank vond ik zo gek nog niet: matigen tot 1/10 van het boetebedrag, *ex aequo et bono*. Men moet immers het wat onbehouden optreden van de bank zien tegen de achtergrond van gewijzigde maatschappelijke inzichten over kredietbemiddeling: als de bank geen aktie had ondernomen, zou de wetgever binnen afzienbare tijd ingegrepen hebben, en dan zou Helder ook het nakijken gehad hebben, wat de mooie provisiereregeling betreft.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

De meer recente jurisprudentie komt later nog ter sprake; het betreft dan typische gevallen van *imprévision*, in contracten met de overheid.

Art. 6:258 BW

De regeling van art. 6:258 BW heeft veel inkt doen stromen, waarbij voorstanders, vooral uit academische kringen, en tegenstanders, vooral uit kringen van het bedrijfsleven, het tegen elkaar opnamen.¹⁰ Voor de laatste groepering was het *imprévision*-artikel de exponent van de veel te grote invloed van de redelijkheid en billijkheid in het Nieuw BW, en bestond de angst dat de rechter op de stoel van partijen zou gaan zitten. Zoals wij zagen, is zowel in de MvA als in de rechtspraak van de hoge raad op die angst ingespeeld en benadrukt dat de rechter slechts spaarzaam van deze belangrijke ingreep in de contractsvrijheid gebruik mag maken. Dit is overigens in overeenstemming met de praktijk in die landen waar men dit instrument van aanpassing van de overeenkomst al langer kent, zoals in Engeland, Duitsland en de VS. De voorbeelden die de ontwerpers van het NBW gaven, stemden bedrijfsjuristen (en hun advocaten) niet tot gerustheid; dat betrof met name het geval van een contract waarbij uitgegaan wordt van technieken of werkwijzen die door een uitvinding ineens achterhaald zijn. In het bedrijfsleven wordt dit tot de verdisconteerde risico's gerekend.¹¹

Maar laten wij eens zien hoe de regeling in elkaar steekt. De rechter kan op verzoek van één der partijen de overeenkomst wijzigen op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid de ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. In plaats van de overeenkomst te wijzigen mag de rechter ook tot gehele of gedeeltelijke ontbinding overgaan; hij kan aan zijn ingreep terugwerkende kracht verlenen. Aldus lid 1 van art.6:258. In het tweede lid wordt nader bepaald wanneer mogelijkheid geboden wordt, liever gezegd, niet geboden wordt, namelijk in het geval de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de verkeersopvattingen voor rekening komen van de partij die zich op aanpassing van de overeenkomst beroept. Zie ook nog lid 3, wie er met partij gelijk gesteld wordt, namelijk een rechtsopvolger.

Wat dit onderwerp zo boeiend, maar ook zo gecompliceerd maakt, is de samenhang met andere leerstukken; de *overmacht* kwam al ter sprake, maar verder kan gedacht worden aan *dwaling* (met name: gemeenschappelijke dwaling) vanwege de verkeerde voorstelling van zaken die partijen hadden bij het aangaan van de overeenkomst, en *uitleg*, omdat immers inhoud en aard van de overeenkomst in het geding zijn, gecombineerd met de verkeersopvattingen. Bij al deze leerstukken speelt de goede trouw, in het moderne pak van redelijkheid en billijkheid, een grote rol; men zegt wel dat art.258 een uitwerking van de *derogerende werking* van de goede trouw is, art. 248, lid 2. Men neme deze ingrediënten, doe ze in de pan, even roeren, en de *imprévision* is klaar.

10. Voor een overzicht van de literatuur verwijs ik naar Asser-Hartkamp II, nr 331 v.

11. Vgl. de Nota van advies, van de commissie ingesteld door de Ned. Mij. voor Handel en Nijverheid, m.b.t. Boek 6 NBW, 1977, p. 9. Het voorbeeld is ontleend aan *Toelichting* en MvA, vgl. *Parl.Gesch.*, Boek 6, p. 969, ook besproken bij Schoordijk, *Alg.gedeelte verbint.recht NBW*, p. 524.

§4. VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN

Inderdaad komt het ongeveer daarop neer: de maatstaven die bij toepassing van art.258 aangelegd worden verschillen weinig van die wij bij die andere leerstukken tegenkwamen. Een centrale plaats wordt hier ingenomen door de risico-verdeling, zoals partijen die aan het begin van de rit overeengekomen zijn. Deze wordt, evenals bij de andere genoemde leerstukken het geval is, beheerst door de aard van de overeenkomst, de verkeersopvatting en de redelijkheid. De trits die in art. 1375 *oud* te vinden was en nog steeds geldend recht is op die gebieden (bij de overmacht is dit zoals wij zagen wat gebrekkig in art.6:75 verwoord, maar *Fokker - Zentveld* (1968) is nog steeds geldend recht). Dit brengt met zich dat ten aanzien van sommige overeenkomsten al direkt gezegd kan worden dat een beroep op art. 258 niet opgaat: bijvoorbeeld bij speculatieve contracten, in onroerend goed, effecten of valuta, moet men niet komen aanzetten met een beroep op veranderde omstandigheden, als de zaak fout gaat. Dat was 'all in the game', als men met zo'n contract een fortuin verdiend had, zouden wij niets ervan gehoord hebben.

Men kan dus tot de bedelstaf geraken, zonder dat het recht daarin aanleiding ziet om de helpende hand te reiken. 'Het leven is hard', sprak het aambeeld. Maar wanneer is er wèl reden tot ingrijpen in de contractsband? Zoals altijd, is jurisprudentie op dit gebied, hier en in het buitenland, instructief; men zie de voorbeelden daarvan, die nog volgen. De algemene tendens is, internationaal, dat de rechter niet gauw zal inbreken in een commercieel contract, gesloten tussen partijen die deskundig waren en aan elkaar gewaagd. Als de risikoverdeling niet bleek te kloppen, achteraf, of te slordig geregeld was, moet men de hand in eigen boezem steken en niet de rechter met zijn probleem lastig vallen (die toch al niet bekend staat om zijn commercieel inzicht). Ondernemersrisiko, dus.

Men dient dit in het oog te houden indien men te rade gaat bij andere rechtsstelsels: met termen als 'bouleversement du contrat' (franse Conseil d'Etat, bij overheidscontracten), 'Wegfall der Geschäftsgrundlage' en 'Äquivalenzstörung' (duitse doktrine), 'frustration of contract' (engelse rechtspraak) is niet alles gezegd. Men moet de commerciële dimensie niet veronachtzamen. Overigens wordt in de rechtspraak in Duitsland en de U.K. hier gewerkt met de goede trouw: 'Treu und Glauben' en het 'zumutbar' zijn van de bedongen prestatie, de 'just and reasonable solution' in het gegeven geval. Bij het vaststellen van de risico-verdeling zoals deze redelijkerwijze bij gewijzigde omstandigheden zou moeten zijn, dient men aansluiting te zoeken bij de oorspronkelijke contractuele risico-verdeling, door partijen bepaald of in de wet neergelegd als regel van aanvullend recht.¹²

De regeling van art. 258 houdt in dat *de rechter* bevoegd is het contract aan te passen, en niet partijen zelf; dit werd indertijd in de toelichting benadrukt. De wijziging vindt dus niet van rechtswege plaats - zoals bij de toepassing van art. 248 het geval is - maar bij wege van constitutieve rechterlijke uitspraak, vgl. ook Asser-Hartkamp II, nr 335. Ik heb dat nooit zo erg begrepen, waarom de

12. In deze zin ook: *Parl.Gesch.*, Boek 6, pp.970, 974; Hijma, *Het constitutieve wijzigingsvonnis*, inaug. rede Leiden, 1989, p. 8; vgl. ook Asser-Hartkamp II, nr 333, waar verdere lit. In het duitse recht wordt dit door verschillende auteurs benadrukt, o.m. door Stötter.

Vgl. ook HR 15 nov. 1985 *NJ* 1986, 228, nt G.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

wetgever hier zo krampachtig doet: als partijen het contract willen ontbinden, mogen zij dat naar huidig recht zelf doen, zonder rechterlijke tussenkomst. Hetzelfde geldt indien zij door middel van novatie (schuldvernieuwing) het contract willen wijzigen (hetgeen volgens Rutten zelfs stilzwijgend kan, af te leiden uit het gedrag van partijen en de omstandigheden); idem indien dit het gevolg van redelijke uitleg, c.q. derogerende werking van de goede trouw is. Waarom zou dit anders zijn, indien het de *imprévision*-regeling betreft? Hartkamp merkt op (of is het Rutten?) dat het verschil tussen werking van rechtswege en constitutieve uitspraak 'niet overdreven moet worden'; dat lijkt mij een understatement. Ik zie geen enkele reden waarom partijen niet zelf, met een beroep op art. 258 de overeenkomst kunnen aanpassen aan de omstandigheden, zij zouden dat ook tevoren door middel van aanpassingsclausules geregeld kunnen hebben (vgl. nog onder). Indien één van partijen niet akkoord gaat met een wijziging, kan men alsnog de rechter erbij betrekken, evenals bij ontbinding en een beroep op de goede trouw het geval is.¹³

De zinsnede 'op het verlangen van één der partijen' bij de rechterlijke tussenkomst die in lid 1 bepaald wordt, is eerst vrij recent aan het ontwerp-artikel toegevoegd. Nu is de consequentie ervan, dat een partij ook bij verweer zich op aanpassing van het contract door de rechter mag beroepen. Hij kan het dus erop laten aankomen dat zijn wederpartij de onverkorte nakoming van de oorspronkelijke overeenkomst eist, en dan de *imprévision* te hulp roepen. Indien hij dit bij de onderhandelingen over de uitvoering van het contract naar voren brengt, wordt het verschil met de vrijheid van partijen om zelf tot aanpassing over te gaan minimaal. Het is de vraag of de ontwerpers van het artikel zich dat gerealiseerd hebben.¹⁴

Hartkamp bespreekt de mogelijkheid dat een partij een 'aanbod doet tot wijziging van de overeenkomst' dat door de wederpartij niet aanvaard wordt; indien de laatste de rechter een verzoek tot wijziging voorlegt, zo stelt Hartkamp, zal dit afgewezen worden, omdat niet langer geklaagd kan worden dat de andere partij op ongewijzigde uitvoering van de overeenkomst aandringt (nr 334, slot, naar aanleiding van het betoog van Abas dat een bepaling als art.6:230, opheffing van nadeel bij dwaling, nodig zou zijn). Wat is dit nu anders dan het erkennen van een mogelijkheid tot wijziging van partijen? Maar het is nog niet voorgekomen dat Hartkamp zich tot kritiek op het nieuwe wetboek liet verleiden.

Het BW spreekt in dat artikel van 'onvoorziene omstandigheden' doch geeft in de MvA aan dat dit niet betekent dat de omstandigheden 'onvoorzien' (tevoren niet voorzien) hoeven te zijn; het gaat er slechts om of zij in de overeenkomst 'niet *verdisconteerd*' (geregeld) waren, naar het befaamde woord van Bregstein. Er moet dus 'niet in voorzien zijn' in het contract. Bij tentamen in een keuzevak over deze materie is mij gebleken dat 9 van de 10 studenten hier intuïtief. Een bezwaar tegen deze terminologie door Abas en mij indertijd naar voren gebracht, werd door de ontwerpers terzijde gelegd; in de MvA werd een nadere verduidelijking gegeven.

Intussen heeft Abas zich in zijn meest recente werk op een ander standpunt gesteld, en is van mening dat bij voorzienbare verandering van omstandigheden

13. Zie in deze zin al mijn artikel in *WPNR* 5361 (1976), p. 754 v.

14. Vgl. ook a-g Mok, concl. voor *Nat. Volksbank - Helder* (1984).

§4. VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN

nooit een beroep op aanpassing van de overeenkomst zou mogen openstaan. Aldus zou ook de situatie in omringende landen zijn, vgl. *Rebus sic stantibus*, 1989. Ik ben dit met Abas oneens, trouwens rechtsvergelijking biedt vele voorbeelden van het tegendeel, ik noem slechts de befaamde *Eugenia* case (Lord Denning), en in het franse recht de *Shell Française* zaak. Dit kan hier echter niet uitgewerkt worden. (Vgl. nog onder, nr 6). Abas' weergave van het duitse recht is overigens selektief en onjuist; hij laat zich door de verkeerde auteurs leiden, die niet het vrij algemeen aanvaarde standpunt in de doktrine vertegenwoordigen, dat ook het uitgangspunt is in de jurisprudentie in Duitsland. Dit kan hier echter niet uitgewerkt worden.

Geen vereiste van voorzienbaarheid in buitenlandse wetgeving en standaardvoorwaarden inzake veranderde omstandigheden

In de Unidroit Principles of International Commercial Contracts, die reeds ter sprake kwamen, wordt niet uitgegaan van voorzienbaarheid van de wijziging in omstandigheden. Dat geldt allereerst al voor de overmacht; in het overmachtsartikel, art. 7.1.7, gaat het om een verhindering van de prestatie ('impediment') die 'beyond the control of a party' is, die 'could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract' (zie boven, § 3, nr 1, waar het artikel afgedrukt is). In dezelfde zin is de regeling van het Weens Koopverdrag, zie art. 79 CISG (idem).

De Unidroit Principles geven een soortgelijke regeling voor hardship clauses, in art. 6.2.2; 'hardship' wordt omschreven als 'the occurrence of events (which) fundamentally alters the equilibrium of the contract', waarbij 'the events could not have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract', terwijl 'the events are beyond the control of the disadvantaged party' (zie onder, nr 4, in fine, waar het artikel afgedrukt is).

In dit verband biedt het Amerikaanse recht ook interessant vergelijkingsmateriaal. Zo wordt in de Restatement of Contract (2nd), uit 1979, in navolging van de Uniform Commercial Code (§ 2-615) het begrip 'onvoorzien' niet in de tekst van het artikel opgenomen; in de toelichting wordt uitdrukkelijk gesteld dat de gebeurtenissen niet onvoorzienbaar geweest hoeven zijn. Ik laat die passage hier volgen:

Restatement of Contract (2nd)

§ 261 Discharge by Supervening Impracticability

Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary.

In de Toelichting ('Comment') wordt het volgende opgemerkt:

'This section states the general principle under which a party's duty may be so discharged. The following three sections deal with the three categories of cases where this general principle has traditionally been applied: supervening death or incapacity of a person necessary for performance (§ 262), supervening destruction of a specific thing necessary for performance (§ 263), and supervening prohibition or prevention by law.

Basic assumption. In order for a supervening event to discharge a duty under this Section, the non-occurrence of that event must have been a 'basic assumption' on which both parties made the contract... This is the criterion used by Uniform Commercial Code § 2-615 (a). Its

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

application is simple enough in the cases of the death of a person or destruction of a specific thing necessary for performance. The continued existence of the person or thing (the non-occurrence of the death or destruction) is ordinarily a basic assumption on which the contract was made, so that death or destruction effects a discharge. Its application is also simple enough in the bases of market shifts or the financial inability of one of the parties. The continuation of existing market conditions and of the financial situation of the parties are ordinarily not such assumptions, so that mere market shifts or financial inability do not usually effect discharge under the rule stated in this Section. In borderline cases this criterion is sufficiently flexible to take account of factors that bear on a just allocation of risk. The fact that the event was foreseeable, or even foreseen, does not necessarily compel a conclusion that its non-occurrence was not a basic assumption. Impracticability. Events that come within the rule stated in this Section are generally due either to 'acts of God' or to acts of third parties. If the event that prevents the obligor's performance is caused by the obligee, it will ordinarily amount to a breach by the latter and the situation will be governed by the rules stated in Chapter 10, without regard to this Section.

As used here 'fault' may include not only 'wilful' wrongs, but such other types of conduct as that amounting to breach of contract or to negligence. Although the rule stated in this Section is sometimes phrased in terms of 'impossibility' it has long been recognised that it may operate to discharge a party's duty even though the event has not made performance absolutely impossible. This Section, therefore, uses 'impracticable'.

Performance may be impracticable because extreme and unreasonable difficulty, expense, injury, or loss to one of the parties will be involved. A severe shortage of raw materials or of supplies due to war, embargo, local crop failure, unforeseen shutdown of major sources of supply, or the like, which either causes a marked increase in cost or prevents performance altogether may bring the case within the rule stated in this Section.'

De Restatement kent ook een artikel over 'frustration'; ook daarbij is voorzienbaarheid geen vereiste, vgl. § 265:

Restatement of Contract (2nd)

§ 265 Discharge by Supervening Frustration

Where, after a contract is made, a party's principal purpose is substantially frustrated without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his remaining duties to render performance are discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary.

Comment:

Rationale. This Section deals with the problem that arises when a change in circumstances makes one party's performance virtually worthless to the other, frustrating his purpose in making the contract. It is distinct from the problem of impracticability dealt with in the four preceding sections because there is no impediment to performance by either party. Although there has been no true failure of performance in the sense required for the application of the rule stated in § 237, the impact on the party adversely affected will be similar. The rule stated in this Section sets out the requirements for the discharge of that party's duty. First, the purpose that is frustrated must have been a principal purpose of that party in making the contract. It is not enough that he had in mind some specific object without which he would not have made the contract. The object must be so completely the basis of the contract that, as both parties understand, without it the transaction would make little sense. Second, the frustration must be substantial. It is not enough that the transaction has become less profitable for the affected party or even that he will sustain a loss. The frustration must be so severe that it is not fairly to be regarded as within the risks that he assumed under the contract. Third, the non-occurrence of the frustrating event must have been a basic assumption on which the contract was made. This involves essentially the same sorts of determinations that are involved under the general rule on impracticability. See comments b and c to § 261. The foreseeability of the event is here, as it is there, a factor in that determination, but the mere fact that event was

§4. VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN

foreseeable does not compel the conclusion that its non-occurrence was not such a basic assumption.

De Uniform Commercial Code, geldend recht in alle Amerikaanse staten, kent in § 2-615 de volgende regeling, die zoals vermeld de Restatement tot voorbeeld gestrekt heeft:

UCC

§ 2-615. Excuse by failure of Presupposed Conditions

Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance:

(a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.

(b) Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller's capacity to perform, he must allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contract as well as his own requirements for further manufacture. He may so allocate in any manner which is fair and reasonable.

(c) The seller must notify the buyer seasonably that there will be delay or non-delivery and, when allocation is required under paragraph (b), of the estimated quota thus made available for the buyer.¹⁵

Het is opvallend dat de trend van het niet als vereiste stellen dat de ingrijpende gebeurtenis (strikt) onvoorzienbaar geweest moet zijn voor de partij die zich daarop beroept in een *imprévision*-aktie niet alleen in wetsbepalingen te vinden is, maar ook in een toenemend aantal internationale standaardvoorwaarden. In de clausules, meestal 'force majeure clauses' genoemd, wordt alleen in de UNCITRAL- en de EDF-voorwaarden uitdrukkelijk het vereiste van 'foreseeability' gesteld en slechts 'unforeseeable events' als grond voor een beroep op het artikel toegelaten. Dat is niet het geval met de FIDIC-, ENAA- en ICE-voorwaarden, waarbij slechts van belang is of de gebeurtenis 'within the control of the parties to allocate and address through the contract pricing mechanism'.¹⁶ De ENAA-, EDF-, UNCITRAL- en Singapore-voorwaarden

15. Zie voor een bespreking van 'impracticability' naar Amerikaans recht ook: G.H. Treitel, *Frustration and Force Majeure*, London 1994, p. 238.

16. In de woorden van Philip Lane Bruner, die op dit fenomeen wijst, vgl. *Internat. Construction Law Review* 1995, p. 274, op p. 287. Bruner heeft hierbij wel het oog op de eigenlijke force majeure, van art. 66.1 FIDIC (Redbook, 4e ed.), en niet de 'unforeseen conditions' in de bodemgesteldheid, van art. 12. Hier is het aan de Engineer om te bepalen of de 'obstructions or conditions could not have been reasonably foreseeable by an experienced contractor'. Hij doet dit op grond van zijn 'opinion'; Nicholas Gould heeft onlangs bepleit om deze toetsing in de nieuwe FIDIC-editie te objectiveren, en het niet uitsluitend ter beoordeling van de Engineer te laten en te onderwerpen aan een 'review' door een 'Adjudicator' (vgl. paper congres Salzburg, juni 1998, publ. volgt). Het is kennelijk een bron van controverses, die in arbitrage uitgevochten moeten worden. In art. 13.1 FIDIC wordt overigens het risico voor 'legal and physical impossibility' op de opdrachtgever gelegd; dat geldt ook voor schade aan het werk als gevolg van 8 'special risks' die in artt. 20 en 21 met name genoemd worden, met een hoog overmachtsgehalte (oorlog, radioactiviteit, etc.). Dat is ook het geval met nieuwe wetgeving, monetaire restricties en devaluaties, indien ingetreden 28 dagen voor de datum waarop de aannemer zijn tender ingediend heeft, zie artt. 70, 70.1 en 72.1.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

eisen dat de gebeurtenis ‘unavoidable’ is, ‘notwithstanding reasonable care’ of de ‘exercise of due diligence’. Het begrip ‘unavoidability’ is inbegrepen in de begrippen ‘frustration of contract’ en ‘impossibility of performance’ in de ICE- en FIDIC-voorwaarden. Ik verwijs voor die voorwaarden naar mijn eerder genoemd preadvies Ver. v. Bouwrecht 1998, waar zij afgedrukt zijn (in § 5).

2. *Risikosferen bij veranderde omstandigheden. Bijenkorf II (1982). Heronderhandelen door partijen*

Wat risikosferen betreft, is het arrest *Bijenkorf II* interessante kost.

Kon. Bijenkorf Beheer had in 1974 een raamovereenkomst gesloten met de gemeente Utrecht, waarbij KBB zich verplicht had om 5 jaar na bouwrijp worden van de in erfpacht te verstrekken grond (1975) een warehouse (‘Bijenkorf’) te vestigen. Het zit allemaal wat tegen; de oliecrisis komt er overheen, met stijging van prijzen, de mensen trekken steeds meer weg uit de binnenstad, warehousen verschijnen in de weiden, etc. KBB becijfert dat zij onder de gewijzigde omstandigheden bij een investering van 100 mln een aanloopverlies zal lijden van f 30 mln, dat in geen 10 jaar terug te verdienen valt, zij vraagt de gemeente van haar verplichting ontslagen te worden, en is bereid een aangepaste versie van het warehouse te bouwen die rendabeler is (met kantoorruimte, parkeergarage, e.d.). De gemeente Utrecht is daarvoor niet in de markt en houdt KBB voor dat dit gewoon ondernemersrisiko is. ‘Neem het als een man, mevrouwetje’. Op de achtergrond speelt, behalve politieke gevoelens in de gemeenteraad, de omstandigheid dat de nieuwe Bijenkorf de trekker had moeten worden van het nieuwe hart van de binnenstad. Intussen was wel een tweede overeenkomst gesloten in 1977 waarbij KBB uitstel tot 1982 gegeven was, nodig omdat nadere studie (heroriëntatie) nodig was, met het bekende resultaat.

De eerste procedure, in kort geding, wordt door KBB in twee instanties verloren (Hof Amsterdam 17 jan. 1980 *NJ* 1981, 242). KBB had de luwte van de *Landsmeer*-doktrine opgezocht en stelde dat zij een semi-overheidsfunctie vervulde bij de renovatie van de binnenstad van Utrecht, en haar op die grond een beroep op veranderde omstandigheden toekwam (in het franse recht is nog steeds de ‘imprévision’ gereserveerd voor overheidslichamen in moeilijkheden). Rb en hof voelen daar niets voor en blijven in het overheidsgeitje de private wolf zien.

Als de bodemprocedure aangespannen wordt is het tableau in zoverre veranderd dat KBB door het instorten van de onroerend goed-markt waarop speculaties gepleegd waren, aan de rand van de afgrond staat. De utrechtse affaire zou weleens het laatste duwtje kunnen zijn. De rechter leest ook de krant; in ieder geval loopt de zaak nu heel anders voor hetzelfde hof, op basis van precies hetzelfde feitenmateriaal. KBB blijft stellen dat het nieuwe warehouse redelijkerwijze niet te exploiteren is en dat het hele project op kapitaalvernietiging neerkomt. Het hof heeft daar nu wèl oren naar; ik laat de kernoverweging hier volgen:

‘11. Gelet op eerdergenoemde negatieve ontwikkelingen, die in het kader van de overeenkomst, bedoeld als zij was de belangen van beide partijen te behartigen, voor risico van beide partijen komen, en de gevolgen daarvan voor de exploitatie van het te stichten warehouse moet het er voor worden gehouden dat de gemeente - thans - in redelijkheid geen onverkorte uitvoering van de overeenkomst kan verlangen. Hierbij valt in aanmerking te nemen dat de gemeente niet geacht kan worden bij de bouw van een niet-levensvatbaar warehouse een redelijk belang te hebben, en voorts dat de aard van de onderhavige overeenkomst medebrengt dat bij wijziging van de omstandigheden als voormeld de gemeente

Zie voor dit onderwerp ook: Robert Knutson, *Idem*, 1997, p. 298. Knutson wijst er overigens op dat de FIDIC force majeure clause 3,5 regels beslaat, terwijl hij een contract kent waarin die regeling 29 blz. beslaat; alleen al de definitie van force majeure is 2,5 blz. lang.

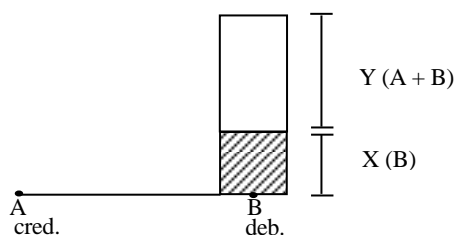
§4. VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN

zich niet in redelijkheid op het standpunt kan stellen dat voormelde wijziging tot het normale risico van de ondernemer behoort waar zij zelf verder buiten staat.’

Uitgaande van een verstrengeling van belangen van partijen, komt het hof hier tot het toerekenen van de verandering in omstandigheden aan *beide* partijen. Het risico daarvoor komt derhalve bij beide partijen te rusten, als eis van de redelijkheid, die ook al bij de beoordeling van de belangen van partijen een rol speelde.

Als men dit nader doordenkt, zou men, voortbordurend op de beschouwingen van Levenbach, tot het volgende model kunnen komen:

RISIKO BIJ VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN



X = verlies voor rekening van B
(ondernemersrisiko)

Y = verlies voor rekening van A+B
(excessief verlies, gemeenschappelijk risico)

De kolom bij B (debiteur: KBB) stelt diens financiële risico bij het contract voor; met X wordt zijn ondernemersrisiko aangegeven, hetgeen hij voor zijn kiezen dient te krijgen als zaken tegenzitten. Het daarboven uitstijgende verlies, Y is het excessieve verlies als gevolg van de veranderde omstandigheden. In beginsel dient dat verlies voor rekening van *beide* partijen te komen, in het licht van de omstandigheden van het geval en de aard van de overeenkomst. Wat dat laatste betreft kan erop gewezen worden dat in geval van een duurovereenkomst deze meer gelijkenis met een maatschapscontract biedt dan met een doorsnee overeenkomst. Het is daarmee een gevarengemeenschap, hetgeen consequenties kan hebben indien die gevaren zich realiseren.

Het voordeel van bovenstaand model is, dat bij een omvangrijke schade voor de debiteur als gevolg van de uitvoering van de overeenkomst, dat bedrag niet 50-50 tussen partijen verdeeld hoeft te worden (hetgeen in de oude literatuur een ‘Salomons oordeel’ genoemd werd). Het verlies dat in de risikosfeer van de debiteur valt, als zijn ondernemersrisiko, dient daar buiten te vallen.

Hoe liep het verder af met de Bijenkorf-zaak? Het hof overwoog vervolgens:

‘Dit betekent overigens niet, zoals ook uit het hierboven onder 3 en 4 overwogene volgt, dat uit de overeenkomst voor KBB - voortaan - geen verplichting tot nakoming - meer -

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

voortvloeit of kan voortvloeien. Al kan de gemeente thans, gelet op de gewijzigde omstandigheden, in redelijkheid niet meer verlangen dat KBB ter plaatse een gebouw neerzet zoals oorspronkelijk overeengekomen, toch verbindt het overeengekomene KBB naar andere mogelijkheden te zoeken om de overeenkomst op een voor beide partijen zinvolle wijze (in een gewijzigde vorm) uit te voeren.

Dit geldt temeer, nu de gemeente harerzijds reeds in juli 1977 de belangrijkste verplichting die voor haar uit de overeenkomst voortvloeide, is nagekomen, te weten de uitgifte in erfpacht van de grond voor de bouw van het warehouse aan een dochtervennootschap van KBB. Te dien aanzien is niet gebleken van KBB's bereidheid de beëindiging van deze erfpacht bij de door haar nagestreefde ontbinding van de overeenkomst te betrekken.

Over de wijze waarop thans in redelijkheid, gezien de gewijzigde omstandigheden, uitvoering van de overeenkomst van KBB kan worden verlangd, behoeft het hof inlichtingen van partijen.⁷

Partijen begrepen de wenk en gingen in onderhandeling; in het Amerikaanse recht noemt men dit 'go hence and settle'. Inderdaad zijn zij eruit gekomen en is een afgeslankt warehouse-concept aanvaard, onder de hoede van een gezamenlijk opgerichte rechtspersoon. Enige tijd geleden is dit warehouse in Utrecht geopend.¹⁷ Publikatie van het arrest in de *NJ* bleef overigens achterwege omdat partijen de procedure nog niet geroyeerd hadden.

Voor de actieve rol die de rechter bij de aanpassing van overeenkomsten kan spelen, in die zin dat hij dreigt de zaak zelf te zullen oplossen (met twee linker handen) als partijen niet zelf hun zaakjes opknappen, zie men de rechtsvergelijkende beschouwingen in mijn opstel in *Iustitia et Amicitia. Geschillenbeslechting in en buiten rechte*.¹⁸ In sommige landen (USA, Frankrijk) geeft de rechter een oppas mee ('observateur', 'settlement master') die namens de rechtbank partijen onder druk moet zetten om tot een redelijke oplossing te komen. Partijen kunnen dat ook zelf zo regelen, door middel van een zogenaamde 'third party intervener clause', terwijl zij ook een algemene heronderhandelingsclausule in het contract kunnen opnemen, een zogenaamde *hardship clause*. Eerst wordt de jurisprudentie van de laatste jaren met betrekking tot het aanpassen van overeenkomsten bij veranderde omstandigheden besproken. Het betreft duurovereenkomsten, waarbij één van de partijen een overheidslichaam is.

Een algemeen probleem is hoe men bepaalt of de wijziging in de omstandigheden zo ingrijpend is dat een beroep op art. 258 gerechtvaardigd is. Wanneer is de risikoboog van een debiteur overspannen, zodat ongewijzigde uitvoering van de overeenkomst hem redelijkerwijze niet meer toegerekend kan worden? Enige tijd geleden heeft Abas bepleit om hier een 50%-norm te hanteren.¹⁹ Deze norm is in de Duitse literatuur van kort na de oorlog aanvankelijk bepleit (door Kegel) als maatstaf voor de verdeling van de schade, het Salomons oordeel dus. Dit werd al direct bestreden door niemand minder

17. Ik moest eens in een vergadercentrum in Utrecht zijn, *La Vie* geheten; dat bleek ook een warehouse onder dak te hebben, bij nadere beschouwing een *Bijenkorf*-vestiging. Zo zie je weer, *c'est la vie*...

18. 1985, p. 117 v., *De verplichting tot heronderhandelen in geval van hardship*, ook in: *Dialektiek van rechtsvinding en rechtsvorming*, 1c, 1988, p. 3.

19. Zie *WPNR* 6307 (1998), p. 211.

§4. VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN

dan Larenz, die deze maatstaf te ongenueanceerd, ruw, en bovendien onbillijk vond. Dan komt later de variant dat de 50% grens een criterium voor het ingrijpen van de rechter in de contractsverhouding zou zijn (Wieacker), een gedachte in de jaren '80 in een proefschrift weer opgepakt is, en onlangs door Bydlinski weer onder de aandacht gebracht is. Abas schaart zich achter het 50%-criterium, maar als uitgangspunt, onder omstandigheden mag het ook een percentje meer of minder zijn (hij noemt 49% en 51%). Het kan zijns inziens een goede dienst bewijzen 'om vast te stellen wanneer de omstandigheden van dien aard zijn dat de wederpartij niet langer ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mag verwachten' (in het woordgebruik van art. 258).²⁰

Ik zie niets in de 50%-norm als drempel voor ingrijpen door de rechter en zeker niet als maatstaf voor de verdeling van schade. Larenz heeft indertijd terecht de ongenueanceerdheid van die maatstaf gehekel, en de onbillijkheid waartoe dat kan leiden in bepaalde omstandigheden. Wat het duitse bouwrecht betreft, Korbion heeft betoogd dat een prijsstijging van 10% naar Duits recht aanleiding kan zijn voor aanpassing van de overeenkomst. In het Nederlandse bouwrecht is dat weinig anders: in de rechtspraak van de Raad van Arbitrage wordt met een prijsstijging van ongeveer 10 tot 15 % genoegen wordt genomen, en een percentage ten opzichte van de aanneemsom van 5%, als grondslag om het contract te wijzigen wegens onvoorziene omstandigheden.²¹ Dat is andere koek dan de 50%-norm.

Terug naar het door mij voorgestelde model van aanpassing van de overeenkomst bij veranderde omstandigheden. Deze benadering is in het bouwrecht geen onbekende, zij is in de rechtspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland te vinden; ik noem hier slechts RvA 11 december 1985, *BR* 1985, p. 251. Ook in de rechtspraak van de burgerlijke rechter komt men deze zienswijze tegen, zoals in het arrest van de Hoge Raad van 28 november 1997, *Luycks – Kroonenberg*, dat hieronder nog ter sprake komt. In die zaak werd deze benadering door het hof gevolgd, met instemming van de cassatierechter. Hierbij een nog korte toelichting op de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven wat de drempel voor aanpassing van contracten betreft, ontleend aan mijn meergenoemd preadvies, waarnaar verwezen wordt voor de onderbouwing. Er is niet zoveel rechtspraak op dit gebied, en iedere aanvulling is welkom.

Hierbij een korte toelichting op de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven wat de drempel van aanpassing van contracten betreft, ontleend aan mijn meergenoemd preadvies, waarnaar verwezen wordt voor de

20. Abas illustreert dat aan de hand van een Italiaans arrest waarbij een inflatie van de lire van 52,16% aan de orde is, hetgeen geheel met de bepleite maatstaf in overeenstemming is. De wijziging in omstandigheden werd overigens door het hof niet voorzienbaar geacht, hetgeen in cassatie, als een feitelijk oordeel in stand gebleven is. Abas is voorstander van vermindering van de prestatie bij veranderde omstandigheden, naast de mogelijkheid van prijsaanpassing of ontbinding, met een beroep op het Parijse proefschrift van een Egyptenaar. Aangezien art. 258 ook gedeeltelijke ontbinding (lid 1) en wijziging (lid 2) toestaat, ontgaat mij de relevantie van zijn betoog. Ook par. 47 UAV kent die mogelijkheden, in lid 4.

21. Zie voor deze materie mijn preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht: *'Acts of God', overmacht en onvoorziene omstandigheden in het bouwrecht*, *Publ. Ver. v. Bouwrecht Nr 26*, Deventer, 1998, p.121 v. Zie ook nog onder, nr 8.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

onderbouwing. In het bouwrecht kent men in de standaardvoorwaarden, de UAV 1989, een *imprévision*-artikel: § 47, dat aangepast werd aan art. 6:258 BW, waarbij van 'kostenverhogende omstandigheden' gesproken wordt. In de terminologie van lid 1 gaat het om omstandigheden die van dien aard zijn dat door de aannemer bij het sluiten van de overeenkomst 'geen rekening behoeft te worden gehouden met de kans dat zij zich zouden voordoen'. In zijn rechtspraak doet de Raad van Arbitrage grote moeite te onderzoeken of er in casu sprake was van voorzienbaarheid in de zin van 'rekening houden met'. Wanneer men die rechtspraak analyseert, valt op dat het ruwweg om twee categorieën omstandigheden gaat: gebeurtenissen van zeer ingrijpende aard, zoals een oliecrisis of een uitzonderlijke droogte (laagwaterstand) enerzijds, en minder uitzonderlijke gebeurtenissen anderzijds, zoals vergunning die anders van aard blijken te zijn, personeel of materiaal dat niet beschikbaar bleek te zijn. Door dit alles heen speelt het aspect van de risikosfeer van de aannemer, of zoals lid 1 van § 47 het zegt: de vraag of de omstandigheden niet aan hem 'toegerekend kunnen worden'. Een aantal arbitrale uitspraken kan op dat conto geboekt worden, het is gewoon een risico dat voor de aannemer als ondernemer is, die een resultaatsverbintenis op zich genomen heeft, een risico dat hem dus toegerekend wordt. Alleen gebeurt dit soms in bewoordingen dat hij 'rekening had dienen te houden met de kans dat ...', of dat de situatie in kwestie hem 'genoegzaam voor ogen kon en moest hebben gestaan', hetgeen de transparantie van dit onderwerp niet bepaald ten goede komt.

In lid 5 van § 47 UAV is bepaald dat het om een 'aanzienlijke verhoging van kosten' moet gaan; dat lijkt te sporen met de toelichting op art. 258, de 'grote terughoudendheid' die door de rechter betracht moet worden. Het opmerkelijke is, dat de toepassing die de Raad van Arbitrage aan dit voorschrift van lid 1 geeft, niet geheel in overeenstemming met art. 258 is, zoals dat blijkens de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie van de Hoge Raad toegepast behoort te worden. De rechtspraak van de Raad van Arbitrage kan als volgt samengevat worden. Het gaat om een combinatie van een bedrag dat zowel *absoluut* (in geld) als *relatief* (percentage) aanzienlijk genoemd kan worden. Bij nader inzien doemen er toch problemen op, aangezien gesteld kan worden dat geen enkel bedrag volkomen absoluut is: € 12 000 is voor een kleine onderaannemer een hoop geld, maar voor een grote hoofdaannemer een sluitpost, beide met enige overdrijving gezegd. Het moet dus ook gerelateerd worden aan de aanneemsom in kwestie, en dan is een paar ton een andere chose dan een bedrag van tientallen miljoenen. Kortom, ook het absolute bedrag is relatief; 'alles is immers betrekkelijk', zoals het wolkenveld sprak. Dat is dus niet zo opzienbarend, maar daarmee verdwijnt wel de semi-vastigheid van het criterium, in zijn dubbele vorm. De uitweg uit dit probleem zou kunnen zijn door het criterium voor aanzienlijke kostenverhoging als volgt te formuleren:

de kostenverhoging moet een bedrag zijn dat, zowel in verhouding tot de aanneemsom, als tot de contractueel overeengekomen risico-toedeling aan de aannemer (bijvoorbeeld in de vorm van een risikoregeling of de afkoop ervan) aanzienlijk is.

Twee keer relatief dus. Het bedrag in kwestie wordt vastgesteld na aftrek van het contractueel verdisconteerde risico.

§4. VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN

Er is niet heel veel rechtspraak op dit punt, en het is dus gevaarlijk om aan te geven welk percentage door de Raad van Arbitrage aangehouden wordt, met het criterium van de dubbele formule. Aan de veilige kant geformuleerd, met vonnissen van 1977, 1981 en 1985 als richtsnoer, lijkt dit het uitgangspunt:

een bedrag van de kostenverhoging (na aftrek eigen risico) van ongeveer 5% of hoger van de aanneemsom enerzijds, en een prijsstijging die hoger is dan 10% tot 20% anderzijds.

Soms wordt, zoals wij zagen, met lagere percentages genoeg genomen, met name wat de verhouding tot de aanneemsom betreft; dat zal van bijzondere omstandigheden afhangen.

Aannemend dat dit een zinnige analyse is van de rechtspraak van de Raad van Arbitrage op dit terrein, zijn er nog enkele vragen die overblijven. Welke marge men precies aanneemt als vuistregel voor de praktijk, het zal in ieder geval duidelijk zijn dat hier van een geheel andere benadering sprake is vergeleken met het beleid dat de burgerlijke rechter, althans de hoge raad, voert ten aanzien van de toepassing van art. 6:258 BW. Zoals wij eerder zagen, is 'terughoudendheid van de rechter' bij het ingrijpen in een contractuele regeling het devies; een percentage van 5% kostenverhoging bij de uitvoering van een overeenkomst zal niet licht onder die noemer gebracht kunnen worden. Wij zagen dat een schrijver als Abas de vuistregel van 50% verschil bepleit heeft, in navolging van de Duitse auteurs over *imprévision*. Wat hiervan te denken? Is de Raad van Arbitrage in strijd met de wet bezig, nu art. 258 immers dwingend recht is, en is het wachten op een wakkere advocaat die dit aan de kaak zal stellen? Ik denk dat dit nogal meevalt, maar om dat te kunnen beoordelen moet eerst een aantal premissen onder de ogen gezien worden.

De eerste premisse is, dat de rechtspraak van de Raad van Arbitrage op dit punt een gezonde benadering van het probleem van veranderde omstandigheden en aanpassing van contracten is. Ik zou daarvan willen uitgaan, met als argumentatie het volgende standpunt. Indien men niet bereid is om het contract aan te passen aan de gevolgen van uitzonderlijke gebeurtenissen die tot aanzienlijke kostenverhogingen leiden, zal een zorgvuldig aannemer een hogere risico-opslag op zijn geoffreerde prijs voor het werk moeten doen. De opdrachtgever heeft daar geen belang bij, aangezien het hier per definitie om gebeurtenissen gaat die buiten het normale patroon vallen; in de gewone situatie betaalt hij dus teveel. Indien de opdrachtgever niet bereid is om een buitengewone risico-opslag te accepteren, zal de aannemer dat risico op de koop toe moeten nemen, met alle gevolgen van dien wanneer de uitzonderlijke gebeurtenis zich voordoet. In extreme gevallen zal de aannemer failliet gaan, in minder extreme gevallen zal hij er de kantjes van aflopen om de schade voor hem te beperken, in beide gevallen is dat geen wenkend perspectief voor opdrachtgevers. Kortom, aanpassing van bouwcontracten zoals voorgestaan in de rechtspraak van de Raad van Arbitrage inzake § 47 bevordert gezonde verhoudingen in de bouwmarkt.

Indien deze opvatting juist is, althans aanvaardbaar is, betekent dit dat de regeling van § 47 een contractuele regeling is die naast art. 258 gehanteerd wordt, en waarvan het niet de bedoeling is dat deze de werking van dat

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

wetsartikel uitsluit. Trouwens, aangezien het hier om een dwingendrechtelijke bepaling gaat, zou een dergelijke bedoeling niet relevant zijn. Dit betekent derhalve dat beide regelingen naast elkaar bestaan en toegepast kunnen worden, waarbij elke bepaling zijn eigen toepassingsgebied heeft. Dat is de tweede premisse. Men zou kunnen zeggen, indien men tot een vergelijking zou willen komen, dat § 47 meer toegespitst is op de contractuele mikrosfeer, en art. 258 op de makrosfeer van het contract. In die eerste sfeer brengt het inacht nemen van gezonde verhoudingen in de bouwmarkt met zich dat er aanleiding kan zijn voor aanpassingen van het contract, ook indien geen sprake is van catastrofale verschuivingen in het economisch synallagma van het contract, om het wat academisch te zeggen.

De grondslag hiervoor kan gevonden worden in lid 2 van art. 258: de *aard van de overeenkomst* en de *in het verkeer geldende opvattingen*. Meestal worden deze criteria gebruikt om aanpassing van de overeenkomst af te wijzen. Het archetype is hier de spekulatieve overeenkomst (in onroerend goed, commodities of effecten, e.d.): als zo iets fout gaat moet men niet met een beroep op veranderde omstandigheden bij de rechter aankomen, dat nu is eenmaal de speculatie die in het spel was, het gok-element. Daar kun je verschrikkelijk rijk mee worden, maar natuurlijk ook heel arm (en misschien wel deugzaam; denk aan die bekende voetballer in Barcelona indertijd, die na verkeerde beleggingen door zijn adviseur maar weer moest gaan voetballen, in plaats van op zijn lauweren te rusten). Maar het laat zich aanzien dat de aard van de overeenkomst en de verkeersopvatting ook ten positieve kunnen werken, en eerder aanleiding geven om in de overeenkomst in te grijpen als rechter of arbiter. Mijn stelling zou zijn dat de overeenkomst van aanneming van werk een dergelijke overeenkomst is, en dat de verkeersopvatting voldoende gebleken is uit de vrij vaste rechtspraak van de Raad van Arbitrage van de afgelopen decennia.

Ik moet bekennen dat toen ik met het onderzoek op dit terrein begon, mij een andere insteek voor ogen stond, en wel enerzijds, dat art. 258 een soort achtervanger-functie had voor de grote kalamiteiten, anderzijds dat het bij § 47 nu juist om *niet-voorzienbare* gebeurtenissen van belastende aard zou moeten gaan, gebeurtenissen van een beperkter ingrijpende strekking die de grond vormen voor contractaanpassing (wat Duitse auteurs 'kleine kalamiteiten' noemen). Ik heb die gedachte – als 'starting point of legal reasoning', niet meer dan dat – weer laten varen, om verschillende redenen. Een feitelijke constatering is, dat de rechtspraak van de Raad van Arbitrage inzake § 47 vrijwel alleen grote kalamiteiten, dat wil zeggen, uitzonderlijke, ingrijpende gebeurtenissen betreft: oliekrises, extreme laagwater toestanden, e.d. De categorie die ik aanvankelijk aan art. 258 toebedeeld had, op voorhand.

Een tweede, meer juridische constatering is, dat in de genoemde arbitrale rechtspraak de niet-voorzienbaarheid geen echte onderscheidende rol speelt: een tweede oliekrisis is weliswaar in abstracto 'voorzienbaar' – het is immers al eens een keer gebeurd – maar in concreto gaat het er om of de aannemer het had moeten 'incalculeren', letterlijk gesproken dan: er bij zijn prijsstelling rekening mee had moeten houden. Te eisen dat een omrij- en tarientoeslag voor eventuele extreme laagwaterhoogten, of zelfs een watersnoodramp – hetgeen de Heer van de Acts of God verhoede, prevelt de aannemer

§4. VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN

godsvruchtig – in de offerte opgenomen wordt (en tenslotte in het contract), is toch niet van de wereld. Dat wil zeggen, de nuchtere bouwwereld. Dat kan men van tevoren al bedenken, wanneer men het vereiste van voorzienbaarheid bij de causaliteit indachtig is: achteraf is alles voorzienbaar; vandaar de ‘toerekening naar redelijkheid’ van art. 6:98 BW. Het blijkt ook op dit terrein uit te komen; daarmee vervalt dit mogelijk onderscheid tussen beide regelingen. Ook bij § 47 is dus ‘verdisconteerd zijn’, contractueel geregeld hebben, de norm die aangelegd moet worden.

Tenslotte moet men hierbij bedenken dat de contractsvrijheid met zich brengt dat partijen de ruimte hebben om de aanpassingsproblematiek naar eigen inzicht vorm te geven in hun contractuele voorwaarden; § 47 is slechts een standaardvorm van een dergelijke regeling en het is de vraag hoever partijen daarmee kunnen gaan, waar de grens ligt die niet overschreden kan worden vanwege het bindend karakter van art. 258.

3. *Het beroep op veranderde omstandigheden bij contracten met de overheid*

Allereerst een arrest waarbij de imprévision-problematiek slechts zijdelings aan de orde kwam, maar dat illustratief is voor de voetangels en klemmen die op het pad liggen indien men met de overheid zaken wil doen. In *Gemeente Den Bosch - Brabants Vastgoed* ging het om een overeenkomst die de Gemeente Den Bosch in 1971 gesloten had met de projektontwikkelaar Brabants Vastgoed BV, om te komen tot de realisering van een door de gemeenteraad vastgesteld bestemmingsplan.²²

Het bestemmingsplan moest nog door de Kroon goedgekeurd worden, en dan zouden partijen aan de slag kunnen. Wat gebeurt, de Kroon keurt het plan gedeeltelijk af; in de gemeenteraad wordt een nieuw plan vastgesteld ex art. 30 WRO; daarbij beperkt de gemeente zich niet tot het invullen van leemten in het oude plan, conform het Kroonbesluit, maar komt op grond van nieuwe planologische inzichten tot vergaande wijzigingen van het plan. Op een deel van de terreinen komt de bestemming ‘natuurgebied’ te rusten, op een ander deel wordt een verbod van toepassing inzake detailhandel in volumineuze goederen. Als gevolg daarvan kon de overeenkomst van 1971 niet meer uitgevoerd worden zoals partijen voor ogen gestaan had. Vastgoed stelt een actie uit wanprestatie in en eist schadevergoeding. De rechter stelt haar in het gelijk, en dan komt de vraag, hoe de omvang van de schade vast te stellen? Alle schade die het gevolg is van de wanprestatie? Art.1284 oud BW houdt een dergelijke schadevergoeding in (die het ‘onmiddellijk en dadelijk gevolg’ is van de wanprestatie), maar dan moet er sprake zijn van ‘arglist’ aan de zijde van de debiteur. Indien daarvan geen sprake is, kan slechts de bij het aangaan van de overeenkomst voorzienbare schade gevorderd worden (naar huidig recht wordt deze causaliteitsvraag beheerst door art. 6:98 BW: toerekening naar redelijkheid). Wat is in onze tijd, nu men toch niet meer in hinderlagen ligt, en wat dies meer zij, ‘arglist’?

De hoge raad beantwoordt deze vraag als volgt. In het arrest van het hof

‘ligt immers besloten dat de gemeente zich er naar ‘s hofs oordeel van bewust moet zijn geweest dat haar gedragingen en de daarmee door haar beoogde gevolgen ter zake van de bebouwing van de ten processe bedoelde terreinen aan BVG goede grond zouden geven voor een beroep op wanprestatie en dat de gemeente derhalve het risico dat zij op grond van deze gedragingen en gevolgen schadelijkt zou blijken, bewust heeft genomen. In een zodanig

22. HR 10 aug. 1988 *NJ* 1989, 157.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

geval is er geen reden de omvang van de te vergoeden schade te beperken tot hetgeen de tekortschietende partij bij het aangaan van de overeenkomst aan als gevolg van haar eventuele tekortkomingen te verwachten schade heeft kunnen voorzien.⁷

Nu dient men hierbij te betrekken, dat het hof het standpunt had ingenomen dat Den Bosch het ongewijzigd blijven van het bestemmingsplan in de overeenkomst van 1971 *impliciet had gegarandeerd*. De hoge raad was daarmee akkoord gegaan. Vastgoed krijgt derhalve haar gehele schade vergoed, te beginnen met een voorschot van f10 mln.; volgens de pers in die dagen werd de gehele schade door Vastgoed begroot op f150 mln. (er zijn van die rekenmachines die niet van ophouden weten; de uitkomst was ten slotte beduidend lager). Men krijgt de indruk, dat ook hier de *punitive damages* een rol spelen: het gaat niet aan dat een partij door eigen toedoen de uitvoering van een duurovereenkomst onmogelijk maakt.

Voor ons onderwerp van veranderde omstandigheden is deze uitspraak in twee opzichten leerzaam. Ten eerste het punt van de wijziging in omstandigheden, een beroep daarop zal niet slagen, indien de partij in kwestie die zelf teweeg gebracht heeft. Men zou ook kunnen zeggen dat deze in haar risico-sfeer (en invloedssfeer) lag. Denkbaar is intussen, dat de overheidspartij zich op een wijziging in het beleid beroept, die de aanpassing van het bestemmingsplan met zich bracht; daarop wordt hieronder nog ingegaan. Het tweede punt is van nog groter belang: indien de overheid als contractspartner verplichtingen op zich neemt geeft zij daarbij een stilzwijgende garantie dat zij in het kader van die overeenkomst geen veranderingen zal aanbrengen die de uitvoering ervan nadelig zullen beïnvloeden. Dit is, zoals men zal inzien, een zeer vergaande beslissing van de hoge raad, waardoor de beleidsvrijheid van de overheid aanzienlijk ingeperkt wordt.²³

In het tweede geval dat ik zou willen bespreken komt het beroep op veranderde omstandigheden ten principale aan de orde, het arrest *Gasbedrijf Centraal Nederland - Gemeente Nieuwegein*.²⁴

Een aantal gemeenten heeft in 1955 het Gasbedrijf Centraal Nederland (GCN) opgericht in het kader van de Wet gemeenschappelijke regelingen; in 1971 wordt de 'Regeling gasleidingen in distributiegemeenten' vastgesteld. In datzelfde jaar treedt de Gemeente Nieuwegein tot die regeling toe en draagt de exploitatie van de gasvoorziening in de gemeente exclusief op aan GCN. De laatste neemt dat energiek ter hand en legt, naar mate de nieuwbouw in Nieuwegein vordert (een overloop-gemeente van Utrecht) kostbare werken aan, mede bestemd voor de gasvoorziening van nog te bouwen wijken. In 1982 besluit de Gemeente Nieuwegein om over te gaan tot aanleg van stadsverwarming in vier wijken, in samenwerking met de provincie Utrecht. Stadsverwarming was in die tijd 'in', en zou een aanzienlijke besparing opleveren. Beide stelsels kunnen niet op rendabele wijze naast elkaar geëxploiteerd worden. GCN vordert daarom schadevergoeding wegens wanprestatie van Nieuwegein met betrekking tot de vier wijken, hetgeen toegewezen wordt door de rechter.²⁵ Daar heeft zij nog niet genoeg aan, in

23. Vgl. over dit arrest ook: D.A. Lubach, *Bouwcontracten op de grens van privaat- en publiekrecht*, *Bouwwrecht* 1988, p. 425; J.A.M. van Heijningen en J.H.M. van Erp, *Beleidsgarantie-overeenkomst en onvoorziene omstandigheden*, *BR* 1987, p. 405.

24. HR 23 juni 1989 *NJ* 1991, 673, nt MS. Vgl. over deze zaak ook: Van Heijningen en Van Erp, t.a.p.; T. Hartlief en R.P.J.L.Tjittes, *Overeenkomsten met de overheid en onvoorziene omstandigheden*, *BR* 1989, p. 889.

25. HR 10 april 1987 *NJ* 1988, 148.

§4. VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN

een volgende procedure, de onderhavige, eist zij nakoming van de contractuele verplichtingen door de gemeente.

De hoge raad komt tot een principiële uitspraak. Het hof had aangenomen dat het hier de beleidsvrijheid van de gemeente betrof: gezien haar publiekrechtelijke taak kon het gerechtvaardigd zijn dat zij, mede uit een oogpunt van nationale energiepolitiek, tot de aanleg van stadsverwarming overgegaan was, een verwarmingsvorm die bij het aangaan van de overeenkomst met GCN in 1971 niet te voorzien was. Dit oordeel wordt door de casatierechter vernietigd:

‘Het middel treft doel. Het gaat hier om een vordering tot nakoming van een op een overheidslichaam rustende verbintenis uit een - publiekrechtelijke - overeenkomst; deze vordering dient, zoals naar aanleiding van het incidentele beroep nog aan de orde zal komen, door de burgerlijke rechter te worden beoordeeld.

Niet uitgesloten is dat een zodanige vordering moet worden afgewezen, en de wederpartij genoeg moet nemen met schadevergoeding, op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Dit zal in het bijzonder kunnen worden aangenomen, wanneer voor deze uitkomst in het licht van die omstandigheden - waaronder ook nieuwe, niet in de overeenkomst verdiskonteerde inzichten die tot een beleidswijziging nopen, kunnen zijn begrepen - voldoende rechtvaardiging bestaat. Daarbij zal onder meer moeten worden gelet op de aard van de overeenkomst, de aard van de overheidstaak op de uitoefening waarvan het overheidslichaam zich beroept, en, wanneer het om een beleidswijziging gaat, op de aard en het gewicht van de maatschappelijke belangen die met die beleidswijziging zijn gediend.

Bij het antwoord op de vraag of dit geval zich voordoet, gaat het echter - anders dan het hof heeft geoordeeld - niet om hetgeen waarvan aannemelijk is dat het gerechtvaardigd *kan* zijn ter uitvoering van de taak waarop het overheidslichaam zich tegenover de vordering tot nakoming beroept, noch ook om de belangrijke redenen die er *kunnen* zijn voor een met de overeenkomst niet te verenigen beleid. Evenmin kan in dit kader worden volstaan met het aanleggen van de door het hof gebezigde maatstaf of de gemeente ‘in redelijkheid niet tot’ haar door het hof bedoelde beleid ‘heeft kunnen komen’. De publiekrechtelijke aard van de onderhavige overeenkomst brengt zulks niet mee, noch ook de omstandigheid dat het gaat om een aangelegenheid die tot de huishouding van de gemeente behoorde dan wel deel uitmaakte van de uitvoering van haar publiekrechtelijke taak’ (ov. 3.3).

Men ziet hier dat de raad art. 258 toepast op contracten met de overheid; beleidswijzigingen kunnen een beroep op *imprévision* rechtvaardigen, maar het is niet zo dat de overheid zich daar al te gemakkelijk achter kan verschuilen. De aard van de overheidstaak is van gewicht, evenals de maatschappelijke belangen die bij de beleidswijziging betrokken zijn, stelt de hoge raad. Van groot belang is hierbij nog, dat geen marginale toetsing beoogd wordt, die zo gangbaar is in bestuursland - ‘had de overheid in redelijkheid tot haar beslissing kunnen komen?’ - maar een gewone, civiele toetsing (ik schreef haast: volle toetsing).

Bij dit alles moet men de zogenaamde *Landsmeer-doktrine* in gedachten houden, die inhoudt dat de overheid als *private* contractspartij zich aan contractuele verplichtingen kan onttrekken indien het algemeen belang dat eist, bijvoorbeeld wegens een wijziging in het beleid. Wel dient de wederpartij schadeloos gesteld te worden, maar een nakomingsaktie staat haar niet ter beschikking.²⁶ Deze doktrine die sinds 1963 dienst gedaan heeft, is met dit arrest van de hoge raad verlaten.

26. Vgl. Lubach, *Beleidsvereenkomsten*, diss. Groningen 1982, p. 221; BR 1988, p. 425.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

De besproken jurisprudentie is van groot belang voor de zogenaamde PPS-contracten, de Publiek-private samenwerking, een fenomeen dat in de jaren tachtig uit Engeland overgewaaid is ('Public-private partnerships') en furore gemaakt heeft, met name in de bouw en projektontwikkeling.²⁷ Als een gemeente een stadhuis wil laten bouwen, een rivieroever tot ontwikkeling brengen of al is het maar een zwembad aanleggen, grijpt men tegenwoordig al gauw naar een PPS. Een ontwikkeling die in de hand gewerkt werd doordat de overheid in haar financiële middelen gekort werd, en toch mooie plannen had. Het zijn per definitie duurovereenkomsten, en gezien de economische, maatschappelijke en politieke veranderingen die zich tijdens de contractperiode kunnen voordoen, is het *imprévision*-leerstuk hier van groot belang. Dat geldt ook voor het maken van aanpassingsclausules in PPS-contracten, iets dat nog veel te weinig of slechts gebrekkig gebeurt.²⁸ Met name de 'hardship clause' zou hier niet misstaan, vergelijk nog onder.

Dat brengt ons op het onderwerp aanpassingsclausules, contractuele regelingen die in allerlei variaties voorkomen: prijs-clausules, indexeringsclausules, en 'hardship clauses', om een greep te doen.²⁹ Dergelijke clausules zijn algemeen gangbaar. Om een indruk daarvan te geven volgen hier enige cijfers, ontleend aan een empirisch onderzoek dat ik eens ingesteld heb, waaraan 150 (grote) bedrijven medewerking verleend hebben.³⁰

De onderzoeksresultaten zijn dat bij overeenkomsten in het algemeen één derde van de respondenten (haast) nooit met aanpassing van contracten te maken had, één derde zelden en één derde regelmatig. Dit gebeurde door middel van een aanpassingsclausule of door heronderhandelen. Bij *duurovereenkomsten* zijn de cijfers wat het gebruik van aanpassingsclausules betreft: regelmatig 23,4%, vaak 17,5 % en altijd 17,5%. In het onderzoek is dit nog nader uitgewerkt naar typen aanpassingsclausules, en typen contracten (handelscontracten en bouwcontracten), zie t.a.p. Bij bouwcontracten zijn de cijfers het hoogst. Bij de gebruikte clausules is de indexeringsclausule het meest populair, gevolgd door de overmachtsclausule en de hardship clause. In de bouw wordt de laatste clausule echter vaker gebruikt.

In 1998 heb ik opnieuw een enquête gehouden over dit onderwerp, in het kader van mijn eerder genoemde preadvies voor de Vereniging voor bouwrecht van dat jaar (respons: 33, op 168 personen/bedrijven). Uit die enquête blijkt dat de praktijk van aanpassing van contracten bij gewijzigde omstandigheden toegenomen is. Bij 31% van de respondenten was nooit sprake van aanpassing, bij 57% in een kwart van de gevallen, en bij telkens 4% was dit in de helft, driekwart of alle zaken het geval.³¹ In 53% van de gevallen week de herziening in redelijk sterke mate, in 16% in aanzienlijke mate af van het oorspronkelijke contract (idem, vraag 10).

27. Zie in *BR* 1988 de bijdragen van Lubach, Noordanus, Slagter, e.a., pp. 423, 629 v.

28. Zie voor de PPS-materie, met vele voorbeelden van contracten: A.G. Bregman, *Juridisch-bestuurlijke aspecten van publiek-private samenwerking*, *Bouwrecht-monografieën*, 1990.

29. Zie voor een overzicht, A.L. de Wolf, *Veranderde omstandigheden*, 1979, p. 89 v.

30. Zie mijn rapport voor het IACL-congres Sydney-Melbourne 1986, *Contractual Revision of Contracts in Dutch Law*, in: *Netherlands Reports*, Gerver, Hondius and Steenhoff, Ed.'s, Asser Instituut, 1986, p. 75, op p. 89 v., en mijn genoemde opstel, in: *The Long-term Contract*, Heidelberg, 1987, p. 413.

31. 'Acts of God', *overmacht en onvoorziene omstandigheden in het bouwrecht*, Preadvies Ver. v. Bouwrecht 1998, p.24 (§ 2, vraag 8).

§4. VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN

Bij het type aanpassingsclausule valt op dat de indexeringsclausule minder hoog scoort dan in 1986 het geval was: 17%; technologische veranderingen zijn in 46% van de gevallen aanleiding om een aanpassingsclausule op te nemen, gewijzigd beleid van de overheid in 20%, en wijziging in wetgeving in 17% (zie vraag 16). Voer voor rechtssociologen.

Zie voor een beroep op art. 258 in een geval van een toezegging door de overheid het arrest HR 10 sept. 1993, *NJ* 1996, 3, nt MS, *Den Dulk - Curaçao*; hierin wordt andermaal benadrukt dat het er om gaat of gewijzigde beleidsinzichten in de overeenkomst *verdisconteerd* zijn of niet. Het is een geval uit de West, een bron van fraaie casus over het omgaan met het plaatselijke bestuur.

Den Dulk is exploitant van het aan een baai gelegen restaurant 'Bellevue' en wil de grond in erfpacht krijgen. Kort gezegd, het Bestuurscollege gaat daarmee akkoord, maar komt daarop later (in een andere politieke samenstelling) terug, aangezien dat gebied intussen een andere bestemming had gekregen (uitbreiding Container Terminal). Den Dulk wordt een vervangend terrein aangeboden dat hij echter als ongeschikt voor het doel van de hand wijst.

De kernoverweging van de hoge raad is hier:

'3.4. De in het middel onder I aangevoerde klachten keren zich tegen 's hofs oordeel dat, gelet op het door het eilandgebied gestelde gewijzigde beleid met betrekking tot het havengebied, waarvan de noodzaak naar 's hofs oordeel onvoldoende was weersproken, het eilandgebied de toezegging respectievelijk de overeenkomst niet gestand behoefde te doen, maar dat het wèl Den Dulk schadeloos diende te stellen voor de eventuele daardoor door hem geleden schade.

Bij de beoordeling van deze klachten moet worden vooropgesteld dat niet uitgesloten is dat een vordering tot nakoming van een op een overheidslichaam rustende verbintenis uit overeenkomst moet worden afgewezen, en de wederpartij genoeg moet nemen met schadevergoeding, op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten, hetgeen in het bijzonder zal kunnen worden aangenomen, wanneer voor deze uitkomst in het licht van die omstandigheden - waaronder ook nieuwe, niet in de overeenkomst verdisconteerde inzichten die tot een beleidswijziging open, kunnen zijn begrepen - voldoende rechtvaardiging bestaat (HR 23 juni 1989, *NJ* 1991, 673).

In 's hofs r.o. 4.2 en 5.4 van het tussenvonnis van 28 mei 1991 ligt besloten dat naar 's hofs oordeel in het onderhavige geval sprake is van nieuwe, niet in de overeenkomst verdisconteerde omstandigheden, die afwijzing van de vordering tot nakoming rechtvaardigen'.

De vraag of de omstandigheden verdisconteerd waren of niet, is in hoge mate een feitelijke vraag, en ondanks de pogingen van Den Dulk blijft het oordeel van het hof overeind in cassatie; de raad acht niet van belang dat ten tijde van de overeenkomst al rekening werd gehouden een snellere ontwikkeling van het gebied, aangezien doorslaggevend is of een gewijzigd inzicht verdisconteerd was of niet. Evenmin wordt van belang geacht dat het beleid indertijd al vaste vormen aangenomen had en niets meer aan realisering in de weg stond. Men zie het arrest voor de verdere details, die als altijd belangrijk zijn (en waarop ik hier niet zal ingaan).

Den Dulk heeft overigens wel succes met de klacht dat hij niet zonder meer verplicht was om de hem bij wijze van schadevergoeding aangeboden alternatieve lokatie voor zijn restaurant te accepteren ('Bellevue': de naam wil ook wat), aangezien dat indruist tegen de regels van schadevergoeding. Vergoeding van schade anders dan in geld kan in de regel slechts op initiatief van de crediteur plaatsvinden, en niet door de debiteur opgedrongen worden, oordeelt de raad.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

Men zie voor dit arrest, enkele vergelijkbare arubaanse zaken en de figuur van overheidstoezegging en veranderde omstandigheden in het algemeen verder nog: J.M.M.Menu, *De toezegging in het privaatrecht*, diss. Tilburg 1994, *Serie recht en praktijk* nr 80, 1994, pp. 141 v.;172 v. (o.a. *Caribbean - Aruba* (1991) en *Aruba - Trias* (1993), *NJ* 1995, 704).

In de jaren '90 heeft de hoge raad zich nog enkele keren over de art. 258-problematiek gebogen. In het arrest *Campina - Van Jole* (1993) werd in het geval van een aan een chauffeur in het kader van een reorganisatie gegeven garantie van niet-ontslag, het beroep van de werkgever op veranderde omstandigheden verworpen.³²

Van Jole was rond 1980 als RMO-chauffeur in dienst bij een rechtsvoorganger van Campina; 'RMO' betekent: 'rijdende melkontvangst', dus het ophalen van boerderijmelk en naar de melkfabriek brengen. Na acties van vakbonden om dreigend ontslag bij reorganisatie het hoofd te bieden kreeg Van Jole (en collega chauffeurs) van zijn werkgever een schriftelijke garantie dat hij tot zijn pensioen in dienst zou kunnen blijven en als chauffeur melk zou kunnen blijven ophalen. In 1989 komt een grote reorganisatie tot stand met betrekking tot het transport bij Campina; met de vakbonden wordt afgesproken dat van de 136 chauffeurs er 73 kunnen blijven; de overige zal ander werk aangeboden worden. Dat laatste overkomt Van Jole, die dat echter niet accepteert en zich op de hem gegeven garantie uit 1980 beroept. Zijn werkgever beroept zich op gewijzigde omstandigheden en verwijst daarbij naar de noodzakelijk gebleken reorganisatie van Campina die door de vakbonden en centrale ondernemingsraad onderschreven werd. De vraag is nu, in hoever het individuele recht van Van Jole dat hem bij garantie gegeven is overeind blijft onder de ingrijpende omstandigheden die het gehele bedrijf getroffen hebben.

Van Jole vangt bot voor de kantonrechter, maar heeft succes voor de rechtbank; deze oordeelt dat Campina niet heeft gesteld, terwijl dat ook niet uit de feiten af te leiden is, dat het doel van de reorganisatie niet te verwezenlijken viel met inachtneming van de garantie. De garantie wordt niet doorbroken door collectieve afspraken.

De hoge raad geeft allereerst een algemene overweging, die in overeenstemming is met de vaste rechtspraak:

'3.3. Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat de rechter ten aanzien van de aanvaarding van een beroep op onvoorziene omstandigheden terughoudendheid dient te betrachten (vgl. HR 27 april 1984, *NJ* 1984, 679 en HR 10 juli 1989, *NJ* 1989, 786). Terughoudendheid is in het bijzonder geboden wanneer het, zoals hier, gaat om de vraag of op grond van onvoorziene omstandigheden nakoming van een door een werkgever onder de benaming "garantie" zonder enig voorbehoud aan een werknemer gedane toezegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet meer door de werknemer mag worden verwacht. De rechtbank heeft dan ook terecht strenge eisen gesteld aan de stelplicht van Campina.'

Vervolgens overweegt de raad dat Campina te weinig gesteld heeft om een afweging te kunnen maken tussen garantieverplichting en collectieve afspraken, 'individuele belangen en kollektief belang'. Hierbij geldt dat de rechtbank niet had hoeven te stellen waarom naar haar oordeel de reorganisatie *niet* door onvoorziene omstandigheden noodzakelijk geworden was en de gegeven garantie aan de reorganisatie *niet* in de weg stond, maar Campina had daarentegen feiten moeten stellen waaruit zou volgen dat een en ander *wel* het geval was. De stelplicht wordt dus heel serieus genomen; de werkgever kan zich niet verschuilen achter met de bonden en de OR gemaakte afspraken.

32. HR 19 nov. 1993, *NJ* 1994, 156.

§4. VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN

Het toepassingsgebied van art. 258 werd enige tijd geleden verruimd; het artikel werd in het *Sijthoff*-arrest (1996) van toepassing verklaard op duurovereenkomsten tot verrichting van enkele diensten, waar een bepaling als art. 7A:1639w voor het arbeidsrecht ontbreekt (thans: art. 7:685 BW), ontbinding met wederzijds goedvinden.³³

4. *Recente rechtspraak. De relatie met dwaling: Luycks – Kroonenberg (1997) en Briljant – ABP (1998)*

Eind 1997 heeft de hoge raad een uitspraak gedaan in een geval van verkopersdwaling bij de verkoop van onroerend goed, ten aanzien van omvang en duur van saneringswerkzaamheden die onder een aan de koper gegeven garantie vielen: *Luycks – Kroonenberg*.³⁴ Het is een voorbeeld van het samengaan van de figuur van dwaling, die in art. 6:230 BW de mogelijkheid van aanpassing van de overeenkomst kent, in plaats van vernietiging, en een beroep op art. 258 wegens onvoorziene omstandigheden. Hoewel ten aanzien van de wijze toepassing van dat laatste artikel de zaak open gelaten wordt door de Hoge Raad (na verwijzing zal daarover duidelijkheid moeten komen) geeft het arrest toch een interessante visie op de samenloop van beide acties.

De casus is, kort gezegd deze. Luycks BV koopt een stuk grond op een industrieterrein in Diemen dat vervuild is; de verkoper had DHV een onderzoek laten doen naar de bodemvervuiling en in het rapport wordt een methode aanbevolen die naderhand ook de instemming van de provincie heeft: isolatie door verlaging van de grondwaterstand, de zgn. isolatie-variant. Dat was in 1987, en eind van dat jaar verkoopt Luycks het perceel aan Kroonenberg, waarbij Luycks een garantie geeft dat de bodemverontreiniging voor haar rekening gesaneerd zal worden volgens de isolatie-variant, tot de verontreiniging op een voor de overheid aanvaardbare wijze, 'volgens de huidige norm voor industrieterrein' is gereduceerd. Medio 1988 vindt een gesprek plaats bij de provincie waarbij besproken wordt dat van een permanente installatie uitgegaan wordt, waarbij van de zijde van de provincie medegedeeld wordt dat onder 'permanent' verstaan wordt 'voor 2 à 3 jaar' en niet 'voor 5 à 10 jaar'. Later dat jaar volgt een gesprek met de Gemeente Diemen, die dwars gaat liggen en stelt dat de voorgenomen saneringsmaatregelen niet in overeenstemming zijn met de te hanteren saneringsuitgangspunten. Begin 1990 brengt DHV opnieuw een saneringsrapport uit, waarbij wederom voor de isolatie-variant gekozen wordt, kosten f 2,6 mln. De nieuwe eigenaar, Kroonenberg, bouwt een kantoorpand op het terrein dat in 1991 gereed komt. In dat jaar laat Luycks een rapport uitbrengen door Haskoning waaruit blijkt dat aanzienlijk meer grondwater onttrokken moet worden en dat de sanering oneindig lang zal duren. Medio 1991 haalt Luycks de saneringsinstallatie van het terrein, onder protest van Kroonenberg; Luycks heeft in de periode 1988-1991 een bedrag van ongeveer f 319 000 besteed aan de sanering.

Koper Kroonenberg wil Luycks aan zijn garantie houden en eist voortzetting van de sanering van het terrein; Luycks doet een beroep op dwaling en vordert ontbinding van de overeenkomst. Hij heeft daarmee succes voor de rechtbank; het vonnis wordt in appel

33. HR 8 nov. 1996, *NJ* 1997, 217.

34. HR 28 nov. 1997, *NJ* 1998, 659, nt WMK onder 657. Zie over dit arrest ook Abas, *WPNR* 6307, p. 211; 6308 p. 221 (1998). Abas meent dat in geval van een gegrond beroep op (wederzijdse) dwaling geen plaats meer is voor een aanpassing op grond van onvoorziene omstandigheden, in een dogmatisch zwaar aangezet betoog. Zie ook Klik, *WPNR* 6352 (1999).

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

bekrachtigd, maar het hof wil de overeenkomst aanpassen. De verdere gang van zaken blijkt uit de volgende overwegingen van de hoge raad:

(3.3) ... ‘Voorop moet worden gesteld dat deze klachten feitelijke grondslag missen, voor zover zij ervan uitgaan dat het Hof het beroep van Luycks c.s. op dwaling heeft verworpen.

In zijn rov. 2.1 tot en met 2.6 heeft het Hof immers als volgt geoordeeld. In rov. 2.4 heeft het Hof uit hetgeen het in zijn rov. 2.1 tot en met 2.3 had overwogen, afgeleid dat partijen bij hun afspraken met betrekking tot de saneringsmaatregelen van een onjuiste voorstelling van zaken zijn uitgegaan, terwijl het voorts in rov. 2.5 – samengevat – heeft geoordeeld dat de saneringsmaatregelen en de daaruit voortvloeiende kosten(verdeling) een essentieel onderdeel van de overeenkomst vormden, alsmede dat Luycks, naar onvoldoende was betwist, bij ongewijzigde tenuitvoerlegging van de onderhavige – met het oog daarop in de overeenkomst opgenomen – garantiebepaling aanzienlijk hogere kosten dient te maken om de “in principe eeuwigdurende isolatie” in stand te houden dan het geval zou zijn geweest, indien overeenkomstig de veronderstelling van partijen op enig moment de verontreiniging tot de B-waarde zou zijn of worden gereduceerd. Op grond van dit een en ander heeft het Hof in zijn rov. 2.6 de grieven I tot en met IV van Kroonenberg, die waren gericht tegen de gegrondbevinding door de Rechtbank van het beroep van Luycks c.s. op dwaling en de daaraan ten grondslag gelegde overwegingen, verworpen. Daaruit volgt dat het Hof, evenals de Rechtbank, ervan is uitgegaan dat het beroep van Luycks c.s. op dwaling gegrond was.

3.4. Bij de verdere beoordeling van het middel gaat het om hetgeen het Hof in rov. 2.7 en 2.8 heeft overwogen. Die overwegingen kunnen als volgt worden samengevat.

Hoewel vaststaat dat de uitvoering van alternatief B niet zal leiden tot de door partijen veronderstelde vermindering van de verontreiniging tot de B-waarde, zijn deskundigen unaniem van mening dat de voorgestelde isolatiewijze (alternatief B) voor dit geval juist is, welke zienswijze overeenstemt met de rapporten van DHV van maart 1987 en januari 1990. In dit licht brengt, aldus het Hof, een uitvoering van de garantiebepaling overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid mee dat Luycks – mede gelet op de redelijke belangen van Kroonenberg – tóch uitvoering geeft aan alternatief B. Deze oplossing past ook in het standpunt van Kroonenberg, waar zij in haar akte na deskundigenbericht stelt dat Luycks in ieder geval nog gedurende enige nader te bepalen periode de saneringsmaatregelen conform alternatief B dient uit te voeren. Hierbij is, aldus nog steeds het Hof, van belang dat (anders dan Luycks had verdedigd) de overeenkomst niet meebracht dat Luycks de wateronttrekking slechts gedurende twee à drie jaren in stand behoefde te houden (rov. 2.7)

Vervolgens heeft het Hof overwogen dat voor de beantwoording van de vraag wat het alsnog casu quo verder uitvoeren van de overeengekomen saneringsmaatregelen in concreto betekent, aan de hand van hetgeen partijen op grond van de garantiebepaling over en weer van elkaar mochten verwachten, nader bepaald zal moeten worden hoever – uitgedrukt in tijd en/of geld – de verplichting van Luycks reikt, onder meer gelet op hetgeen partijen bij de overeenkomst voor ogen stond, de na het sluiten van de overeenkomst gebleken (niet voorziene) omstandigheden en de wederzijds kenbare belangen. In dit verband heeft het Hof verwezen naar de artikelen 6:230, 6:248 en 6:258 BW, uit welke artikelen in de omstandigheden van dit geval kan volgen dat – in plaats van vernietiging – een aanpassing van de overeenkomst aangewezen is (rov. 2.8).

3.5. Het middel voert hiertegen in de eerste plaats aan dat de uitvoering van de garantiebepaling overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid niet aan de orde komt, indien de overeenkomst op grond van dwaling nietig of voor vernietiging vatbaar is. Het middel faalt, omdat het de gedachtengang van het Hof miskent.

Die gedachtengang komt hierop neer dat, indien een overeenkomst is tot stand gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, verschillende mogelijkheden bestaan om te bereiken dat de rechter in plaats van de vernietiging van de overeenkomst uit te spreken aan de hand van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot een aanpassing van de overeenkomst komt. Het Hof heeft hier terecht in de eerste plaats gewezen op art. 6:230 lid 2 BW, dat de mogelijkheid opent dat de

§4. VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN

rechter op verlangen van een der partijen in plaats van de overeenkomst te vernietigen de gevolgen van die overeenkomst wijzigt ter opheffing van het nadeel dat de tot vernietiging bevoegde partij bij instandhouding van de overeenkomst zou lijden. Het Hof heeft hieraan een verwijzing naar de art. 6:248 en 6:258 toegevoegd, kennelijk en terecht ervan uitgaande dat ook dit laatste artikel een grondslag voor wijziging van de gevolgen van een overeenkomst biedt, met name in het door het Hof vermelde geval van onvoorziene omstandigheden, en dat bij dit alles mede de in art. 6:248 vervatte maatstaven een belangrijke rol spelen. Het Hof heeft vervolgens, zoals het in het slot van zijn rov. 2.8 heeft overwogen, in de omstandigheden van dit geval – in plaats van een vernietiging – een aanpassing van de overeenkomst aangewezen geacht. Daarbij heeft het Hof kennelijk mede het oog gehad op de mogelijkheid langs deze weg te komen tot opheffing van het door het Hof in zijn rov. 2.5 omschreven nadeel dat Luycks c.s. bij ongewijzigde tenuitvoerlegging van de garantiebepaling zouden lijden, bestaande in de kosten van het in stand houden van een “in principe eeuwigdurende isolatie”.

Aldus opgevat geeft ‘s hofs gedachtengang niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en behoefde ‘s hofs arrest op dit punt ook geen nadere motivering. Daarbij is nog het volgende van belang.

Hetgeen het Hof in de aanhef van zijn rov. 2.8 heeft overwogen, heeft het Hof kennelijk vooral bedoeld als een richtsnoer voor de verdere behandeling van de zaak door de Rechtbank waarnaar het Hof haar heeft verwezen. Ook dit richtsnoer geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het Hof heeft voorts terecht art. 6:230 van toepassing geacht, nu die toepasselijkheid volgt uit art. 68a Overgangswet NBW, ook al hebben de feiten en omstandigheden, waarop het beroep op dwaling steunt, zich vóór 1 januari 1992 voorgedaan. Voor wat betreft de art. 6:248 en 6:258 geldt dat, voor zover hier van belang, het vóór 1 januari 1992 geldende recht niet wezenlijk van het huidige verschilt. Voor wat betreft de vraag of art. 6:258 hier daadwerkelijk voor toepassing in aanmerking komt, moet tenslotte nog worden aangetekend dat bij een eventueel beroep na de voormelde verwijzing – welk beroep het Hof in zijn hierna nog aan de orde komende rov. 2.10 voor beide partijen mede mogelijk heeft gemaakt – nog zal moeten worden gezien of, in het licht van de alsdan nader vast te stellen omstandigheden van het geval, één of meer van die omstandigheden kunnen gelden als “onvoorziene omstandigheden” in de zin van de thans in lid 1 van dit artikel vervatte regel.’

Er is het nodige over dit arrest geschreven, met name over *technicalities*, de relatie tussen de aktie uit dwaling en die uit 258, onvoorziene omstandigheden. Ik laat dat rusten, onder verwijzing naar bovenstaande overwegingen van de cassatierechter, met de aantekening dat ik mij in de dogmatische bezwaren van Abas (en annotator Kleijn) niet kan vinden.³⁵ Wel nog een kanttekening hoe het zo ver heeft kunnen komen, in deze zaak. Het valt op dat de door verkoper Luycks gegeven garantie een eigen leven is gaan leiden, dat wil zeggen, door de koper naar de letter genomen is, en niet naar de geest: de voorstelling van zaken die beide partijen ten tijde van de contractsluiting hadden. Pas twee jaar later wordt duidelijk dat sanering miljoenen gaat kosten (bijna driekwart van de koopsom) en van oneindige duur zal zijn; een half jaar na de koop ging de provincie er nog van uit dat het 2 à 3 jaar kon gaan duren. In feitelijke instantie wordt echter niet de weg van normatieve uitleg gevolgd, maar die van dwaling, met inbegrip van aanpassing van de overeenkomst in plaats van vernietiging (art. 230), waarbij geleund wordt op het zuster-artikel 258, dat alles in het licht van de overkoepelende goede trouw, waaraan partijen zich te houden hebben (art. 248). Eind goed, al goed.

35. Zie behalve het reeds aangehaalde artikel van Klik, ook M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie*, diss. VU Amsterdam 1999, besproken in *WPNR* 6420 (2000) door Abas. Zie ook nog, als vervolg: HR 11 juli 2003, *RvdW* nr 128

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

Een echt geval van *imprévision* is aan de orde in een arrest van begin 1998, inzake *Briljant Schreuders – ABP*.³⁶ Het leerstuk wordt echter niet verder tot ontwikkeling gebracht: de hoge raad brengt voornamelijk de bekende boodschap dat de rechter terughoudend dient te zijn bij het ingrijpen in een contract wegens veranderde omstandigheden, hetgeen wij al wisten sinds het arrest *Nationale Volksbank – Helder* van 1984, dat ook met name genoemd wordt. Over de vraag of de afwijzing van het beroep op art. 258 in casu terecht was, kan men verschillend oordelen; de huurder was niet erg zakelijk bezig geweest, kan men constateren, maar of het het risico van gewijzigde omstandigheden nu geheel en al op zijn schouders gelegd moet worden, en het pensioenfonds als institutionele belegger-verhuurder geheel buiten schot mag blijven en 10 jaar een huur zou mogen innen die niet met de realiteit overeenstemt en de huurder tot de bedelstaf brengt, lijkt mij voor discussie vatbaar. Hier volgt een weergave van de casus en de overwegingen van de hoge raad.

Briljant Schreuders BV huurt eind 1992 een pand aan het Weena-Zuid in Rotterdam voor 10 jaar in een nieuwbouw/renovatie-buurt, waar de vooruitzichten gunstig lijken te zijn voor het bedrijf van Briljant, een juwelierswinkel. Hem wordt voorgespiegeld door de makelaar van ABP dat de gemeente de straat zal verfraaien en een groot aantal bedrijven zich daar zal vestigen, en Briljant verwacht dat er een grote 'loop van het publiek' zou ontstaan. Het pand zou het predikaat: 'A-lokatie' hebben (toplokatie). De huur bedroeg *f* 125 000 per jaar, waarbij het eerste halfjaar kwijtescholden wordt en er nog een korting van *f* 20 000 over de eerste twee jaren gegeven wordt.

Het loopt anders met het winkelende publiek, en dus met de juwelierszaak. De loop komt er niet in, de verfraaiingen waren nooit aangebracht door de gemeente en het is geen luxestraat geworden, zoals de juwelier gedacht had. Het blijkt een B-lokatie te zijn, stellen deskundigen naderhand vast. Briljant kan de huur niet langer opbrengen en vraagt ontbinding van de overeenkomst wegens onvoorziene omstandigheden. Hij krijgt de kantonrechter aan zijn kant, maar dat houdt geen stand voor de rechtbank. Uit de overwegingen van de hoge raad blijkt dat het college het standpunt van de rechtbank deelt, dat hier gewoon van ondernemersrisiko sprake is, en Briljant niet zo lichtvaardig op de mededelingen van de wederpartij had mogen afgaan. De 'terughoudendheid' van de rechter krijgt weer een accent.

Hier volgt het oordeel van de hoogste rechter:

'4.3.1. De gedachtegang welke de rechtbank tot haar voormelde beslissing heeft geleid, moet tegen de achtergrond van de gedingstukken als volgt worden begrepen.

Uitgangspunt moet zijn dat Briljant Schreuders wist dat het Weena-Zuid ten tijde van het sluiten van de overeenkomst niet een drukke winkelstraat was en daardoor ongeschikt voor een juweliersbedrijf was. Voor toepassing van art. 6:258 BW is hier enkel plaats indien Briljant Schreuders redelijkerwijs ervan mocht uitgaan dat daarin op korte termijn verandering zou komen, dat wil zeggen dat het Weena-Zuid zich binnen afzienbare tijd zou ontwikkelen tot een drukke, voor de vestiging van een dergelijk bedrijf wel geschikte winkelstraat. Terzake rustte een onderzoeksplicht op Briljant Schreuders. Bij beantwoording van de vraag of Briljant Schreuders redelijkerwijs ervan mocht uitgaan dat het Weena-Zuid binnen afzienbare tijd geschikt zou zijn voor haar bedrijf, valt in aanmerking te nemen dat Briljant Schreuders zich alvorens de overeenkomst aan te gaan terdege van de situatie ter plaatse had vergewist en dat mededelingen van het voor het Algemeen burgerlijk pensioenfonds optredende makelaarskantoor niet zodanig concreet waren dat Briljant Schreuders daaraan meer dan een beperkte betekenis had mogen toekennen. Alle terzake over en weer gestelde omstandigheden

36. HR 20 febr. 1998, *NJ* 1998, 493; *AA* 1999, p. 47, nt Van Dunné.

§4. VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN

in aanmerking genomen, moet worden geconcludeerd dat Briljant Schreuders niet redelijkerwijs heeft mogen aannemen dat het Weena-Zuid binnen afzienbare tijd geschikt zou zijn voor haar bedrijf.

4.3.2. Middel I valt deze gedachtegang aan met een groot aantal rechts- en motiveringsklachten. Bij de beoordeling daarvan moet het volgende worden vooropgesteld. Van onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 kan alleen sprake zijn voor zover het betreft omstandigheden die op het ogenblik van tot stand komen van de overeenkomst nog in de toekomst lagen. Voor toepassing van art. 6:258 is alleen plaats wanneer de onvoorziene omstandigheden van dien aard zijn dat de wederpartij van degene die herziening van de overeenkomst verlangt, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan dit vereiste zal niet spoedig zijn voldaan; redelijkheid en billijkheid verlangen immers in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe (vgl. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 969). Uit het voorgaande vloeit voort dat de rechter terughoudendheid moet betrachten ten aanzien van de aanvaarding van een beroep op onvoorziene omstandigheden (vgl. HR 27 april 1984, *NJ 679*, rov. 3.2).

4.3.3. Tegen deze achtergrond geeft voormelde gedachtegang van de Rechtbank niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Haar oordeel komt erop neer dat, gelet op de aard van de overeenkomst, zo hier al sprake is van een door partijen niet in de overeenkomst verdisconteerde omstandigheid in de zin van art. 6:258, deze voor rekening van Briljant Schreuders komt. Voor het overige berust het op een aan de rechtbank als rechter die over de feiten oordeelt voorbehouden waardering van de omstandigheden van het geval. Het is niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering. Daarop stuit middel I geheel af.

4.4. De gedachtegang welke de Rechtbank heeft geleid tot haar door middel II bestreden verwerping van het incidenteel beroep van Briljant Schreuders kan als volgt worden samengevat:

a. wat betreft de aard van de locatie ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst, is Briljant Schreuders te lichtvaardig afgegaan op de aanprijzingen van die locatie door de voor het Algemeen burgerlijk pensioenfonds optredende makelaar/beheerder;

b. wat de ontwikkeling van de locatie na het aangaan van de huurovereenkomst betreft, gaven de mededelingen van de makelaar/beheerder onvoldoende grond voor de verwachting dat het Weena-Zuid zich tot een drukke winkelstraat zou ontwikkelen.

Aldus is, naar het oordeel van de Rechtbank, noch van een onrechtmatige daad, noch van tekortkoming door het Algemeen burgerlijk pensioenfonds sprake, zodat de vordering tot vergoeding van schade moet worden afgewezen.

Deze oordelen geven niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Zij zijn zozeer verweven met waarderingen van feitelijke aard dat zij in cassatie verder niet op juistheid kunnen worden getoetst. Onbegrijpelijk zijn zij niet en zij zijn van een afdoende motivering voorzien. Daarop stuit middel II geheel af.

Het is een casus waar heel verschillend over gedacht kan worden: ‘weinig briljante ondernemer taxeert omzet nieuwe juwelierswinkel volslagen verkeerd en probeert ondernemersrisiko op verhuurder af te wentelen’. Contract is toch contract? Het is een teken aan de wand dat Briljant de kantonrechter en de Raad van Toezicht NVM aan haar zijde kreeg, maar dat het telkens in hoger beroep fout ging. Ik verwijs voor de sprekende feiten naar het arrest en mijn AA-noot, en volsta hier met enkele conclusies.

Naar mijn mening heeft de rechtbank art. 258 verkeerd toegepast en er een dwalingsartikel van gemaakt, met het accent op de onderzoekplicht van Briljant, waarin deze tekortgeschoten zou zijn. Als men het al als dwaling zou willen zien, gaat het toch om het dwalen van *beide partijen*, waarbij de vraag gesteld moet worden voor wiens risico dat dient te komen. Dat ABP, als initiatiefnemer,

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

meest geïnformeerde partij, sterkste marktpartij, die bovendien via zijn makelaar misleidende mededelingen gedaan had, in het geheel geen risico zou behoeven te dragen, is niet echt aannemelijk. Natuurlijk was Briljant niet zo snugger bezig – domheid en pech gingen hier weer eens samen - dat zal duidelijk zijn, maar daarmee is niet alles gezegd (zie mijn AA-noot). Het kan niet zo zijn dat de professionele wederpartij daar van gebruik zou mogen maken. In ieder geval keek de hoge raad de andere kant op en greep niet in, daartoe ook niet aangespoord door zijn a-g. Er werd op alle fronten een kans gemist om art. 258 vlees en bloed te geven, en rechtspraak op dit gebied op te bouwen.

5. *De verplichting tot aanpassing van de overeenkomst bij veranderde omstandigheden, door partijen overeengekomen ('hardship clause') of door de rechter opgelegd*

Hierboven kwamen wij bij de bespreking van het arrest *Bijenkorf II* (zie nr 2) de figuur tegen dat de rechter partijen in een geding heenzendt met de opdracht er zelf uit te zien komen en hun contract aan te passen aan de gewijzigde om-

standigheden. Zo niet, dan zal de rechter genoodzaakt zijn het op eigen kracht te doen, als buitenstaander, met alle gevolgen vandien, waarop partijen meestal eieren voor hun (proces)geld kiezen. Ik zou wat langer bij dit verschijnsel willen stilstaan.³⁷ Een dergelijke verplichting om het contract aan te passen en daarover in onderhandeling te treden hoeft niet op een rechterlijke opdracht (een bevel is zo'n groot woord) te berusten, maar kan ook door partijen zelf overeengekomen zijn en in hun contract neergelegd zijn. Een dergelijke clausule staat meestal bekend onder de naam 'hardship clause', een contractsbepaling die tegenwoordig een bekende verschijning in duurovereenkomsten is. Tenslotte zou ik nog wat rechtsvergelijkende kanttekeningen willen maken bij de rechterlijke opdracht tot heronderhandelen.

Het begrip 'hardship' heeft niet een erg vastomlijnde inhoud; in de literatuur³⁸ wordt het begrip meestal omschreven door aan te geven wat het niet is, en waar

37. Hetgeen hier volgt is een (geactualiseerd) gedeelte van mijn opstel *De verplichting tot heronderhandelen in geval van 'hardship'*, in *Iustitia et Amicitia. Geschillenbeslechting in en buiten rechte*, Feestbundel t.g.v. het 175-jarig bestaan van het gelijknamig juridisch genootschap, 1985, p. 117 v. Voor verdere literatuurverwijzing (rechtsvergelijkend) wordt daarnaar verwezen.

38. Het onderwerp heeft de handboeken nog niet of nauwelijks bereikt. De hier volgende artikelen zijn nog steeds zeer instructief: Bruno Oppetit, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de 'hardship'*, *Journal de droit international*, 1974, p. 79; J.H. Dalhuisen, *De betekenis van de 'hardship' clausule*, *NJB* 1976, 173; M. Fontaine, *Le clause de Hardship. Aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme*, (travaux du groupe de travail 'Contrats internationaux'), *Droit et Pratique de Commerce International*, 1976, p. 7; Clive M. Schmitthoff, *Hardship and Intervener Clauses*, *Journal of Business Law*, 1980, p. 82; Ole Lando, *Renegotiation and Revisions of International Contracts. An Issue in the North - South Dialogue*, *German Yearbook of International Law*, 1980, p. 37; Norbert Horn,

§4. VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN

het op lijkt: force majeure, frustration of contract, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, e.d. Hiermee is trouwens meteen de internationale herkomst van dit begrip aangegeven; het begrip hardship werd ontwikkeld in het internationale contractenrecht en kwam tot bloei in de jaren zeventig, vooral ten gevolge van de oliecrisis (met name in de off-shore industrie). Het vindt toepassing in duurovereenkomsten in de publieke en private sfeer, aanvankelijk op het terrein van de winning en levering van grondstoffen, later op dat van een breed spectrum van contracten, zoals die met betrekking tot bouwprojecten, de overdracht van know-how, licentie-overeenkomsten, loonfabrikage, etc. Het betreft niet alleen contracten uit de industrielanden, maar vooral ook contracten waarbij Derde Wereldlanden betrokken zijn.

Kortom, het fenomeen hardship clause is niet meer weg te denken uit het internationale contractenrecht. De engelse term heeft intussen burgerrecht gekregen, zelfs in de franse en duitse rechtssferen; men komt daar echter ook de termen: 'clause d'adaptation' of 'clause de sauvegarde', en 'Anpassungsklausel' tegen. Ondanks haar populariteit in het internationale forum, is er weinig eenvormigheid te ontdekken in de formulering van de clause, althans niet in het vijftigtal dat ik gezien heb, terwijl over haar inhoud en rechtsgevolgen allerminst eenstemmigheid en duidelijkheid bestaat. Dat kan de praktijkjurist niet tot vreugde stemmen, stel ik mij voor, maar voor de wetenschapsjurist ligt dit anders. Ik concentreer mij op één aspect van de hardship clause; *de verplichting tot heronderhandelen en op basis daarvan, tot aanpassing van de overeenkomst*. Dit is trouwens het *raison d'être* van deze clause, en het onderscheidend kenmerk in vergelijking tot allerlei andere clauses die op het eerste gezicht dezelfde inhoud hebben, zoals force majeure-, indexerings- en revision clauses.³⁹ Verder is volgens velen de 'renegotiation'-verplichting uniek voor dit rechtsgebied, en met name niet te vinden in het nationale privaatrecht van de partijen in kwestie. De vraag naar de verhouding tot dat laatste recht laat zich stellen - wie roept daar *lex mercatoria*? Is de figuur van hardship met haar verplichting tot heronderhandelen rijp om in het nationale, bijvoorbeeld nederlandse, privaatrecht overgenomen te worden? Hoe verhoudt deze figuur zich eigenlijk tot de precontractuele verplichting tot onderhandelen?

Neuverhandlungspflicht, *Archiv.f.civ.Praxis*, 1981, p. 255; Régis Fabre, *Les clause d'adaptation dans les contrats*, *Revue Trim.de droit civil*, 1982, p. 1; Ernst Steindorff, *Vorvertrag zur Vertragsänderung. Ein Beitrag zur Leistungsvorbehalt und Anpassungsklauseln*, *Betriebsberater*, 1983, p. 1127; Jan Paulsson, *L'adaptation du contrat*, *Revue de l'arbitrage*, 1984, p. 249.

Zie recentelijk ook F.W. Grosheide, *Evenwicht in internationale verhoudingen. Opmerkingen geïnspireerd door de regeling van hardship in de PICC*, in: *Europees Privaatrecht. Opstellen over Internationale Transacties en Intellectuele Eigendom*, *Molengrafica*, Lelystad 1996, p. 45. PICC zijn de 'Unidroit Principles of International Commercial Contracts' (Rome 1994); zie daarvoor ook nog: M. Kuijer, *AA 1996*, p. 16. Op dit terrein zijn er ook de 'Principles of European Contract Law' (PECL), zie het gelijkname boek, Part I, O. Lando and H. Beale, Ed.'s, Dordrecht 1995. Een vergelijking tussen beide regels geeft M.J. Hoekstra, in het eerstgenoemde boek, p. 3. Voor rechtseconomische aspecten, zie men: *Readings in the economics of contract law*, V.P. Goldberg, Ed., Cambridge 1989, p. 201 v.

39. Voor een overzicht van clauses op dit terrein, zoals 'government take clause', 'first refusal clause', 'client le plus favorisé', 'de hausse et de baisse': Oppetit, p. 796, en voor het duitse recht: Jürgen F. Baur, *Vertragliche Anpassungsregelungen. Dargestellt am Beispiel langfristiger Energielieferungsverträge*, 1983, Heidelberg.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

Alvorens de kenmerken van de hardship-situatie te bespreken, zou ik willen stilstaan bij de achtergrond van deze rechtsfiguur, bij de behoefte die tot haar ontstaan geleid heeft, hetgeen van groot belang is voor de beoordeling van aard en werking van de nieuwe loot aan de stam van het contractenrecht. Kan men stellen, dat een praktijkjurist zich doorgaans miskend en niet begrepen voelt door de academische jurist, omdat het recht dat de laatste bedrijft niet toegesneden is op zijn behoeften uit de praktijk, die frustratie is nog groter bij de praktijkjurist die internationaal opereert; het nationale recht is niet geëigend om in een internationale, commerciële context gehanteerd te worden. Het contractenrecht, niet wezenlijk gewijzigd sinds zijn ontwikkeling in de vorige eeuw, is niet geschreven voor duurovereenkomsten waarmee grote financiële risico's gemeoid zijn, die zich uitstrekken over een periode van soms tientallen jaren, en onderhevig zijn aan de invloed van maatschappelijke, technische, economische en politieke ontwikkelingen die de contractseconomie totaal kunnen verstoren. Is dit al moeilijk in het klassieke denkkader van het contractenrecht te plaatsen, nog lastiger is het gesteld met de wens van modale partijen in dit type van contracten, om met elkaar verder te gaan, zij het op basis van een aan de gewijzigde omstandigheden aangepaste overeenkomst. Vrij vertaald; de onderhevige overeenkomst heeft meer van een maatschapscontract dan van een reguliere overeenkomst van koop, aanneming van werk, en dergelijke. Vaak is het zelfs zo, dat partijen niet zozeer met elkaar verder willen, maar moeten, gezien de economische aspecten, de gedane investeringen; aanpassing van de overeenkomst is het enige alternatief. Dan zijn er gevallen, waarin zowel ontbinding als voortzetting zeer onrechtvaardig werken ten opzichte van een van beide partijen en de wederpartij een 'windfall profit' geeft, waar omvangrijke verliezen van de contractspartner tegenover staan. In deze situatie werkt de hardship clause ter bescherming van één van partijen.

Die kritiek op het contractenrecht van de nationale rechtsstelsels is in grote lijnen terecht; in veel westerse landen is de aanpassing van de overeenkomst op grond van veranderde omstandigheden niet mogelijk of problematisch, met name in Frankrijk, de Verenigde Staten en Engeland, al is het klimaat de laatste jaren duidelijk aan het veranderen. Arbitrage biedt hier geen soulaas, al zou men anders verwachten; de engelse arbiters zijn bijvoorbeeld nog minder geneigd om tot aanpassing over te gaan dan de engelse rechters.⁴⁰ In het laatste UNCITRAL-ontwerp is een artikel dat arbiters de bevoegdheid moest geven om contracten aan te passen onlangs geschrappt.⁴¹

40. Schmitthoff, p. 88. Schr. wijt dit hieraan, dat de arbiter in Engeland niet meer rechten kan uitoefenen dan de engelse rechter heeft, die nl. geen overeenkomst op grond van gewijzigde omstandigheden kan aanpassen. Om die reden kan een arbiter naar engels recht niet als 'amiable compositeur', goede man naar billijkheid, optreden. Voor een andere visie op het engelse recht zie men echter Cheshire, Fifoot and Furmston, *Law of Contract*, 14th ed., 2001, p. 634 v., die de jurisprudentie als volgt weergeeft: 'the court imposes upon the parties the just and reasonable solution that the new situation demands'.

41. Paulsson, p. 256. In het UNCITRAL-verdrag CISG werd anders dan in het LUVI (74, 2), geen imprévision-regeling opgenomen, i.v.m. een afzonderlijk verdrag inzake hardship. Vgl. R.S. Meijer, *NJB* 1980, p. 1031. Nadien werd het onderwerp opgenomen in een ontwerp-verdrag 'Legal guide on drawing up contracts for construction of industrial works', 1983.

§4. VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN

Ook al biedt het nationale recht wel de mogelijkheid van aanpassing van overeenkomsten, zoals het geval is in bijvoorbeeld Duitsland, Zwitserland en Nederland, dan nog zitten partijen met het probleem, dat zij maar moeten afwachten wat de rechter ervan maakt. Het is zelfs de vraag of men niet bij voorbaat al kan stellen dat de doorsnee rechter het commerciële en economische inzicht mist om dergelijke contracten op een voor beide partijen bevredigende wijze aan de nieuwe omstandigheden aan te passen. Vandaar de behoefte bij partijen om het zelf te doen, hetgeen geleid heeft tot de hardship clause met haar heronderhandelingsplicht. Men heeft bij de ontwikkeling van het begrip hardship wel leentjebuurt gespeeld bij de belendende figuren uit het klassieke contractrecht, zoals wij zullen zien.

Het is intussen hoog tijd om concreter te worden. Allereerst de veel geciteerde omschrijving die Oppetit van het fenomeen geeft:

‘La clause de ‘hardship’ peut se définir comme celle aux termes de laquelle les parties pourront demander un réaménagement du contrat qui les lie si un changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s’étaient engagées vient à modifier l’équilibre de ce contrat au point de faire subir à l’une d’elles une rigueur (‘hardship’) injuste’ (t.a.p., p. 797).

Wij zien hier twee even kenmerkende als problematische elementen van de hardship; het contractuele evenwicht dat verbroken is, en de onbillijkheid die daaruit voortvloeit voor één der partijen. Het eerste betreft een objectief criterium, althans een poging daartoe (vaak nog enigszins uitgewerkt), het tweede een meer subjectief criterium, vaak gehanteerd in de vorm van ‘fairness’, ‘good faith’, ‘reasonableness’, ‘Treu und Glauben’, *e tutti quanti*. Ten aanzien van dat laatste criterium van goede trouw of billijkheid - te onzent door voorvechters van de rechtszekerheid steevast omschreven als ‘vage normen’ - kan men de verbazing van Oppetit delen dat juist vanuit de commerciële praktijk een beroep daarop gedaan wordt. Waren niet, in ons land, advocatuur en bedrijfsleven fel gekant tegen het nieuwe imprévision-artikel uit het nieuwe BW, art. 6:258, met zijn beroep op de redelijkheid en billijkheid? Of is hier de natuur sterker dan de leer?

Wat daarvan zij, om terug te keren naar de omschrijving van hardship, in de definitie van Oppetit ontbreekt een omstrede element: de onvoorzienbaarheid van de gewijzigde omstandigheden. Alvorens hierop in te gaan, en op de eerder genoemde criteria, laat ik ter oriëntatie twee, inmiddels haast klassieke hardship clauses volgen:

‘In the event that during the period of this agreement, the general situation and/or the data on which this agreement is based are substantially changed so that either party suffers severe and unforeseeable hardship, they shall consult and show mutual understanding with a view to making such adjustments as would appear to be necessary and such revisions as would be justified by circumstances which could not reasonably be foreseen, as of the date on which this agreement was entered into, in order to restore the equitable character of this agreement’ (*Occidental - S.C.A.P. contract*).

‘Substantial hardship shall mean if at any time or from time to time during the term of this agreement without default of the party concerned there is the occurrence of an intervening

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

event or change of circumstances beyond said party's control when acting as a reasonable and prudent operator such that the consequences and effects of which are fundamentally different from what was contemplated by the parties at the time of entering into this agreement (such as, without limitation, the economic consequences and effects of a novel economically available source of energy), which consequences and effects place said party in the situation that then and for the foreseeable future all annual costs (including, without limitation, depreciation and interest) associated with or related to the processed gas which is the subject of this agreement exceed the annual proceeds derived from the sale of said gas' (*Ekofisk contract*).

De eerste clause is een voorbeeld van een open formulering met uitsluitend een subjectief criterium in de vorm van het 'equitable character' van het contract. In de tweede clause wordt getracht aan de hand van een meer objectieve maatstaf aan te geven wanneer het economisch evenwicht van het contract verbroken is. De eerstgenoemde vorm is bepaald niet uitzonderlijk; Fontaine geeft een dozijn varianten weer. Opmerkelijk is dat hij, naast een drietal mengvormen, slechts één voorbeeld van een objectief criterium kan geven, dat trouwens ook nog rijkelijk vaag geformuleerd is: . . . 'de façon à replacer les parties dans une position d'équilibre comparable à celle qui existait au moment de la conclusion du present contrat'.⁴²

Indien men zich afvraagt of het vereiste van de onvoorzienbaarheid van de 'hardship' gesteld moet worden, zien wij dat dit in de eerst geciteerde clause het geval is. In de tweede clause wordt slechts gesteld dat de wijziging in omstandigheden 'beyond said party's control when acting as a reasonable and prudent operator' dient te zijn. Die laatste benadering lijkt mij de juiste; zij is ook in overeenstemming met de definitie die Oppetit gaf. Zoals wij zagen, wordt ook in ons *imprévision*-artikel, art. 6:258 BW, niet het vereiste gesteld dat de wijziging in omstandigheden onvoorzien moet zijn. In de modelbepaling van een hardship clause die de Internationale Kamer van Koophandel (ICC, te Parijs) in 1985 opgesteld heeft, ontbreekt dat vereiste eveneens: 'the event which gives rise to hardship must be one which was not contemplated when the parties made their contract, but it need not be one which the parties could not have taken into account'. De kern van deze hardship clause, die geen standaardclause is maar een 'drafting suggestion', luidt als volgt:

1. 'Should the occurrence of events not contemplated by the parties fundamentally alter the equilibrium of the present contract, thereby placing an excessive burden on one of the parties in the performance of its obligations, that party may proceed as follows:

2. The party shall make a request for revision within a reasonable time from the moment it becomes aware of the event and of its effect on the economy of the contract. The request shall indicate the grounds on which it is based.

3. The parties shall then consult one another with a view to revising the contract on an equitable basis, in order to ensure that neither party suffers excessive prejudice.

42. T.a.p., p. 32. Voor andere voorbeelden zie men: Wolfgang Peter, *Renegotiation Clauses in Development Agreements*, paper Am. Bar Ass. Conference on International Agreements for Petroleum and Mineral Development. Risk Analysis and Conflict Resolution, New York 1983, eigen druk, 1983, p. 4 (weergegeven in mijn opstel uit 1985, p. 122). Dit is later ook als boek verschenen.

§4. VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN

4. The request for revision does not of itself suspend performance of the contract'.⁴³

Kenmerkend voor veel *imprévision*-regelingen in buitenlands recht zijn de *Unidroit Principles*, die ook hier de grootste gemene deler zijn van hetgeen verschillende rechtsstelsels te bieden hebben. Ik laat die bepaling hier volgen:

Unidroit Principles. Section 2: Hardship

Article 6.2.1 (contract to be observed)

Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.

Article 6.2.2 (Definition of hardship)

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives had diminished, and

- (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;
- (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;
- (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and
- (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

Article 6.2.3 (Effects of hardship)

- (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.
- (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.
- (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.
- (4) If the court finds hardship it may, if reasonable,
 - (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed; or
 - (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

Art. 2.117 van de Principles of European Contract Law (PECL, Lando-commissie) vertoont grote overeenkomst met dit *Unidroit*-artikel, met uitzondering van het laatste lid, dat ik hier laat volgen:

43. *Force Majeure and Hardship*, brochure ICC, 1985, p. 18. Het voorontwerp is van 1978 en wordt besproken door Lando, p. 53, die ook alternatieve regels opstelt. Zie ook de nieuwe editie, ICC 2003, met geen een ingrijpende wijzigingen op dit punt.

Voor de lezer die niet vertrouwd is met juridisch engels, een manco in onze middelbare schoolopleiding is dat wij denken dat 'shall' een zwakkere vorm van verplichting is dan 'must' of 'should', etc. Het tegendeel is het geval: 'shall' is de zwaarste vorm van een 'moeten', een verplichting die men op zich neemt. Hetzelfde geldt, ongeveer, voor het gebruik van het woord 'may', dat weinig vrijblijvends heeft. De Engelsen zijn nu eenmaal beleefder dan wij, ook bij het contracteren, en zeggen het allemaal veel vriendelijker, maar niet minder dringend. De Engelsman zegt ook geen 'no', maar: 'I am afraid not'.

(Nog voor de student-lezer: het woord 'prejudice' (sub 3, slot) betekent 'schade'; trouwens ook in het frans, vgl. de term: 'sans préjudice').

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

PECL Art. 2.117, section 3

3. If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may:
 - a. terminate the contract at a date and on terms to be determined by the court; or
 - b. adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances; and
 - c. in either case, award damages for the loss suffered through the other party refusing to negotiate or breaking off negotiations in bad faith.

6. *De verplichting tot heronderhandelen: karakter van deze verbintenis en rechtsgevolgen. Contractuele vormen van geschillenbeslechting: ADR; 'partnering' en 'alliancing'*

Het onderscheidend kenmerk van de hardship-regeling is zoals wij zagen de verplichting tot heronderhandelen die partijen zich opgelegd hebben. Hoe verhoudt deze verschijningsvorm van de *lex mercatoria* zich tot het gemene privaatrecht in westerse landen? Wat zijn de rechtsgevolgen bij schending van die verplichting door een der partijen? Ik zou deze vragen gezamenlijk willen behandelen.

Men onderscheidt allereerst twee typen verplichtingen: 1. de verplichting om aan het voeren van onderhandelingen medewerking te verlenen; 2. de verplichting om tijdens die onderhandelingen zodanig mede te werken, dat daadwerkelijk overeenstemming over de aanpassing van het contract bereikt kan worden. Dit onderscheid is vooral van belang voor de vraag of schending van deze verplichtingen rechtsgevolgen heeft, zoals het ontstaan van een schadevergoedingsplicht jegens de wederpartij. Deze materie is in de hardship clause doorgaans ongeregeld gelaten; hoogstens kent men bij het schipbreuk lijden van de heronderhandelingen de partij die zich op de clause beriep het recht toe om het contract op te zeggen, of wel het geschil aan arbiters of aan een rechterlijke instantie voor te leggen. Wel is meestal een termijn opgenomen, van twee of drie maanden, om op een aanbod van de wederpartij te reageren.

De vraag naar de rechtsgevolgen bij schending van een heronderhandelingsplicht dient dus aan de hand van de algemene regels van contractenrecht beantwoord te worden. Ten aanzien van de eerste verplichting levert dit in de literatuur een vrijwel eenstemmig oordeel op, dat schending wanprestatie betekent en een verplichting tot vergoeding van schade doet ontstaan. De tweede verplichting, waar het eigenlijk om draait, wordt verschillend beoordeeld; zo meent Schmitthoff dat hier het 'discretionary element' de doorslag geeft, in die zin dat de bevoordeelde partij vrij is om het aanbod van de benadeelde wederpartij te aanvaarden of af te slaan. De meeste schrijvers zijn echter van mening, dat zowel de bedoeling van partijen, blijkend uit het opnemen van de bewuste clause, als de goede trouw, de verplichting met zich brengen een redelijk aanbod te doen en een redelijk aanbod van de wederpartij te aanvaarden. Derhalve is er sprake van wanprestatie met schadevergoedingsplicht bij schending van deze verplichting. Ik zou mij bij deze visie, al ingenomen door Oppetit, daarin door Dalhuisen gevolgd, willen aansluiten. De vraag is natuurlijk, wanneer hierbij sprake is van een onredelijke opstelling door de bevoordeelde partij waardoor de heronderhandelingen mislukken. Daar is wel het een ander over te zeggen.

§4. VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN

Zoals meestal, zal men het over extreme situaties snel eens zijn: indien bijvoorbeeld een partij de onderhandelingen boycot door vertragingsakties en schijnoffertes, of door nalatig te zijn in de verschaffing van benodigde informatie. Maar wanneer is sprake van een redelijk aanbod, of van een onredelijke weigering van een aanbod? Laten wij uitgaan van het geval, dat ten gevolge van gewijzigde omstandigheden de ene partij exorbitante winsten toucheert, tegenover gigantische verliezen die de andere partij moet incasseren.

Als men lering trekt uit het leerstuk van de veranderde omstandigheden, dient men hier de oorspronkelijke risikoverdeling tussen partijen en de daarop gebaseerde winstmarge, als uitgangspunt te nemen. Het gaat dus niet om een geheel nieuwe start, waarbij partijen als onbeschreven blad de onderhandelingen ingaan, en vrij zijn om de dan geldende omstandigheden opnieuw te waarderen en in de aangepaste overeenkomst te verdiskontereren.⁴⁴ Het moet derhalve geen inhaalmanoeuvre zijn, waarbij men eerder gemaakte misslagen in de calculatie corrigeert, of terugkomt op commerciële uitgangspunten. Deze zienswijze vindt men terug in de eerder aangehaalde clause met een zogenaamd objectief criterium, waar sprake was van 'replacer les parties dans une position d'équilibre comparable à celle qui existait au moment de la conclusion du présent contrat'.

Naar aanleiding van Amerikaanse rechtspraak, die nog ter sprake gebracht zal worden, heeft Speidel getracht enkele regels te ontwikkelen, waaraan een redelijk aanbod dient te voldoen. De benadeelde partij dient:

1. distinguish between changes in production costs the risks of which were assumed and those that were not;
2. establish with reasonable certainty the increased production costs, the risks of which were not assumed, that were caused or will be incurred by the unanticipated change;
3. submit a proposed adjustment adhering to a standard of reasonableness.⁴⁵

Ten aanzien van de maatstaf van redelijkheid stelt Speidel dat deze bepaald zal worden door de aard van de transactie, de handelsgebruiken en 'prior courses of dealing'. Als voorbeeld noemt schr. de praktijk van 'equitable adjustment' bij overheidscontracten. Als vaste standaard stelt hij voor, 'that the disadvantaged party should be paid the actual, additional costs of production plus the percentage of profit that would have been made under the original contract'.

Al met al blijkt de 'vage norm' van redelijkheid en billijkheid niet zo vaag te zijn als op het eerste gezicht lijkt. Vandaar overigens mijn voorkeur om van 'open normen' te spreken, dat wil zeggen, normen die uitnodigen om tot nadere invulling aan de hand van in de praktijk bestaande gebruiken en rechtsopvattingen over te gaan. 'Door het recht tot de regel' heeft als devies mijn voorkeur boven de omgekeerde versie. Dit als obiter dictum.

De vraag is echter, of dit alles niet mooi academisch of, erger nog, ethisch gepraat is, dat niet veel uit te staan heeft met de harde praktijk van commerciële

44. In deze zin ook: Horn, p. 284; Fabre, p. 20. Anders: Dalhuisen, p. 182.

45. Richard E. Speidel, *Court Imposed Price Adjustments under Long-term Supply Contracts*, 76 *Northwestern Univ. Law Rev.*, p. 369, op p. 410. Vgl. verder ook Richard M. Buxbaum, *Modification of Contracts: American Legal Developments*. Zie voor dit onderwerp ook mijn artikel: 'The Changing of the Guard. Force Majeure and Frustration in Construction Contracts: the Foreseeability Requirement Replaced by Normative Risk Allocation', *International Construction Law Review* 2002, p. 162-186

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

onderhandelingen, waarbij miljoenen en soms miljarden op het spel staan. Wat haalt dit nu uit als een partij zich laat leiden door ‘opportunism bad faith advantage-taking’? De meeste schrijvers wijzen erop, dat in dat geval het laatste woord aan rechters of arbiters is, die alsnog kunnen bepalen of het gedrag van de onwillige partij in kwestie in strijd met de goede trouw was. Verschillende auteurs gaan echter verder, en stellen dat de rechter in die situatie tot aanpassing van het contract kan overgaan. Steindorff heeft hiervoor een sterk argument gevonden in de analogische toepassing van § 315 lid 3 en 319 lid 1 BGB (o.c., p. 1130). Deze respectievelijk artikelen van het Duitse BW luiden als volgt:

‘§ 315. (*Bestimmung der Leistung durch eine Partei*)

(1) Soll die Leistung durch einen der Vertragsschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist.

...

(3) Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen; das gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird.

§ 319. (*Unwirksamkeit der Bestimmung; Ersetzung*)

(1) Soll der Dritte die Leistung nach billigem Ermessen bestimmen, so ist die getroffene Bestimmung für die Vertragsschließenden nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. Die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urteil; das gleiche gilt, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert.

(2) Soll der Dritte die Bestimmung nach freiem Belieben treffen, so ist der Vertrag unwirksam, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert’.

Indien de onderhandelingen vastgelopen zijn en partijen er nog niet toe willen overgaan het geschil aan de rechter of arbiters voor te leggen, is er nog een alternatief om te trachten eruit te komen. Zij kunnen een bemiddelaar te hulp roepen die ‘conciliation’ moet beproeven. In clausules komt men benamingen tegen als: ‘conciliateur’, ‘experts’, ‘referees’; hun functie is, in de woorden van Oppetit: ‘régulateur d’une situation contractuelle, chargé de l’adapter aux données nouvelles’. Daarnaast kent men ook de ‘third party intervener clause’; hierbij is geen sprake van conciliatie of arbitrage, de derde-interveniënt wordt niet erbij gehaald om een gerezen geschil op te lossen, maar juist in een eerder stadium opgeroepen, ter voorkoming van een geschil. Voordat partijen met de hoorns in elkaar zitten moet hij trachten een oplossing in de vorm van een aanpassing van het contract te vinden, en vervolgens partijen ertoe te brengen dat advies over te nemen.⁴⁶

Bij dit alles dient men in het oog te houden dat ook indien partijen niets geregeld hebben over een verplichting tot heronderhandelen, een dergelijke

46. In de bouw-praktijk in Engeland heeft onder de FIDIC-voorwaarden de ‘engineer’ een dergelijke functie; dit is een belangrijk verschil met ons bouwrecht, waar degenen die de directie voert bij de bouw uitsluitend namens de opdrachtgever optreedt, onder de UAV-voorwaarden.

Zie voor third party intervention ook de ICC-brochure *Adaptation of Contracts. Rules, Standard Clauses, Application to Standing Committee*, 1978. Vgl. ook nog art. 11 sub 2 van de *Hardship Provisions*, 1985. In 2004 heeft de ICC nieuwe ADR and Mediation Rules vastgesteld.

§4. VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN

verplichting ook uit de regels van geldend contractenrecht kunnen voortvloeien. Voor het nederlands recht kan gewezen worden op de jurisprudentie op dit punt, *Plas - Gem.Valburg* (1983) en vooral *Huurdersvereniging - Koot BV* (1983) die elders besproken werden.⁴⁷ In dat laatste arrest is sprake van aanpassing van de overeenkomst, waarbij ten aanzien van heronderhandelingen over aanpassing van de overeenkomst (huurprijs) een verplichting tot dooronderhandelen aangenomen werd. Deze rechtspraak - ook de verplichting om gedeelde winst te vergoeden bij het onzorgvuldig afbreken van onderhandelingen - gaat aanzienlijk verder dan het recht van omliggende landen. Men heeft bij internationale contacten en contracten wel wat uit te leggen. Het zou dan ook interessant zijn om op dergelijke overeenkomsten nederlands recht van toepassing te laten zijn, indien men met een sterke wederpartij te maken heeft die wel eens zijn heil elders zou kunnen gaan zoeken, tijdens de contractperiode.

Contractuele vormen van geschillenbeslechting: ADR, 'partnering' en 'alliancing'

De laatste jaren zijn contractuele geschillenregelingen in opmars. Het zou interessant zijn om in te gaan op de meerwaarde van de hierboven besproken clausules voor de praktijk. Dat zou een discussie over de zin van 'mediation' en 'ADR', 'alternative dispute resolution', met zich brengen, een boeiend onderwerp waarover veel te zeggen valt, maar dat zou ons te ver voeren. Wel wil ik nog wijzen op enkele contractsbepalingen die ik in mijn meergenoemd preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht van 1998 verzameld heb, zoals dat van een groot spoorwegbedrijf in ons land, waar men die filosofie, 'praten is beter dan procederen', neergelegd vindt.⁴⁸ In het buitenland zijn de 'Chunnel' en de 'Boston Artery' mooie voorbeelden van de werking van 'Dispute Review Boards': een informele, 'lik-op-stuk' vorm van geschillenbeslechting op de bouwplaats, waarbij meningsverschillen tussen aannemer en opdrachtgever over de uitvoering van het werk ter plekke de kop ingedrukt worden door deze in een bouwkeet voor te leggen aan een panel van deskundigen, bij wijze van spreken wanneer de betonmortel nog nat is.⁴⁹ Ook in ons land kennen wij voorbeelden daarvan, men zie bijvoorbeeld de betreffende clausule van het Westerschelde-project (t.a.p., nr. 14, p.157 v.). Ik volsta met een korte beschouwing over recente ontwikkelingen op dit terrein, naar aanleiding van dergelijke clausules, die met name bij grootschalige bouwwerken ontwikkeld zijn.⁵⁰

47. Zie Hfdst. 3, § 1, nr 7, waar ook recentere rechtspraak.

48. Zie het Betuweroutecontract van NS Railinfrabeheer, preadvies Ver. voor Bouwrecht, § 5, nr 13, p. 155 v. Aan dat preadvies is overigens de onderhavige passage ontleend.

49. In het Channel Tunnel BOT project bestond dit panel uit 1 jurist en 4 business executives (met engineering background). Dankzij dit instrument zijn er in dit project vrijwel geen geschillen geweest: van de 17 echte geschillen die ontstonden zijn er alsnog 15 geschikt; 2 hebben tot arbitrages geleid. In de 'Boston Artery' project, eveneens een mega-project, werden zo'n 1000 beslissingen per jaar genomen door het Dispute Review Board.

50. Zie voor een bespreking van veel internationale bouwcontractvoorwaarden: M. Burkhardt, *Vertragsanpassung bei veränderten Umständen in der Praxis des schweizerischen Privatrechts - Vertragsgestaltung, Scheidungspraxis und Praxis des Bundesgerichts*, diss. St. Gallen, 1996, p. 85 ev. Zie voor het opstellen van overmacht- en hardship-clausules het

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

De laatste jaren heeft een ontwikkeling plaatsgevonden waarbij de kern van de hardship clause verder uitgewerkt is: de gedachte dat partijen er door heronderhandelen, volgens de regelen van goede trouw, uit moeten kunnen komen. Dat proces is naar voren gehaald: het is niet langer bestemd voor de situatie dat het geschil *ontstaan is*, en door partijen gezocht wordt naar een alternatief voor geschillenbeslechting door de rechter of arbiters, maar voor de daaraan voorafgaande fase, waarin het geschil zich *dreigt te gaan ontwikkelen* tot een werkelijk dispuut. Wij kwamen hierboven al de ‘third party intervener clause’ tegen, waarbij een ‘conciliateur’, ‘expert’, of ‘referee’ ingeschakeld wordt om het probleem weg te masseren opdat geen geschil ontstaat. De nieuwe benadering heeft betrekking op een fase vóór de eerder genoemde ‘Dispute Review Boards’. Deze nieuwe formule, die *partnering* genoemd wordt, heeft als kenmerk het opbouwen van team spirit, het gaat om ‘an atmosphere of commitment and open communication where strong working relationships can be developed’.⁵¹

Voor continentale beschouwers zal dit fenomeen waarschijnlijk een hoog ‘Ratelband’-gehalte hebben; de American Arbitration Association omschrijft *partnering* als volgt: ‘it creates trust, team work and cooperation so that projects can be complied succesfully’.⁵² De zeven basiscomponenten die de AAA opgesteld heeft zijn: ‘commitment, recognition of the interest of the stake holders, a defined goal and objective building trust and team work, working strategy, periodic review, rapid response’.

Enkele aspecten hiervan komen wij tegen in het genoemde contract van NS Railinfrabeheer, met name het periodieke overleg over de voortgang van de uitvoering, in de plaats van een aanpassingsclausule; bij dat overleg, stel ik mij zo voor, kan het project bijgestuurd worden. Het zal interessant zijn om te zien hoe dit zich in de praktijk gaat ontwikkelen.

Intussen is de ontwikkeling verder gegaan en werd zeer recent in de V.S. de volgende stap naar intensieve samenwerking tussen de bouwpartners gezet met de figuur van *alliancing*, een figuur waarvoor ook in ons land belangstelling bestaat.

Een voorbeeld daarvan, dat elders door mij besproken werd, is een ‘Pipeline project’ (t.a.p., nr 25); zoals mij door de betrokken advocaat, James Meyers (Boston), werd medegedeeld, was de achtergrond van het project deze, dat het budget van de opdrachtgever niet toereikend was om, gezien de binnengekomen tenders, het project aanbesteed te krijgen. Derhalve werd gekozen voor een regeling waarbij de aannemer een lage aanneemsom (‘Base Fee’) krijgt, ongeveer zijn directe kosten, in combinatie met een systeem van bonussen en boetebedingen (‘Gainshare Amount’). Er is een Target Cost gesteld, die bij oplevering vergeleken wordt met de Actual Cost. Met deze incentives wordt beoogd dat de aannemer intensief meedenkt bij de uitvoering en opzet van het project; alle besparingen in geld en tijd die hij weet te bedenken in technische opzet en uitvoering van het project zullen in zijn voordeel zijn, en bepalen het

hoofdstuk ‘The drafting of force majeure clauses’, door M. Furmston en A. Berg, in: *Force Majeure and Frustration of Contract*, E. McKendrick, Ed., 2nd ed., London 1995, p. 57 ev.

51. Aldus M. Frilet, ‘Some universal issues in BOT projects for public infrastructures’, *Internat. Construction Law Review* 1997, p. 499, op p. 510.

52. Zie Frilet, t.a.p., met verdere lit.

§4. VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN

behalen van winst op het projekt. De aannemer draagt weinig risico's; in geval van onvoorziene omstandigheden worden werkplan, aanneemsom, etc., aangepast.⁵³

Tot slot een opmerking van meer beschouwende aard. Wij hebben het hier steeds over de wijze van uitvoering van de overeenkomst en het probleemoplossend vermogen van partijen dat daarbij nodig is. Daar past een kanttekening bij. Een soepele opstelling bij het uitvoeren van een contract heeft meer voordelen dan dat men door de wederpartij aardig gevonden wordt: het kan ook zakelijk gezien voordelig zijn. Daar bedoel ik niet mee dat partijen in de toekomst goede maatjes blijven en vaker zaken zullen doen, hetgeen commercieel heel verstandig kan zijn, maar ik heb het oog op de korte baan: de meerwaarde voor het contract zelf, dat ter discussie staat. Indien men een wederpartij strak en stijf aan de letter van het contract houdt bij tegenslag en hem daardoor in grote financiële moeilijkheden brengt, zal hij proberen op een andere wijze de kosten te drukken om de tegenvaller enigszins goed te maken. Als dat gebeurt op onderdelen die moeilijk te controleren zijn – 'ondanks nauwlettend toezicht...' heet dat in de bouw – gaat dat ten koste van de kwaliteit van het werk, en de uiteindelijke verliezer is de starre opdrachtgever. De afgeknepen wederpartij kan ook bij een volgende gelegenheid, een ander contract, zijn gram halen, en trachten het verlies weer goed te maken, op verborgen wijze. Goedkoop kan aldus gemakkelijk duurkoop worden. Dit is een wijsheid – die ik eens van een ervaren advocaat opstak – die voor het gehele contractenrecht opgaat, en overal opgaat waar bij de uitvoering veel in goed vertrouwen gebeurt en moet gebeuren.

7. De door de rechter opgelegde onderhandelingsplicht; rechtsvergelijkende beschouwingen

Tot dusver lag het initiatief tot heronderhandelen bij partijen, gebaseerd op het geschreven, contractuele recht, ofwel op het ongeschreven recht. Dan nu een beschouwing over een verwante figuur van vrij recente datum; een onderhandelingsplicht die door de rechter partijen opgelegd wordt. Enkele schrijvers hebben een pleidooi daarvoor gevoerd, waarin ik hen graag bijval. Intussen zijn er al, naar mij bleek, in de rechtspraak voorbeelden hiervan te vinden, met name in de Verenigde Staten en Frankrijk. Ter afronding van dit onderwerp zal ik die jurisprudentie bespreken, en daarbij ingaan op de verhouding tussen de door partijen zelf gerealiseerde aanpassing van het contract en de rechterlijke wijziging, een thema dat de gemoederen in Amerika danig verhit heeft.

De Westinghouse-procedures hebben tot een tweetal uitspraken geleid waarin de rechter tot partijen gezegd heeft 'go hence and settle'. In deze, zeer tot de verbeelding sprekende, affaire had Westinghouse tientallen duurovereenkomsten gesloten voor de levering van uranium ('yellow cake') aan electriciteitsbe-

53. Zie voor dit onderwerp verder: A.G.J. van Wassenaer van Catwijck, Over allianties, partnering en dispute review boards - naar een nieuwe wijze van samenwerken in de bouw?, *Contracteren* 2000, p. 6.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

drijven, gekoppeld aan de verkoop van kernreactoren. De uraniumprijs was vastgesteld op \$ 10 per pound voor 25 jaar; in 1976 was de prijs gestegen tot \$ 40, overigens mede ten gevolge van Westinghouse' eigen marktaandeel. Westinghouse weigerde in 1975 verder aan zijn leveringsverplichtingen te voldoen, waarop ten minste 17 procedures volgden, die later gevoegd werden, en tenslotte alle in schikkingen eindigden. Westinghouse had berekend, dat zij bij ongewijzigde overeenkomsten een verlies van 2,6 miljard dollar zou lijden.

In *Florida Power & Light Co. v. Westinghouse Electric Corp.*,⁵⁴ weigerde de rechter een vordering tot nakoming toe te wijzen, die tot een verlies van 20 tot 40 miljoen dollar voor Westinghouse zou leiden, en deelde partijen mee dat de rechtbank 'intended to meet and confer with counsel, in an effort to assist them in reaching agreement'. Het bevel om een schikking te beproeven, die tevens aanpassing van de overeenkomst met zich zou brengen, werd gegeven 'in view of the fact that the interests of both parties and the public would be best served by an expeditious and final resolution of this matter'. In de tweede, gevoegde procedure, *In re Westinghouse Electric Corp. Uranium Contracts Litigation*⁵⁵ ging de rechtbank nog een stap verder om een schikking te bewerkstelligen, en benoemde een 'settlement master' op grond van Federal Rule of Civil Procedure 53. De rechter was van mening dat het hier ging om 'business problems, and should be settled as business problems by businessmen, as I have been urging from the very first'. Verder wees hij op 'the Court's availability, willingness, and eagerness to participate, even more fully than I have already, in the settlement negotiations for those parties who deem it appropriate that I do so', en sprak de verwachting uit, dat partijen 'would enter into serious and intense negotiations, and continue the ones that you have already commenced'.

Men dient bij de beoordeling van deze rechtspraak in het oog te houden, dat de Amerikaanse rechter geen bevoegdheid heeft om in geval van veranderde omstandigheden een overeenkomst aan te passen. De mogelijkheid die de Uniform Commercial Code biedt in Section 2-615, 'commercial impracticability', het geesteskind van de ontwerper, Llewellyn, is vrijwel een dode letter gebleven, de afgelopen dertig jaar. Naar mij uit onderzoek bleek, zijn er slechts een dertigtal cases bekend, waaronder enkele Westinghouse-zaken, die tot de jaren tachtig geen van alle tot wijziging van contracten geleid hebben. In deze situatie is verandering gekomen met het baanbrekende vonnis in de ALCOA-zaak: *Aluminum Co. of America v Essex Group, inc.*, uit 1980,⁵⁶ dat grote opschudding teweeg gebracht heeft. De rechter achtte hier 'equitable reformation' geboden, als 'essential to avoid injustice' (overigens was hier de UCC niet van toepassing). Partijen hadden een prijs-index opgesteld na gedegen studie, die bedoeld was te correleren aan de 'nonlabor costs' van ALCOA; ten gevolge van economische omwentelingen stegen de laatste 500%, terwijl de

54. 517 F. Supp. 440 (E.D. Va. 1981), Merhige, J., besproken door Robert W. Reeder, *Court-imposed Modifications: Supplementing the All-or-Nothing Approach to Discharge Cases*, *Ohio State Law J.*, p. 1079, op p. 1086 (1983). Dit vonnis werd overigens door het Court of Appeals in 1987 (ten dele) overruled, zie onder.

55. No. 235 (E.D. Va. Oct. 27, 1978), besproken door Speidel, p. 413, en door Michael N. Zundel, *Equitable Reformation of Long-Term Contracts -- The 'New Spirit' of ALCOA*, *Utah Law Rev.* 1982, p. 985, op p. 992.

56. 499 F. Supp. 53 (W.D. Pa. 1980), besproken door Speidel, pp. 377, 412, 416, 422; Zundel, p. 993; Reeder, p. 1087.

§4. VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN

index slechts een 100%-stijging kon verwerken. Gevolg: een verlies van 60 miljoen dollar.

Het vonnis is toegejuicht en bestreden in de literatuur, waarbij de tegenstanders, zoals niemand minder dan Dawson, erop wezen dat de rechter niet op de stoel van partijen kan en mag gaan zitten. Ook voorstanders, zoals Speidel en Zundel, hebben kritiek op de oplossing waartoe de rechter in casu kwam.⁵⁷ Voor ons is vooral van belang, hetgeen in de verhitte discussie uit het oog verloren dreigt te raken, welke motivering de rechter voor zijn ingreep, zonder precedent, gaf:

‘The Court gladly concedes that the parties might today evolve a better working arrangement by negotiation than the Court can impose. But they have not done so, and a rule that the Court may not act would have the perverse effect of discouraging the parties from resolving this dispute of future disputes on their own. Only a rule which permits judicial action will provoke a desirable practical incentive for businessmen to negotiate their own resolution to problems which arise in the life of long term contracts.’

Met andere woorden, partijen dienen de hete adem van de rechter in hun nek te voelen. Een algemeen belang dat de rechter nastreefde, was overigens het voorkomen van ‘a general disruption of commercial life by inflation’, en het veilig stellen van ‘the future of a commercially important device - the long - term contract’.

Het eerder genoemde vonnis inzake *Florida Power & Light Co. v Westinghouse* (1981) werd in 1987 in appel verrassend vernietigd (ten dele), en daarmee was de eerste aanpassing van een commercieel contract op grond van S. 2-615 UCC, ‘commercial impracticability’, een feit.⁵⁸ In deze zaak ging het niet om het probleem van de contractueel vastgelegde levering van nucleaire brandstof, maar om de afname van het nucleaire afval, de staven die weer opgewerkt zouden worden. Dit was eveneens tegen een vaste prijs voor de contractperiode (25 jaar) overeengekomen. Deze prijs was laag, aangezien het commercieel interessant was om die staven geschikt te maken voor hergebruik. Het federale Court of Appeals legde andere maatstaven aan dan de lagere rechter, die in wezen vond dat Westinghouse een commercieel risico, zelfs een gok, genomen had, en verloren had en dat maar had te accepteren. Het hof acht van belang dat de federale overheid, nadat het contract getekend was, besloten had de opwerking van nucleair afval van commerciële kernreactoren te staken, hetgeen niet voorzienbaar was; er was zelfs sprake van een ‘implied commitment’ van de overheid, maar de Regering-Carter veranderde het beleid op dit punt. Het afval moest op het terrein opgeslagen worden, tegen hoge kosten; over de periode die hier in het geding is, de eerste tien jaar van het contract, was

57. Speidel, p. 412; Zundel, p. 1002 (zie voor de aanpassing van het contract door de rechter, p. 411, resp. p. 998). Speidels kritiek houdt in, dat de rechter partijen geen wijziging mag opleggen, zonder onderzocht en begrepen te hebben waarom de heronderhandelingen faalden. Schr. werkt dit uit aan de hand van enkele casus, en aanvaardt in navolging van Eisenberg twee normen; ‘the obligation to negotiate in good faith and the duty of restraint in the exercise of bargaining power’. Vgl. Melvin Eisenberg, *Private Ordering Through Negotiation: Dispute-Settlement and Rule Making*, 89 *Harvard Law Rev.*, p. 637 (1976).

58. U.S.Court of Appeals, 4th Circuit, 12 Aug. 1987, 826 F.2d 239 (4th Cir.1987); zie met name p. 279 v.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

daarmee een bedrag gemoeid van \$ 80 mln. Aangezien het hier een billijkheids-actie betreft ('equitable defence'), gaat het hof na wat een billijke afweging van de belangen van partijen met zich brengt. Het hof constateert dat de elektriciteitsmaatschappij in de periode na de litigieuze tien jaar van het contract van de overheid toestemming gekregen heeft om de hogere kosten van opslag door te berekenen aan de haar afnemers (gedurende 20 jaar, de verwachte levensduur van de kernreaktor). Nu hebben de afnemers gedurende die tien jaar een economisch voordeel gehad van door kernenergie opgewekte elektriciteit van ongeveer twee miljard dollar; tegen dat bedrag vallen de extra kosten van \$ 80 mln. in het niet, terwijl dit voor Westinghouse een aanzienlijke kostenpost is. Aangezien ook aannemelijk is dat de overheid toestemming zal verlenen voor het doorberekenen van de extra kosten, acht het hof het redelijk om deze kosten aan Florida Power toe te rekenen, en niet aan haar wederpartij Westinghouse (de rechtbank had de eerste tien jaar voor risico van Westinghouse gelaten, en kwam voor de resterende 20 jaar tot hetzelfde resultaat als het hof).

Terug naar de door de rechter opgelegde plicht tot heronderhandelen. Een continentale uitspraak op dit gebied is die van het Cour d'Appel te Parijs inzake *Electricité de France (EDF) - Shell Française*, uit 1976.⁵⁹ Het betrof een lange termijn leveringsovereenkomst van stookolie voor elektriciteitscentrales van de EDF. Het contract bevatte een 'clause d'indexation' die op een gecompliceerde manier prijsherziening mogelijk maakte, en een hardship clause ('clause de sauvegarde') met een 'hausse - baisse' systeem. Het contract was in 1971 gesloten; ten gevolge van de Kippoer-oorlog in 1973 waren de produktiekosten voor Shell enorm gestegen. De heronderhandelingen waren op niets uitgelopen; de levering werd wel voortgezet, hangende de vaststelling van een nieuwe prijs. Shell verzoekt in rechte nietig-verklaring van de overeenkomst, aangezien de prijs onbepaald en onbepaalbaar zou zijn. Het Hof Parijs overweegt als volgt:

'Considérant que par leur attitude commune, les contractants démontrent que, loin de vouloir rendre leurs accords caducs, ils entendent seulement les adapter aux circonstances nouvelles; qu'il leur appartient donc, pour le calcul du prix et de ses variations, de substituer à une référence disparue ou devenue inapplicable, une formule qui assure d'E.D.F., pour chaque catégorie de fuel, un prix d'achat réduit en rapport avec l'importance exceptionnelle des fournitures en quantité comme en durée et la mission de service public de cet organisme, tout en laissant au raffineur une marge bénéficiaire suffisante; qu'il convient, avant dire droit au fond, de renvoyer les parties, selon-leur engagement, à conclure un accord sur ce point, sous l'égide d'un observateur; que c'est seulement en cas d'échec de cette négociation et en connaissance des solutions proposées que la Cour dira si la formule qui pourrait éventuellement convenir sur le plan financier modifie les données des contrats en cours et interdit par conséquent au juge de l'imposer, ou bien si elle se borne, comme l'ont voulu les parties, et sans altérer l'économie des contrats, à adapter le prix aux fluctuations du marchés et peut donc être substituée d'office'.

Men ziet, dat ook de franse rechter ertoe is overgegaan om partijen heen te zenden met een opdracht tot een wijziging van de overeenkomst bij schikking te

59. 1. re Ch. A, 28 sept. 1976, *Juris-classeur Périodique, La Semaine Juridique* 1978, 18 810, note Jean Robert; besproken door Jean-Louis Delvolvé, *The French Law of 'Imprévision' in International Contracts, The International Contract*, 1981, p. 3, op p. 8.

§4. VERANDERDE OMSTANDIGHEDEN

komen, onder toezicht van een in hetzelfde arrest benoemde ‘observateur’. Even interessant is, dat het hof partijen voorhoudt wat het voor hen in petto heeft als de heronderhandelingen op een fiasco uitlopen. Voor dat laatste worden overigens objektieve richtlijnen gesteld, waarin zowel de publieke taak van de EDF als een redelijke winstmarge voor Shell opgenomen zijn. Het hof weet het probleem, dat de *imprévision*-leer in het burgerlijk recht door het Cour de Cassation niet aanvaard is, te ontlopen door de volgende ingreep in het vooruitzicht te stellen: de door partijen bedoelde indexering die erop gericht was de prijs aan de marktfluctuaties aan te passen zonder de ekonomie van het contract te wijzigen, kan door de rechter bij niet-funktioneren door een nieuwe indexering vervangen worden. De annotator wijst erop, dat dit laatste vaste rechtspraak is, mits men maar de bedoeling van partijen als grondslag voor de operatie neemt.

Aan partijen wordt derhalve de eer gelaten om er zelf uit te komen, onder deskundige leiding van een derde, terwijl de rechter zich als achtervanger opstelt. Dat deze benadering realistisch is, blijkt alleen al hieruit, dat partijen inderdaad tot een schikking gekomen zijn.

Concluderend, kunnen wij stellen dat de benadering van de Amerikaanse en Franse rechters een gelukkige is: een getrapte procedure om uit de impasse te komen, waarbij allereerst de partijen gedwongen worden om in goed overleg tot een herziening van hun contract te komen, onder begeleiding van een door de rechtbank aangestelde derde (waarnemer, bemiddelaar). De tweede fase houdt de aanpassing van de overeenkomst door de rechter in, hetgeen partijen tevoren in het vooruitzicht gesteld wordt, en een stimulans kan zijn om de heronderhandelingen serieus te nemen en te goeder trouw uit te voeren. Die tweede fase treedt slechts in werking indien de eerste fase geen resultaten oplevert.

In wezen gaat het om een techniek die zo oud is als er rechters zijn, namelijk om partijen te bewegen om tot een schikking te komen, en hun geschil bij te leggen. Een ‘comparitie om schikking te beproeven’; dat kan de rechter zelf doen (de één ligt dat beter dan de ander), maar hij kan het ook aan partijen overlaten, en hen daarin stimuleren. Sommige kort-geding rechters hebben grote naam op dat gebied gemaakt, zoals de president van de Rb.Rotterdam in de jaren zeventig, Reuder (een fervent aanhanger van het ‘rotterdams procesrecht’). Deze rechter placht partijen, na hen gehoord te hebben, de gang op te sturen om tot een schikking te komen, zo niet, dan zou er een vonnis komen waarin beide partijen ‘onderuit de zak zouden krijgen’. Meestal kwamen partijen na enige tijd melden, dat zij eruit waren, en een schikking bereikt hadden. ‘Een goed vonnis, is een niet-uitgesproken vonnis’ (in de serie: ‘een goed proces, is een niet-gevoerd proces’).

§ 5. Derdenwerking van overeenkomsten

1. Inleiding. Het scala van theorieën over derdenwerking

Een overeenkomst bindt partijen; indien men geen partij bij een overeenkomst is, kan men dus niet door die overeenkomst gebonden zijn, dat wil zeggen, verplichtingen opgelegd krijgen (c.q. rechten toebedeeld krijgen) die ontleend zijn aan een overeenkomst die door anderen gesloten is. Dat lijkt een waarheid als een koe, maar ook hier legt men er één op toe: dat hoeft namelijk niet het geval te zijn. Onder het oude recht leerde art. 1376 BW inderdaad dat de overeenkomst slechts partijen bij die overeenkomst kan binden, en niet *derden*, maar in een reeks van arresten heeft de hoge raad laten zien dat die regel niet altijd opgaat. In het huidige BW vindt men deze regel overigens niet neergelegd; zij wordt geacht uit de wet voort te vloeien. Hoe kan het nu zijn, dat men gebonden kan zijn aan contractuele verplichtingen, indien men geen partij bij die overeenkomst is? Dat zou toch in strijd zijn met het begrip overeenkomst en de uitleg die daaraan gegeven kan worden, met het begrip partij, met de figuur van vertegenwoordiging (hoe kan zo'n gebondenheid ontstaan, zonder dat er van vertegenwoordiging sprake is?), en tenslotte, met de redelijkheid? Als buitenstaander, niet-contractspartij, heeft men zo'n gebondenheid toch niet over zich afgeroepen, op die manier komen toch de grondslagen van het contractenrecht aan het wankelen?

Het zijn goede vragen, maar de antwoorden zijn, als altijd, minstens zo belangrijk. Ik heb met opzet de vragen zo geformuleerd, dat ze sporen met theorieën die in de afgelopen decennia ontwikkeld zijn en een rechtvaardiging voor dit verschijnsel van *derdenwerking* van overeenkomsten trachten te geven, die precies gelegen is in hetgeen zojuist ter verwerping aangevoerd is. De binding van derden aan contractuele verplichtingen uit een contract waarbij zij geen partij zijn, wordt namelijk door schrijvers verklaard aan de hand van het begrip overeenkomst en de (redelijke) uitleg ervan, of met behulp van het begrip 'partij', de figuur van vertegenwoordiging, de redelijkheid, en of wel het als derde contractueel 'betrokken' zijn bij de overeenkomst. Dan hebben wij nog niet eens alle theorieën over dit onderwerp gehad: wij missen nog het wekken van vertrouwen in gebondenheid aan het beding, risico-aanvaarding en rechtsverwerking. Sommige schrijvers zijn niet al te kieskeurig en hebben zich voor een combinatie van grondslagen voor derdenwerking uitgesproken, of zijn zo onbestemd in hun argumentatie dat deze bij verschillende theorieën onder te brengen is. En dan hebben wij natuurlijk nog de hoge raad die in een reeks arresten hier tussendoor fietst, soms hier een bloem plukt, soms daar (soms bergen ervan), de annotatoren in lichte verwarring achterlatend wat de hoogste rechter eigenlijk voor ogen staat, en dan maar de gebruikelijke roep om 'rechtszekerheid' aanheffen. Het is aardig dat soms een annotator later in de hoge raad komt (Bloembergen, bijvoorbeeld), maar er volgens de oud-collega's niet in slaagt om helderheid te verschaffen op dit gebied. Kortom, een aardig onderwerp voor een proefschrift, hetgeen dan ook door verschillende promovendi ter hand genomen is (zoals Aubel, Van Schilfgaarde en Kortmann). Als altijd, zingt daarbij ieder vogeltje zoals het gebekt is.

Alvorens in dit onderwerp(je) te duiken, enige opmerkingen vooraf. Zoals wij zagen, is er een aantal rechtsfiguren te hulp geroepen om het fenomeen van

§5. DERDENWERKING VAN OVEREENKOMSTEN

derdenwerking te verklaren, dat een vrij algemeen karakter heeft (overeenkomst, uitleg, vertegenwoordiging, etcetera); de visie die men van huis uit op zo'n figuur heeft, is bepalend voor de vraag of deze van toepassing kan zijn op derdenwerking. Is dat al een gegeven, in de trant van: 'wat is uitleg?', daar komt nog iets bij. Het hoogtepunt in de discussie over derdenwerking, in de academie en in de rechtszaal, viel in de jaren zeventig. Veel schrijvers, ook over dit onderwerp, gingen uit van een vrij traditionele visie op de genoemde algemene rechtsfiguren: de wil stond nog hoog genoteerd, uitleg was gedacht volgens de werkelijke partijbedoeling, en vertegenwoordiging was nog gevangen in de kluisters van het 'namens' iemand handelen, liefst met een volmacht (berustend op de wil van de volmachtgever). Men leze er de genoemde schrijvers maar op na, hetgeen ik weer eens gedaan heb bij het voorbereiden van dit stuk. Dan ziet men hoe gedateerd hun benadering van de derdenwerking intussen geworden is. De hoge raad heeft de laatste jaren heel wat bakens verzet, waardoor nieuwlichterijen van enkele decennia geleden (noem eens wat: uitleg, vertegenwoordiging) nu accepté zijn. Zelfs de roep om 'rechtszekerheid' wordt nu toch met enige vertedering gelezen. Wij weten langzamerhand toch wel dat men niet alle 'overeenkomsten' (en de daaruit voortvloeiende verplichtingen) over één kam kan scheren, dat de aard van de overeenkomst, de omstandigheden en de sociale verhoudingen tussen partijen, hun maatschappelijke werkelijkheid, bepalend zijn voor zo vele vragen van verbintenisrechtelijke aard, en dus ook hier. Ik laat even daar, dat deze inzichten twintig jaar geleden toch ook wel bestonden, althans zouden behoren te bestaan. Wat daarvan zij, de behandeling van dit stuk dogmatiek kan daardoor aanzienlijk bekort worden, waarbij ik trouwens kan verwijzen naar hetgeen eerder behandeld is, of nog besproken gaat worden.¹

Verder, als opmerking vooraf, dit leerstuk vindt voornamelijk toepassing op het gebied van exoneratieclausules: de vraag of een derde getroffen wordt door de werking van een contractueel vrijtekeningsbeding. Bij de behandeling van de exoneratieclausules in Deel 1 (Hfdst. 4, § 2), kwamen wij de problematiek van de derdenwerking al terloops tegen. Dit kan zich op twee manieren voordoen: de derde kan het haasje zijn, of de jager. In het eerste geval, dat bekend staat als de 'paardesprong' uit het schaakspel, probeert een speler niet zijn tegenpartij te slaan, in een rechtstreekse aanval, maar vindt er een omtrekkende beweging plaats. Om een voorbeeld te geven: ik heb een tocht op een rondvaartboot geboekt, en als aan het einde van de tocht bij het aanleggen de knecht van de schipper de loopplank uitlegt, gebeurt dit zo ongelukkig dat hij wegglijdt zodra ik er voet op zet om de vastewal te bereiken. Als ik de schade die ik opgelopen heb wil verhalen op de schipper, als werkgever van de knecht, dan zal deze zich op een exoneratieclausule beroepen uit de vervoersovereenkomst, die bijvoorbeeld de schade beperkt tot een miniem bedrag (de vaarprijs). Ik kan natuurlijk ook de knecht zelf aanspreken, en dan heb ik geen last meer van het vrijtekeningsbeding, want ik sta niet in contractuele relatie tot de knecht. Deze figuur komt in het vervoersrecht in allerlei variaties voor, en kent daar een wettelijke regeling. De werknemer wordt daarbij in bescherming genomen, en

1. Zie bijvoorbeeld voor de uitleg van overeenkomsten Hfdst. 9, § 3, nr 7, in fine; voor vertegenwoordiging - het omgaan van de hoge raad in 1984, bevestigd in 1993 - onder, Hfdst. 9, § 3, nr 7, in fine.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

kan gebruik maken van de bescherming die zijn baas, de vervoerder, zou kunnen inroepen op grond van het vervoerscontract. Het nieuwe BW bracht art. 6:257 deze mogelijkheid, die het oude recht niet kende. Het oude systeem van het WvK is overigens in Boek 8 BW aanzienlijk gewijzigd, als gevolg van een hobby van de ontwerper, Schadee. Niet iedereen was daar even enthousiast over; er was een schrijver die hier niet van een paardesprong, maar van een 'bokkesprong' sprak.²

Nu was mijn voorbeeld heel eenvoudig, en bovendien een geval van een arbeidsverhouding tussen wederpartij en derde, hetgeen weer bepaalde repercussies heeft (bescherming van werknemers, verzekeringsvragen). Het zal zich vaker voordoen, dat er sprake is van onderaannemers die werkzaamheden uitvoeren voor de wederpartij, en vergelijkbare situaties. Ik laat deze problematiek echter rusten, die door vervoersrechtelijke aspecten beheerst wordt. De discussie rond derdenwerking is echter geconcentreerd rond de figuur dat de derde niet de aangesproken partij is, maar de eiser: hij heeft (als derde) schade geleden en spreekt een partij uit een contract aan waarvan hij geen deel uitmaakt als partij. De vraag is hier of die contractspartij dezelfde bescherming geniet tegenover de derde, als hij gehad zou hebben tegenover zijn wederpartij, door middel van zijn exoneratieclausule. Anders geformuleerd: werkt zijn vrijtekening voor aansprakelijkheid ook door tegen een derde, niet-contractspartij die hem bespringt? Zo ja, waarom dan wel?

De verschillende theorieën, waarvan wij de belangrijkste nog iets uitvoeriger zullen bespreken, vertonen in hun kern veel raakvlakken met elkaar. Er is meestal een verschillend uitgangspunt genomen, dat in een bepaalde situatie heel treffend is, maar tekortschiet als algemene verklaring van derdenwerking. Het karakteristieke element is steeds, dat niet gebondenheid van derden regel is (zie de wet) en dat een argument gevonden moet worden om tot gebondenheid over te kunnen gaan. Nu kan men dat zoeken in de relatie die de derde tot de overeenkomst heeft, of ook in de relatie die hij tot de wederpartij heeft. Hij kan in *ekonomische* zin, als je goed kijkt, de eigenlijke contractspartij zijn, hoewel hij dat juridisch niet is. Er zit weliswaar een schakel tussen, maar die kan gemakkelijk weggedacht worden, en dan doemt de derde op, als de partij achter de schermen om wier belang het hier gaat, en die soms toevalligerwijze, soms met opzet op de achtergrond gebleven is.

Er zijn hier enkele typische situaties, waarin die verhouding van de derde tot de overeenkomst op een bepaalde manier gekenmerkt wordt. Men kan als eigenaar of beheerder van een zaak, deze in handen geven van een ander, en deze de vrije hand geven om daarmee te handelen; *archetype*: de casus van het *gegaste uien*-arrest. Als die ander met iemand een contract sluit met betrekking tot die zaak en in het belang van de eigenaar, dat zit de laatste daaraan vast 'for better and worse', dus ook als daarin een exoneratieclausule staat waarop een beroep gedaan kan worden door de wederpartij als hij wanpresteert. Gevoelsmatig ligt dit niet zo moeilijk: je geeft immers jouw zaak uit handen en laat het verder over aan degeen in wie je vertrouwen gesteld hebt; dan moet je achteraf niet zeuren dat het anders moest, dan had je het zelf maar moeten doen. Op zoek naar een juridisch fundament voor deze zinnige gedachte - zo gaat dat meestal in het recht - heeft H. Drion de figuur van het oude art. 2014

2. Vgl. H.L.J. Roelvink, in: *Recht door zee*, Schadee-bundel, 1980, p. 149.

§5. DERDENWERKING VAN OVEREENKOMSTEN

aangedragen, dat op het germaanse recht teruggaat: 'Hand muss Hand wahren' en 'wo man sein Glauben gelassen hat, muss man es wieder finden'. De bekende figuur uit het zakenrecht, het kluirobot van generaties studenten: het uitgeleende boek dat door de houder van de zaak (lener) aan een derde verkocht wordt. Kan de eigenaar dit van die derde teruggeisen, ook als deze te goeder trouw was? Het antwoord is nee, juist omdat de eigenaar zijn vertrouwen in de tussenpersoon (de lener van het boek) gesteld heeft, en de nietsvermoedende derde daarvan niet de dupe hoeft te worden. De varianten zijn hier dat de handeling met de derde om niet was, dat hij te kwader trouw was, en sinds de Middeleeuwen, dat hij de zaak op een jaarmarkt gekocht heeft. Men zie thans art. 3:86 v. BW, een regeling die een half dozijn versies gekend heeft, waarbij men ongeveer naar het oude systeem teruggekeerd is. Het gaat hier alleen om het beginsel dat daaraan ten grondslag ligt. Hierbij is niet alleen sprake van vertrouwen dat in de tussenpersoon gesteld wordt, ook tegenover de derde is het vertrouwen gewekt dat de tussenpersoon beschikkingsbevoegd was met betrekking tot de zaak die hij onder zich had (er is een schijn gewekt in die zin).

Aubel heeft in zijn proefschrift hier wat op voortgeborduurd, en ziet het uiteindelijk als een vorm van risiko-aanvaarding van de eigenaar van de zaak, wanneer hij de zaak uit handen geeft.³ Bloembergen zit met zijn benadering hier vlak naast; hij legt het accent op de gedragingen van de eigenaar, die ook in een niet-doen kunnen bestaan, namelijk dat hij als derde tegenover de vrijtekenende contractspartij het vertrouwen gewekt heeft dat hij daarmee instemde. Bloembergen ziet hier rechtsverwerking in.⁴

Een andere benadering is die van schrijvers die de belangenbehartiging die hier plaatsvindt aanscherpen, de tussenpersoon die optreedt voor de eigenaar als achterman, en zijn zaakjes regelt (zijn uien laat gassen). Twee varianten zien wij hier: Van Schilfgaarde schrijft een proefschrift over 'bedekte vertegenwoordiging', de 'verborgen achterman' die naar het voorbeeld van de *undisclosed principal* naar voren kan stappen (of gehaald kan worden) om zich als partij bij de overeenkomst te melden - met alle contractuele gevolgen vandien. Het zal niet verbazen dat hij in derdenwerking een vorm van deze bedekte vertegenwoordiging ziet.⁵ Naar engels recht heeft de derde een keuze ('doctrine of election') of hij de tussenpersoon aanspreekt (als contractspartij, of de achterman aanspreekt, die er blijkt te bestaan (men besteedt in het engels recht weinig energie aan dogmatische verklaringen naar het waarom van een rechtsfiguur, geen ongezonde gewoonte trouwens). Kortmann heeft in zijn proefschrift er moeite mee, dat men op zo'n manier gewoon 'partij' kan worden bij andermans overeenkomst; hij hecht dan ook nog sterker aan het wilsbegrip (vaak in subjektieve zin) dan bij Van Schilfgaarde het geval was, hetgeen in Nijmegen wel vaker vertoond is. Toch is hij niet ongevoelig voor de voordelen van de vertegenwoordigingsconstructie, die in wezen toch een kwestie van toerekening is, en aanvaardt een *partiële* vertegenwoordiging van de achterman,

3. C.P. Aubel, *En passant de tweede hand*, diss. Nijmegen 1972. Vgl. voor dit onderwerp in het algemeen ook Asser-Hartkamp II, nr 384 v.; E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht*, diss. Leiden, 1992, p. 85 v.; C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden. Een analyse van de relativiteit van de contractswerking*, diss. UvA 1999, besproken door M.J. van Laarhoven, *NTBR* 2000, p.400.

4. Zie zijn noot onder *Securicor*, *NJ* 1979, 362.

5. P. van Schilfgaarde, *Toerekening van rechtshandelingen*, diss. Leiden, 1969, p. 51 v.; 114 v.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

namelijk alleen op het stuk van de exoneratie. De vertegenwoordiging komt elders in dit boek nog uitvoerig aan de orde, maar het is goed om op deze plaats te vermelden dat Schoordijk, ook groot voorstander van de angelsaksische benadering met de bedekte vertegenwoordiging, het accent van de wil van partijen verlegt naar de toerekening van rechtsgevolgen, en wel op grond van het 'economisch moment'.⁶ Het zal niet verbazen dat mijn visie op de vertegenwoordiging zich in vergelijkbare richting ontwikkeld heeft.⁷

Dan zijn er nog enkele meer algemene theorieën over de grondslag van de derdenwerking. Van der Grinten heeft uit de voorbeelden die de wet kent- die zoals tegenstanders zeggen, wel heel specifiek zijn, met name in het WvK - afgeleid, dat de 'redelijkheid' gebiedt dat de achterman de exoneratieclausule 'tegen zich moet laten gelden'. Een formule die het later goed gedaan heeft in de rechtspraak, zoals wij nog zullen zien. Maar Van der Grinten verklaart verder niets, met name niet waarom en wanneer dat redelijk zou zijn, en heeft de andere auteurs niet echt kunnen overtuigen van zijn standpunt. Cahen, tenslotte, heeft een visie ontwikkeld waarbij hij uitgaat van de 'contractueel betrokken derde', juist omdat er zo'n betrokkenheid bestaat, bij redelijke uitleg van de overeenkomst van de partijen. De artt. 1374 en 1375 oud BW zijn voor hem de hoeksteen voor het aanvaarden van gebondenheid van de derde aan de overeenkomst van anderen.⁸ De andere auteurs staan veelal sympathiek tegenover deze gedachte, maar vinden dat ze 'dogmatische scherpste mist'. Het is echter niet de enige leer inzake derdenwerking die wat impressionistisch van aard is.

Het zal duidelijk zijn dat de genoemde schrijvers de jurisprudentie van de hoge raad op dit stuk in de loop der jaren met argusogen gevolgd hebben, erop gebrand of het college te kennen gaf aan één van de theorieën de voorkeur te geven. Zoals wij zullen zien, heeft de hoge raad de spanning er lang in gehouden. Daarmee komen wij op de bespreking van de jurisprudentie over derdenwerking.

2. *Derdenwerking in de rechtspraak*

Ik zou willen beginnen met een oud arrest, dat een goede introductie is tot het onderwerp, met name illustreert in welke mate de positie van derden en van contractspartijen met elkaar verweven kunnen zijn: het *Atiba*-arrest van 1947.⁹ In wezen heeft de hoge raad hier al een vingerwijzing gegeven, hoe hij tegen het fenomeen van de contractueel betrokken derde aankijkt.

6. In Schoordijks bijstelling van zijn vertegenwoordigingsleer na de kritiek van Van Schilf-gaarde erop, vgl. *WPNR* 5094 (1969): voor toerekening van handelen van een tussenpersoon aan de achterman (opdrachtgever) is doorslaggevend 'in het geheel niet het wilsmoment maar het economisch moment, het handelen en mogen handelen voor *rekening* van een ander'. Vgl. ook S.C.J.J. Kortmann, *Derdenwerking van aansprakelijkheidsbedingen*, diss. Nijmegen, 1977, p. 59.

7. Zie voor dat leerstuk onder, Hfdst. 9, § 3, nr 1 v.

8. Vgl. *Kortsluiting in contractuele verhoudingen*, *Rm Themis*, 1965, p. 473, en zijn bijdrage aan de Beekhuis-bundel, 1969, p. 67.

9. HR 3 mei 1946, *NJ* 323, *Staat - Degens*.

§5. DERDENWERKING VAN OVEREENKOMSTEN

Het geval speelt in oorlogstijd; NV Atiba heeft met de staat in 1940 een overeenkomst gesloten tot de aanleg van een centrale verwarming in het ministerie van Defensie. Atiba betreft het isolatiemateriaal (kurkplaten) van Degens die dit medio november 1940 moest leveren. Dat gebeurt niet want Degens kan in deze oorlogstijd het materiaal tegen lucratieve prijzen aan derden verkopen, en is vervolgens niet meer in staat om aan Atiba te leveren. Atiba moet het materiaal tegen de dubbele prijs van elders betrekken, maar toch wordt de wanpresterende Degens niet door haar aangesproken, maar door de staat, die buiten de overeenkomst van Atiba en Degens stond. Atiba had namelijk geen schade, aangezien de staat haar de extra kosten volledig vergoed had; volgens het bouwbestek was de staat in ieder geval verplicht om 85% van de extra kosten aan Atiba als aannemer te vergoeden.

Veegens trad voor de staat op; de hoge raad grijpt de gelegenheid aan om een principiële uitspraak te doen:

‘... dat, wie zich eenmaal contractueel heeft gebonden, - waardoor de contractsverhouding, waarin hij partij is in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen, waarmede de belangen van derden, die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen kunnen verbonden worden - ten aanzien van de wijze waarop hij zich ten opzichte van zijn contractuele verplichtingen gedraagt, bij inachtneming van hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, niet onder alle omstandigheden de belangen mag verwaarloozen, die derden bij de behoorlijke nakoming van zijn contract kunnen hebben;

dat, naar hetgeen is gesteld, de bijzondere omstandigheden, die te dezen het geval kenmerken, zijn:

1. dat Degens wist of behoorde te weten, dat indien hij aan zijn leveringsverplichting jegens Atiba niet zou voldoen, deze voor de uitvoering van het isolatiewerk was aangewezen op veel duurder vervangingsmateriaal en dat de staat krachtens overeenkomst met Atiba, in dat geval verplicht zou zijn 85% of meer van deze hogere kosten aan Atiba te vergoeden;

2. dat Degens, desniettegenstaande desbewust contractbreuk heeft gepleegd door het voor levering aan Atiba bestemde materiaal aan een derde te verkopen, zich aldus in de onmogelijkheid stellende om de verbintenis jegens Atiba te voldoen;

3. dat Degens dit deed, omdat de verkoop van het betreffende materiaal aan een derde hem meer voordeel opleverde dan het gestand doen van de met Atiba gesloten overeenkomst;

dat, bij voormelde wetenschap (die Degens had of behoorde te hebben), de omstandigheid dat hij de bedoelde contractuele verplichting jegens Atiba had aanvaard, in verband met het feit, dat de niet-nakoming daarvan de voorwaarde verwezenlijkte voor een verplichting, welke de staat jegens Atiba had op zich genomen, tot een vergoeding wegens de hogere uitvoeringskosten door de wanprestatie veroorzaakt, voor Degens - naar de maatstaf ener in het verkeer betamende zorgvuldigheid tegenover de betrokken belangen van de staat - de plicht medebracht, zoal niet om zich van opzettelijke wanprestatie te onthouden, dan toch zeker om, indien hij desbewust contractbreuk pleegde teneinde een voor hem voordeliger transactie met een ander mogelijk te maken, de aldus aan de staat berokkende schade voor zijn rekening te nemen;

dat daarom, indien de voornoemde stellingen van de staat juist zouden blijken te zijn, de handelwijze van Degens in strijd is te achten met de zorgvuldigheid, die hij in het maatschappelijk verkeer ten aanzien van het betrokken belang van de staat behoorde in acht te nemen, tenzij hij de schade, die hij als gevolg van zijn handelwijze voor de staat kon voorzien, aan deze vergoedt;

dat mitsdien het middel is gegrond’.

Wij zien hier een situatie die afwijkt van het modale geval van derdenwerking, maar daaraan sterk verwant is: de kern is dat men bij de uitvoering van de overeenkomst niet alleen te maken heeft met de directe wederpartij en haar belangen in acht te nemen heeft, men moet ook de belangen van bij het contract betrokken derden respekteren. Hier wist Degens, of kon hij weten, gezien het

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

standaardbeding in de aannemingsovereenkomst, dat als hij Atiba door wanprestatie schade zou berokkenen, dit voor rekening van een derde zou komen: Atiba's wederpartij, de staat. In dit arrest scherpt de hoge raad contractspartijen in, dat zij *schakels* in het rechtsverkeer vormen, hetgeen verplichtingen met zich brengt in het rekening houden met belangen van partijen in andere, verbonden schakels.

Het spiegelbeeld van deze casus is, dat een derde door zijn handelen schade toebrengt aan één van de contractspartijen, door bijvoorbeeld met diens wederpartij tegen haar samen te spannen. Dit is het misbruik maken van de wanprestatie van een contractspartij; in die situatie staat voor de benadeelde contractspartij een actie uit onrechtmatige daad open tegen de onzorgvuldig handelende derde. De prijsbindingsregelingen tussen groothandel en detaillist waren in de jaren zestig aanleiding tot een vloed van arresten, niet altijd tot vreugde van vroegere generaties studenten. In zo'n situatie pakt de groothandel een derde aan met wie een detaillist gemene zaak gemaakt heeft door hem de koopwaar onder de (door de groothandelaar) contractueel vastgelegde prijs te verkopen. Het mededingingsrecht stond toen nog in de kinderschoenen, en verticale prijsbinding was een geliefd marktinstrument.

In veel arresten is het profiteren van wanprestatie de grondslag voor een onrechtmatige daadsactie, bijvoorbeeld in *Pos - Van den Bosch* (alias *Tante Neeltje*) (1967), *Bruurs - Hagen* (1971) en meer recent *Curaçao - Boyé* (1985).¹⁰ Men kan de wanprestatie van de contractspartij uitlokken, er medeplichting aan zijn of er enkel van profiteren.

Dan nu de klassieke reeks arresten op het gebied van derdenwerking, die deels al eerder onder andere hoofde ter sprake is gekomen. In het *moffenkit*-arrest (1966) ging het om een geval waarin een ondeugdelijk produkt schade veroorzaakt had.¹¹ De Gemeente Heemskerk spreekt hier fabrikant HIM aan, die zich op zijn exoneratiebeding beroept dat in zijn contract met de aannemer tot levering van de kit opgenomen was. Dat verweer wordt door de hoge raad verworpen, met een beroep op het beginsel van art. 1376 BW dat overeenkomsten alleen van kracht zijn tussen de handelende partijen en aan derden niet ten nadele strekken. Dit beginsel leidt in dit geval volgens de cassatierechter geen uitzondering voor:

'het geval dat een aanbesteder, afgaande op de reclame van degene die zeker materiaal in de handel brengt, aan zijn aannemer het gebruik van zodanig materiaal heeft voorgeschreven, terwijl in de verkoopvoorwaarden, waaronder de aannemer dat materiaal van de handelaar heeft betrokken, een beperking van de aansprakelijkheid wegens levering van ondeugdelijk materiaal tot het door de aannemer verschuldigde factuurbedrag is vervat, ook niet wanneer het van algemene bekendheid is, en het de Gemeente destijds bekend was, dat bouwmaterialen onder zodanige beperking van aansprakelijkheid plegen te worden verkocht.'

De commentaren op dit sober gemotiveerde arrest, waarin de figuur van produktaansprakelijkheid voorop lijkt te staan, waren nog nauwelijks verstomd, of een tweede uitspraak volgde, inzake de gegaste uien, van 1969.¹² Hier had Noordermeer haar uien door De Klerk laten gassen bij de Roteb, en dat

10. De vindplaatsen zijn resp. *NJ* 1968, 42; *NJ* 1971, 408; *NJ* 1985, 7.

11. HR 25 maart 1966, *NJ* 279, nt GJS.

12. HR 7 maart 1969 *NJ* 249, nt GJS. Zie voor dit arrest ook Hfdst. 4, § 2, nr 9.

§5. DERDENWERKING VAN OVEREENKOMSTEN

ging goed fout. De hoge raad overwoog met betrekking tot de doorwerking van de afspraken die de Klerk en de Roteb over aansprakelijkheid van de laatste gemaakt hadden dat 'Noordermeer onder de zich hier voordoende omstandigheden die 'afspraken', al was zij zelf daarbij geen partij, in redelijkheid toch tegen zich zal moeten laten gelden'. Dan volgt de toelichting daarop:

'dat zij immers blijkens 's hofs arrest zonder enige beperking of nadere omschrijving aan de Klerk toestemming heeft gegeven haar uien, die in de cellen van de Klerk waren opgeslagen, door de Roteb te laten gassen, daarbij aan de Klerk de vrije hand latende bij het regelen van de opdracht aan de Roteb, en aldus een situatie in het leven heeft geroepen waarin de Gemeente, zo zij alle aansprakelijkheid voor de gevolgen die de gasbehandeling voor de uien zou hebben, heeft uitgesloten, er van heeft kunnen uitgaan dat die aansprakelijkheidsbeperking voor alle in de Klerk's cellen opgeslagen en aan de Roteb ter behandeling gegeven uien zou gelden;

dat het in art. 1376 BW uitgedrukte beginsel hieraan niet in de weg staat, zodat de primaire klacht van het middel ongegrond is.'

Men ziet in hier een combinatie van de visie op derdenwerking van Van der Grinten ('in redelijkheid tegen zich laten gelden'), en van Drion (gewekt vertrouwen bij het uit handen geven). Impliciet komt Aubel (risiko-aanvaarding) hier ook aan zijn trekken, terwijl Van Schilfgaarde/Kortmann (gebondenheid van Noordermeer door bedekte, c.q. partiële vertegenwoordiging), dat ook stellen, maar dat eist wel enige welwillende lezing van de overweging.

Het *Securicor*-arrest maakt tien jaar later weer veel pennen los.¹³ Ook deze casus werd elders al beschreven. De vraag is hier of de vervoerder en verzorger van de geldtransporten Securicor het exoneratiebeding uit haar contract met met de bank Vlaer en Kol aan Makro (haar assuradeuren) kan tegenwerpen. De hoge raad overweegt hierover:

'Dit onderdeel komt op tegen 's hofs oordeel, neergelegd in de dertiende r.o., dat wat betreft de door Securicor tegen Makro ingeroepen aansprakelijkheidsbeperking in haar - Securicor's - vervoersvoorwaarden, niet is gebleken van omstandigheden die een uitzondering rechtvaardigen op het beginsel van art. 1376 BW en met zich brengen dat Makro die contractuele aansprakelijkheidsbeperking in redelijkheid tegen zich moet laten gelden.

Deze klacht is in zover gegrond, dat het hof in de vierde r.o. heeft vastgesteld dat Securicor haar bedrijf maakt van het vervoeren van geld en geldswaarden voor derden, dat volgens het contract tussen Vlaer en Kol en Securicor het geld en de geldswaarden elke werkdag bij Makro zouden worden opgehaald, en dat in overeenstemming daarmee Securicor op 10 nov. 1972 een bedrag van f409 682,51 van Makro naar de Grenswisselkantoren te Rotterdam vervoerde. Deze omstandigheden brachten mee, dat Makro t.z.v. het vervoer van de door haar aan Securicor ten vervoer toevertrouwde gelden in redelijkheid de in de vervoersvoorwaarden van Securicor voorkomende aansprakelijkheidsbeperking tegen zich moest laten gelden, ook al was zij geen partij bij de betr. vervoerovereenkomst. Dit zou slechts anders zijn als de aansprakelijkheidsbeperking van dien aard was dat Makro met het bestaan van een dergelijk beding geen rekening had behoeven te houden of als zij o.g.v. gedragingen van Securicor of van omstandigheden die aan Securicor bekend waren er op mocht vertrouwen dat de betr. aansprakelijkheidsclausule niet tegenover haar zou gelden. Zulke omstandigheden zijn echter niet door het hof vastgesteld, met name ook niet in de tweede helft van de dertiende r.o.'

13. HR 12 jan. 1979, *NJ* 362, nt ARB; AA 1979, p. 556, nt v. Schilfgaarde. Zie voor dit arrest ook, Hfdst. 4, § 2, nr 5.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

In hun commentaren proberen de annotatoren Bloembergen en Van Schilfgaarde na te gaan op welke grondslag de hoge raad tot de doorwerking van het exoneratiebeding tegenover (derde) Makro gekomen is. Zij zitten niet erg op één lijn; Bloembergen zoekt het in het gedrag van Makro, hetgeen Van Schilfgaarde niet kan volgen (hij neemt daarbij het begrip 'vertrouwen' wel in feitelijke, niet in normatieve zin - zoals hij eerder ten aanzien van het wilsbegrip gewend was). De laatste meent dat de hoge raad geen der ontwikkelde theorieën over derdenwerking volgt (ook helaas de vertegenwoordigingsconstructie niet). Hij voelt ervoor, om in de lijn van Cahen, Makro als een betrokken derde aan te merken, omdat het hier om regelmatige geldtransporten ging, en het contract ook specifiek op Makro gericht was. Ik voeg hieraan toe, dat Makro het contract tevoren gezien had, en volgens afspraak met de bank, zelf voor verzekering moest zorgen; bovendien zou Makro, indien zij het contract zelf met een vervoerder gesloten zou hebben, met soortgelijk beding geconfronteerd geweest zijn. Het is althans niet echt waarschijnlijk dat een geldtransporteur onbeperkte aansprakelijkheid op zich neemt in zijn contracten. Het slot van de overwegingen van de raad lijkt daarop betrekking te hebben; de vraag is of Makro met het bestaan van een dergelijk beding 'rekening had behoeven te houden' of dat er omstandigheden waren dat zij erop mocht vertrouwen dat het betreffende beding niet tegenover haar zou gelden. Dat zou het geval kunnen zijn, maar hier lijkt van het tegendeel sprake te zijn: zij moest zich voor de geldtransporten verzekeren.

In 1986 is de hoge raad weer in de gelegenheid om op deze materie in te gaan: het *Citronas*-arrest van 1986.¹⁴ Wij vinden in deze uitspraak een poging om alles eens op een rij te zetten; de raad geeft aan wat de ratio geweest is voor de voorgaande arresten, waarbij naar de *aard van het betreffende geval* gedifferentieerd wordt, en onderzoekt dan of de voorliggende zaak bij één van de typen gevallen past.

Het ging hier om rotte sinaasappelen in de haven van Rotterdam (die is zo groot: het speelt in de Maashaven). Citronas BV was met enkele anderen eigenaar van 80.000 kisten sinaasappelen die met het ms 'Khaly-Freezer' op 23 augustus 1979 in Rotterdam aangekomen waren. De sinaasappelen werden in opdracht van de cargadoor (scheepsmakelaar, die bij bevrachting bemiddelt) Heinrich Hanno BV door de stuwadoor Dekahanno in haar loodsen aan de Maashaven opgeslagen, in niet gekoelde cellen. Ze zouden vanaf 27 augustus worden afgevoerd, ter veiling of naar kopers. Op die 27e augustus ontstaat een wilde staking in de haven van havenarbeiders in de stukgoedsektor en alle loodsen worden afgezet. De op 29 augustus door Dekahanno geopende deuren worden door de stakers gesloten. Citronas wil zelf de sinaasappelen afvoeren en vraagt aan Dekahanno toestemming daartoe, die ook na sommatie, geweigerd wordt (bij concurrent Seaport werd wel toegestaan dat zuidvruchten onder politiebegeleiding weggehaald werden). De staking is op 24 september geëindigd; dan blijkt er schade te zijn ontstaan aan de niet gekoelde sinaasappelen, die Citronas wil verhalen op Dekahanno. De laatste beroept zich op een vrijtekeningsbeding uit de Algemene Voorwaarden van de Vereniging van Rotterdamse Stuwadoors (RSC). Deze condities waren van toepassing op de overeenkomst tussen Dekahanno en de cargadoor, Heinrich Hanno. Daarin werd onder meer de aansprakelijkheid beperkt tot f50.000 per opdracht of gebeuren, behoudens opzet of grove schuld. De vraag is weer, of Dekahanno een beroep op dit beding toekomt tegenover Citronas, als derde.

14. HR 20 juni 1986, NJ 1987, 35, nt G; AA 1986, nt Kortmann.

§5. DERDENWERKING VAN OVEREENKOMSTEN

De hoge raad overweegt hierover:

‘(3.3) Het hof heeft geoordeeld dat tussen Citronas c.s. en Deka-Hanno geen (rechtstreekse) contractuele relatie bestond op grond waarvan de RSC tussen hen van toepassing zouden zijn - welk oordeel in cassatie niet is bestreden - en voorts dat in het onderhavige geval niet is gebleken "van omstandigheden die een uitzondering rechtvaardigen op het beginsel van art. 1376 BW en die met zich mede brengen, dat (Citronas c.s.) de RSC in redelijkheid tegen zich moeten laten gelden". Tegen dit oordeel keert zich het eerste onderdeel van het middel.

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

(3.5) Het hof heeft in de eerste plaats geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat Deka-Hanno haar bedrijf maakt van het verrichten van stuwadoorswerkzaamheden en daarbij voorwaarden pleegt te hanteren - waarbij het hof kennelijk doelt op de RSC - , nog niet meebrengt dat Citronas c.s. de voorwaarden in redelijkheid tegen zich zouden moeten laten gelden. Dat oordeel is juist, wat er ook zij van hetgeen het hof daaraan vooraf heeft laten gaan. De enkele omstandigheid dat een bedrijfsmatig handelende gebruiker van algemene voorwaarden in die voorwaarden een beding van een bepaalde inhoud heeft opgenomen, brengt nog niet mee dat zulk een beding redelijkerwijs heeft te gelden tegenover derden, ook niet als de derde eveneens bedrijfsmatig handelt en het in de kring waartoe de gebruiker en de derde behoren algemeen bekend is dat dergelijke bedingen plagen te worden gemaakt.

(3.6) In de tweede plaats heeft het hof geoordeeld dat niet zonder meer kan worden aangenomen dat Citronas c.s. de cargadoor, of de zeevervoerder via hem, de vrije hand hebben gelaten met Deka-Hanno overeenkomsten aan te gaan waarvan de RSC deel uitmaakten. In dit verband heeft het hof van belang geacht dat Deka-Hanno in de afwikkeling van de vervoerovereenkomst tussen de zeevervoerders en de ladingbelanghebbenden is ingeschakeld door de cargadoor, die voor wat betreft de verbintenis tot betaling van de stuwadoorskosten deels voor de zeevervoerder, deels op eigen naam en uit eigen hoofde optreedt, waarbij de achterliggende contractsverhouding de vervoerovereenkomst tussen de afzender en de zeevervoerder is. Hetgeen het hof vervolgens overweegt komt hierop neer dat de enkele betrokkenheid van Citronas c.s. bij de vervoerovereenkomst (te hunnen behoeve had de afzender bedongen dat zij uitlevering van de goederen konden vorderen) aan Deka-Hanno niet het vertrouwen kan hebben gegeven dat de RSC ook tegenover hen zouden gelden, en dat daarnaast onvoldoende feiten en omstandigheden zijn gesteld.

Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet verder worden getoetst. Het is, gezien het debat van pp. en mede in aanmerking genomen dat de betreffende overeenkomsten niet zijn overgelegd, voldoende met redenen omkleed.

Tezamen met 's hofs in 3.5 bedoelde oordeel strookt dit oordeel voorts in resultaat met het stelsel van de wet betreffende de overeenkomst van zeevervoer, zoals dit in Nederland sedert de inwerkingtreding van de wet van 11 maart 1981, *Stb.* 206, zij het na de feiten van de onderhavige zaak, is komen te gelden. Daarbij is immers een zekere werking van de vervoer-

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

overeenkomst jegens derden voorzien, in die voege dat ondergeschikten worden beschermd (art. 472 lid 2 K), maar niet ook de zelfstandige opdrachtnemer die zelf geen vervoerder is, zoals een stuwadoor. Een vergelijkbaar - zij het op hier niet ter zake doende punten afwijkend - stelsel ligt voorts ten grondslag aan de wet van 28 maart 1979, *Sib.* 245, tot vaststelling van Boek 8, eerste stuk, van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. De daarin vervatte regeling betreffende de werking jegens derden van bevrachtingen en overeenkomsten van vervoer bevat immers wel een bescherming van ondergeschikten, maar niet ook van de zelfstandige opdrachtnemers, zoals stuwadoors. Aan deze opdrachtnemers is - in overeenstemming met verschillende verdragen op het gebied van het vervoerrecht, waarvan er één ook aan het huidige art. 472 K ten grondslag ligt - een dergelijke bescherming met opzet onthouden; men zie de Toelichting op het voorontwerp van Boek 8, p. 1284.⁷

Men ziet dat de hoogste rechter hier onvoldoende betrokkenheid aanneemt van Citronas bij de vervoersovereenkomst, om doorwerking te kunnen aannemen, dat er geen vertrouwen bij Deka-Hanno in die zin gewekt is, en dat verder onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld zijn. Met name door dat laatste is weinig inzicht gekregen in de positie van Citronas in het geheel. Kortmann heeft dat in zijn AA-noot uitgewerkt; hij onderscheidt daarbij de situatie dat er sprake is van lossen vanaf de reling, waarbij het opslaan tot het werk van de ladingontvangers behoort, en het geval dat de vervoerder zich contractueel verbonden heeft die werkzaamheden te verrichten. De eerste situatie is gebruikelijk in de roterdamse haven. In het eerste geval zou de cargadoor als lasthebber van Citronas opgetreden zijn; men krijgt dan de vraag van derdenwerking in de lijn van het *Securicor*-arrest. In het tweede geval is er geen sprake van lastgeving door de ladingbelanghebbende Citronas, het werk komt voor rekening van de vervoerder. De stuwadoor (door tussenkomst van de cargadoor) is niet anders dan een hulppersoon van de vervoerder, aldus nog steeds Kortmann. In deze situatie rechtvaardigt naar zijn mening de maatschappelijke eenheid tussen vervoerder en stuwadoor/hulppersoon het toekennen van een beroep op de vrijtekeningsbedingen uit de vervoersovereenkomst aan de laatste.

Nu kent art. 6:257 BW die mogelijkheid alleen aan de ondergeschikte toe, doch Kortmann bepleit de uitbreiding van deze regel tot hulppersonen (waarin hij door Brunner indertijd gesteund werd). Men kan overigens in de vervoersovereenkomst dit resultaat bereiken door daarin een derdenbeding op te nemen, ten gunste van hulppersonen.

Het voert te ver om dieper op deze materie in te gaan. Als sluitstuk laat ik een uitspraak van de hoge raad volgen, waarin andermaal op deze kwestie ingegaan is, waarbij de raad belang hecht aan internationale regelingen op dit terrein en het zoeken naar een evenwicht bij de belangenafweging tussen de betrokken groeperingen.

In het arrest *Vojvodina - ECT*, HR 9 juni 1989, *NJ* 1990, 40, nt Cahen, ging het om de verkoop van een partij ham door Emona in Ljubljana, cif New York, aan Impex. Het vervoer ging per USL-container naar Rotterdam, waar de container wordt afgeleverd aan ECT, de vaste terminal operator van USL. In afwachting van verscheping wordt de container gestolen, waarbij een medewerker van ECT medeplichtig is. De verzekeraar van Impex spreekt ECT aan, die zich ter vrijwaring op de RSC-condities beroept die op de overeenkomst USL - ECT van toepassing waren, en krijgt daarbij het hof mee. Emona moest weten dat ECT ingeschakeld zou worden en dat deze zich altijd van de RSC-condities bediende, aangezien zij al eerder containers over Rotterdam naar New York had laten zenden. ECT had niet de indruk gewekt

§5. DERDENWERKING VAN OVEREENKOMSTEN

dat het dit keer anders zou gaan, en Impex had geen blijk gegeven niet akkoord te gaan met de gewone gang van zaken.

De kernoverwegingen van de hoge raad zijn:

‘(3.3) Middel I richt zich in de onderdelen a en b tegen ‘s hofs oordeel dat belanghebbenden de RSC 1955 in redelijkheid tegen zich moeten laten gelden. "Hoewel zij zelf niet geacht kunnen worden in deze in rechtstreekse contractuele relatie met ECT te staan" (r.o. 14). Het middel betoogt dat de door het hof aangevoerde gronden dat oordeel niet wettigen. Dit betoog treft doel.

Zoals is overwogen in HR 20 juni 1986, *NJ* 1987, 35, kan het beginsel dat contractuele bedingen alleen van kracht zijn tussen handelende partijen, in bepaalde gevallen uitzondering lijden in dier voege dat een derde een contractueel beding in redelijkheid tegen zich moet laten gelden, maar zal daartoe een voldoende rechtvaardiging moeten kunnen worden gevonden in de aard van het betreffende geval en moet daarbij ook het wettelijk stelsel in het oog worden gehouden.

Uit de enkele door het hof in de r.o. 8 t/m 14 van zijn arrest vermelde omstandigheden kan niet worden afgeleid dat Impex of Emona door haar gedragingen bij ECT het vertrouwen heeft opgewekt dat ECT ter zake van de door USL aan haar toevertrouwde goederen tegenover belanghebbenden bij die goederen een beroep op de RSC 1955 zou kunnen doen. Evenmin volgt uit die omstandigheden dat Impex of Emona in een bijzondere relatie stond tot ECT. Het onderhavige geval kan dan ook niet op grond van die omstandigheden op één lijn worden gesteld met gevallen als die waarop de arresten HR 7 maart 1969, *NJ* 1969, 249 en HR 12 januari 1979, *NJ* 1979, 362, betrekking hadden.

Het wettelijk stelsel dat ten tijde van de onderhavige voorvallen gold, geeft evenmin als het huidige stelsel van de wet aanknopingspunten voor de opvatting dat in gevallen als het onderhavige, waarin goederen in afwachting van (door-)vervoer over zee zijn toevertrouwd aan een stuwadoor of opslagbedrijf, bij ontbreken van bijzondere omstandigheden als bedoeld in voormelde arresten werking tegenover derden - belanghebbenden bij die goederen - zou moeten worden toegekend aan tussen de stuwadoor of het opslagbedrijf en zijn opdrachtgever overeengekomen bedingen strekkende tot beperking van aansprakelijkheid van eerstgenoemde. Daarbij verdient nog aantekening dat de derdenwerking die in het zeerecht door de wetgever of in verdragen aan overeenkomsten is of zal worden toegekend, mede in verband moet worden gezien met het door middel van dwingend recht ter zake van dergelijke overeenkomsten gewaarborgde evenwicht tussen de belangen van hen die als vervoerder of anderszins hun diensten met de daaraan verbonden risico's ter beschikking stellen en de belangen van hen die op deze diensten zijn aangewezen. Een dergelijk door wet of verdrag gewaarborgd evenwicht bestaat vooralsnog niet tussen stuwadoors of dergelijke dienstverrichters en hun wederpartijen. Dat het met internationale ontwikkelingen strookt om ook hier verband te leggen tussen derdenwerking en door dwingend recht gewaarborgd evenwicht tussen partijen kan blijken uit het door de ‘Working Group on International Contract Practice’ van de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) opgesteld ontwerpverdrag inzake ‘Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade’, opgenomen in het verslag van de in januari 1988 gehouden zitting van die werkgroep en onder meer gepubliceerd in *Journal of Maritime Law and Commerce*, 1989, p. 21.

3.4. Nu uit de stukken van het geding niet blijkt dat ECT zich behalve op de door het hof vermelde omstandigheden nog heeft beroepen op andere omstandigheden welke werking van de RSC 1955 jegens ladingbelanghebbenden zouden kunnen rechtvaardigen, moet worden aangenomen dat ECT zich tegenover Vojvodina niet met succes kan beroepen op de beperking van aansprakelijkheid geregeld in art. 6 lid 3 van de RSC 1955.¹⁵

15. Vgl. in dit verband ook nog Zwitser, *NTBR* 1997, p. 115, m.b.t. Rb Haarlem 3 sept. 1996.

6. PROBLEMEN BIJ DE UITVOERING

Sindsdien blijkt dit onderwerp in de rechtspraak terug te komen, zie HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 494, nt WMK; HR 21 jan. 2000, *NJ* 553, *ODS - Curaçao Port*; *NTBR* 2000, p. 241, nt Haak. Het laatste arrest is een bevestiging van *Vojvodina - ECT*.

Hoofdstuk 7.

Beëindiging van overeenkomsten

§1. Betaling (nakoming)

A. INLEIDING

1. *Uitgangspunt. Betaling als eenzijdige rechtshandeling. Gebruikte terminologie*

Bij de behandeling van de betaling, alias nakoming, kan men zich allereerst de vraag stellen of deze rechtsfiguur als rechtshandeling aangemerkt kan worden.¹ Doch de beantwoording van deze laatste vraag zal, gelijk ook Wiersma opmerkt², afhangen van de rechtshandelingconceptie waarvan men uitgaat, en daarmee is de cirkel gesloten. Om deze kringloop te doorbreken begin ik met te stellen dat de betaling een *eenzijdige rechtshandeling* in de door mij bedoelde zin is, om dan na te gaan of voor deze opvatting steun in de rechtspraak en literatuur te vinden is.

Betaling zou ik derhalve willen omschrijven als: *een door één persoon verrichte handeling die krachtens de geldende rechtsnormen - gezien de wijze waarop zij verricht werd en de omstandigheden waaronder dit gebeurde - beschouwd dient te worden als nakoming van een bepaalde verbintenis*. In deze zienswijze is dus de *toerekening van het rechtsgevolg* (hier: het teniet gaan van een verbintenis) het essentiële van de handeling, en niet de op dat rechtsgevolg gerichte wil. In deze opvatting zal, indien een debiteur bij vergissing een schuld voldoet die door hem ontkend wordt, en deze vergissing de crediteur niet bekend hoefde te zijn, die handeling als een betaling aangemerkt worden. Of die betaling weer ongedaan gemaakt kan worden - een vraag die zich bij elke rechtshandeling laat stellen - is een andere zaak. Vooral nog geldt die prestatie in rechte als betaling.³ Bij de omschrijving van de betaling lijkt het mij niet nodig als element van de handeling op te nemen de gerichtheid daarvan op de schuldeiser. Dit is immers een zaak die aan de hand van de (vermelde) rechtsnormen uitgemaakt moet worden, waarbij geldt dat ook ten aanzien van de

1. Deze paragraaf is een herziene versie van *N.U.*, diss. (1971), p. 14-25. Niet opgenomen werd p. 26-40, waarin de doktrine, NBW en bijzondere betalingsfiguren behandeld werden. Zie verder: Asser-Hartkamp I, nr 181 v.; F.H.J. Mijnsen, *De rekening-courantverhouding*, 1988; W.A.K. Rank, *Geld, geldschuld en betaling*, diss. Leiden, 1996, *Serie recht en praktijk*, nr 94 (met name voor de girale betalingen, die 8 mln keer per dag plaatsvinden (1996)). Overeenkomstig de gangbare terminologie spreek ik hier van 'betaling', alhoewel ik zelf aan het begrip *nakoming* de voorkeur zou willen geven. Vgl. voor de terminologie van het BW hieronder.

2. Hofmann-Drion-Wiersma, p. 296, een probleem dat Wiersma overigens in het midden laat. Vgl. verder Asser-Rutten I (1981), p. 296 v.; Asser-Hartkamp I (1992), nr 186 v. (idem).

3. Vgl. voor de 'onverschuldigde betaling', Deel 2, Hfdst. 13, § 2, nr 2.

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

gerichtheid de intentie van de handelende niet doorslaggevend is.⁴ De plaats en wijze van betaling welke in concreto geboden zijn, zijn immers eerst door uitleg van de verbintenis vast te stellen, welke uitleg van normatieve aard is (vgl. onder). Daarbij dient men te bedenken dat in het merendeel van de overeenkomsten, om een belangrijke bron van verbintenissen te noemen, de persoon van de schuldeiser slechts indirect bij de nakomingshandeling betrokken is, zoals bijvoorbeeld het geval is indien clausules als 'af fabriek' overeengekomen zijn, bij de c.i.f.-koop en (uiteraard) in geval van een derdenbeding. Daarnaast is bij voldoening van een geldschuld de betaling steevast gericht tot de bank- of girodienst, die blijkens de faktuur of het briefhoofd van de crediteur door hem gemachtigd is het geldbedrag in ontvangst te nemen. Ook bij deze laatste figuur blijkt men door uitleg - werd de schijn gewekt dat de bank tot ontvangst gemachtigd was? - te komen tot de contractueel vereiste vorm van betaling, of eigenlijk, plaats van betaling.

In de hier door mij verdedigde opvatting over de betaling ging ik ervan uit dat de betaling een rechtshandeling is, in de eerder door mij aanvaarde zin, terwijl verder de handeling als eenzijdig gedacht wordt. De voltooiing van de betalingshandeling is in mijn opvatting dus onafhankelijk van de acceptatie van die handeling door de schuldeiser. De wil tot schulddelging van de debiteur, noch de wil van gelijke strekking van de crediteur spelen in deze opvatting een doorslaggevende rol.

Alvorens mijn betalingsbegrip te testen en nader uit te werken door het af te zetten tegen de in de literatuur en het BW aangehangen opvattingen, lijkt het mij raadzaam eerst eens na te gaan of voor mijn standpunt steun te vinden is in de jurisprudentie. De vele vragen die het door mij aanvaarde betalingsbegrip zal oproepen, komen naar ik meen, daarbij gaandeweg aan de orde.

Indien in het vervolg de term 'prestatie' gebruikt wordt, dan wordt hieronder een kleurloos begrip verstaan, als synoniem van de term 'handeling'. Met name is dus, indien gesproken wordt van een 'prestatie', het bestaan van een verbintenis die daartoe zou verplichten, een open vraag. Indien ik daarentegen van 'betaling' spreek, dan heb ik uitsluitend het oog op de rechtsbetekenis van dat woord, namelijk de nakoming van een verbintenis.

B. DE OPVATTING OVER BETALING IN DE RECHTSPRAAK

2. *Twee standaard-arresten: Van Limburg - Möller (1899) en Van der Schuyt - Bank v.d. Middenstand (1927). Betaling als eenzijdige, normatief uit te leggen rechtshandeling*

Over het rechtskarakter van de betaling heeft de rechter zich zeer zelden uitgesproken. Er bestaat een vergeten uitspraak van de hoge raad, die de handboeken nooit gehaald heeft, waarbij bepaald wordt dat de betaling tot de rechtshandelingen gerekend moet worden. Het arrest van 23 november 1899 *W7365, Van Limburg - Möller* handelde over het inmiddels vervallen art. 1933

4. Vgl. voor het gericht zijn van de handeling nader bij de behandeling van het aanbod, Hfdst. 1, § 4, nr 2.

§1. BETALING (NAKOMING)

BW⁵, met name over de vraag of een betaling van een schuld die *f* 300 te boven ging door getuigen bewezen mocht worden. In het middel werd gesteld dat art. 1933 slechts betrekking heeft op overeenkomsten, en niet op handelingen, welke strekken tot voldoening aan een overeenkomst, zoals in deze de teruggave van geleende gelden. De hoge raad overweegt dat 'al is die teruggave geen overeenkomst, door die teruggave eene verbintenis te niet gaat', en vervolgt, na aanhaling van art. 1933:

'dat het niet aannemelijk is dat in die wetsbepaling het woord "akte" dezelfde betekenis zou hebben als "overeenkomst", doch dat de bedoeling van de bepaling is het bewijs door getuigen uit te sluiten van elke rechtshandeling - in welken zin het woord "akte" ook in art. 1484 BW voorkomt - of overeenkomst, welke eene waarde van *f* 300 te boven gaande, verbintenis of ontheffing van schuld bevat' (mijn curs.).

Waarna verwerping van het beroep volgt, conform de conclusie van a-g Gregory, die eveneens de betaling als rechtshandeling ziet.⁶ Het valt overigens op, dat de hoge raad de 'teruggave', de betaling van een leenschuld, niet als een tweezijdige, doch als een eenzijdige *rechtshandeling* blijkt te zien, want de teruggave is *geen overeenkomst*, maar *wél gaat door de teruggave eene verbintenis teniet*.

In de jurisprudentie van deze eeuw kan als standaardarrest voor het leerstuk van betaling genoemd worden het arrest van de hoge raad van 18 februari 1927, *Van der Schuyt - Bank v.d. Middenstand*⁷, al geniet het als zodanig geen bekendheid. De bank had van mevr. Kooy, grootaandeelhoudster van de NV Kooy & Cnopius, opdracht gekregen aan Van der Schuyt een geldsom te betalen. De bank betaalt het bedrag echter per abuis zonder de daarbij gestelde voorwaarden (i.v.m. een nog te sluiten overeenkomst), terwijl bovendien ten onrechte de NV als lastgever vermeld werd. De vordering uit onverschuldigde betaling, door de bank ingesteld, krijgt het fiat van het hof. De hoge raad overweegt:

'Dat nu bij de beantwoording van de vraag of de Bank terecht het betaalde terugvordert, het hof rekening houdt niet met de betaling, zooals de Bank die inderdaad tegenover de te goeder trouw zijnde Van der Schuyt heeft verklaard te doen, namelijk in opdracht van Kooy & Cnopius, maar met die, zooals de Bank die heeft bedoeld te doen, namelijk in opdracht van Mevr. Kooy;

dat het middel in zijn eerste gedeelte terecht hiertegen opkomt;

dat toch betaling is nakoming eener verbintenis en voor die nakoming gelden moet wat ook geldt voor het ontstaan of den inhoud eener verbintenis, namelijk: dat bij de beoordeeling van een en ander niet in aanmerking komen niet geopenbaarde en aan de wederpartij

5. Art. 1933: 'Dit bewijs wordt niet toegelaten om het aanwezen aan te tonen van eenige akte of overeenkomst, welke hetzij eene verbintenis, hetzij eenige ontheffing van schuld bevat, wanneer het onderwerp de som of de waarde van *f* 300 te boven gaat' (vervallen in 1923).

6. Het standpunt van de hoge raad vindt bij H.J. Hamaker felle bestrijding in diens - naar aanleiding van dit arrest verschenen - artikel *De betaling en art. 1933 BW*, WPNR 1575-76, (1900) *Verspr. Geschr.* V, p. 229 v. Vgl. ook hieronder, no. 8.

7. 1. NJ 1929, 574, nt EMM *Van der Schuyt's Stoombootrederij - Alg. Centrale Bankvereeniging voor den Middenstand*. Het arrest was ook voor de problematiek rond de 'toestemming' van art. 1356 oud BW van belang, en voor de uitleg in het algemeen, Hfdst. 1, § 4, nr 7.

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

*onbekende bedoelingen, maar alleen dat geldt, wat deze uit de gedane wilsverklaring moest afleiden.*⁸

Het belang van dit arrest stijgt boven de figuur van betaling uit: de hoge raad aanvaardt hier de methode van uitleg die ik *de normatieve methode* zou willen noemen, zowel ter bepaling van het *ontstaan* van een verbintenis, van haar *inhoud*, en van haar *tenietgaan*, te weten door de *betaling (nakoming)*. Ten aanzien van al die rechtsvragen - aldus meen ik de laatst geciteerde overweging te kunnen parafraseren - is niet de *bedoeling* die bij de handelende voorzat normgevend, maar de betekenis die degeen tot wie de handeling gericht werd, daaraan *moest* verbinden op grond van de in casu geldende rechtsnormen.⁹ Het accent wordt hierbij van de subjektieve sfeer - de interne bedoelingen van de handelende - verlegd naar de objektieve, normatieve sfeer - de verschijning van die handeling in de rechtsorde, waarbij de aan de handeling te hechten rechtsbetekenis centraal staat.

Dat dit arrest niet de bekendheid heeft gekregen die het verdient, valt mede toe te schrijven aan de sobere noot eronder van Meijers, wiens visie dan ook diametraal tegenover de zoëven weergegevene staat.¹⁰ Meijers merkt slechts op dat de hoge raad in dit arrest ten aanzien van de vraag 'wil of vertrouwen', wederom 'onvoorwaardelijk voor de laatste opvatting partij kiest', een uitspraak die hij later vergeten lijkt te zijn.¹¹

Voor de hier verdedigde betalingsopvatting vormt, zo zou ik willen concluderen het *Van der Schuyt - Bank v.d. Middenstand*-arrest een goede grondslag.

3. *De jurisprudentie inzake de imputatie van betaling. Het wettelijk toerekeningsstelsel*

Afgezien van de hierboven besproken arresten, komt de betalingsfiguur nog aan bod in uitspraken die doorgaans de volgende casuspositie betreffen. Een debiteur, die ten aanzien van één crediteur verschillende geldschulden heeft, maakt aan de laatste geld over, zonder dat duidelijk is welke schuld door de betaling teniet is gegaan, althans partijen verschillen daarover van mening. In dit kader komt ter sprake, welke de kenmerken van een betalingshandeling zijn. Nu wordt zoals bekend deze problematiek beheerst door de bepalingen inzake de toerekening van betalingen, de artt. 6:43-51 BW (overeenkomstig artt. 1432-1435 oud BW), voorzover partijen daarvan niet bij overeenkomst zijn afgeweken.¹² Om het systeem van deze wettelijke regeling in herinnering te

8. Mijn curs., conform de conclusie van a-g Tak die hier - sprekend van de uitleg van rechtshandelingen(!) - de uitlegmethode van Suijling volgt, waarover boven, p. 98.

9. Deze laatste staan wel bekend als 'de regels der goede trouw, vgl. Deel 2, Hfdst. 8, § 1, nr 2.

10. Vgl. daarvoor i.h.b., boven, Hfdst. 6, § 4, nrs 4 en 6.

11. *Toel.* NBW, p. 182 ad art. 3:33. In het ontwerp wordt een combinatie van wilsleer en vertrouwensleer aanvaard. Vgl. voor een bestrijding daarvan, Asser-Rutten II (1982) p. 71, die Meijers hierin volgt, beroept zich ten onrechte o.a. op het onderhavige arrest. Vgl. ook Asser-Hartkamp II, nr 103 v.

12. Rutten verdedigt daarnaast, dat de artt. 1432-35 oud BW ook hebben te wijken voor de toerekening die naar gebruik en billijkheid uit de overeenkomst voortvloeit. Asser-Rutten I, p.

§1. BETALING (NAKOMING)

brengen - hetgeen voor de beoordeling van de hiervolgende jurisprudentie van belang is - maak ik graag gebruik van overwegingen van de hoge raad in het arrest van 20 maart 1964¹³, die als compendium van de onderhavige stof zeer geschikt zijn.

Het college overweegt daarbij:

‘... dat in een geval waarin een schuldenaar bij aanwezigheid van verscheidene schulden, gebruik makende van het hem in art. 1432 gegeven recht, verklaart de betaling te willen doen strekken tot gedeeltelijke voldoening van een der schulden, de schuldeiser op grond van het in art. 1426 bepaalde die gedeeltelijke afbetaling kan weigeren;

dat, indien de schuldenaar bij de betaling geen der schulden aanwijst, de schuldeiser overeenkomstig art. 1434 in de kwijting kan verklaren dat hetgeen hij ontvangen heeft in het bijzonder tot voldoening van een der schulden strekt en de schuldenaar die deze kwijting heeft aangenomen alsdan aan die verklaring gebonden is;

dat echter, indien de schuldeiser de betaling heeft aanvaard zonder dat pp. zich op een der in de voornoemde bepalingen aangegeven wijzen hebben uitgelaten, hij achteraf zich er niet over kan beklagen dat, met toepassing van art. 1435, de betaling wordt gerekend te zijn gedaan ter voldoening van de schuld welke de schuldenaar ten dage der betaling het meeste belang had te voldoen, ook al zou die betaling slechts tot gedeeltelijke voldoening van die schuld hebben gestrekt;

dat mitsdien in het stelsel der wet het in art. 1426 neergelegde beginsel zich niet, gelijk het middel bepleit, tegen zodanige toerekening van de betaling verzet;

dat aan een en ander niet kan afdoen dat de schuldeiser intern, bijvoorbeeld in zijn boekhouding, de betaling als geschied ter voldoening van een bepaalde schuld heeft aangemerkt, zodat hetgeen daaromtrent aan het slot van subonderdeel 2 wordt gesteld evenmin doel treft.’¹⁴

In dit wettelijk systeem, waarbij de benaming ‘toerekening van betaling’ reeds te denken geeft, is steun te vinden voor de hier verdedigde betalingsopvatting. Ingevolge art. 1432 (oud) kan de debiteur bij het verrichten van de prestatie verklaren tot voldoening van welke schuld zij geschiedt. Wordt de prestatie ongecauseerd verricht, dan wordt zij in de heersende opvatting¹⁵ geacht te zijn

344. *Anders Hofmann-Drion-Wiersma*, p. 324, die niet verder wil gaan dan het ‘stilzwijgend overeengekomen’ afwijken. Vgl. ook hieronder, nt 18.

13. *NJ* 1964, 461, nt GIS, *Curator Ficra NV-Krau*. Partijen verschilden in deze procedure van mening of betalingen aangemerkt moesten worden als (gedeeltelijke) stortingen op aandelen, dan wel als geldleningen aan de NV.

14. G.J. Scholten meent in zijn noot onder het arrest dat deze overweging apodictisch is, met het argument dat in een situatie zoals hier aan de orde is de crediteur die een kwijting afgeeft *niet behoeft te denken* aan de schuld die door de betaling slechts ten dele voldaan zou worden, welke betaling hij dan ingevolge art. 1426 zou kunnen weigeren. Deze gedachtengang is m.i. hierom onzuiver. Stel: er zijn twee opeisbare schulden, de 1e à *f* 1.500, de 2e à *f* 2.200. De crediteur ontvangt *f* 2.200 zonder omschrijving waartoe de betaling strekt; in dat geval mag hij zijn debiteur de betaling van de 2e schuld toerekenen, en wel *ingevolge art. 1432 oud BW*. De verklaring van de debiteur wordt hier afgeleid uit de omstandigheden, en wel uit het feit dat de betaalde som correspondeert met het bedrag dat de 2e schuld bedroeg (vgl. Hof Amsterdam 31 okt. 1940, *NJ* 1941, 720, onderschreven door Hofmann-Drion-Wiersma, p. 239 en Asser-Rutten I, p. 344). Maakt in het gestelde geval de debiteur *f* 1.000 over, dan is mij niet duidelijk onder welke omstandigheden de crediteur aan een gedeeltelijke betaling van de 1e schuld (terecht) *niet behoefde* te denken, zoals Scholten stelt.

15. Vgl. de in de vorige noot genoemde jurisprudentie en literatuur en ook nog HR 2 dec. 1953, vgl. onder, no. 4; thans niet meer in art. 6:43, lid 2 BW opgenomen.

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

geschied ter betaling van die schuld welke met de hoogte van het betaalde bedrag overeenstemt. Door de omstandigheid dat die bedragen overeenstemmen, wordt de handeling de handelende persoon als betaling van de daarvoor in aanmerking komende schuld *toegerekend*, ook al kan de handelende aantonen dat zijn wil bij het verrichten van die handeling niet op delging van die schuld gericht was (vgl. het hierboven gegeven voorbeeld dat een debiteur per abuis een schuld voldoet die hij - niet kenbaar voor de crediteur - voornemens is te betwisten). Daarnaast biedt art. 6:43 lid 2 BW steun voor de gedachte dat de essentiale van de betaling gevormd wordt door de toerekening, en niet door de wil van de handelende: indien de storting van een geldsom bijvoorbeeld, van debiteur noch crediteur een 'earmark' kreeg als strekkende ter voldoening van een bepaalde schuld, geven de belangen van de debiteur ten tijde van de storting de doorslag bij de vaststelling tot delging van welke schuld de prestatie strekte. Dit naar mijn mening objectief te hanteren criterium van 'de meest bezwarende verbintenis'¹⁶, beheerst de toerekening van de betaling aan de handelende, en dus niet bijvoorbeeld de *wil* van de handelende. Of de objectieve duiding van dit wettelijk criterium verdedigbaar is - Wiersma, Rutten en de Toelichting NBW zwijgen over dit aspect¹⁷ - zal aan het in de rechtspraak ingenomen standpunt getoetst moeten worden.

4. *Objektivering van de toerekening in het arrest van 2 december 1953*

Het eerste van een drietal arresten van de hoge raad dat bespreking verdient, is een uitspraak van 2 december 1953.¹⁸ Dit geval lag als volgt. Q werd na echtscheiding veroordeeld zijn gewezen vrouw Z en het uit het huwelijk geboren kind uitkeringen te betalen van resp. *f* 20 en *f* 5 per week. Q betaalt ongeregeld, en maandelijks niet meer dan de helft van de verschuldigde totale som. De belanghebbende in de procedure leeft in concubinaat met Mej. Z en doet een beroep op kinderaftrek, aangezien volgens zijn stelling Q slechts de helft van de uitkering à *f* 5 ten behoeve van het kind voldoet, zodat de kosten van het kind voor het overige ten laste van belanghebbende komen. De raad van beroep denkt er anders over: uit het feit dat de moeder van het kind met belanghebbende in concubinaat leeft, en dus door hem, althans ten dele, wordt onderhouden, leidt de raad af, dat 'de door Q gedane uitkeringen in de eerste plaats *geacht moeten worden* door hem te zijn bedoeld en geschied t.b.v. het kind' (mijn curs.). Ten aanzien van de klacht dat dit laatste alleen het geval kan zijn indien Q *uitdrukkelijk bij de betaling deze bedoeling zou hebben te kennen gegeven en Z zich*

16. Vgl. ook art. 1435, lid 1 oud BW dat spreekt van 'het meeste belang'.

17. Het objectieve karakter van dit criterium heeft voor mij tot gevolg dat het zoëven naar voreengebrachte standpunt van Rutten, dat de door gebruik en billijkheid aangewezen toerekening boven de wettelijke gaat, veel aan belang inboet. Immers 'het meeste belang' laat zich, indien objectief beschouwd, slechts vaststellen aan de hand van gebruik en billijkheid. Het belang van de debiteur bij de betaling is in de door de goede trouw beheerste rechtsbetrekking toch enkel relevant indien het een redelijk, '*gerechtvaardigd*' (zie de HR in *Baris-Riezenkamp* (1957)) belang betreft. Dit wordt miskend door Rutten, p. 344, bovenaan (Asser-Hartkamp I, nr 250, idem) (vgl. voor de verklaring ingevolge art. 1432 hieronder).

18. *NJ* 1954, 229, nt PhANH., beroepschrift tegen een uitspraak van een raad van beroep voor de dir. bel.

§1. BETALING (NAKOMING)

daarmee akkoord zou hebben verklaard, m.a.w. de klacht dat miskend werd dat betaling een *tweezijdige rechtshandeling* is, overweegt de hoge raad:

‘dat volgens artikel 1432 BW de schuldenaar van verscheidene schulden het recht heeft, bij het doen der betalingen te verklaren tot voldoening van welke dier schulden hij de betaalde som wil doen strekken; dat deze bepaling *geen uitdrukkelijke wilsverklaring vergt*, zodat de daarbedoelde verklaring ook - zoals te dezen door den Raad is geschied - bij *gevolgtrekking uit de omstandigheden van het geval kan worden afgeleid*’ (mijn curs.).

Deze uitspraak - die overigens een bevestiging vormt van het reeds genoemde arrest van het amsterdams hof van 31 oktober 1940 - is in twee opzichten van groot belang. Allereerst negeert de cassatierechter de stelling van het middel, dat betaling een *tweezijdige rechtshandeling* zou zijn, en komt met een overweging die slechts past in de visie dat het hier om een *eenzijdige rechtshandeling* gaat.¹⁹ In de tweede plaats geeft de hoge raad - door de verklaring met de omstandigheden te laten versmelten - de toerekening van de betaling een *objektief karakter*: de omstandigheden van het geval zijn bepalend bij de vraag tot delging van welke schuld de prestatie ‘geacht moet worden’ te strekken (waarmee de prestatie tevens het predikaat ‘betaling’ verkrijgt). De subjektieve, niet kenbare bedoeling die bij de handelende voorzat, speelt geen rol.²⁰

5. Normatieve toerekening van betaling in Kwant - Lentz (1960)

De betalingshandeling komt wederom aan de orde in het arrest van 29 januari 1960, *Kwant - Lentz*.²¹ Het betrof hier een geschil tussen de architect Lentz en de aannemer Kwant, dat uit de overwegingen van de hoge raad voldoende duidelijk wordt:

1. ‘dat in het onderhavige geding Lentz betaling heeft gevorderd van een geldvordering van pro resto f 5000 en Kwant als verweer heeft aangevoerd, dat hij aan deze schuld gedeeltelijk heeft voldaan doordat hij aan Lentz een geldsom van f 2500 heeft betaald;

2. dat Lentz deze betaling heeft erkend doch heeft gesteld dat het betaalde bedrag in mindering moet komen van een andere geldvordering die hij op Kwant zou hebben;

19. Welk rechtshandelingsbegrip men hierbij aanvaardt, doet niet veel ter zake; ook aan de traditionele opvatting wordt voldaan, nu het hier gaat over een wilsverklaring, gericht op een rechtsgevolg, nl. voldoening van een bepaalde schuld.

20. Houwing - zelf aanhanger van de wilsleer - gaat in zijn uiterst korte noot geheel voorbij aan de aspecten die dit arrest biedt voor de vraag naar het rechtskarakter van de betaling. Hij stelt slechts dat de wil van de debiteur geopenbaard moet worden om relevant te kunnen zijn, en geeft een voor de hand liggende interpretatie van de door de raad van beroep gehanteerde term ‘geacht moesten (lees: moeten) worden’. Het laat zich aanzien dat de noot er niet toe heeft bijgedragen dat het arrest de aandacht kreeg die het ongetwijfeld verdient, evenals eerder het geval was t.a.v. Meijers’ noot onder het *Van der Schuyt-Bank v.d. Middenstand*-arrest, vgl. boven. Beide arresten behoren met het *rederij Koppe*-arrest (zie onder p. 108 v.) dat eveneens door Houwing geannoteerd werd, en het door G.J. Scholten van een noot voorzien *Sanders - Sanders*-arrest (zie onder, bij de opzegging, § 2, nr 8), tot de lelijke eenden in het privaatrecht, tot de laatbloeiers.

21. *NJ* 1960, 133, nt LEHR Geen der raadsheren die het arrest van 1953 hadden gewezen, had ditmaal zitting in de kamer, wél de toenmalige annotator Houwing.

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

3. dat Kwant heeft ontkend, dat hij nog een tweede schuld aan Lentz heeft;
4. dat in het bestreden arrest is beslist, dat onder deze omstandigheden Kwant het bewijs moet leveren, dat de betaling is geschied op de ingevorderde schuld;
5. dat bij de beoordeling van het tegen deze beslissing gerichte cassatiemiddel moet worden vooropgesteld, dat krachtens art. 1902 BW Lentz bewijs moet leveren van zijn stelling, dat hij, behalve de vordering, waarvan hij in dit geding betaling vordert, nog een tweede geldvordering op Kwant heeft verkregen;
6. dat derhalve, zolang Lentz dit bewijs niet heeft geleverd, moet worden aangenomen, dat Kwant, toen hij aan Lentz een bedrag van f 2500 betaalde, alleen het thans gevorderde bedrag verschuldigd was;
7. dat aan 's Hof's beslissing blijkbaar ten grondslag ligt, dat voor het tenietgaan ener geldschuld door betaling niet voldoende is, dat de schuldenaar de prestatie verricht waartoe hij krachtens de verbintenis gehouden is, doch bovendien het vereiste moet worden gesteld, dat hij bij de betaling de voor den schuldeiser kenbare bedoeling heeft gehad om daarmee aan deze bepaalde verbintenis te voldoen;
8. dat dit vereiste in de wet geen steun vindt;
9. dat intengedeel uit het in art. 1435 bepaalde blijkt, dat bij het verrichten ener betaling in het midden kan worden gelaten op welke schuld de betaling moet worden toegerekend;
10. dat het hof mitsdien ten onrechte van Kwant het bewijs heeft gevorderd, dat de betaling is geschied op de ingevorderde schuld, zodat het middel gegrond is en het bestreden arrest niet in stand kan blijven' (cijfers van mij).

Is in dit arrest nu steun te vinden voor de hier verdedigde betalingsopvatting? De overwegingen 7 v., welke naar een obiter dictum neigen, zijn in dit opzicht van belang. De hoge raad stelt daar naar mijn mening, dat in geval verschillende (geld)schulden uitstaan, aan de betaling, anders dan het hof 'kennelijk' meent, naast de feitelijke prestatie niet het vereiste moet worden gesteld dat de debiteur de bedoeling heeft gehad - welke voor de crediteur kenbaar was - om aan een bepaalde verbintenis te voldoen. De wet leert ingevolge art. 1435 zelfs het tegendeel, aldus de raad, aangezien blijkens dit artikel bij het verrichten van een betaling (lees: prestatie) in het midden kan worden gelaten 'op welke schuld de betaling moet worden toegerekend'. Met andere woorden *wanneer een debiteur verschillende schulden bij zijn crediteur heeft, is voor de toerekening van de betaling de intentie van de debiteur, zijn op schulddelging gerichte wil, van geen belang*. Dit standpunt van de hoge raad is tegengesteld aan hetwelk te onzent door Rutten, en in Duitsland door o.a. Enneccerus-Lehmann verdedigd wordt.²²

Wat is het belang van dit arrest? Rutten meent in zijn noot, dat de hoge raad, met het afwijzen van de animus solvendi als onmisbaar vereiste voor de betaling, deze handeling *niet als een rechtshandeling ziet*, en associeert deze opvatting met de in Duitsland heersende theorie van de 'reale Leistungsbewirkung', waarover hieronder meer. Deze conclusie is slechts gerechtvaardigd, indien men met de annotator ervan uitgaat dat de wil het centrale element van de rechtshandeling uitmaakt, en bovendien veronderstelt - gelijk Rutten stilzwijgend doet - dat de hoge raad deze zienswijze deelt. Hier doemen de al in de aanvang van deze paragraaf gesignaleerde cirkels weer op. In mijn opvatting past de onderhavige uitspraak in de eerder, bij arrest van 2 december 1953 ontwikkelde leer van de hoge raad, waarbij de betaling als een

22. Asser-Rutten I, p. 296 v. (Asser-Hartkamp I, nr 196, v., idem); Enneccerus-Lehman, *Schuldrecht*, 1958, p. 250 v. Waarover nader *N.U.*, diss. p. 27 v., bespreking van theorieën als 'die reale Leistungsbewirkung' en de 'beschränkte Vertragstheorie'.

§1. BETALING (NAKOMING)

eenzijdige rechtshandeling gezien wordt. Wederom wordt de medewerking van de crediteur aan de betalingshandeling, in de vorm van een akkoord gaan met de betaling, niet vereist, hetgeen te meer spreekt, indien men bedenkt dat in casu de crediteur Lentz met de betaling in het geheel niet akkoord ging. Daarnaast is uit dit arrest op te maken, dat in de opvatting van de hoogste rechter, bij die eenzijdige rechtshandeling, de (op schulddelging gerichte) wil van de handelende niet de doorslag geeft bij de bepaling van de inhoud van die handeling (in casu: op welke schuld de prestatie gericht was). Dit strookt met de door mij verdedigde opvatting over de rechtshandeling.

Al met al meen ik in het arrest *Kwant - Lentz*, dat gewezen werd voor het geval verschillende gelijksoortige schulden aan eenzelfde crediteur bestaan, steun te vinden voor mijn betalingsopvatting. Ik zie het arrest als een voortzetting van de lijn die via het arrest van 2 december 1953, en de principiële uitspraak in *Van der Schuyt - Bank v.d. Middenstand* (1927), zijn beginpunt vindt in het arrest van 1899, *Van Limburg - Möller*. Deze laatste arresten worden door Rutten overigens in zijn noot niet vermeld²³, terwijl zij evenmin door a-g Loeff in oenschouw genomen worden in zijn conclusie.

6. *Het onbevredigende arrest van 11 februari 1966*

In 1966 tenslotte, leidt de onderhavige problematiek weer tot een uitspraak van de hoge raad. Het geval, beslist bij arrest van 11 februari 1966²⁴, betrof een ongehuwde vrouw, werkzaam aan een onderwijsinstelling in de Nederlandse Antillen, bij wie door een collega Y een kind verwekt werd. De vrouw neemt tijdens haar zwangerschap ontslag en reist op eigen kosten terug naar Nederland, terwijl bovendien nog een gedeelte van de reis- en uitrustingskosten voor haar rekening komen. Na de geboorte van het onwettige, niet erkende kind, wordt de man Y veroordeeld de kosten van bevalling en zes weken onderhoud te voldoen, ten bedrage van *f* 700, naast een maandelijks uitkering aan het kind vanaf de dag der geboorte. Nu had Y vóór de geboorte de vrouw *f* 500 afgedragen, en daarna *f* 750. De laatste meent dat deze bedragen door Y aan haar ter hand werden gesteld als tegemoetkoming in de lasten, welke haar ontslagname en verhuizing naar Nederland met zich brachten, terwijl Y zich daarentegen op het standpunt stelt dat deze uitkeringen hebben gestrekt tot voldoening van op hem ingevolge bevalling en geboorte rustende verplichtingen. Voor dit probleem hebben rechtbank, hof, a-g Van Oosten en tenslotte de hoge raad ieder een andere oplossing, terwijl de oplossing die ik zou willen verdedigen van alle andere weer verschilt.

Het haagse hof stelt, anders dan de rechtbank, de man Y in het gelijk, met de overweging, dat '*nu het tegendeel niet blijkt* moet worden aangenomen, dat deze betalingen ad in totaal *f* 1250 gestrekt hebben ter voldoening van de op Y rechtens rustende verplichtingen'. De hoge raad stemt hiermee in, voor wat de betalingen ná de geboorte betreft, en legt de overweging van het hof aldus uit:

23. In zijn handboek merkt Rutten n.a.v. het arrest van 1953 slechts op, dat de verklaring van de schuldenaar als bedoeld in art. 1432 geen uitdrukkelijke behoefte te zijn, t.a.p., p. 344 (Asser-Hartkamp I, nr 251, idem).

24. *NJ* 1966, 194, nt GJS.

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

‘dat immers tegenover het beroep, door Y gedaan op het met deze betalingen gekweten zijn van voormelde bestaande en vervallen schulden, *X had te stellen en te bewijzen* hetzij dat ten tijde van die betalingen tevens openstond een andere, eveneens vervallen schuld, waarop toerekening van betalingen had moeten zijn gedaan, hetzij dat Y die bedragen met een ander doel dan ter voldoening van die verplichtingen aan haar had toegezonden’ (mijn curs.).

Het feit dat de vrouw X niet aan het hier door de raad geformuleerde vereiste had voldaan, blijkt fataal te zijn. Anders ligt het echter met het *voor de geboorte* terhand gestelde bedrag van *f* 500: met betrekking tot deze prestatie ‘heeft Y het bewijs te leveren dat hij dit bedrag destijds aan X heeft doen toekomen teneinde het, in voorschot, te doen strekken ter voldoening van hetgeen hij in geval van bevalling en geboorte van een kind aan kosten en aan onderhoud voor haar en dat kind mocht schuldig worden’, overweegt de hoge raad. Hier gaat de toerekening van het hof ‘bij gebreke van bewijs van het tegendeel’ dus niet op, immers de verplichtingen ex artt. 344 en 344c (oud) BW bestonden ten tijde van de prestatie nog niet. Daarnaast is ook hier van belang, dat het bestaan van andere schulden op dat tijdstip niet gesteld of bewezen is. In dat geval is - in de gedachtengang van de cassatierechter - de keus slechts tussen het aanmerken van de geldoverdracht als een onverschuldigde betaling, dan wel als een voorschot op de eerst na de geboorte van het kind te verwachten verplichtingen. Y wordt toegelaten dat laatste te bewijzen, doch enige richtlijn voor dat bewijs wordt niet gegeven.²⁵ Het lijkt niet aannemelijk dat de hoge raad daarbij op een dergelijke bedekte wijze, in afwijking van de bovenvermelde jurisprudentie, met een bewijs van de subjektieve bedoeling van Y genoegen heeft willen nemen. Hier behoefde de kwestie: subjektieve bedoeling ten aanzien van de betaling, waarbij de wil van de handelende centraal staat, contra toerekening van de betaling aan de hand van objectieve maatstaven, niet aan de orde te komen, aangezien de hoge raad zich (naast het hof) op het formele standpunt stelt dat ten processe van enige schuld niet gebleken is.

In dit laatste zit voor mij het onbevredigende, het aanvechtbare van de onderhavige beslissing. Zowel vóór als na de geboorte van het kind bestond voor de man Y een zo dringende verplichting van moraal en fatsoen om in de kosten welke de terugreis en de verhuizing van X met zich brachten bij te dragen, dat mijns inziens hier sprake is van een *natuurlijke verbintenis*. Door de verrichte geldstortingen werd deze natuurlijke verbintenis omgezet in een civiele. De rechter (d.w.z. hof en hoge raad) had hier terdege, en nog wel ambtshalve, met het bestaan van die natuurlijke verbintenis rekening moeten houden, zodat de op procesgang en bewijsrecht steunende argumentatie van hof en hoge raad geen hout snijdt. De hier verdedigde oplossing is overigens in resultaat dezelfde die de haagse rechtbank bereikte, helaas zonder enige motivering.

Al heeft de hoge raad geen natuurlijke verbintenis aanvaard, ik krijg toch de indruk dat het college niet onsympathiek tegenover het standpunt van de vrouw X staat, hetgeen blijkt uit het feit dat op Y de bewijslast (en het bewijsrisiko) gelegd wordt om waar te maken dat het presteren van *f* 500 als betaling aangemerkt moet worden. Het is zeer wel mogelijk dat Y door een bewijslast de lust tot verder procederen ontnomen werd, in elk geval is de zaak bij het haagse hof niet opnieuw aanhangig gemaakt, zoals mij bij navraag bleek.

25. Ook de annotator, G.J. Scholten, laat in het midden hoe dit bewijs geleverd zou moeten worden, vgl. de 3e al. van zijn noot.

§1. BETALING (NAKOMING)

Deze bewijslastverdeling wordt uit het oog verloren door Scholten in zijn noot, waar gesteld wordt dat de hoge raad 'kennelijk' de regel aanneemt dat 'een prestatie vermoed wordt tot betaling van eigen schuld te strekken', met als consequentie dat degene die de betaling ter kwijting van een schuld tegenspreekt, het tegendeel heeft te bewijzen. (Overigens door de annotator opgemerkt i.v.m. de overdracht van *f* 750 ná de geboorte verricht.) Deze regel werd zoals wij zagen door de raad ten aanzien van de *f* 500 prestatie allerminst aanvaard, terwijl wat de *f* 750 prestatie betreft, door Scholten niet onderkend wordt dat op dat tijdstip een wettelijke verplichting bestond, een voor dat vermoeden bepalende faktor. Daarmee is meteen de problematiek rond de bewijslast bij de betalingshandeling aangegeven. Scholten ziet zijn regel als algemeen beginsel, en bepleit de opneming ervan in het nieuwe BW. Het is hier niet de plaats om diep op deze materie in te gaan, daarom slechts een enkele opmerking hierover.

In de hier verdedigde opvatting over betaling, als rechtshandeling die de handelende op grond van de omstandigheden naar objectieve maatstaven toegerekend wordt, betreft de bewijslast slechts het aanvoeren van omstandigheden en feiten die een toerekening rechtvaardigen. De toerekening zelf is een rechtsvraag, ambtshalve ter beoordeling aan de rechter. Het zal duidelijk zijn dat in deze conceptie de bewijslast sterk gebonden is aan de omstandigheden van het zich voordoende geval, zodat slechts de redelijkheid en billijkheid richtsnoer kunnen zijn bij de bewijslastverdeling. Een opvatting die tegenwoordig wel de heersende genoemd kan worden in het bewijsrecht. (Vgl. daaromtrent Haardt, *Rm Th* 1970, p. 262 en de daar aangehaalde literatuur). Aan een bewijsregel zoals door Scholten voorgesteld bestaat mijns inziens dan ook naar huidig recht geen behoefte.

Afgezien van dit algemeen bezwaar, is Scholten's regel ook om andere redenen niet aantrekkelijk. Zijn regel: 'een prestatie schept het vermoeden van betaling van eigen schuld', gaat uit van grootheden die op zich juist onderwerp van geschil vormen; in de eerste plaats kan het de vraag zijn óf er wel in casu sprake is van een (eigen) schuld (in geval van de zgn. 'onverschuldigde betaling'), ten tweede kan er sprake zijn van meer dan één schuld van de prestant, en is het juist de vraag welke van die schulden door de prestatie gedeeld wordt (het geval van imputatie van de betaling). Het eerste geval illustreert trouwens ook dat het niet altijd hoeft op te gaan, dat degeen die de betaling tegenspreekt het tegenbewijs moet leveren. Indien de prestant zelf zijn prestatie niet als betaling aangemerkt wil zien, en derhalve uit onverschuldigde betaling ageert, is het zeer wel denkbaar dat degeen aan wie gepresteerd werd - die de betaling *niet* tegenspreekt - belast wordt met het bewijs dat er een schuld bestond. Aan zijn wederpartij zou in aansluiting daarop bijv. te bewijzen zijn dat die schuld door kwijtschelding, overmacht, etc. is tenietgegaan.

7. Conclusie

Concluderend meen ik te kunnen stellen, dat uit dit jurisprudentie-onderzoek blijkt dat de hoge raad in zijn (schaarse) uitspraken sinds 1899 een betalingsopvatting tot uitdrukking brengt, die zeer wel past bij het door mij verdedigde rechtskarakter van de betaling, als eenzijdige rechtshandeling. Met name de arresten *Van Limburg - Möller* van 1899, *Van der Schuyt - Bank v.d. Middenstand* (1927), dat van 2 december 1953, en het arrest *Kwant - Lentz*, (1960), bieden steun voor mijn opvatting. Voor de behandeling van de doctrine, voorzover die niet reeds ter sprake kwam, verwijs ik naar mijn proefschrift (p. 26 v.).

§2. Opzegging

A. INLEIDING

1. Omschrijving van de opzeggingsfiguur. Afbakening van het terrein¹

De figuur van opzegging is in het contractenrecht wat in de schaduw gebleven, met name de schaduw van de algemene aktie tot ontbinding uit wanprestatie, of toerekenbare tekortkoming. Veelal ziet men opzegging en ontbinding door elkaar gebruikt, ook in processtukken en contracten, kennelijk zonder oog voor het onderscheid te hebben. Opzegging is niet in algemene zin in de wet geregeld, of men nu oud of nieuw BW neemt, hetgeen tot de bestaande verwarring bijgedragen heeft; incidenteel vindt men bij enkele rechtsfiguren casuïstische regels. De vraag doet zich niet alleen voor *of* men een (duur)overeenkomst kan opzeggen, maar ook *op welke gronden* dat kan, en tenslotte, *op welke termijn* dat mogelijk is.

In de praktijk blijkt men niet goed uit de voeten te kunnen met dit leerstuk. Ik zou de juristen niet de kost willen geven die bijvoorbeeld bij het lezen van de clausule: 'Opzegging te allen tijde' van mening zijn dat inderdaad altijd, en naar goeddunken opgezegd kan worden; het tegendeel werd door de hoge raad al in de jaren '50 bepaald. Al met al is het een figuur die de aandacht verdient.

Alvorens ons te verdiepen in de rechtshandeling die als opzegging te boek staat, dient aangegeven te worden wat hier onder opzegging verstaan wordt. Opzegging zou ik voorlopig willen omschrijven als de eenzijdige beëindiging van de overeenkomst door één der partijen, nadat de tenuitvoerlegging van de overeenkomst al een aanvang heeft genomen, zonder dat die beëindiging op de wanprestatie van de wederpartij gegrond hoeft te zijn. De bevoegdheid om op te zeggen kan daarbij uitdrukkelijk overeengekomen zijn, dan wel door partijen ongeregeld gelaten zijn. In het laatste geval kan aan de leemte in het contract door middel van uitleg inhoud gegeven worden, bijvoorbeeld in die zin dat de overeenkomst, gezien de in de precontractuele sfeer tot uitdrukking gekomen bedoelingen van partijen, de overige contractsbepalingen en de aard van de overeenkomst, opzegbaar geoordeeld wordt. De opzegging geschiedt door middel van een tot de wederpartij gerichte verklaring.

De beëindiging van overeenkomsten voor *bepaalde tijd* aangegaan, de tussentijdse opzegging dus, is een onderwerp waarop hier niet uitvoerig ingegaan zal worden. Dit geschiedt met opzet, aangezien deze problematiek beheerst wordt door de vraag welke invloed veranderde omstandigheden op het overeengekomene hebben, een vraag die echter hier buiten de orde is.² Dat geldt ook voor het zogenaamde annuleren, het eenzijdig terugtreden uit een overeenkomst voordat hieraan een begin van uitvoering (van enige betekenis) is gegeven, hetgeen in Duitsland *Rücktritt* genoemd wordt.³

1. Deze paragraaf is grotendeels een herziene versie van *N.U.*, diss., 1971, p. 40-68 (verkort); verder werd mijn noot in *AA* 1997, p. 575, verwerkt.

2. Vgl. echter boven, Hfdst. 6, § 4.

3. Vgl. voor het annuleren Suijling, *Inleiding* II, 1e ged., 2e dr. (1934) p. 432 v., en L.J. Hijmans van den Bergh, *preadv. NJV* 1952, *Hand.*, I, p. 122 v. Suijling onderscheidt verder nog de 'onechte opzegging' bij overeenkomsten voor *bepaalde tijd* aangegaan: de opzegging

§2. OPZEGGING

Ten aanzien van de vraag of duurovereenkomsten die *voor bepaalde tijd* aangegaan zijn opzegbaar zijn, wordt meestal een negatief antwoord gegeven, met verwijzing naar een arrest van 1988. De hoge raad had daarin bepaald dat in geval van een duurovereenkomst voor bepaalde tijd aangegaan, slechts de mogelijkheid van ontbinding, en in beginsel niet van opzegging openstaat.⁴ De uitzondering op dit beginsel wordt, ook hier, gevormd door de figuur van onvoorziene - niet in de overeenkomst verdisconteerde - omstandigheden. Hoe serieus moeten wij dit arrest nemen?

Het ging in die zaak om een commerciële rechtsverhouding: Mondia werd door Calanda bij overeenkomst als alleen-importeur van Poolse binnen- en buitenbanden aangesteld, voor de termijn van 1 jaar, telkens te verlengen met dezelfde termijn, indien niet opgezegd zou zijn met een termijn van drie maanden. In casu wordt tussentijds opgezegd wegens vermeende wanbetaling en tekortschieten in de afnameverplichting. In zo'n situatie acht de hoge raad opzegging in beginsel uitgesloten en ontbinding de aangewezen vorm van beëindiging:

'In het licht van het vorenstaande kan hetgeen vaststaat ten aanzien van de onderhavige overeenkomst, in het bijzonder ook haar beperkte duur, en ten aanzien van de aard van de gestelde wanprestatie, niet de aanvaarding van tussentijdse opzegging rechtvaardigen. Indien de wanprestatie van voldoende betekenis is en ook overigens aan de daartoe gestelde voorwaarden is voldaan, kan zij grond opleveren om de overeenkomst door de rechter te doen ontbinden; er is te dezen geen reden waarom zij daarnaast - en ook buiten de voor ontbinding door de rechter in aanmerking komende gevallen - grond voor beëindiging van de overeenkomst door opzegging zou zijn' (ov. 3.2).

De betekenis van dit arrest van 1988 voor de praktijk is niet zo groot; het heeft betrekking op overeenkomsten met beperkte duur (in casu: 1 jaar) en in zo'n situatie is de behoefte aan tussentijdse opzegging gering, naast de normale opzeggingsmogelijkheid na 1 jaar (en verder nog een ontbindingsaktie wegens wanprestatie en een beroep op onvoorziene omstandigheden).⁵

2. *De opzegging in de doctrine. Probleemstelling*

De opzegging heeft als rechtshandeling nooit een overweldigende belangstelling van de zijde van de schrijvers gehad. Clavareau geeft er enige aandacht aan in zijn *Themis*-artikel van 1943, en in 1952 wordt zij uit de obscuriteit gehaald doordat de NJV haar tot onderwerp kiest van de jaarvergadering.⁶ In de

vóór het aflopen van de bedongen termijn voorkomt dat de overeenkomst automatisch voor een nieuwe termijn aangegaan wordt.

4. HR 21 okt. 1988 NJ 1990, 439, *Mondia - Calanda*.

5. De spiegelbeeld-situatie is dat in een overeenkomst voor bepaalde tijd opzegging uitgesloten wordt; vgl. voor een geval van een overeenkomst voor 5 jaar, waarbij een beroep op dat beding in strijd met de goede trouw geacht wordt vanwege de wijze van totstandkoming, en de aard van de overeenkomst: Hof Amsterdam 27 juni 1996, NJ 1997, 264, *Blue Cover - Leuven*.

6. Resp. *Rm Th* 1943, p. 119 v. *Opzegging; preadv. NJV 1952: Bestaat er behoefte aan een wettelijke regeling voor de beëindiging van duurzame contractuele rechtsbetrekkingen, in de opzegging waarvan niet is voorzien?*, door Hijmans van den Bergh en H. Winkel. Besproken

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

handboeken vinden wij afzonderlijke beschouwingen aan de opzegging gewijd bij Suijling, Van Brakel en Asser-Rutten.⁷ Nog steeds is in de doctrine geen klaarheid gekomen omtrent de problemen waartoe deze rechtshandeling aanleiding geeft, terwijl de rechtspraak, zoals wel meer, zijn eigen weg ging en tot een vaste jurisprudentie kwam. Dit alles vormt voor mij een aanleiding wat langer bij deze rechtsfiguur stil te staan, terwijl daarnaast geldt dat de opzegging een ideale figuur is om de in mijn proefschrift aangesneden problematiek te illustreren, om ons met name af te vragen welke plaats de wil van de handelende bij deze rechtshandeling inneemt. Ook op dit terrein vindt men namelijk de wilsleer aangehangen, vooral door Ph.A.N. Houwing in enkele noten, en daartegenover de opvatting waarbij de wil niet langer als centraal element van de rechtshandeling geaccepteerd wordt, welke men in de jurisprudentie aanvaard vindt. In de eerste opvatting is men, indien men op grond van het contract het recht heeft dit op te zeggen, volstrekt vrij om *naar eigen inzicht* te bepalen óf men zal opzeggen, en op welk tijdstip dit zal geschieden. In de tweede, hoofdzakelijk in de rechtspraak ontwikkelde opvatting, kan men, om het bondig te zeggen, een overeenkomst slechts opzeggen indien dit geschiedt met inachtneming van de *goede trouw*.

B. DE OPZEGGING IN HET SYSTEEM VAN DE WET

3. *De opzeggingsbevoegdheid bij benoemde overeenkomsten*

Teneinde een oordeel over de opzeggingshandeling te kunnen vormen, is het goed eerst eens in vogelvlucht na te gaan, wat het stelsel van de wet is. Bij nagenoeg alle benoemde duurcontracten wordt de mogelijkheid van opzegging vermeld; ik zou allereerst willen nagaan of in het wettensysteem aan de mogelijkheid tot opzeggen perken gesteld worden, en daarna wat de rechtsgevolgen van opzegging in het wettelijk stelsel zijn, te herleiden tot de vraag of er geld op tafel moet komen of niet.

Wat de opzeggingsbevoegdheid betreft zijn er enkele artikelen die de opzegger absolute vrijheid toekennen. Bij de aanneming van werk schrijft art. 7A:1647 BW voor dat de aanbesteder 'des goedvindende' na aanvang van het werk de aanneming kan opzeggen, weliswaar met als keerzijde een verplichting de aannemer 'volkomen schadeloos' te stellen.⁸ De bewaargever kent ook grote

door J.C. van Oven in *NJB* 1952, p. 505 v. Meijers behandelt in zijn *preadv. NJV* 1918, p. 140 v., slechts de tussentijdse opzegging.

7. Resp. *Inleiding*, t.a.p. p. 428 v.; *Leerboek* III, 1937, p. 204 v.; Asser-Rutten II (1982), p. 242 v.; 251 v.; Asser-Hartkamp II, nr 310 v. Vgl. ook G.J.P. de Vries, *Opzegging van obligatoire overeenkomsten*, diss. Amsterdam (UvA) 1990; A.J. Verdaas, 'De opzegbaarheid van duurovereenkomsten: een pleidooi voor de contractsvrijheid', *WPNR* 6501 (2002).

8. In de uniforme administratieve voorwaarden voor de uitvoering van werken (UAV 1958) wordt deze materie iets uitvoeriger geregeld dan in de oude AV het geval was. In de laatste regeling bepaalde § 15 (staking van het werk): '1. De Minister is bevoegd de uitvoering van het werk te doen staken. 2. In dat geval vervalt de overeenkomst, behoudens de verplichting van het Rijk om aan de aannemer alle daardoor ontstane kosten en interessen te vergoeden.' In de UAV 1958 is de regeling als volgt: § 14, lid 7: 'De opdrachtgever is bevoegd de aannemer

§2. OPZEGGING

vrijheid om de bewaargeving op te zeggen: 'zodra hij vordert', stelt art. 7:605 BW (1762 oud BW), moet hem de in bewaring gegeven zaak teruggegeven worden, ongeacht de daartoe overeengekomen termijn. De lastgever kan door opzegging de last doen eindigen, 'wanneer hem zulks goeddunkt' art. 7:414 BW (1850 v. oud BW). De lasthebber heeft het moeilijker; hij kan eveneens door opzegging terugtreden, doch onder omstandigheden heeft hij een schadevergoedingsplicht, vgl. onder. Voor de beëindiging van de borgtocht verwijst 7:853 BW (art. 1882 oud BW) slechts naar de oorzaken die overige verbintenissen doen eindigen. Bij de artt. 8:25, 392 en 908 BW (518_s v. en 881 v. K) tenslotte, wordt in het midden gelaten op welke gronden bevrachter of vervrachter de bevrachtingsovereenkomst kunnen opzeggen (over de schadevergoedingsplicht zo dadelijk meer).

In een groter aantal gevallen vindt men een wettelijke regeling waarbij de wetgever minder scheutig is met de vrijheid van de contractant om naar eigen inzicht op te zeggen. Bij de mondeling overeengekomen huur vindt men in het burgerlijk wetboek slechts aangegeven dat bij opzegging de termijnen die plaatselijk gebruikelijk zijn, in acht genomen moeten worden, art. 7A:1607 (vgl. ook de artt. 7A:1614, 1616). Doch latere wettelijke regelingen hebben de vrijheid van de verhuurder om de huur op te zeggen aan banden gelegd, vgl. de Huuropzeggingswet van 1918, het Huurbeschermingsbesluit van 1941, en de Huurwet. Bij de arbeidsovereenkomst valt een soortgelijke ontwikkeling te constateren, hetgeen voor de hand ligt aangezien deze rechtsverhouding evenals de huurovereenkomst van groot sociaal en economisch belang is. Het burgerlijk wetboek regelt bij de artt. 7:667-673 (artt. 7A:1639_{e-k} oud) wel de termijnen voor opzegging, doch niet de gronden waarop dit kan geschieden, zie met name art. 7:669 (art. 7A:1639_g oud) voor de dienstbetrekking van onbepaalde duur (de dringende redenen voor ontslag, die opzegging overbodig maken, art. 7:677 (art. 7A:1639_o oud) v., staan hierbuiten). Art. 6 BBA is hier de spelbreker, door te bepalen dat de directeur van het GAB (thans: RDA) toestemming moet verlenen, wil de beëindiging van de arbeidsverhouding door werkgever of werknemer rechtsgeldig zijn (vgl. art. 9).

Voor vele andere benoemde contracten geeft het burgerlijk wetboek wél aan dat de opzeggingsbevoegdheid beperkt is, en op welke wijze dat het geval is. De maatschap voor onbepaalde tijd aangegaan, kan door opzegging van een der vennoten ontbonden worden, doch slechts indien de opzegging te goeder trouw en niet ontijdig geschiedt, art. 7A:1686.⁹ Men zie voor de rederij art. 8:174 BW, en nog de artt. 8:182, 170 BW (vgl. art. 337K, en nog de artt. 325, 328). De bewaarnemer, zo stelt art. 7:605 BW (art. 1763 oud), moet om de bewaargeving

op te dragen het werk in de onvoltooide staat te beëindigen', lid 10: 'De aannemer heeft alsdan recht op de aannemingsom, vermeerderd met de kosten die hij als gevolg van de niet-voltooing heeft moeten maken en verminderd met de hem door de beëindiging bespaarde kosten. Aanspraken van de aannemer en de opdrachtgever op hetgeen overigens ter zake van de overeenkomst verschuldigd is blijven onverlet'. Vgl. ook de UAV 1989.

Zie ook het huidige art. 7:764 BW, dat in sept. 2003 van kracht geworden is, waar men nog steeds de term 'opzegging te allen tijde' vindt, met schadeloosstelling van de aannemer.

9. Art. 1687 oud BW (vervallen) gaf bij wijze van voorbeeld aan hoe een opzegging strijdend met de goede trouw, of ontijdig kan zijn. Voor deze opvatting, dat art. 1687 niet limitatief aangeeft wat i.c. onder kwade trouw en ontijdig verstaan moet worden, biedt de rechtspraak steun, vgl. *N.U.*, diss. p. 55 v.

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

vóór het overeengekomen tijdstip te kunnen beëindigen 'wettige redenen' hebben, anders dan zoals vermeld, de bewaargever. In geval van bruikleen geldt, dat de uitlener slechts indien hij de geleende zaak 'om dringende en onverwachts opkomende redenen' zelf nodig heeft, de overeenkomst kan opzeggen vóór de overeengekomen tijd van lening verstreken is, of vóór de behoefte om de zaak te gebruiken bij de gebruiker is opgehouden te bestaan, art. 7A:1788. In dat geval kent de rechter 'naar gelang der omstandigheden', de uitlener het recht op teruggave toe. Bij verbruikleen zonder tijdsbepaling vindt men de regeling dat de rechter, indien de uitlener de overeenkomst opzegt, ook weer 'naar gelang der omstandigheden' de gebruiker van de zaak 'eenig uitstel' bij de teruggave kan toestaan, art. 7A:1797. Het erop volgende artikel bepaalt dat, in geval overeengekomen werd dat de gebruiker de zaak zal teruggeven wanneer hij daartoe in staat zal zijn, de rechter naar gelang der omstandigheden het tijdstip van teruggave zal bepalen. Dit zal met name van belang zijn indien de uitlener de overeenkomst opzegt, vgl. HR 24 november 1927, *NJ* 1928, 390. Dat een last zonder dat daar wettelijke beperkingen aan gesteld worden herroepen kan worden, gaat niet op in het geval van art. 7A:1673: wanneer een beherend vennoot zijn volmacht aan de maatschapsovereenkomst ontleent, kan deze volmacht slechts op grond van 'wettige redenen' herroepen worden.

Tenslotte kent het zeerecht een regeling voor de reisbevrachting, in een bepaalde overmachtssituatie. Indien door een maatregel van hoger hand, ten aanzien van het schip, dan wel van de ten vervoer aangeboden goederen, de reis van het schip geen aanvang kan nemen of voortgezet kan worden, heeft elk der partijen het recht aan de overeenkomst een einde te maken, zonder dat men van de wederpartij schadevergoeding kan verlangen, vgl. de oude artt. 520a v., en 533u v. K voor het personenvervoer. Het wegvallen van de schadevergoedingsplicht bij opzegging valt hier aan de force majeure toe te schrijven.

4. *De rechtsgevolgen van opzegging bij benoemde overeenkomsten*

De *rechtsgevolgen* van de rechtsgeldige opzegging, vormden het tweede onderwerp dat onze aandacht had bij het blootleggen van de fundamenten van het wettelijk systeem. Het voor de hand liggende gevolg dat de duurovereenkomst beëindigd wordt daarlatend, interesseert ons slechts of er van schadevergoeding sprake is. Wij zagen reeds dat de aanbesteder, indien hij opzegt als het werk al een aanvang genomen heeft, voor een verplichting tot volledige schadeloosstelling van de aannemer gesteld wordt, art. 7A:1647.¹⁰ De lasthebber die zijn last teruggeeft moest ingevolge art. 1854 oud BW de lastgever schadeloos stellen indien zijn opzegging ontijdig is, of indien zij 'uit eenigen

10. Ten aanzien van de omvang van de schadeloosstelling onder de werking van § 14, lid 10, UAV (vgl. boven), is verschil van mening mogelijk. Zonderland verdedigt bijv. de mogelijkheid van schadevergoeding voor de aannemer i.v.m. de aantasting van de goede naam door de opzegging, vgl. Cremers-Zonderland, *Bouwrecht*, VI, no 14. Anders daarentegen, zonder motivering, Van Wijngaarden, *De nieuwe A.V.*, diss. VU Amsterdam, 1969, p. 203. De laatste meent ook dat de aftrek van de post risico, welke bij de raad van arbitrage gebruikelijk is, bij toepassing van § 14 niet op zijn plaats is, een probleem dat Zonderland (t.a.p.) in het midden laat. Vgl. voor het verschil in schadeafwikkeling i.g.v. toepassing van resp. de artt. 1302 (j^o1279 v.), 1647 oud BW, § 14, lid 10, UAV, Van Wijngaarden, nos. 57, 395 v.

§2. OPZEGGING

anderen hoofde, door schuld van den lasthebber aan den lastgever tot nadeel verstrekt'. Dit is slechts anders indien het de lasthebber onmogelijk was de last te volbrengen zonder zelf aanmerkelijke schade te lijden.

In het zeerecht regelde, onder het oude recht, art. 518 K voor de reisbevrachting de gevolgen van opzeggen (verbreken) van de overeenkomst door de bevrachter, indien de belading nog niet begonnen is; art. 519 ziet op het geval dat de belading al een aanvang genomen heeft, of zelfs reeds voltooid is. In beide gevallen is de bevrachter aansprakelijk voor de schade die de vervrachter door de verbreking oploopt; in het laatste geval dient de bevrachter zekerheid te stellen voor de kosten van wederuitlading en de overige schade. Indien er meer bevrachters zijn, en het vertrek van het schip door het verbreken van de overeenkomst door een bevrachter vertraagd wordt, dan kan het verbreken alleen geschieden met toestemming van de overige bevrachters, art. 519a. Vgl. verder nog de artt. 518t en u; en voor de binnenvaart de artt. 881, 882, 914 en 917.

5. *De in het wetsstelsel neergelegde beginselen. Eigen opvatting inzake opzegging*

Welke vuistregels kan men uit de onderzochte wettelijke regeling van de opzegging afleiden? Alleen de lastgever en de bewaargever kunnen naar eigen goeddunken de overeenkomst opzeggen, zonder een veer te hoeven laten in de vorm van schadevergoeding aan de wederpartij voor de gederfde winst (de door hem gemaakte kosten moeten uiteraard vergoed worden, vgl. de artt. 7:406 en 601 BW; 1845 en 1761 oud BW). Bij de beoordeling van deze regeling dient men echter in het oog te houden, dat de wetgever van het oude BW zich op het klassieke standpunt stelde dat lastgeving en bewaargeving in beginsel *om niet* geschieden, vgl. ook de artt. 1831 en 1733 (thans niet meer van toepassing). Uit de regeling van de overige benoemde contracten in de wet, kan men echter het algemene beginsel destilleren, dat *opzegging slechts met inachtneming van de regels van de goede trouw rechtsgeldig kan geschieden*. In het vergaarbekken van alles dat redelijk en billijk is, de goede trouw, kan men die elementen aantreffen - die in regels nader geconcretiseerd kunnen worden - die de wetgever van het oude BW met 'ontijdig', 'wettige redenen', 'naar gelang der omstandigheden', e.d. omschreef. Het beginsel van de goede trouw maakt verder ook mogelijk om de 'dringende en onverwachts opkomende' redenen die een partij tot opzegging brengen, af te wegen tegen de belangen van zijn wederpartij.

Een tweede algemeen beginsel dat te formuleren is, luidt dat *een partij die door opzegging de overeenkomst beëindigt, de schade die hij daardoor zijn wederpartij toebrengt, dient te vergoeden; op de omvang van de schadevergoeding zijn de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval van invloed*. Aldus zou ook de kwestie bezien moeten worden of de wederpartij recht op vergoeding van winstderving heeft, zoals bij aanneming van werk uitdrukkelijk in de wet gesteld wordt (art. 7A:1647). Hierbij valt ook te denken aan een toepassing van de artt. 6:95 v. BW 1282 v. oud BW, doch een uitwerking van de schadevergoedingsregeling bij opzegging moet ik daarlaten.

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

De zoëven door mij aan de wettelijke regeling van de opzegging ontleende beginselen zijn bepalend voor de hier verdedigde visie op de opzegging. Het beginsel dat opzegging slechts met inachtneming van de regels van goede trouw rechtsgeldig kan geschieden, laat zich als volgt in een methodisch kader plaatsen. Een handeling van een contractspartij, gericht tot haar wederpartij, met het doel de beëindiging van de overeenkomst te bewerkstelligen, kan eerst dan als rechtshandeling 'opzegging' aangemerkt worden, als aan de hand van *normatieve uitleg* van die handeling vastgesteld wordt dat zij ingevolge de geldende rechtsnormen de beëindiging van de overeenkomst teweegbrengt. Doorgaans zal die handeling bestaan in het doen van een mededeling, mondeling of schriftelijk, aan de wederpartij. Onder *normatieve uitleg* wordt hier die methode van rechtsvinding verstaan, waarbij men de rechtsbetekenis van een menselijke handeling vaststelt uitsluitend aan de hand van rechtsnormen, en niet, zoals in de historisch-psychologische uitlegmethode, door de feitelijke wil van de handelende, zijn oogmerk, te bepalen.¹¹ In casu zijn het de ongeschreven rechtsnormen - dat wil enkel zeggen: niet in de wet met zoveel woorden neergeschreven normen - die bekend staan als de regels of eisen van de goede trouw, die de uitleg beheersen. In deze visie is een opzegging naar willekeur een ongerijmdheid, omdat de uitleg van de opzeggingshandeling niet in de wil van de handelende, maar in de rechtsnormen haar middelpunt vindt.

Verder is voor de rechtsvinding van belang, of de overeenkomst een regeling van opzeggingsbevoegdheid inhoudt, van de hand van partijen dan wel aan de wet of standaardvoorwaarden ontleend. Een regeling die steeds in het licht van de omstandigheden van het geval, uitleg behoeft.¹²

Of de opzeggingshandeling als tot de wederpartij *gericht* kan gelden, is eveneens een vraag van *normatieve uitleg*. Ook in dit opzicht is niet de bedoeling die bij de handelende voorzat doorslaggevend, maar zijn dit de rechtsnormen die in de verkeerseisen hun grondslag vinden. Aldus ook het standaard-arrest dat echter nagenoeg geen aandacht heeft getrokken, *Stoom Brood-en Scheepsbesluitfabriek - Kalden*, van 1923.¹³ Dit arrest werd boven al bij de bespreking van het aanbod aan de orde gesteld, aangezien op dat terrein de eis van gerichtheid in de literatuur enige aandacht kreeg, vgl. Hfdst. 1, § 2, nr 2. In de hier verdedigde opvatting is het zeer wel mogelijk dat een handeling van een partij, waarbij de wil voorzat de overeenkomst te beëindigen, rechtens niet als opzegging gekwalificeerd kan worden, aangezien - populair gezegd - de goede trouw zich daartegen verzet. Bijv. omdat de aard van de overeenkomst met zich brengt dat onder de gegeven omstandigheden de contractsverhouding als niet opzegbaar beoordeeld moet worden. Bij afweging van de belangen van beide partijen, kunnen de belangen van de wederpartij van de partij die wenst op te zeggen, zwaarder wegen dan die van de laatste. In het door mij ingestelde jurisprudentie-onderzoek (no. 8) komen talloze van dergelijke situaties aan de orde. In zo'n situatie heeft de beoogde opzegging geen rechtskracht. Men heeft derhalve met een *feitelijke handeling* te doen, en niet met de rechtshandeling-opzegging, hetgeen uitleg van de handeling uitwijst.

11. Vgl. Hfdst. 2, § 2, nr 1.

12. Vgl. bijv. voor de uitleg van de clause 'opzegging te allen tijde', onder nr 9.

13. HR 7 dec. 1923, W 2838 (1924), nt EMM. Het betrof een geval van opzegging ex art. 1639o BW (thans: art. 7:677 BW).

§2. OPZEGGING

Samenvattend kan als omschrijving van de rechtshandeling-opzegging gegeven worden:

Opzegging is de handeling van een partij bij een overeenkomst van onbepaalde duur, gericht tot haar wederpartij, welke ingevolge de geldende rechtsnormen - gezien de wijze waarop zij verricht werd en de omstandigheden waaronder dit gebeurde - de beëindiging van de overeenkomst teweeg brengt.

Wat de rechtsgevolgen van de opzegging betreft, ik wees er al op, dat in de wet het beginsel is neergelegd van 'wie (de contractsband) breekt, moet betalen'. Een uitwerking daarvan op deze plaats, voert te ver. Wel verdient nog aantekening, dat dit beginsel onjuist wordt weergegeven, indien men stelt dat bij opzegging 'in strijd met de goede trouw', een schadevergoedingsplicht op de opzeggende partij rust. Dit is immers te ongenueanceerd. Enerzijds geldt dat in dat geval de opzegging geen rechtskracht kan hebben (het betreft m.a.w. een feitelijke handeling, en geen rechtshandeling); anderzijds kan de opzegging als rechtsgeldig aangemerkt worden (m.a.w. er is sprake van een rechtshandeling), terwijl tóch ook de belangen van de wederpartij gehonoreerd worden door het toekennen van een recht op schadevergoeding jegens de opzeggende partij.¹⁴ Deze nuances in de rechtsvinding worden door termen als 'in strijd met de goede trouw' niet gedekt.¹⁵

6. *Beginselen van de wet van toepassing op lastgeving, bewaarneming en aanneming van werk*

De hierboven uit het systeem van de wet afgeleide algemene beginselen inzake de opzegging, welke door mij nader uitgewerkt werden op basis van de normatieve uitlegmethode, achtte ik óók onder het oude recht van toepassing op de overeenkomsten van *lastgeving* en *bewaarneming*, ondanks het zwijgen van het BW in dat opzicht. Zie voor het geldend recht in die zin bijvoorbeeld art. 7:416 BW. Ten aanzien van de figuur van *aanneming van werk* ben ik dezelfde mening toegedaan, doch dit vereist een nadere toelichting. In die situatie werd de bittere pil van de mogelijkheid voor de aanbesteder om naar eigen goeddunken de overeenkomst op te zeggen, door de wetgever verguld door een volkomen schadeloosstelling van de aannemer daar tegenover te stellen. Een stelsel dat in de oude AV alsook in de nieuwe UAV overgenomen werd, zoals zoëven al naar voren kwam. Naar mijn mening is de opvatting dat de aanbesteder naar willekeur de door hem gesloten overeenkomst kan beëindigen een anomalie in het geldend contractenrecht, en derhalve naar geldend recht onaanvaardbaar.¹⁶

Voor het geldend recht dient in mijn opvatting het 'des goedvindend' van art. 7A:1647 BW aldus geïnterpreteerd te worden, gezien het stelsel van de wet op het gebied van opzegging en de vaste jurisprudentie, dat de wil om op te zeggen bij de aanbesteder alleen relevant is indien zij zich met de goede trouw verdraagt, d.w.z. indien bij afweging van de belangen van partijen de

14. Deze constructie werd door de HR t.a.v. afstand van recht aangenomen in het arrest *De Zaan - Intercoal* (1967), vgl. *N.U.*, diss. p. 80 v. Vgl. in dit verband ook *Plas - Valburg, NJ* 1983, 723 (afgebroken onderhandelingen), Hfdst. 3, § 1, nr 5.

15. Vgl. ook de problematiek van de rechtmatige daad met schadevergoedingsplicht, die tot de bekende controverse tussen J. Drion en Bregstein heeft geleid.

16. Vgl. daarvoor, *N.U.*, diss. p. 47 v.

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

aanbesteder zijn belang mag laten prevaleren, naar redelijkheid en billijkheid. Is dat laatste niet het geval, dan is die opzegging zonder rechtskracht, en dient de aanbesteder voltooiing van het werk door dezelfde aannemer te gedogen.¹⁷ Hetzelfde moet gelden ten aanzien van § 14, lid 7, UAV; daar is de situatie in één opzicht eenvoudiger, omdat de (letterlijke) tekst van de bepaling, in zijn grammatikale betekenis, aan onze opvatting niet in de weg staat. De motieven voor de beëindiging worden daar immers in het geheel niet gereleveerd. Een mogelijk bezwaar tegen mijn uitleg van de UAV zou kunnen zijn, indien men mij inzake art. 7A:1647 niet bereid is te volgen, dat men met een dergelijke uitleg van de wet - en wel art. 7A:1647 in traditionele zin - zou afwijken. Hiertegen zou aan te voeren zijn, dat zoiets al eerder vertoond is bij de vorige AV's, en wel ten aanzien van art. 1646 oud BW.¹⁸

De regeling van art. 7A:1647 en § 14, lid 7 UAV lijkt in de bouwrechtelijke literatuur op weinig verzet te stuiten, al wordt zij niet altijd vanzelfsprekend gevonden.¹⁹ Wellicht speelt het feit dat men sinds 1838 niet anders gekend heeft, daarbij een grote rol.

7. *Beginselen van de wet van toepassing op onbenoemde overeenkomsten*

Om terug te keren tot de hierboven door mij geformuleerde beginselen die mijns inziens de opzegging van benoemde contracten beheersen, deze beginselen acht ik eveneens van toepassing op *onbenoemde* contracten voor onbepaalde tijd aangegaan. Daarmee spreek ik mij tegelijkertijd uit voor het standpunt dat deze contracten in beginsel opzegbaar zijn. Dit laatste is in de literatuur niet algemeen aanvaard; degenen die deze opvatting afwijzen beroepen zich er doorgaans op dat de wettelijke regeling te zeer verbrokkeld en telkens op de bijzondere overeenkomst in kwestie toegespitst is, dan dat zij een dergelijke gevolgtrekking zou kunnen rechtvaardigen. Het lijkt mij juist eerst de in de rechtspraak gehuldigde opvatting aan de orde te stellen, die met de mijne zal blijken overeen te komen, om vervolgens bij de behandeling van de literatuur op deze beginselvraag terug te komen. Het slot van de beschouwing over de rechtspraak volgt hier (zie verder: *N.U.*, diss. p. 50 v.).

17. Vgl. in deze zin Rb. Rotterdam 25 juni 1931, *NJ* 1932, 950, *NV Scheepswerf 'De Hoop' - NV Transport Mij. Terneuzen*, besproken in *N.U.*, diss. p. 50 v.

18. In dit verband wil ik nog opmerken dat in mijn ogen een contract waarop de UAV van toepassing verklaard is, een *privaatrechtelijk* karakter heeft, ook al betreft het een contract met de overheid. Vgl. *anders*, Zonderland, II, no 7, die spreekt van een 'zuiver administratiefrechtelijk contract'. M.i. ten onrechte, omdat de overheid hier in rechte handelt als privaat persoon, al werden de standaardvoorwaarden door haar eenzijdig (zij het met inspraak) vastgesteld, bij ministeriële beschikking. Het toepasselijk zijn van een ministeriële beschikking, bijv. een prijzenbeschikking, ontnemt immers aan een overeenkomst nog niet het privaatrechtelijk karakter, ook al is de overheid daarbij partij.

19. Zonderland, VI, no 14, noemt het wel een 'merkwaardig geval' dat één contractspartij de uitvoering kan beëindigen zonder opgave van redenen te hoeven geven. Maar daar blijft het dan ook bij, vgl. XII, no 42, in fine.

§2. OPZEGGING

8. *Het standaardarrest Sanders - Sanders (1966), sluitstuk van een ontwikkeling*

Het in mijn proefschrift weergegeven jurisprudentie-onderzoek geeft een ontwikkeling te zien die door de hoge raad in 1966 tenslotte afgerond werd. De *leading case* in deze materie is voor mij *Sanders - Sanders*, een arrest van 15 april 1966.²⁰ Aangezien velen de opvatting van de rechtspraak pas serieus nemen indien deze van de hoge raad afkomstig is en daarnaast het arrest naar mijn indruk onbekend en onbemind is, lijkt een uitvoerige bespreking op zijn plaats. De casuspositie is de volgende. Sanders jr. komt met zijn vader overeen, dat hij in verband met zijn huwelijk een schuur die op het erf van zijn vader staat en eigendom van de laatste is, op eigen kosten mag verbouwen en uitbreiden, om aldus een woning voor hem en zijn gezin te verkrijgen. De kosten van onderhoud voor de woning zouden ten laste van Sanders jr. komen, waar tegenover stond dat hij voor de bewoning niets aan zijn vader verschuldigd zou zijn, met uitzondering van een bijdrage in de kosten van water en elektriciteit. Aan de verbouwing en uitbreiding van de schuur besteedt de zoon een belangrijk bedrag, en met toestemming van Sanders sr. bouwt hij nog een schuur en een stal op het erf. De verstandhouding tussen vader en zoon verslechtert echter, en na een bewoning van acht jaar wordt de zoon door Sanders sr. het gebruik van de woning met een termijn van ruim drie maanden opgezegd, waarbij gesteld wordt dat Sanders jr. personen die zich op het erf van Sanders bevonden, zonder diens toestemming hardhandig verwijderd zou hebben. Sanders jr. weigert de woning te ontruimen, en daarom worden de raderen van justitie in beweging gezet. De haagse rechtbank komt tot een vonnis dat grote gelijkens toont met de opmerkelijke beslissing van de amsterdamse kantonrechter van 1917. Het college overweegt:

‘dat de Rb. op grond van de door Sanders jr. gestelde feiten - en mede in aanmerking genomen het nog steeds hier te lande bestaande grote gebrek aan behoorlijke woon- en werkruimte, waardoor aannemelijk is dat het voor Sanders jr. zeer moeilijk zal zijn andere hem passende woonruimte te krijgen - van oordeel is, dat Sanders sr. *naar beginselen van goede trouw en billijkheid alléén wegens een stringente reden de ontruiming kan eisen van de bij Sanders jr. in gebruik zijnde litigieuse ruimten*’ (mijn curs.).

Dan gaat de rechtbank na of de door Sanders sr. opgegeven reden tot opzegging als stringent aangemerkt kan worden, en komt na een onderzoek van de feitelijke toedracht tot het oordeel dat dat niet het geval is, en overweegt verder dat een slechte verstandhouding tussen partijen niet zonder meer voldoende is om de opzegging te rechtvaardigen.

Het haagse hof is het roerend met de rechtbank eens, en stelt, mede gelet op de woningnood en de vastgestelde feiten, ‘*dat naar de aard van de overeenkomst van pp. door de billijkheid wordt gevorderd, dat Sanders sr. alleen wegens een stringente reden het gebruik van de woning door opzegging kan doen eindigen*’ (mijn curs.). Welk label aan de bewuste overeenkomst gehecht moet worden laat het hof intussen uitdrukkelijk in het midden; enerzijds verwerpt het college de stelling van de zoon dat het een huurovereenkomst

20. *NJ* 302, nt GJS; gewezen door De Jong, Wiarda, Hülsmann, Petit en Beekhuis.

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

betreft²¹, anderzijds gaat het hof evenmin met Sanders sr. mee, dat hier van bruikleen sprake is. De rechtbank mocht volstaan, zo stelt het hof naar aanleiding van een grief van vader Sanders, met de vaststelling van de inhoud van de overeenkomst (ov. 8).

Sanders sr. voert in zijn tweede cassatiemiddel de stelling, dat:

‘wanneer een overeenkomst van de in het bestreden arrest met zoveel woorden vooropgestelde inhoud niet voor bepaalde tijd en niet met een afgegrensd doel is aangegaan, dezelve door de uitlener *te allen tijde* kan worden opgezegd, althans wanneer de uitlener daarbij een *redelijk eigen belang* heeft en niet handelt met het uitsluitend oogmerk om de gebruiker schade aan te brengen en wanneer hij bij de opzegging een passende termijn in acht neemt (sub 1; mijn curs.).

In het tweede onderdeel van dit middel wordt betoogd dat ons recht voor de door het hof omschreven overeenkomsten geen uitdrukkelijk voorschrift kent dat ‘opzegging door de eigenaar van het onroerend goed bij het grote gebrek aan behoorlijke woon- en werkruimte hier te lande alleen wegens stringente redenen kan geschieden’, terwijl evenmin blijkt dat partijen een dergelijke regeling stilzwijgend zijn overeengekomen. De hoge raad schenkt allereerst aandacht aan dit tweede middel:

‘dat het eerste onderdeel van dit middel berust op de stelling dat, wanneer een overeenkomst als de onderhavige niet voor een bepaalde tijd of voor een begrensd doel is aangegaan, deze, onder het in het middel opgenomen voorbehoud, door de ‘uitlener’ te allen tijde kan worden opgezegd.

dat deze stelling in haar algemeenheid echter niet juist is, immers *de goede trouw of de naar aard van de overeenkomst gevorderde billijkheid in verband met de verdere omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat een zodanige ruime opzeggingsbevoegdheid niet kan worden aanvaard*. (mijn curs.).

Het tweede onderdeel heeft al evenmin kans van slagen; de raad onderschrijft het standpunt van het hof, met aanhaling van diens overweging, na nog de omstandigheid benadrukt te hebben dat Sanders jr. woning, schuur en stal op eigen kosten had gesticht en daaraan veel kosten en arbeid had besteed.

De zoëven gecursiveerd weergegeven overweging van de hoge raad laat niets aan duidelijkheid te wensen over. Zij bouwt voort op de in het begin van de jaren ‘50 gelegde fundamenten - ondanks de oppositie van Houwing - en vestigde daarmee als vaste jurisprudentie, dat bij opzegging niet de wil(-lekeur) van de opzeggende partij in hoogste instantie beslist, doch de goede trouw - het synoniem voor de billijkheid - gelet op de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval. En wel in die zin, dat de goede trouw niet alleen kan voorschrijven dat de opzegging eerst na het verstrijken van een redelijke termijn rechtsgeldig kan geschieden, maar ook kan gebiedend dat de opzegging onder de geldende omstandigheden geheel onmogelijk is. Aldus wordt de wil van het individu door de rechtsnormen uit het zadel gestoten, daarmee de heerschappij van de laatste vestigend. De wil van de tot opzeggen bevoegde is voortaan slechts van belang, voorzover de normen van het positieve recht dit

21. Dit blijkt uit de conclusie van de a-g Mevr. Minkenhof, 2e alinea.

§2. OPZEGGING

gedogen.²² Het ‘redelijk eigenbelang’ van de opzegger waar het middel zich op beroept, blijkt op zich zelf onvoldoende om de opzegging te rechtvaardigen, en wel met name indien tegenover dat belang veel grotere belangen van de wederpartij van de opzegger geplaast kunnen worden. Ook hier blijkt weer dat voor het recht men zijn broeders hoeder is.

De overwegingen die de hoge raad laat volgen zijn niet minder boeiend. Het eerste middel omzeilend, waarbij aangevoerd wordt dat in casu van een bruikleenovereenkomst sprake is - gaat de cassatierechter na, in hoeverre het tevoren aangegeven algemene beginsel op de bruikleen van toepassing is. Na een beschouwing van de artt. 1787 en 1788 komt de raad tot de conclusie, dat de wet de opzegging van bruikleenovereenkomsten welke voor onbepaalde tijd werden aangegaan, niet heeft geregeld, en vervolgt:

‘dat nu, al zal naar de aard van dergelijke bruikleenovereenkomsten de billijkheid *in het algemeen* meebrengen dat de uitlener de overeenkomst met in achtneming van een redelijke, aan de omstandigheden aangepaste termijn kan opzeggen, wanneer hem dit goed dunkt, de onderhavige overeenkomst, waarbij de gebruiker zelf de kosten heeft gedragen die nodig waren om de zaken in de vorm waarin hij deze thans gebruikt, tot stand te brengen en daaraan bovendien veel arbeid heeft besteed, ook indien deze als bruikleenovereenkomst moet worden beschouwd, zodanig afwijkt van de figuren die zich bij een bruikleenovereenkomst in het algemeen voordoen, dat een dergelijke opzeggingsbevoegdheid daarin niet past en *mede met het oog op de verdere door het hof vastgestelde omstandigheden moet worden aangenomen dat de opzegging slechts kan plaatsvinden om redenen als door het hof in zijn door het tweede middel bestreden beslissing zijn omschreven*’ (mijn curs.).

Deze overweging past geheel in het eerder gegeven algemene beginsel dat de opzegging beheerst wordt door de goede trouw, met inachtneming van de aard van de overeenkomst en de omstandigheden. Ook hier valt bij de methode van rechtsvinding van de hoogste rechter op, het gewicht dat hij hecht aan de omstandigheden van het concrete geval, een benadering die de laatste jaren steeds meer op de voorgrond treedt. Ik verwijs slechts naar het *Saladin - HBU*-arrest.²³ De hard and fast rules gaan tot het verleden behoren; de wetenschap kan hiermee mijns inziens alleen maar haar voordeel doen.

Aldus vormt het *Sanders - Sanders*-arrest de bekroning van de al eerder door de lagere rechter ontwikkelde opvatting dat de opzegging van duurcontracten, voor onbepaalde tijd aangegaan, beheerst wordt door de goede trouw, waarbij aan de aard van de overeenkomst en de omstandigheden recht gedaan wordt.²⁴

²⁵

22. Voor deze ontwikkeling is ook nog steun te vinden bij het arrest HR 23 juni 1961, *NJ* 1962, 263, nt LEHR, *Ontvanger dir. bel. - Schot*, waarbij beslist werd dat de beslaglegger het recht van opzegging dat de geëxecuteerde toekomt mag uitoefenen. Het recht tot opzeggen wordt hier losgedacht van de wil van degeen die dat recht toekomt.

23. HR 19 mei 1967, *NJ* 261, nt GJS, zie Hfdst. 4, § 2, nr 8.

24. In zijn noot onder het arrest, gaat G.J. Scholten niet op het algemene karakter van de opzegging in, en beperkt hij zich tot bruikleenovereenkomsten. Daarmee miskent hij dat dit arrest een *leading case* is op het gebied van opzegging van duurovereenkomsten. De vroegere jurisprudentie, en de noten van Houwing komen trouwens niet ter sprake in zijn annotatie, evenmin in de conclusie van a-g Mevr. Minkenhof.

25. Het arrest van het hof Amsterdam van hetzelfde jaar, 29 nov. 1966, *NJ* 1968, 336, *Bakker-Waayer*, past geheel in de opvatting van de hoge raad. In dat geval, dat grote overeen-

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

9. *Samenvatting van de doctrine*²⁶

Samenvattend, kan men stellen dat verschillende schrijvers het standpunt innemen dat de goede trouw bij opzegging van duurovereenkomsten in acht genomen moet worden, hetgeen erop neerkomt dat de termijn van opzegging redelijk moet zijn, gezien de omstandigheden en de belangen van de wederpartij.²⁷ Van Oven meent zelfs in zijn genoemde recensie, dat dit voor een ieder een vanzelfsprekende zaak zal zijn - en dat nog wel terwijl Houwing omstreeks dezelfde tijd het tegendeel bepleit in zijn annotaties -, hetgeen hem waarschijnlijk heeft ingegeven de tegenstelling tussen beide preadviseurs ten aanzien van de opzeggingsmogelijkheid van de onderwerpelijke overeenkomsten, te vergelijken.²⁸ Voor de consequentie van deze opvatting - zoals boven door mij verdedigd - in die zin dat de opzeggingshandeling, indien in strijd met de goede trouw, *geen rechtskracht* kan hebben, vond ik slechts, en dan nog bij welwillende lezing, bij Winkel enige steun, terwijl daarnaast de schrijvers genoemd kunnen worden die door middel van de figuur van misbruik van recht tot een gelijke uitkomst komen, Helmich en - minder uitgesproken - Okma, daarin gevolgd door Meijers in diens ontwerp-BW, zij het met aarzeling.²⁹

10. *Een omstreden kwestie: zijn overeenkomsten voor onbepaalde duur in beginsel opzegbaar?*

Dan tenslotte nog enkele opmerkingen over een vraag die de schrijvers verdeeld houdt, namelijk of in het algemeen overeenkomsten voor onbepaalde duur aangegaan opzegbaar zijn.³⁰ Hierboven sprak ik mij reeds in bevestigende zin

komst vertoont met *Sanders-Sanders*, oordeelde het hof: 'dat, naar 's hofs oordeel een overeenkomst als de onderhavige, waarbij een zeer klein gedeelte van een perceel aan de eigenaar van een daarop gebouwde woning ter beschikking wordt gesteld om hem het gebruik van zijn woning te verzekeren, *alleen wegens stringente redenen volgens beginselen van goede trouw en billijkheid, naar de omstandigheden te beoordelen, door opzegging kan worden beëindigd*; dat de ontruiming van het perceelsgedeelte voor Waayer het verlies van zijn woonruimte zou meebrengen. dat tegenover dit dringende belang van Waayer geen belang van appellante en haar broer staat, dat daartegen kan opwegen' (mijn curs.). Zie voor die belangenafweging verder nog het arrest (ook hier werd de onderwerpelijke overeenkomst niet als huur gekwalificeerd).

26. Hier volgt een samenvatting van mijn beschouwingen in *N.U.*, diss. p. 62 v.

27. Voor de vindplaatsen, zie t.a.p.

28. Aan de al genoemde schrijvers kan nog toegevoegd worden Rutten, Asser-Rutten II, p. 215. Deze schr. rekent opzegging tot de *uitvoering* van de overeenkomst.

29. T.a.p., pp. 505, 508. De opvatting van Van den Bergh acht Van Oven in zekere zin juist, hetgeen pas begrijpelijk wordt indien men van de interpretatie die de recensent daaraan geeft, kennis neemt, welke ik slechts als hinein interpreteren kan beschouwen.

30. Er zijn verscheidene soorten duurovereenkomsten en de beëindiging is niet alleen door opzegging mogelijk; het kan op verschillende wijzen gebeuren, afhankelijk van het obligatore of zakenrechtelijke karakter van de overeenkomst. Van de volgende figuren kan ook gebruik gemaakt worden: ontbinding, beëindiging, vernietiging, en vervallen-verklaring.

Zie voor een geïntegreerde benadering van 'beëindiging' van overeenkomsten, een vorm van 'horizontale rechtsvergelijking' (vernietiging, ontbinding, opzegging), het artikel van

§2. OPZEGGING

uit, en wij zagen dat dit standpunt ook door de rechtspraak ingenomen wordt. Bij onbenoemde overeenkomsten, zoals die in de procedure *Sanders - Sanders*, welke door de rechter uitdrukkelijk niet als huur- of bruikleenovereenkomst geïnterpreteerd worden, blijkt de opzegbaarheid op zich geen punt te zijn en liet de vraag zich slechts stellen of de goede trouw in casu opzegging gedooft.

Ondanks deze vaste jurisprudentie, die een comfortabele ruggesteun biedt, is het uit methodisch oogpunt van belang nog eens bij de kwestie stil te staan, want een dergelijk probleem kan zich ten aanzien van andere rechtsvragen evenzeer voordoen. De vraag laat zich dan stellen, in hoeverre men uit de wel in de wet voorkomende regelingen tot algemene beginselen mag concluderen, die men ook van toepassing verklaart op niet in de wet geregelde gevallen, hier: op onbenoemde contracten. Land³¹, Van Brakel en Hijmans van den Bergh menen uit de wettelijke, lapidaire regeling geen algemene gevolgtrekkingen ten aanzien van opzegbaarheid te kunnen maken. Daargelaten dat hun weergave van het wetssysteem lapidair is, en derhalve een minder sluitend beeld geeft van de wettelijke regeling van benoemde contracten, die zeker voor benoemde contracten al het opstellen van algemene beginselen toestaat, blijft het probleem wat te doen met de onbenoemde contracten.

Mijns inziens is een discussie tussen voor- en tegenstanders van het beginsel van opzegbaarheid gedoemd tot onvruchtbaarheid, indien men zich niet bezint over de vraag, wat nu eigenlijk een algemeen beginsel, of een algemene regel inhoudt. Indien men namelijk in navolging van de school van Paul Scholten en die van Eggens, zich bij de rechtsvinding door de dialektische methode van denken laat leiden, komt men tot het inzicht dat een algemeen gestelde regel de mogelijke uitzondering op die regel reeds in zich sluit. Concreter gesteld, indien men zoals ik hierboven reeds deed³² als *algemene rechtsregel* aanvaardt *dat overeenkomsten voor onbepaalde tijd aangegaan opzegbaar zijn*, dan dient men steeds aan die regel toe te voegen: *tenzij de goede trouw zich daartegen verzet, gezien de aard van de overeenkomst of de verkeersopvatting*.³³ Bij juiste lezing (uitleg) van de regel is deze toevoeging *in wezen* overbodig: het recht kan nu eenmaal niet een persoon een recht toekennen waarvan, óók indien uitoefening daarvan zou strijden met de goede trouw, de uitoefening gegarandeerd wordt. Deze materie op dit moment latend voor wat zij is, kan intussen zonder veel tegenspraak uit te lokken gesteld worden, dat de bedoelde toevoeging naar de huidige stand van de rechtsbeoefening niet ten overvloede geschiedt.

Wat ik hiermee wil betogen is, dat een argument tegen de aanvaarding van de opzegbaarheid als algemene regel, in die zin, dat met de aanvaarding van die

Hammerstein en Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, in: *Miscellanea Jurisconsulto vero Dedicata*, Van Dunné-Bundel, Deventer, 1997, p. 115.

31. Land-Lohman IV, p. 250; de opvatting van Land wordt echter gecorrigeerd door Lohman in nt. 3, onder verwijzing naar HR 4 juni 1886.

32. In dezelfde zin, echter zonder beroep op het wetssysteem Helmich, p. 190, Pitlo-Bolweg, p. 249 (slechts met een beroep op HR 17 maart 1927), en Asser-Rutten II, p. 243; Hofmann-Van Opstall (1968), p. 419, sprak zich niet uit). Th.A. Fruin, preadv. *NJV* 1918, p. 47 v. achte de hier bedoelde overeenkomsten opzegbaar, doch slechts in geval van gewijzigde omstandigheden.

33. Vgl. in dezelfde zin - zonder commentaar echter - ook Asser-Rutten II, p. 232; Asser-Hartkamp II, nr 292, Vgl. voor de methodische aspecten van deze materie, onder, Hfdst. 9, § 2, nr 2.

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

regel miskend wordt dat er wel degelijk overeenkomsten uit hun aard onopzegbaar kunnen zijn, niet concludent is.^{34, 35}

Ter verdediging van mijn visie op de algemene regel (-beginsel) kan ik mij beroepen op de jurisprudentie van de hoge raad. In het *Sanders - Sanders*-arrest meende de raad, terwijl a-g Mevr. Minkenhof het bestaan van de algemene regel ontkend had, dat 'naar de aard van dergelijke bruikleenovereenkomsten de billijkheid *in het algemeen* (zal) meebrengen' dat de overeenkomst opzegbaar is, waarna het college een uitzondering maakt voor het hem voorgelegde geval (mijn curs.).³⁶

Voor mijn opvatting meen ik ook steun te kunnen vinden in het arrest *Alg. Ziekenfonds Drenthe/Platteland Zwolle - X*, HR 16 dec. 1977, *NJ* 1978, 156, nt ARB; cass. belang der wet). Een apothekhoudend huisarts had fraude gepleegd door gedurende twee jaar opzettelijk te hoog te declareren (*f* 15.000,-), waarop het ziekenfonds een verklaring voor recht gevorderd heeft dat het bevoegd was om de medewerkerovereenkomst met die arts op te zeggen. De rechtbank had de vordering afgewezen, met het argument dat een dergelijke duurovereenkomst niet door opzegging beëindigd kon worden. De hoge raad stelt voorop dat de huisarts met een fondspraktijk een wezenlijk belang heeft bij de duurzaamheid van zijn rechtsbetrekking met het ziekenfonds; de overeenkomst was voor onbepaalde duur aangegaan en in de mogelijkheid van eenzijdige beëindiging was niet voorzien. De hoge raad overweegt dan:

'Dit een en ander sluit evenwel niet uit dat uit de goede trouw, bedoeld in art. 1374 lid 3 B.W., kan voortvloeien dat de overeenkomst niettemin voor beëindiging door het Ziekenfonds vatbaar is. Daarvoor kan met name plaats zijn in geval van - niet in de overeenkomst verdisconteerde - omstandigheden van zo ernstige aard dat de arts naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid die in de voormelde goede trouw liggen opgesloten, geen onbeperkte instandhouding van de overeenkomst door het ziekenfonds mag verwachten. In dat geval zal, zo aan de hand van de goede trouw geen minder ingrijpende oplossing gevonden kan worden, het ziekenfonds bevoegd zijn tot opzegging van de overeenkomst op termijn en

34. Vgl. behalve Hijmans van den Bergh en Van Brakel nog mevr. Minkenhof in haar conclusie voor *Sanders-Sanders*, voorlaatste alinea. Zij verwerpt opzegbaarheid als algemene regel: 'Waar de wet zwijgt moet naar mijn mening iedere opzeggingsmogelijkheid in concreto aan de aard van de overeenkomst en de billijkheid worden getoetst'. Dit standpunt is ook door Bloembergen in verschillende noten ingenomen (vgl. Asser-Rutten II, t.a.p.); hij wordt gevolgd door Asser-Hartkamp II, nrs 310, 311.

35. Van der Woude betoogt in zijn reeds genoemde artikel, dat opzegbaarheids- en onopzegbaarheidsleer beide tot hetzelfde resultaat kunnen voeren, aangezien in feite steeds sprake is van interpretatie van de overeenkomst. Schr. doet zelf geen keus.

36. Vgl. voor de oudere jurisprudentie in deze zin, *N.U.*, diss. p. 64 v. Ook de duitse rechtspraak staat op het standpunt dat duurovereenkomsten opzegbaar zijn, 'aus wichtigem Grund'. Vgl. het *Bierbezugsvertrag*-arrest van het Bundesgerichtshof van 1953, besproken bij Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 1963, p. 114. Ook hier staat de billijkheid centraal. Het BGH overwoog: 'Dieses Kündigungsrechts wird aus Treu und Glauben hergeleitet; es findet in diesem Gedanken auch seine Schranken. Voraussetzung des Kündigungsrechts ist, dass dem Schuldner die weitere Erfüllung nicht mehr zugemutet werden kann'. Een methode van rechtsvinding waar Larenz overigens niets van moet hebben, vgl. boven, Hfdst. 2, § 2, nr 12.

§2. OPZEGGING

eventueel onder de voorwaarden, die in verband met de belangen van beide pp. redelijk zijn te achten’.

In afwijking van de rechtbank is de hoge raad van oordeel dat de verplichting om een overeenkomst aan te gaan op grond van de Ziekenfondswet niet in de weg staat aan opzegbaarheid van de overeenkomst op grond van eerder genoemde omstandigheden. Wel heeft die wet tot gevolg dat geen opzegging zal kunnen plaatsvinden op grond van omstandigheden die niet op zijn minst tevens ‘ernstige bezwaren’ opleveren, van dien aard dat zij het ziekenfonds bevoegd zouden hebben gemaakt het aangaan van de overeenkomst te weigeren.

De hoge raad laat in het midden dat de fraude een beroep op wanprestatie door het ziekenfonds mogelijk kan maken, en stelt dat ook indien dat niet het geval is, de fraude in het licht van de aard van de overeenkomst en de overige omstandigheden van het geval wèl een grond zou kunnen opleveren voor een opzegbaarheid. De gevolgen daarvan hoeven door de termijn waarop en de voorwaarden waaronder de opzegging kan gebeuren, niet even ingrijpend te zijn als die van een ontbinding wegens wanprestatie.

De conclusie die uit het arrest getrokken kan worden is dat ook bij een type duurovereenkomst als die tussen een ziekenfonds en een huisarts, opzegging mogelijk is in de situatie van art. 6:258 BW, onvoorziene omstandigheden, terwijl aan de ‘wanprestatie’ lichte eisen gesteld worden.

Bloembergen, in zijn noot, meent in dit arrest steun te vinden voor zijn standpunt, waarin Hartkamp hem volgt, dat onopzegbaarheid als regel geldt. Het lijkt hier meer een probleem van rechtsvinding te zijn, wat men onder een regel verstaat: in mijn opvatting bergt zij de uitzondering in zich, op grond van de goede trouw. Vgl. voor recente rechtspraak nog, Asser-Hartkamp II, nr 293.

Concluderend kan men zeggen dat tegenwoordig algemeen wordt aangenomen dat duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd aangegaan opzegbaar zijn. Aldus, behalve het hier ingenomen standpunt, de overige handboeken verbintenissenrecht, op één uitzondering na.³⁷ In andere zin namelijk Hartkamp in zijn Asser-bewerking, in navolging van Bloembergen.³⁸ Dat laatste standpunt houdt in, dat in elk geval met inachtneming van de aard van de overeenkomst moet worden beoordeeld of opzegging mogelijk is of niet. Het dogmatische karakter van deze tweestrijd blijkt uit de opmerking van Hartkamp (en eerder: Rutten): ‘Al deze opvattingen zullen in concreto meestal wel tot hetzelfde resultaat leiden’. Inderdaad, ook indien men in beginsel opzegging toelaatbaar acht, kan de conclusie luiden dat in concreto die mogelijkheid niet bestaat gezien

37. Asser-Rutten II (1982), p. 243; Pitlo-Bolweg 3 (1979), p. 249; Hofmann-Abas I (1977), p.248; aldus ook J.F.M. Strijbos, *Opzegging van duurovereenkomsten*, diss. Nijmegen 1985, p. 69.

Abas stelde in zijn Hofmann-bewerking dat deze opvatting sinds mijn proefschrift (Leiden, 1971) als heersende leer beschouwd kan worden. Ook G.J.P. de Vries kan daartoe gerekend worden, zij het dat hij een uitzondering maakt voor ‘beschermenswaardige woon- of arbeidsbelangen van de op te zeggen partij’, vgl. *Opzegging van obligatoire overeenkomsten*, diss. Amsterdam 1990, p. 346 v.

38. Vgl. Asser-Hartkamp II (1993), nr 310, met ten onrechte een beroep op de jurisprudentie. Voor een recente bespreking van opzegging van duurovereenkomsten, zie A. Hammerstein, *Opzegging als juridisch precisie-instrument*, in: *Oprecht*, Struycken-bundel, Zwolle, 1996, p. 103. Schr. is voorstander van het gebruik van de figuur van opzegging, naast het overige instrumentarium.

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

de aard van de overeenkomst en de specifieke omstandigheden van het geval. Lood om oud ijzer? In het algemeen is waakzaamheid geboden wanneer gezegd wordt dat theoretische verschillen geen praktische gevolgen hebben; meestal deugt die redenering niet.³⁹ Het lijkt echter raadzaam om deze scholenstrijd verder te laten rusten, en de visie van de hoge raad als uitgangspunt te nemen: opzegbaarheid dus.

11. Opzegging van een bruikleenovereenkomst. Een illustratief geval: Kakkenberg - Kakkenberg (1995)

Het probleem bij de bruikleenovereenkomst is dat de beëindiging niet door de wetgever geregeld is; in art. 7A:1787 BW worden slechts enkele mogelijkheden gegeven (zoals de omstandigheid dat de uitlener de zaak onverwacht zelf dringend nodig heeft), en ontbreekt een algemene regeling. In art. 7.6.6a NBW wordt als grond voor beëindiging onder meer gegeven ernstige wanprestatie (tekortschieten in de zorg voor de zaak); de uitlener heeft een recht op onverwijld teruggave van de zaak:

‘indien de bruiklener in ernstige mate is tekort geschoten in zijn zorg voor de zaak, indien hij zijn bevoegdheid tot gebruik van de zaak aanmerkelijk is te buiten gegaan, of indien hij onbevoegdlijk aan een derde het gebruik van de zaak heeft toegestaan’.

Een verder probleem is dat algemeen aangenomen wordt dat de ontbindingsregeling (art. 6:267 BW) niet van toepassing is op de bruikleenovereenkomst, aangezien dat geen wederkerige overeenkomst is⁴⁰, terwijl zoals gezegd de figuur van opzegging niet in de wet geregeld is. Wij moeten dus afgaan op hetgeen op grond van rechtspraak en doctrine als heersende leer beschouwd mag worden, zoals hierboven uiteengezet is.

Dan nog een kanttekening. Indien men aarzelingen heeft om in een specifiek geval de kwalificatie van bruikleenovereenkomst te hanteren, voor bepaalde tijd aangegaan, zou men ook van een onbenoemde overeenkomst kunnen uitgaan. Dat levert echter weinig nieuwe gezichtspunten op, aangezien aangenomen wordt dat voor dergelijke overeenkomsten soortgelijke regels als voor benoemde overeenkomsten gelden, gebaseerd op de goede trouw.⁴¹

Voor inzicht in opzegging van bruikleenovereenkomsten is een arrest van 1976 van belang om te benadrukken dat het hier niet om ontbinding maar om de

39. Zie voor eenzelfde discussie bij de uitleg, Hfdst. 2, § 2, nr 15, en anderzijds: Asser-Hartkamp II, nr 281, in fine.

40. In dezelfde zin onder het oud BW, op grond van art. 1302. Zie de lit. genoemd door A-G Ten Kate in zijn conclusie voor HR 27 febr. 1976 *NJ* 1976, 319, nt PZ, *bruikleen na echtscheiding*; vgl. ook de noot van Zonderland. In andere zin: Ruitinga, diss. Amsterdam 1936, die echter een bijzondere visie op de figuur van ontbinding heeft. Vgl. ook nog G.J.P. de Vries, ‘“Opzegging” en “ontbinding” wegens wanprestatie van (duur)overeenkomsten in het zicht van het NBW: begripsverwarring’, *WPNR* 5811 (1987), p. 5 v., op p. 8.

41. Zie voor de distributieovereenkomst, de kredietovereenkomst en de toelatingsovereenkomst van een medisch specialist, Hammerstein, t.a.p., p. 106 v., met verdere rechtspraak en lit.

§2. OPZEGGING

meer neutrale term 'beëindiging' van een overeenkomst gaat: HR 27 febr. 1976 *NJ* 1976, 319, nt PZ, *bruikleen na echtscheiding*. In deze casus had de vrouw Y na echtscheiding van X bruikleen verkregen van roerende zaken in het huis dat zij bewoonde; aanvankelijk waren huis en zaken aan de enige zoon in eigendom overgedragen; na diens overlijden krijgt de vrouw het huis in eigendom, en nog steeds bruikleen van de zaken. Zij verkoopt vervolgens het huis aan Eijsbouts met de zaken, die zij in bruikleen behoudt, tot haar overlijden of verlaten van het huis.

De hoge raad overweegt in dat arrest allereerst dat de bruiklening in geval van wanprestatie van de bruikleener, bestaande in het nalaten van goede zorg voor de bewaring en het behoud van de in bruikleen ontvangen zaak, kan worden beëindigd. Daarbij wordt verwezen naar de overeenkomstige regeling van het zakelijk recht van gebruik, art. 865 oud BW (thans: art. 3:221 BW). De door de man gevorderde ontbinding is volgens de raad met die beëindiging gelijk te stellen, aangezien geen terugwerkende kracht wordt beoogd. Dan volgt de overweging:

'dat - al mocht de tussen de vrouw en J.F. Eijsbouts gesloten koopovereenkomst, waarbij de vrouw een gedeelte van voormelde in onverdeeldheid gelaten roerende zaken aan laatstgenoemde verkocht onder voorbehoud van bruikleen van dit gedeelte ten behoeve van de vrouw, niet aanstonds een verkorting van de eigendomsrechten van de man ten aanzien van zijn onverdeelde helft in genoemde roerende zaken tot gevolg gehad hebben - het Hof zonder schending van enige rechtsregel heeft kunnen oordelen, dat voormelde handelswijze van de vrouw onverenigbaar is met de op haar rustende verplichting 'als een goed huisvader' te zorgen voor de bewaring en het behoud van de haar in bruikleen toevertrouwde zaken, en daarom een door haar jegens de man gepleegde wanprestatie oplevert, die een beëindiging van de overeenkomst van bruikleen rechtvaardigt'.

Aldus ook a-g Ten Kate in een fraaie conclusie, waarin gewezen wordt op de analoge regeling bij vruchtgebruik (art. 862 v. oud BW) en vele andere voorbeelden uit het systeem van de wet en de rechtspraak (maatschap, gebruik en bewoning, huur). Van belang is nog zijn opmerking dat de figuur van 'misbruik' bij vruchtgebruik 'ruim opgevat dient te worden', met verwijzing naar Asser-Beekhuis en Pitlo-Bolweg *Zakenrecht*. Zoals Beekhuis zegt, dient onder misbruik niet alleen verstaan te worden het gebruik van de zaak in strijd met de bestemming die deze heeft, maar ook gevallen, 'waarin wij eerder van verwaarlozing dan van misbruik zouden willen spreken'. Hij verwijst ook naar Pitlo, die stelt dat misbruik 'elke ernstige veronachtzaming van de plicht als goed huisvader te beheren' omvat.⁴² In art. 3:221 BW wordt tegenwoordig gesproken van in ernstige mate tekortschieten in de nakoming van verplichtingen door degeen die vruchtgebruik heeft (of recht van gebruik, recht van bewoning: vgl. art. 3:226).⁴³

Men kan zich afvragen welke omstandigheden en gedragingen van belang zijn voor de beoordeling of in casu van een opzeggingsbevoegdheid gebruik gemaakt kan worden. In een uitspraak met betrekking tot een zakelijk recht van

42. Vgl. Asser-Beekhuis II, 1963, p.362, en latere drukken; Pitlo-Bolweg 2 (1987), p. 377.

43. De NBW-wetgever heeft overigens niet gekozen voor beëindiging van het vruchtgebruik in een dergelijk geval van ernstige tekortschieting, maar voor in beheer geven aan de hoofdgerechtigde of onder bewindstelling.

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

gebruik en bewoning heeft het Hof Den Bosch eens uitgemaakt dat alleen gedragingen van de gerechtigde *in de uitoefening van zijn recht* misbruik kunnen opleveren in de zin van art.865 jo. 862 oud BW (thans: artt. 3:226 en 221 BW); Hof Den Bosch 21 sept. 1965 *NJ* 1967, 140, *Van Aart - Van der Brug en Meesters* (vgl. ook Pitlo-Bolweg 2, p. 377). Van Aart had het zakelijk recht van gebruik en bewoning van een deel van zijn woonhuis aan Van der Burg en Meesters gegeven, en wordt door de laatsten getreiterd. Niet van belang zijn naar het oordeel van het hof de volgende gedragingen: het uiten van bedreigingen tegen het leven, de hond sarren en treiteren, kleinkinderen die een ruit ingooien, de tong uitsteken en naroeppen (en 'twijfel uiten over de wettelijke afstamming' van Van Aarts jongste kind). Wèl van belang is daarentegen het 's nachts op hinderlijke wijze luidruchtig over het erf lopen, aangezien dat met de uitoefening van het recht verband houdt.

Het bossche arrest komt weinig overtuigend over; het lijkt het Hof Arnhem geïnspireerd te hebben in de *Kakkenberg*-zaak, die hieronder besproken gaat worden, die dezelfde lijn gekozen had, hetgeen terecht tot cassatie geleid heeft.

Bij een duurovereenkomst, zoals bruikleen, kan behalve van 'beëindiging' ook sprake zijn van *opzegging* van de overeenkomst. In een vaste rechtspraak heeft de hoge raad die mogelijkheid erkend, waarbij het probleem van toepassing van de ontbindingsakte terzijde gelaten wordt. Hierboven kwam de *leading case* van *Sanders - Sanders* (1966) al uitvoerig aan de orde, een arrest dat nog niet de bekendheid heeft die het verdient. Indien wij nagaan hoe de jurisprudentie zich in de laatste jaren ontwikkeld heeft, is een arrest uit 1995 illustratief, *Kakkenberg - Kakkenberg*.⁴⁴

Dit arrest heeft betrekking op de opzegging van een overeenkomst van bruiklening, en betreft een casus die op het platteland de laatste tijd regelmatig voorkomt. De oudste zoon erft de boerderij, waarmee hij zijn boterham kan verdienen, en de andere kinderen krijgen ook iets toegestopt, het gebruik of bewoning van een deel van de opstallen, e.d., zodat zij ook een dak boven het hoofd hebben of een broodwinning kunnen uitoefenen. Wanneer de oudste zoon het boerenbedrijf voor gezien houdt - hetgeen vanwege de toegenomen (milieu)lasten en teruglopende opbrengsten zoals men weet aan de orde van de dag is - zijn die gebruiks- of woonrechten hem een doorn in het oog, aangezien deze de waarde van het perceel bij verkoop aanzienlijk drukken. Er speelt bij opzegging door de oudste zoon behalve verstoorde familiere-laties dus ook gewoon een economisch belang op de achtergrond mee.

De casus is de volgende. De broers Tonnie en Henk Kakkenberg zijn eigenaren van twee aangrenzende percelen aan de Vlessendijk in Heeten, Gem. Raalte, een agrarisch gebied. Toen hun ouders beiden nog leefden, en beide percelen in eigendom hadden, had Tonnie toestemming van hen gekregen om in een hooischaar, een bijgebouw van een varkensschuur en een directiekeet zijn hobby, het sleutelen aan cross-auto's en -motoren, te beoefenen. Dat was in 1970 begonnen, en werd steeds professioneler, tot hij er zijn beroep van ging maken; maar toen was hij al afgekeurd als loodgieter (1985), en werkte eerst met behoud van WAO en sinds medio 1987 zonder een dergelijke uitkering. In 1976 had Henk de eigendom gekregen van het perceel waarop de schuren zich bevonden, en eind 1987 zegt hij zijn broer Tonnie het gebruik van de schuren op tegen 15 april 1988; later wordt ontruiming aangezegd tegen oktober 1988. Tonnie gaat daar niet op in, en Henk gaat over tot een civiele procedure.

De Rechtbank Arnhem stelt Tonnie in het gelijk en stelt zich op het standpunt dat de redelijkheid en billijkheid gezien de omstandigheden van het geval met zich brengen dat

44. HR 21 april 1995, *NJ* 437; *AA* 1997, p. 513, nt Van Dunné.

§2. OPZEGGING

opzegging slechts kan geschieden om zwaarwichtige redenen van zodanige aard dat van Henk niet gevergd kan worden de overeenkomst met Tonnie voort te zetten. Daarbij nam de rechtbank als vaststaand aan dat moest worden aangenomen dat de ouders bij de eigendoms-overdracht van het perceel aan Henk in 1976 de bedoeling hadden dat Tonnie zijn garagebedrijf daar zou kunnen voortzetten. De door Henk aangevoerde redenen acht de rechtbank niet voldoende zwaarwichtig; deze waren dat de verstandhouding met Tonnie slecht was en dat hij hem liever niet achter zijn huis had.

Het Hof Arnhem overweegt allereerst, in afwijking van de rechtbank, dat een overeenkomst voor onbepaalde tijd aangegaan door ieder van partijen kan worden opgezegd, mits met inachtneming van mede door redelijkheid en billijkheid in de omstandigheden van het geval bepaalde termijn en voorwaarden; voor opzegging zijn geen 'zwaarwichtige redenen' vereist (ov.3 en 4).

Het hof gaat na welke omstandigheden hier van belang zijn en overweegt dan dat de vraag *of* een duurovereenkomst opzegbaar is (los van de vraag *op welke termijn* dat kan) afhankelijk is van de redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst, en vervolgt:

'voor de beoordeling van die vraag kunnen dus slechts die omstandigheden een rol spelen die de aard en/of de inhoud van de overeenkomst (mede) bepalen. De tijdsduur, gedurende welke de overeenkomst van kracht geweest is, en eventuele wijzigingen in de omstandigheden nà het sluiten van de overeenkomst kunnen in dit verband dus slechts van belang zijn, voorzover moet worden geoordeeld dat op grond daarvan de inhoud van de oorspronkelijke overeenkomst tussen partijen is gewijzigd' (ov. 9).

Als gevolg vindt het hof de duur van de overeenkomst (20 jaar) niet van belang, evenmin als het opbouwen van een bedrijfje door Tonnie, kennelijk zonder bezwaren van zijn broer Henk, waaruit hij inkomsten geniet zonder van de WAO afhankelijk te zijn. Het hof gaat ervan uit dat, aangezien de afspraken die met de ouders gemaakt zijn plaatsvonden in de tijd van het hobby-matig exploiteren van het automobielbedrijf, niet aangenomen kan worden dat partijen en de ouders ervan zijn uitgegaan dat Tonnie het bedrijf beroepsmatig zou gaan exploiteren. Een bewijsaanbod van Tonnie om zijn moeder op dit punt te horen wordt door het hof als onvoldoende gespecificeerd gepasseerd. Het hof komt aldus tot de conclusie dat onder deze omstandigheden de duurovereenkomst tussen partijen opzegbaar is. De opzeggingstermijn die Henk gehanteerd heeft acht het hof echter, rekening houdend met de genoemde omstandigheden, wèl onredelijk; met behulp van conversie wordt de opzegging omgezet in een rechtsgeldige opzegging tegen een redelijke termijn, die echter inmiddels ruimschoots verstreken is. Tonnie dient het perceel te ontruimen en aan Henk ter beschikking te stellen.

Tonnie gaat in cassatie. Henk had overigens ook diverse administratiefrechtelijke procedures tegen zijn broer aangespannen, op grond van overtreding van de Hinderwet, het bestemmingsplan en de Vestigingswet Bedrijven 1954. Tonnie werd steeds in het gelijk gesteld, soms pas na beroep, en wanneer de zaak bij de hoge raad dient, is Tonnie in afwachting van een uitspraak in een laatste procedure, van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State (inzake bestemmingsplan).

De hoge raad casseert het arrest van het hof, conform conclusie a-g De Vries Lentsch-Kostense. Allereerst sneuvelt het passeren van het bewijsaanbod door het hof: het hof heeft niet aangegeven in welk opzicht het bewijsaanbod (getuigenverklaring van Tonnie's moeder) onvoldoende gespecificeerd was. De hoge raad gaat na wat het hof bedoeld zou kunnen hebben, en stelt steeds vast dat dit niet door de beugel kan. Indien het volgens het hof niet van belang voor zijn oordeel zou zijn wat de moeder zou verklaren, is dat in strijd met de regel dat de bewijskracht van een stelling eerst na het afleggen kan worden vastgesteld.

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

Ten aanzien van de opzeggingvraag overweegt de cassatierechter als volgt:

‘3.5.1. Met betrekking tot de vraag of de onderhavige overeenkomst kan worden opgezegd, heeft het Hof de zienswijze van de Rechtbank verworpen dat de omstandigheden van dit geval meebrengen dat de overeenkomst slechts om zwaarwichtige redenen kan worden opgezegd, en heeft het geoordeeld dat een overeenkomst als de onderhavige in beginsel kan worden opgezegd (rov. 3 en 4), waarbij voor de vraag of de overeenkomst opzegbaar is, op grond van de redelijkheid en billijkheid slechts die omstandigheden een rol kunnen spelen, die de aard en/of de inhoud van de overeenkomst (mede) bepalen (rov. 9).

Met de in rov. 12 van zijn arrest bedoelde omstandigheden op grond waarvan het Hof tot de slotsom komt dat de vraag of de overeenkomst door Henk kan worden opgezegd, bevestigend moet worden beantwoord, ziet het Hof klaarblijkelijk op de omstandigheden die het overeenkomstig zijn in rov. 9 geformuleerde maatstaf in zijn beschouwingen heeft betrokken.

3.5.2. Onderdeel C.2 klaagt dat het Hof, door slechts de in rov. 9 omschreven omstandigheden in zijn beoordeling te betrekken, een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd. Het onderdeel is gegrond, aangezien het Hof heeft miskend dat bij de beoordeling van hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen, alle omstandigheden van het geval een rol kunnen spelen, en de aard van de onderhavige overeenkomst niet ertoe noopt slechts een beperkte categorie omstandigheden in aanmerking te nemen’.

Er volgen dan nog enkele overwegingen over ondergeschikte punten; een klacht dat het hof de uitspraak van de raad van state had moeten afwachten alvorens tot een oordeel te komen werd afgewezen. Een curieus detail is dat deze uitspraak voordat de hoge raad het arrest wees bekend geworden is (wederom ten gunste van Tonnie, overigens), maar niet voorgelegd mocht worden als gevolg van de weigering van Henk om daarmee in te stemmen. Het hof wordt op de vingers getikt wat de vaststelling van een redelijke termijn voor opzegging betreft, die al ruimschoots overschreden zou zijn. Het hof had de wederzijdse belangen moeten afwegen, althans dat beter moeten motiveren.

Het arrest van het Hof Arnhem wordt vernietigd: het geding wordt verwezen naar het Hof Leeuwarden ter verdere afhandeling. Daarbij dient beoordeeld te worden in hoever de door de hoge raad aangegeven omstandigheden van belang zijn voor de vraag of de overeenkomst opzegbaar is. Bij navraag bleek het Hof Leeuwarden nog geen uitspraak gedaan te hebben; intussen heeft getuigenverhoor plaatsgevonden, waarbij Tonnie's moeder (86 jaar) gehoord is, kort voor haar overlijden. De schermutselingen voor de bestuursrechter zijn de laatste jaren overigens onverminderd doorgegaan, waarbij Henk tegen elke nieuwe beslissing ten gunste van Tonnie (o.m. inzake schorsende werking) in beroep ging.

In het arrest van 1995 inzake de gebroeders Kakkenberg bevestigt de hoge raad de lijn in de jurisprudentie van de afgelopen decennia: duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd aangegaan zijn opzegbaar. Over de gronden voor opzegging nog het volgende. De Rechtbank Arnhem had als uitgangspunt genomen: ‘zwaarwichtige redenen’ die naar eisen van redelijkheid en billijkheid aan voortzetting van de overeenkomst in de weg staan. De correctie die het hof aanbracht door uitsluitend die omstandigheden te laten meewegen die de aard en/of inhoud van de overeenkomst mede bepalen (variant Hof Den Bosch) is in cassatie vernietigd: alle omstandigheden van het geval moeten bij de belangenafweging betrokken worden. In casu dus ook het economisch kunnen voortbestaan van Tonnie dankzij zijn garage-werkplaats op het perceel, de financiële belemmeringen om dat elders te doen, de duur van de regeling (20 jaar) die door broer Henk na 1976 gedoogd is, en de voorziening die zijn ouders voor ogen gestaan had als bestaansgrond voor Tonnie (na verwijzing door de hoge

§2. OPZEGGING

raad heeft moeder Kakkenberg dat inderdaad verklaard voor het Hof Leeuwarden; mededeling advocaat van Tonnie). De afweging daarvan wordt, vanwege het in hoge mate feitelijke karakter ervan, aan de feitelijke rechter overgelaten, die zoals gezegd nog geen uitspraak gedaan heeft.

Intussen is in de wet weinig steun voor de beantwoording van deze rechtsvraag te vinden; wij hebben het immers niet over het geval van het onverwacht dringend zelf nodig hebben van de zaak door de uitlener, vgl. art. 7A:1787 BW. Evenmin is in het geding handelen van de bruiklener dat gezien kan worden als 'in ernstige mate tekortschieten in de zorg voor de zaak' of bevoegdheden te buiten gaan, vgl. art. 7.6.6a NBW. Er is duidelijk sprake van een leemte in de wet, bestaand en in ontwerp, en dat is 30 jaar na *Sanders - Sanders* een merkwaardige zaak. Het lijkt of de wetgever, zoals zo vaak, in huis-tuin-en-keuken casuïstiek is blijven steken: bruikleen als het uitlenen van een fiets of andere roerende zaak. De overstap naar meer gangbare en gecompliceerde bruikleenverhoudingen, die een grote maatschappelijke betekenis kunnen hebben heeft de wetgever nog niet gemaakt. Hij is bovendien in wanprestatie- en misbruik van rechtachtige gevallen blijven steken; het onderwerp is veel ruimer. Bij een goede regeling zou ook de figuur van veranderde omstandigheden betrokken kunnen worden, zoals in de rechtspraak regelmatig gebeurt.

Ik zou nog willen wijzen op de mogelijkheid dat opzegging van de duurovereenkomst op zich toelaatbaar geacht wordt in de gegeven omstandigheden, bij een belangenafweging naar redelijkheid en billijkheid. In zo'n geval kan er aanleiding zijn om in de vorm van een ruime toemeting van schadevergoeding aan de belangen van de partij die met de opzegging geconfronteerd wordt, het volle pond te geven. Een voorbeeld daarvan geeft Hammerstein in zijn genoemde artikel, een niet gepubliceerd arrest van hetzelfde Hof Arnhem uit 1994. Dat betrof een wasserij die in 1984 een contract voor 12 jaar gesloten had met de Universiteit van Nijmegen, bij de heronderhandelingen tegen afloop van de termijn uit de boot valt en geen nieuw contract aangeboden krijgt.⁴⁵ Omstandigheden die het hof van belang achtte, waren: de duur van de contractuele relatie, de volledige afhankelijkheid en gerichtheid op de wederpartij (de wasserij was zelfs op het terrein van de universiteit gevestigd), het vooruitzicht op continuatie van de samenwerking tussen partijen, het dreigend ontslag voor alle (75) werknemers. De redelijkheid en billijkheid gebieden, oordeelde het hof, dat de kosten voor de wasserij die met de beëindiging samenhangen en niet als een normaal bedrijfsrisico kunnen gelden of verdisconteerd zijn in de termijn van 2 jaar die aan de beëindiging voorafging, door het opzeggende ziekenhuis vergoed dienen te worden.

Tenslotte is denkbaar dat aanvullende voorwaarden gesteld worden bij de opzegging, gezien een redelijke belangenafweging. Aldus ook de hoge raad in het *ziekenfonds*-arrest van 1977. In de *Kakkenberg*-casus zou bijvoorbeeld denkbaar zijn dat broer Henk de financiering van een werkplaats voor Tonnie op een andere lokatie voor zijn rekening neemt (op te brengen uit de verkoop van het bedrijf of verbetering van de exploitatie door het vertrek van de bruiklener). Indien dat het geval is, zou denkbaar zijn dat bij de belangenafweging de weegschaal naar Henks kant doorslaat en dat Tonnie het veld moet ruimen.

45. Hof Arnhem 29 nov. 1994, *Mattel - Borka*, niet gepubl.; vgl. Hammerstein, t.a.p., p. 107.

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

Opzegging van duurcontracten is doorgaans, juist vanwege de duur van de relatie van partijen, een pijnlijke zaak. In veel branches is dat aan de orde van de dag, ook in gevallen waarbij duurovereenkomsten voor bepaalde tijd keer op keer verlengd zijn en een langdurige relatie tussen partijen ontstaan is, met alle gevolgen vandiën voor de bedrijfsvoering.⁴⁶ Ik ken zelf een geval uit de arbitragepraktijk, waarin een industrieel schoonmaakbedrijf(je) na een 26-jarige relatie à bout portant aan de kant gezet wordt door een grote oliemaatschappij (contractbelang ruim € 1 mln per jaar). Meestal is in zo'n geval bij de opdrachtgever een nieuwe, jonge manager gekomen, die carrière wil maken door nieuwe, scherpere contracten te sluiten. Tegen de tijd dat ontdekt wordt dat ook hier 'goedkoop, duurkoop is', zit deze manager al weer een stoel hoger en zijn de problemen voor zijn opvolger.

Al met al is opzegging een figuur die zowel door zijn juridische complicaties als zijn maatschappelijke implicaties de aandacht van juristen verdient. En van de wetgever, zou men zeggen.

Recente jurisprudentie

In het arrest van 9 april 1999 was de opzegging van een concessie tot het exploiteren van een gasfabriek door de Gemeente Coevorden in het geding.⁴⁷ De gemeente had 9 jaar tevoren aangekondigd dat zij dit voornemen had, en had daaraan daadwerkelijk uitvoering gegeven twee jaar voordat de concessie afliep. De Gasfabriek accepteert dat niet en in de procedure die volgt (de nieuwe exploitant wil aan de slag) vordert zij verbod om aan die opzegging uitvoering te geven, althans eerst na afweging van alle betrokken belangen tot een besluit te komen. Zij krijgt daarin de steun van het hof, maar voor de hoge raad loopt het anders. De kernoverweging luidt:

(3.4.) 'Bij de beoordeling van deze klacht moet worden vooropgesteld dat - naar het Hof in zijn rov. 9, in cassatie onbestreden, heeft vastgesteld - het op de onderhavige concessie-overeenkomst steunende recht tot het hebben, onderhouden en gebruiken van gasleidingen in gemeentegrond, en ook de te dezen aan de orde zijnde bevoegdheid van de Gemeente tot overname van het gehele, tot het vermogen van de Gasfabriek behorende, gasbedrijf een privaatrechtelijk karakter dragen. Voorts moet met betrekking tot deze overname worden vooropgesteld dat de Gemeente ingevolge art. 16 van de concessie-overeenkomst in geval van beëindiging van de overeenkomst verplicht is het gasbedrijf, voor zover dienende tot de gasvoorziening van Coevorden, met alles wat daartoe behoort, tegen een getaxeerde waarde van de Gasfabriek over te nemen, en dat de Gasfabriek aldus een vergoeding ontvangt voor de schade die zij als gevolg van de beëindiging van de overeenkomst lijdt. In het licht van dit een en ander valt inderdaad niet in te zien hoe de in rov. 10 en 14 gerelateerde feiten en omstandigheden bij toetsing van de opzegging door de bodemrechter aan het zorgvuldigheidsbeginsel zouden kunnen meebrengen dat de onderhavige opzegging niet rechtsgeldig heeft plaatsgevonden, althans geen effect zou kunnen sorteren dan nadat de Gemeente in goed overleg met de Gasfabriek en met inachtneming van de betrokken belangen die opzegging heeft heroverwogen. Met name valt niet in te zien waarom dat beginsel zou meebrengen dat de Gemeente bij een zorgvuldige afweging van de belangen van de Gasfabriek bij voortzetting van de gasdistributie in de gemeente Coevorden had moeten afzien

46. Vgl. voor de autodealer-branche (berucht om de daar heersende 'Amerikaanse methoden' bij verlenging van jaar tot jaar) het arrest *Kost - Pon*, HR 22 nov. 1963, *NJ* 1964, 128.

47. HR 9 april 1999, *NJ* 2000, 219, nt MS, *Gem. Coevorden c.s. - B.V. Gasfabriek c.s.*

§2. OPZEGGING

van het gebruik van haar bevoegdheid om de concessie-overeenkomst op te zeggen, althans zou meebrengen dat de opzegging eerst rechtsgevolg verkrijgt nadat de Gemeente de Gasfabriek heeft gehoord en de opzegging met inachtneming van alle daarbij betrokken belangen heeft heroverwogen. In zoverre is het onderdeel derhalve terecht voorgesteld.⁷

Men moet hierbij wel bedenken, zoals ook Scheltema in zijn noot opmerkt, dat het contract voorzag in een schadeloosstelling van de Gasfabriek bij opzegging.

Het arrest van 3 december 1999 betrof een geheel andere overeenkomst, namelijk een distributie-overeenkomst.⁴⁸ Op dat gebied is, zoals wij eerder zagen, heel gangbaar dat van het ene jaar op het andere jaar opgezegd wordt – *Kost – Pon* werd zonet genoemd – en het is daarom opmerkelijk dat ook op dat gebied de lijn van *Sanders – Sanders* begint door te komen. Dit arrest had betrekking op het bekende franse wijnhuis Latour dat de distributie-overeenkomst met een nederlandse importeur opgezegd had, nadat partijen al ruim honderd jaar met elkaar zaken gedaan hadden (zeker een turbo-manager bij Latour aan de gang). Het contract voorziet niet in een opzeggingsregeling, en de importeur, De Bruijn, voert aan dat voor opzegging een gegronde reden aangevoerd moet worden, waarin het hof hem steunt. De hoge raad komt tot de volgende, opvallende uitspraak:

(3.6.) ‘De subonderdelen I.1 en I.2 voeren aan dat het Hof heeft miskend dat een distributieovereenkomst als de onderhavige altijd opzegbaar is in die zin dat de leverancier ook zonder grond mag opzeggen en dat die opzegging altijd tot gevolg heeft dat de overeenkomst wordt beëindigd. Die opvatting vindt in haar algemeenheid echter geen steun in het recht. Bij gebreke van een wettelijke of contractuele regeling daaromtrent zal de vraag of de opzegging in een concreet geval het beoogde rechtsgevolg heeft gehad, beantwoord moeten worden aan de hand van de redelijkheid en billijkheid in verband met de omstandigheden van dat geval. Ook indien uit de aard van een specifieke distributie-overeenkomst zou volgen dat zij in beginsel zonder meer opzegbaar is, kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de concrete omstandigheden van het geval meebrengen dat opzegging slechts tot beëindiging van de overeenkomst leidt indien een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging bestaat.’

In het arrest van 25 juni 1999 (een vruchtbaar jaar voor de opzegging) doet de hoge raad een uitspraak waarbij de relatie tussen art. 248 en 258 aan de orde gesteld wordt.⁴⁹ Mag men wel wegens gewijzigde omstandigheden opzeggen, moet men dan niet de weg van art. 258 volgen? Het hof was die opvatting toegedaan, maar de hoogste rechter casseert. Het dispuut ging over het fonds CSM, sinds 1920 op de beurs genoteerd, dat per 1 juni 1994 van de beurs gehaald werd, dat wil zeggen de noteringsovereenkomst werd opgezegd door de Vereniging. Kan dat zomaar? Ook in deze duurovereenkomst was geen opzeggingsregeling opgenomen. Hier volgt de kernoverweging van de hoge raad:

(3.4.) ‘De algemene klacht met betrekking tot ‘s Hof’s opvatting omtrent art. 6:248 en de motivering van ‘s Hof’s afwijzing van het door de Vereniging op deze bepaling gedane beroep, is nader uitgewerkt in onderdeel 3, aanhef, en in onderdeel 4 onder b tot en met e. De klacht komt erop neer dat het Hof blijkens zijn rov. 4.5, gelezen in verband met rov. 4.3 en de rov.

48. HR 3 dec. 1999, NJ 2000, 120, *Maison Latour - P. de Bruijn Wijnkopers Anno 1772*.

49. HR 25 juni 1999, NJ 602, *Vereniging voor de Effectenhandel - C.S.M.*

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

4.6 e.v., ten onrechte heeft geoordeeld dat een duurovereenkomst die niet in een bevoegdheid tot opzegging voorziet, niet op grond van het bepaalde in art. 6:248 kan worden opgezegd ingeval als grond voor de opzegging wordt aangevoerd dat ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag worden verwacht; in zulk een geval zou volgens het Hof uitsluitend de weg van art. 6:258 - een verzoek tot wijziging van de overeenkomst door de rechter op grond van onvoorziene omstandigheden - kunnen worden gevolgd. De klacht gaat uit van een juiste opvatting omtrent de verhouding tussen de art. 6:248 en 6:258. Ook indien in een geval als vorenbedoeld op de voet van art. 6:258 wijziging van een duurovereenkomst kan worden gevorderd, staat het bestaan van deze mogelijkheid niet eraan in de weg dat de overeenkomst geldig kan worden opgezegd ingeval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid instandhouding van de overeenkomst in ongewijzigde vorm niet mag worden verwacht. In dat geval is noch toepassing van het eerste lid van art. 6:248 (redelijkheid en billijkheid brengen mee dat de overeenkomst met een bevoegdheid tot opzegging in de gegeven omstandigheden wordt aangevuld), noch ook toepassing van het tweede lid van dit artikel (een beroep op het ongewijzigd voortduren van het overeengekomene is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar) uitgesloten doordat de opzeggende partij op grond van dezelfde omstandigheden ook had kunnen kiezen voor een vordering tot wijziging van de overeenkomst op de voet van art. 6:258. Dit heeft het Hof klaarblijkelijk miskend, zodat de klacht gegrond is.⁷

Al met al een leerzaam jaar, 1999. Daaraan moet nog toegevoegd worden dat in dat jaar het proefschrift van C.A.M. van de Paverd verscheen over dit onderwerp, toegespitst op distributie-overeenkomsten.⁵⁰ In zijn recensie geeft G.J.P. de Vries een instructief overzicht van literatuur en rechtspraak op dit gebied.

50. *De opzegging van distributieovereenkomsten. Een onderzoek naar regels betreffende de opzegging van duurovereenkomsten, in het bijzonder naar de grondslagen daarvan*, diss. VU Amsterdam 1999. Besproken door G.J.P. de Vries, *NTBR* 2000, p.231.

§ 3. Ontslag-problematiek

A. DE JURISPRUDENTIE VAN DE HOGE RAAD TOT 1983

1. Inleiding. Goudse handdruk-arrest (*Hajziani - Van Woerden-Aardewerk, 1983*)

Het beëindigen van een arbeidsovereenkomst gaat door middel van ontslag. Over die rechtsfiguur is de laatste decennia veel te doen geweest in de rechtspraak, het was een strijdtoneel waarbij algemene leerstukken van burgerlijk recht in stelling gebracht werden. Vandaar dat aan deze figuur op deze plaats bijzondere aandacht gegeven wordt. De inzet van de strijd was doorgaans de controverse die tussen de hoge raad en de ontwerpers van het nieuwe BW bestond over de bescherming van degeen die op opgewekte schijn afging bij een *eenzijdige* rechtshandeling (thans art. 3:35 BW). Het is zoals wij zullen zien geen eenvoudige materie; het onderwerp is al vrij gekompliceerd, en wordt nog ingewikkelder bij toepassing in het arbeidsrecht. Bij de hier volgende beschouwingen wordt als beginpunt genomen een arrest uit 1983, *Hajziani - Van Woerden*, alias *Goudse handdruk*, waarin de hoge raad een belangrijke wending brengt in de jurisprudentie over ontslag. Deze passage is ontleend aan mijn *AA-noot* onder dat arrest (1983, p. 499). Vervolgens wordt de verdere ontwikkeling in de rechtspraak kort belicht.

De casus is deze.

Abdeslam Ben Mohammed Hajziani werkt sinds 1976 bij Van Woerden-Aardewerk te Gouda, een bedrijf met zo'n twintig werkmakers waaronder verschillende Marokkanen. In de zomer van 1979 wil Hajziani evenals de voorgaande jaren het geval was, voor drie maanden met vakantie naar Marokko om zijn familie te bezoeken. De dag voor zijn vertrek, 11 juli 1979, krijgt hij een door Van Woerden opgestelde verklaring voorgelegd met de volgende inhoud:

'Hiermede verklaren wij dat Hajziani Abdeslam Ben Mohammed, wonende Turfmarkt 22 te Gouda, Paspoortnr. 4730-006161 tot heden, 11 juli 1979, bij ons in dienst is geweest en zijn dienstverband beëindigt wegens een volgens hem 3 maanden durend familiebezoek in Marokko. "(pasp.nr. met ingang van mei 1978 555383)".

Mits hij zich uiterlijk op 11 oktober 1979 bij onze firma vervoegt, zijn wij bereid geheel vrijblijvend te overwegen, hem weer opnieuw in dienst te nemen onder voorbehoud dat de bedrijfsleiding alsdan daartoe mogelijkheden ziet. Van Woerden Aardewerk, Gouda.

w.g. (kennelijk namens Van Woerden): onleesbaar

salarij t/m 11 juli 1979 - 8 x f 75,13 netto =	f 601,04
14 vak.dagen + 1 dag + 5 snipperdagen totaal 20 dagen x netto f 66,37 =	f 1327,40
	f 1928,44
Afrekening voorschot f 200,- =	f 200,00
	f 1728,44

w.g.: Hajziani.'

Hajziani, die de Nederlandse taal slecht beheerst, en de verklaring niet kon lezen, ondertekent de verklaring onder het tweede gedeelte, met de salarisafrekening, in de veronderstelling dat het bij de ondertekening van de verklaring uitsluitend ging om overeenstemming over de hoogte en uitbetaling van het salaris c.a. Van Woerden ondertekent het eerste gedeelte. Hajziani vertrekt naar Marokko; tijdens zijn verblijf daar wordt hij ziek, waarvan hij Van Woerden mededeling doet, hetgeen door de laatste ontkend wordt. In die periode krijgt Hajziani een uitkering krachtens de ziektewet. Twee maanden later dan gepland, op 17

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

december 1979, meldt hij zich bij Van Woerden, die hem naar huis zendt met de mededeling dat er geen werk is.

Hajziani neemt een advocaat in de arm, en stelt zich op het standpunt dat het ontslag per 17 december 1979 nietig is aangezien toestemming van de directeur GAB ontbreekt. Voor de kantonrechter te Gouda vordert hij doorbetaling van het loon. In de procedure die volgt, stelt Van Woerden dat de arbeidsovereenkomst op 11 juli 1979 met wederzijds goedvinden is beëindigd, en legt de bijbehorende verklaring over. Van Woerden brengt verder nog naar voren dat het bedrijf met aanzienlijke economische problemen te kampen heeft en om de concurrentie het hoofd te kunnen bieden automatisering moet invoeren. Bij de directeur GAB heeft zij intussen ontslagvergunning 'voor zover vereist' gekregen en vervolgens het dienstverband voor zover vereist opgezegd per 31 maart 1980. Overigens heeft Van Woerden ook ten aanzien van twee andere Marokkaanse werknemers het dienstverband op identieke wijze beëindigd als in het geval Hajziani.

De kantonrechter te Gouda verwerpt de stelling van Van Woerden dat hier sprake zou zijn van beëindiging met wederzijds goedvinden, blijkens de verklaring van 11 juli 1979. Hierbij geeft de doorslag dat de handtekening van Hajziani enkel onder de salarisafrekening geplaatst is, en niet duidelijk zichtbaar voor akkoord medeondertekend is, nu de verklaring door de werkgever is opgesteld en niet van een twee-partijen overeenkomst in gebruikelijke vorm sprake is. De kantonrechter draagt Van Woerden op te bewijzen dat de dienstbetrekking van pp. op 11 juli 1979 met wederzijds goedvinden is geëindigd.

Van Woerden gaat hiervan in beroep bij de Rechtbank Rotterdam. Deze gaat na of het gerechtvaardigd was voor Van Woerden om uit de handtekening van Hajziani onder de gegeven omstandigheden af te leiden dat hij instemde met de gehele verklaring. De rechtbank behandelt daartoe de stelling van Hajziani, dat bij hem de bedoeling ontbrak tot beëindiging van de dienstbetrekking. Hij voert aan, dat 'bij hem de indruk is gewekt dat het bij de ondertekening van de verklaring uitsluitend ging om overeenstemming over hoogte en uitbetaling van het salaris c.a., welke indruk door de wijze van concipiëren van de verklaring (in twee van elkaar gescheiden gedeeltes) en het tijdstip van aanbidding ter ondertekening (pal voor zijn vakantie) is gewekt, terwijl is nagelaten helder en begrijpelijk uiteen te zetten waarom het precies ging aan een werknemer die de Nederlandse taal slecht beheerst en terwijl Van Woerden wist dat Hajziani nooit de bedoeling heeft gehad de dienstbetrekking te beëindigen, omdat de werknemer daarvoor alle rechten op werkloosheidsuitkeringen zou verspelen'. De rechtbank komt, na een bespreking van deze punten, tot de slotsom dat Van Woerden niet behoefde te begrijpen dat onderlinge overeenstemming over de beëindiging van de dienstbetrekking ontbrak. Hierbij valt op dat iedere omstandigheid door de Rb. op zich genomen wordt, en niet in onderlinge samenhang, en verder dat een wetstechnisch argument gehanteerd wordt inzake het in geld uitkeren van vakantiedagen. De conclusie luidt tenslotte, dat Van Woerden niet heeft kunnen afleiden dat Hajziani niet akkoord ging met de afrekening als eindafrekening. Over het punt van het nalaten om Hajziani duidelijk te maken waar het bij de verklaring om ging, merkt de Rb. slechts op dat de verklaring weliswaar 'enigszins onbeholpen' is, maar dat de vorm op zichzelf voldoende is, 'in het bijzonder waar de verklaring op één bladzijde is gesteld'. De Rb. vernietigt het vonnis van Ktg. Gouda en wijst de vordering van Hajziani af.

Hajziani gaat in cassatie; korthedshalve volsta ik met de weergave van de cruciale overwegingen van de hoge raad, waaruit de betreffende cassatiemiddelen voldoende duidelijk worden.

(3.4) 'De klacht van onderdeel 3-b, als uitgewerkt in onderdeel 3-c, is echter gegrond. Blijkens de r.o. 17 en 18 heeft de Rb. voor de vraag of door de ondertekening door Hajziani van de verklaring van 11 juli 1979 een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden tot stand was gekomen, beslissend geacht of Van Woerden uit de ondertekening van de afrekening onder die verklaring niet zou hebben kunnen afleiden dat Hajziani niet akkoord ging met de afrekening als eindafrekening (en dus ook met beëindiging van de arbeidsovereenkomst). Daarmee heeft de Rb. echter een onjuist criterium aangelegd. Wanneer,

§3. ONTSLAG-PROBLEMATIEK

zoals hier, een werkgever aan een buitenlandse werknemer een verklaring die tevens een afrekening bevat, ter tekening voorlegt met het doel aldus tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden te geraken, dan is het, wil hij de werknemer aan een zodanige beëindiging kunnen houden, niet voldoende dat hij uit de bereidheid van de werknemer tot het plaatsen van zijn handtekening onder de afrekening in de gegeven omstandigheden niet heeft kunnen afleiden dat deze niet akkoord ging met beëindiging. De werkgever zal er zich met redelijke zorgvuldigheid van moeten vergewissen, of de werknemer heeft begrepen dat zijn instemming met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wordt gevraagd. Ook als Hajziani van dichtbij heeft meegemaakt dat andere Marokkaanse werknemers in het bedrijf van Van Woerden onder beëindiging van de dienstbetrekking voor enige maanden met vakantie naar Marokko zijn gegaan, onthief dat Van Woerden niet van bedoelde verplichting.

(...)

(3.6) Subonderdeel 4 is gebaseerd op de opvatting dat in een situatie als de onderhavige de werkgever de werknemer alleen dan aan diens - met zijn werkelijke wil niet overeenstemmende - verklaring mag houden, wanneer deze werkgever in gerechtvaardigd vertrouwen op die verklaring iets heeft gedaan of nagelaten, waaruit voor hem bij ongedaanmaking van de beëindiging van het dienstverband enig relevant nadeel zou zijn ontstaan. Aldus wordt echter miskend dat in geval van een tweezijdige rechtshandeling tot beëindiging van de wederzijdse verplichtingen uit een wederkerige overeenkomst, de bescherming van het gerechtvaardigde vertrouwen van de ene partij in de wilsverklaring van de andere partij niet van een dergelijke voorwaarde afhangt.

(3.7) De gegrondheid van de subonderdelen 3-b en c brengt mee, dat het vonnis van de Rb. niet in stand kan blijven en dat verwijzing dient te volgen teneinde het bestaande hoger beroep op de grondslag van de grieven opnieuw te beoordelen.'

Het onderhavige arrest is er een uit een reeks die begint met de *Ontslagarresten I en II*, alias *overspannen chauffeur*, NJ 1975, 211, AA 1975, 414 nt G en *overspannen verkoopleider*, NJ 1976, 223, AA 1976, 281 nt v.D. Eigenlijk begint die reeks bij *Van Dongen - Van den Oetelaar* uit 1959, of zelfs bij het *afstandsarrest* uit 1938. Een voorgeschiedenis die de lezer bekend zal zijn, en voor zover die kennis verbleekt is verwijs ik naar de genoemde AA-noten en naar hetgeen nog volgt. Een arrest in de serie ontslagarresten, dat niet geannoteerd werd, is *Broekhuijzen - De IJsselstroom*, HR 11 december 1981, NJ 1982, 70. Op deze zaak, die zich trouwens ook in Gouda afspeelde, zal hieronder nog ingegaan worden aangezien zij overeenkomst vertoont met de onderhavige uitspraak, die, als men gevoelig is voor law and order, ook als *Ontslagarrest IV* aangeduid zou kunnen worden.

De ontslagproblematiek betreft uiteraard het arbeidsrecht, maar heeft evenzeer te maken met het Algemeen Deel van het verbintenissenrecht, althans, in de benadering van de hoge raad. Al bij het *Conversie II*-arrest uit 1948 kan men aarzelen of het arrest nu belangrijker is voor het arbeidsrecht of voor het algemene verbintenissenrecht. Ook bij het nu aangesneden onderwerp betreft het een dogmatische veldslag die op het terrein van het arbeidsrecht uitgevochten wordt. Enige reserve over de gekozen lokatie is daarbij op zijn plaats. In ieder geval lijkt het raadzaam om, net als de moderne historicus, in het oog te houden hoe het voetvolk ervan afkomt, en beschouwingen over het 'game of kings', of liever veldheren (raadsheren?) maar wat op de achtergrond te houden.

Hiermee is de teneur van deze paragraaf aangegeven: niet zozeer de gedachte dat het arbeidsrecht te belangrijk is om aan de arbeidsrecht-specialisten over te laten, maar dat er te belangrijke verbintenisrechtelijke dingen gebeuren

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

om dat terrein aan die specialisten te laten. Anderzijds kan men ook zeggen, dat dit onderdeel van het arbeidsrecht nodeloos ingewikkeld en ondoorzichtig is omdat men met allerlei dogmatische begrippen worstelt (tweezijdige rechtshandelingen, toestemming, wilsverklaring en dergelijke) en met leerstukken niet uit de voeten kan (bescherming van opgewekte schijn, nadeelkriterium, en dergelijke). Ook hier zien wij trouwens, hoe, als men tot een oplossing komt, het doel de middelen heiligt. Intussen realiseer ik mij, dat de arbeidsrechtbeoefenaar die om hulp zoekt in het algemene verbintenissenrecht de indruk zal hebben dat dat deel van het recht nodeloos ingewikkeld en ondoorzichtig is, zeker als ook het nieuwe BW er nog bij komt. Wat hiervan zij, hier komen zaken aan de orde als het rechtskarakter van de beëindigingsovereenkomst, vergeleken met de opzegging, waarbij wij niet om het algemene leerstuk van de totstandkoming van overeenkomsten heen kunnen; de bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen bij eenzijdige en tweezijdige rechtshandelingen, de bekende veldslag tussen hoge raad en NBW.

2. *De beëindiging van de arbeidsovereenkomst: tweezijdige of eenzijdige rechtshandeling? De onderzoeksplicht aanvaard*

Het ontslagrecht is niet alleen zo moeilijk omdat het een combinatie van publiekrecht (BBA, WW, WWV, ABW) en privaatrecht (artt. 7:667-686 BW (artt. 7A:1639e-1639x oud) is. De zaak is zo gecompliceerd doordat op beide terreinen de terminologie verschilt en bovendien, wat erger is, verschillende rechtsfiguren gehanteerd worden, die niet op elkaar afgestemd zijn. Het BW gaat uit van beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging van een van beide partijen, hetgeen algemeen gezien wordt als een eenzijdige rechtshandeling, zie de betreffende afdeling, artt. 1639e v. Dan rijst meteen de vraag, of daarnaast de mogelijkheid bestaat op grond van het algemeen deel van het verbintenissenrecht, om de overeenkomst door middel van een tweezijdige rechtshandeling te beëindigen, zoals bij elke overeenkomst het geval is. Die vraag wordt meestal gesteld naar aanleiding van art. 6 BBA 1945, waar sprake is van beëindiging met 'wederzijds goedvinden'. In de heersende leer is het antwoord bevestigend; een belangrijke schakel is hierbij de uitspraak van de hoge raad in 1955 dat niet valt in te zien waarom aan het totstandkomen van 'wederzijds goedvinden' andere eisen gesteld zouden moeten worden dan voor het totstandkomen van overeenkomsten in het algemeen (*NJ* 1956, 183, *Huntelerslag - De Jong's Handelsbureau*). In het stelsel van het BBA heeft 'wederzijds goedvinden' overigens tot gevolg dat het vereiste van toestemming van de directeur GAB¹, op straffe van nietigheid van de opzegging gesteld, komt te vervallen. Een nietig ontslag wordt aldus gedekt.

De grote verwarring die nu kan ontstaan, en blijktens de rechtspraak ook ontstaat, houdt verband met de uiterst complexe rechtsgevolgen van de beëindigingshandeling, hoe ook geconstrueerd. Gevolgen, die weer gescheiden moeten worden naar de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke sfeer, dat wil zeggen schadevergoeding naar de regels van het BW tegenover de sociale uitkeringen, met daaraan voorafgaand de hamvraag, of de ontslagene de

1. Thans: RDA, Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening.

§3. ONTSLAG-PROBLEMATIEK

nietigheid van de beëindigingshandeling inroept, met een beroep op BBA en/of BW. Er staat derhalve heel wat op het spel op het moment van beëindiging van de arbeidsovereenkomst, zowel wat de materiële positie, als de rechtspositie van de betrokken partij betreft. Waar uiteraard nog het persoonlijke aspekt aan toe te voegen is, dat dit een type overeenkomst is dat zeer diep ingrijpt in de levenssfeer van de persoon in kwestie, en diens gezin. De combinatie van factoren is de reden, zoals wij nog zullen zien, waarom in de jurisprudentie zeer zware eisen gesteld worden bij het toetsen van beëindigingshandelingen, tweezijdig of eenzijdig.

Wat staat er nu precies op het spel voor de werknemer? (gemakshalve ga ik van zijn positie uit, ook al geldt de regeling voor beide pp.). Stel het geval dat de werknemer op staande voet ontslagen wordt, opzegging wegens een vermeende dringende reden. Hij heeft dan drie mogelijkheden:

1. hij kan de nietigheid van het ontslag inroepen met een beroep op het gebrek aan toestemming van de directeur GAB (RDA), ingevolge art. 6 BBA, dan wel met een beroep op schending van art. 7:670 lid 2-5 BW (art. 7A:1639h lid 2-5 oud). De werknemer kan tegen het ontslag protesteren en nog open laten waarop hij zijn beroep op nietigheid baseert.
2. Hij kan in het ontslag berusten en daarbij te kennen geven zich op BBA noch BW te zullen beroepen.
3. Hij kan in het ontslag berusten en te kennen geven geen beroep op BBA of BW te doen wat betreft de nietigheid van het ontslag, maar wel een beroep op schadevergoeding op grond van het BW te willen doen, ex. art. 1639o lid 1 of 2 BW (art. 7:677), of zich dat beroep voor te behouden. Dit artikel is overigens de enige plaats waar de burgerlijke wetgever spreekt van 'toestemming' van de wederpartij van de opzeggende partij; indien de opzegging wegens dringende reden niet gerechtvaardigd is, vervalt de schadevergoedingsplicht van de opzeggende partij in geval van toestemming van de wederpartij.

Bij dit schema is uitgegaan van beëindiging van de overeenkomst door een eenzijdige rechtshandeling, namelijk opzegging door de werkgever (het systeem van het BW). Als wij uitgaan van een tweezijdige rechtshandeling tot beëindiging, samenvallend met het 'wederzijds goedvinden' van het BBA, waarbij toestemming van de werknemer in het geding is, dan kan men stellen dat die situatie niet te onderscheiden is van alternatief 2. De causa daartoe kan zijn dat er een afvloeiingsregeling is getroffen, die soms tot een gouden handdruk leidt.

Bij dit overzicht van de rechtspositie van de werknemer dient men nog te bedenken dat er een samenhang bestaat tussen de drie mogelijke reacties op het aangezegde ontslag en het recht van de werknemer op een uitkering krachtens WW en vervolgens WWV. Het is daarbij de vraag of hij *onvrijwillig* werkloos is geworden, art. 21 lid 1 WW. Bij de beoordeling daarvan speelt een rol of hem een verwijt gemaakt kan worden dat zijn gedragingen reden hebben gegeven hem te ontslaan; tegen die achtergrond heeft hij bij alternatief 1. recht op een WW-uitkering, echter bij de alternatieven 2. en 3. in beginsel niet. Samenvattend, als de werknemer berust in het ontslag, en a fortiori als hij daarin toestemt, is hij daarmee niet onvrijwillig werkloos geworden en verspeelt hij in

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

beginsel zijn uitkering.² Als men de positie van de werknemer beziet, dan is kenmerkend dat zijn handeling van berusting in de opzegging door de wederpartij in wezen een afstand van recht is: hij laat het recht varen een beroep te doen op respectievelijk de nietigheid van de opzegging (2.), een afvloeiingsregeling (2.), een schadevergoeding (3.), en tenslotte op een WW-uitkering. Afstand van recht is zoals bekend ook een eenzijdige rechtshandeling.

Dit is het tableau waarop de beëindigingshandelingen zich afspelen. Als men, indachtig de jurisprudentie inzake het algemene leerstuk 'toestemming' - volgens Meijers het 'grote blanco woord' - zich bedenkt welke complicaties zich kunnen voordoen bij de uitleg van de gedragingen, waar nog aan toe te voegen is dat meestal de gemoederen hoog opgelopen zijn op het moment van de handeling, terwijl er zoveel op het spel staat over en weer, dan liggen de problemen voor het oprapen. De rechtspraak is dan ook een afspiegeling van die situatie.

Een eerste onderscheid dat de rechter bij zijn beoordeling van de situatie dient te maken, is: was hier sprake van toestemming als onderdeel van een tweezijdige rechtshandeling tot beëindiging, dan wel een berusting, dat wil zeggen een eenzijdige rechtshandeling van afstand van recht? Een volgend onderscheid dat aangebracht dient te worden, is of het een berusting 2. of een berusting 3. was, met andere woorden: was er ook afstand gedaan van de schadevergoedingsclaim? Hoe stelt men dit vast bij stilzwijgen van de werknemer, of indien hij iets stamelt in de trant van: 'Dat zal wel zo zijn,' of 'Dat zit dan niet anders'? In dat laatste arrest heeft de hoge raad beslist dat hier niet van toestemming, maar van berusting sprake is, en dan nog alleen in de zwakke vorm van 3., derhalve het recht op schadevergoeding onverlet latend. Voor het vaststellen van toestemming, zo overwoog het college, 'is vereist een wilsuiting gericht op de beëindiging van de dienstbetrekking met onderling goedvinden'.³

Zoals bekend is het BBA 1945 een Nederlandse versie van overeenkomstige maatregelen van de Duitse bezetter. Die achtergrond is van belang voor de uitleg van de in het BBA gehanteerde begrippen.⁴ De Duitse rechtspraak is vanwege de vergelijkbare problematiek voor ons interessant; hieronder zal ik op enkele plaatsen daarnaar verwijzen.

Dan wordt het nu tijd om de betekenis aan te geven van het genoemde arrest van 1983 voor de geschetste problematiek, het juridisch duiden van beëindigingshandelingen. Hierbij zijn twee aspecten in het geding: de waardering van de handeling van de betreffende partij in casu, de werknemer (A), en de daarmee samenhangende vraag naar de betekenis van het door hem

2. Voor een bespreking van de rechtspraak van de CRvB op dit punt, een complexe materie, verwijs ik naar F.M. Noordam, *SMA* 1978, p. 252 v.

3. HR 17 januari 1969 *NJ* 251, *Van der Tuuk - Pekela NV* (vergelijk in dezelfde zin, over het 'billijken' van het ontslag, HR 5 maart 1954 *NJ* 1955, 388, *Schut - De Hoop NV*). In de literatuur is op deze rechtspraak met instemming gereageerd, vgl. Bakels, *SMA* 1978, p. 240; Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 1979, p. 143.

4. Vgl. daarvoor: H. Naber, *Van een preventief ontslagverbod terug naar een repressief ontslagrecht?*, diss. Utrecht 1981, p. 144 v. Het huidige kabinet bezint zich op nieuwe wetgeving (evenals het vorige).

§3. ONTSLAG-PROBLEMATIEK

bij de wederpartij gewekte vertrouwen (B). Die laatste kwestie laat ik nog even rusten en stel eerst A aan de orde.

Als wij ons concentreren op de positie van de werknemer, dan kunnen wij twee situaties onderscheiden, die waarbij het initiatief voor de beëindiging van de overeenkomst bij de werknemer ligt, en die waarbij de werkgever het initiatief heeft genomen. Van de eerste situatie was sprake in de *ontslagarresten I en II*, waarbij het overspannen zijn van de werknemer bij zijn opzegging de complicatie was bij de beoordeling van het juridische karakter van die handeling. In mijn AA-noot onder het tweede arrest bepleitte ik destijds, evenals trouwens a-g Ten Kate (zonder succes) in zijn conclusie bij het eerste arrest, voor een dergelijke situatie de aanvaarding van een *onderzoeksplicht* voor de werkgever: onderzocht dient te worden of de werknemer de strekking van zijn mededeling beseftte en de consequenties daarvan voor zijn rekening nam. De hoge raad kwam in die arresten aan deze constructie niet toe, aangezien hij uitging van de (dogmatiek van) vraag B, de vertrouwensvraag. In het onderhavige arrest echter, dat de tweede situatie betreft, beëindigingsinitiatief bijde werkgever, heeft de hoge raad de onderzoeksplicht expliciet aanvaard, evenals trouwens a-g Franx in zijn conclusie. Men mag veronderstellen dat de hoogste rechter thans ook in de eerste situatie een onderzoeksplicht aanneemt.

De nieuwe regel heeft voorlopers in de rechtspraak van zowel hoge raad als van lagere rechtscollages. In het arrest HR 4 januari 1974 NJ 235, *MEGGA - De Reus*, was sprake van een buschauffeur die aan het eind van de week het zware rijschema voor de volgende dag en week hoort en tegen collega's zegt 'dat verdom ik, ik neem net zo lief ontslag', en later, tegen de boekhouder: 'ik ben het zat, ik zet er een punt achter'. Hij tekent bij afrekening een verklaring 'voor algehele afwikkeling', waaruit zijn werkgever afleidt, in combinatie met de eerdere opmerkingen, dat hij in het ontslag heeft ingestemd. De Rb. Rotterdam (!) oordeelt anders, en is van mening dat hij slechts het feit van ontslag accepteerde (met andere woorden alternatief 2. of 3.). De hoge raad is van oordeel dat de vaststelling van toestemming van De Reus een kwestie van feitelijke aard is en niet in cassatie voor toetsing vatbaar. (N.B.: in de *ontslagarresten* was dit anders, maar daarbij was vraag B in het geding, de vertrouwenskwestie). Van belang is nog, dat het standpunt van de Rb. Rotterdam in de literatuur veel bijval heeft gekregen.⁵

In het geval van *Bosch Handelsmij. - Serghini*, HR 25 mei 1979 NJ 506, stelde de hoge raad zich op het standpunt dat wanneer de (marokkaanse) werknemer de nederlandse taal onvoldoende beheerst en daardoor de strekking van een door hem ondertekende verklaring niet of verkeerd begrijpt, het op de weg van de werkgever ligt om een tolk-vertaler in te schakelen om misverstanden te voorkomen, of anderszins maatregelen te treffen. Ik parafraseer deze uitspraak, die slechts inhield dat de stellingen van het middel in tegengestelde zin, 'in het nederlandse recht geen steun vinden'. Ook a-g Ten Kate meende dat 'in een situatie als deze het risico van het misverstand ... niet snel op de schouders van deze werknemer gelegd zal kunnen worden'. In casu had Serghini een schriftelijke verklaring van Bosch dd. 17 maart 1976 gekregen waarin gesteld werd dat hij 'na een tweemaandelijks vakantie weer bij ons in dienst

5. Vgl. Bakels, *SMA* 1978, p. 240. De duitse rechtspraak is overigens in dezelfde zin, vergelijk Preis, *Arbeit und Recht* 1979, p. 97.

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

treedt'. Er ontstaat een woordenwisseling over Serghini's prestaties waarna hij boos wegloopt en op vakantie gaat. Bij zijn terugkeer in het bedrijf van Bosch, op 18 mei 1976, tekent hij een verklaring dat hij 'akkoord gaat met het aangezegde ontslag'. Serghini stelt dat hij geen Nederlands verstaat en meende dat zijn handtekening in verband met de vakantie-uitkering gevraagd werd. Ktg. en Rb. stellen hem in het gelijk, waarbij de Rb. (Zwolle) overweegt dat niet is komen vast te staan dat S. 'op een voor hem duidelijke wijze met de strekking van de brief op de hoogte is gebracht'. Overigens kwam vraag B (gewekt vertrouwen) in deze zaak in het geheel niet aan de orde, aangezien dat niet door Bosch gesteld was, laat staan bewezen, zodat de HR daaraan voorbij kon gaan.

In 1982 kreeg de hoge raad weer een toestemmingsgeval te toetsen, wederom Rb. Zwolle, waarbij het initiatief bij de werknemer lag: HR 28 mei 1982 *NJ* 1983, 2, *Coolwijk - Kroes*. De werknemer Kroes had na een heftige woordenwisseling gezegd dat hij 'op staande voet wegging', en was de daad bij het woord voegend weggegaan en eerst twee dagen later om 11.00 uur weer op het werk verschenen. De Rb. is van oordeel dat hier van geen ontslagname van Kroes sprake is, waarmee Coolwijk dan zou hebben ingestemd, en eist 'een ondubbelzinnige en duidelijke wilsuiting, gericht op definitieve beëindiging van het dienstverband' (vergelijk het *Van der Tuuk - Pekela NV* arrest). De raad wijst de klacht af dat de Rb. te ver gegaan zou zijn en overweegt: 'vrijwillige beëindiging door de werknemer van zijn dienstbetrekking heeft voor deze zó ernstige gevolgen, dat de bedoeling daartoe in situaties als de onderhavige niet te gauw door de werkgever mag worden aangenomen'.

De lagere rechtspraak die niet aan de cassatierechter voorgelegd werd, is verdeeld; er zijn voorbeelden van de totdusver geschetste ontwikkeling, bijvoorbeeld Rb. Utrecht 7 oktober 1981, *PrG* 66, waar de Marokkaanse werknemer 'ik niet meer werken bij TBS' had gezegd. De Rb. was van mening dat de werkgever contact had moeten zoeken met de (inmiddels ziek gemelde) werknemer teneinde zich op de hoogte te stellen van de werkelijke betekenis van de gedane uitlatingen.⁶

Een voorbeeld van een uitspraak in tegengestelde zin is Ktg. Groenlo, 26 juli 1978, *PrG* 1979, 229, met uitvoerige noot van Mannoury. Hier had ene Woeltjes een akkoordverklaring met beëindiging van de overeenkomst getekend, menend dat van een salarisafwikkeling sprake was. Larmoyant detail: Woeltjes had niet gelezen wat hij tekende, hij zag heel wazig aangezien in het gesprek met de werkgever hem de tranen in de ogen waren gesprongen.

Het *Hajziani*-arrest uit 1983, dat ik om inmiddels duidelijke redenen het *goudse handdruk*-arrest noemde, is wat de aanvaarding van de onderzoeksplicht betreft dus niet uit de lucht komen vallen. Ik heb de voorgeschiedenis vrij uitvoerig geschetst, aangezien het voor de jonge lezer instructief kan zijn het proces te zien van de totstandkoming van nieuwe 'leading cases' van de hoogste rechter, die doorgaans een culminatie zijn van een ontwikkeling die al geruime tijd plaats vindt, in de boezem van de hoge raad zelf, en die van lagere rechterlij-

6. Men zie verder het rechtspraakoverzicht van Riphagen, *SMA* 1983, p. 52, alsook de overzichten in voorgaande jaargangen *SMA*, en ook de rubriek Informatie voor de Sociale Praktijk (Arbeidsrecht) in het blad *Rechtshulp*, met onder meer niet gepubliceerde rechtspraak van de voorgaande jaren.

§3. ONTSLAG-PROBLEMATIEK

ke colleges. Overigens, dat er ook 'misleading cases' zijn, zal dadelijk nog aan de orde komen. Met dit arrest is weer een standaard op de top (van de ijsberg) geplaatst.

De formulering die de raad gebruikte vraagt nog onze aandacht. Opvallend is namelijk dat het college spreekt van 'er zich met *redelijke zorgvuldigheid* van moeten vergewissen...' Deze terminologie zou men eerder in de buitencontractuele (1401) relatie verwachten dan in de contractuele of precontractuele. Over dat laatste gesproken, in het *Baris - Riezenkamp* arrest van 1957 sprak de raad van de 'zorgplicht' die in de precontractuele fase bestaat - het rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Dit is trouwens een norm die ook ten grondslag ligt aan de rechtspraak van de hoge raad die tot het jongste arrest geleid heeft. Uit het hanteren van de zorgvuldigheidsplicht, de Engelse jurist spreekt van 'duty of care', blijkt weer eens hoe delictuele en contractuele normen in elkaar overlopen, congruent zijn, waarbij het toetsen van *gedragingen* centraal staat. Dat laatste is mijns inziens een algemene tendens in de rechtspraak: de rechter tracht een rechtsvraag zoveel mogelijk te herleiden tot een vraag naar het laakbare van een gedraging, ten koste van het opereren met subjektieve rechten, bevoegdheden, dogmatische constructies en leerstukken waarin rechtsbeginselen soms gestold zijn. Het onderhavige arrest past trouwens heel goed in die tendens: de vraag naar het mogen afgaan op gewekte schijn van toestemming evolueert in de richting van de vraag of niet van laakbaar nalaten sprake is bij degenen die in de schijn vertrouwd, namelijk om te onderzoeken of de wederpartij begreep dat zijn instemming gevraagd werd en waartoe dit gevraagd werd.

Wanneer wij tenslotte dit arrest leggen naast de standaardarresten van de hoge raad inzake misverstand bij de totstandkoming van de overeenkomst en de uitleg van de overeenkomst, dan zien wij dat de Hajziani-zaak ook ten aanzien van die materie aansluit bij een ontwikkeling en zelfs een belangrijke stap verder zet. Daarmee is dit arrest ook een standaard voor dat onderdeel van het algemene verbintenissenrecht. Ik denk hierbij aan de trits arresten die een duidelijke samenhang vertonen en eenzelfde signatuur, namelijk van normatieve uitleg, dat wil zeggen uitleg van rechtshandelingen opgevat als vaststelling van de rechtsgevolgen met behulp van het beginsel van de goede trouw, in tegenstelling tot de uitlegmethode gericht op de vaststelling van de feitelijke (psychische) wil of bedoeling van de partij(en) in kwestie. (vgl. Hfdst. 2).

Indien men de rechtspraak inzake uitleg overziet en naast de Hajziani-zaak legt, dan valt op dat de factoren *a t/m d* uit het *misverstand*-arrest (1976) die volgens de HR van belang zijn bij de uitleg van partijverklaringen bij totstandkoming (en dus ook bij beëindiging) van overeenkomsten, thans gekoppeld worden aan de verplichting tot actief handelen, tot het instellen van een onderzoek daaromtrent, bij de wederpartij van degenen die de verklaring doet. Een verplichting die voortvloeit uit de norm van contractuele zorgvuldigheid, zoals men de goede trouw tegenwoordig kan omschrijven, als tweelingzuster van de norm van maatschappelijke zorgvuldigheid. Een verplichting die, zo zou ik willen stellen, niet alleen in de misverstand-situatie geldt, maar ook in die van het misverstand, dat wil zeggen de situatie waarin de verklarende persoon niet-goed-bij-zijn-verstand is, blijvend of tijdelijk, ten gevolge van heftige emoties of

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

overspannenheid, dan wel doordat hij de taal niet beheerst waarin hij zich moet uitdrukken. De vergelijking met de figuur van de dwaling, belendend perceel van de oneigenlijke dwaling, dringt zich op, waar de hoge raad eveneens een onderzoeksplicht aanvaardde, zij het naar het contractsonderwerp, de eigenschappen en hoedanigheden daarvan, en niet naar de persoon van de wederpartij en zijn besef van de strekking van zijn handelen. Dat laatste is weer wel het geval, althans kan het zijn, bij de *spreekplicht* die eveneens in de jurisprudentie van de hoge raad aanvaard werd: men dient rekening te houden met de positie van de wederpartij qua deskundigheid en geïnformeerd zijn, en haar belangen en beweegredenen bij het aangaan van de overeenkomst. Voor een toepassing zie men het *slooppand*-arrest, Hfdst. 5, § 1, nr 4.

Intussen kent de spreek- of informatieplicht een tegenhanger op het buitencontractuele terrein, de waarschuwingsplicht ex art. 6:162 bij gevaarssituaties, produktenaansprakelijkheid, en dergelijke. Interessant is te zien hoe de Duitse rechtspraak in een Hajziani-situatie een 'Fürsorgepflicht' aanneemt om de werknemer op de gevolgen van de beëindigingsovereenkomst te wijzen. Aldus LAG Frankfurt, 28 oktober 1974, vergelijk Becker-Schaffner, *Betriebs-Berater* 1981, p. 1341. Hier vindt men dus de onderzoeks- en spreekplicht gecombineerd.

Tot dusver hebben wij alleen oog gehad voor de juridische complicaties rond handelingen tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst, in het bijzonder van buitenlandse werknemers. De maatschappelijke achtergrond van deze problematiek kwam nog niet aan de orde. Ik denk hierbij aan de bijzondere positie van de buitenlandse werknemer, zijn vaak gerechtvaardigde belangen en de regels van het arbeidsrecht die hier haaks op staan. Hierbij gaat het vooral om de wens van deze werknemers om van tijd tot tijd zijn gezin of familie weer te zien, hetgeen in de rechtspraak hardnekkig vakantie genoemd wordt. Men kan zich voorstellen, op makro-juridisch niveau, dat wanneer het beleid is dat gezinshereniging in Nederland om verschillende redenen niet aangemoedigd of zelfs mogelijk gemaakt zou moeten worden - ik onthoud mij van een oordeel hierover - dat wel als keerzijde zou moeten hebben dat het rechtssysteem, met inbegrip van het arbeidsrecht, soepel zou moeten reageren op de gerechtvaardigde wens om periodiek met het gezin in het thuisland herenigd te zijn. Dit is de kern van alle moeilijkheden, met nog daaraan toegevoegd de neergang van de economie die het doen afvloeien van werknemers in de hand werkt.

Hoe staat het, tegen deze achtergrond, met het arrest van 1983? De Rb. Rotterdam bewijst ons een grote dienst door die kant van de zaak niet uit de weg te gaan, en met bewonderenswaardige openheid - die hopelijk navolging zal vinden, waarom niet ook door de hoge raad? - in ov. 21 het volgende te zeggen:

'Ten overvloede, minder juridisch en meer maatschappelijk benaderd, geeft de zaak de Rb., afsluitend, aanleiding tot de volgende ontboezeming.

Geredelijk kan worden aangenomen dat Hajziani het liefst:

zolang als het hem goeddunkte met vakantie terugging naar zijn geboorteland, en bij terugkomst in Nederland zijn werk zonder meer zou kunnen hervatten.

Deze verlangens zijn ieder voor zich wel te vervullen door de werkgever, maar in combinatie uiterst bezwaarlijk; dat is voor de hand liggend en het is, dan ook, een zaak van algemene bekendheid dat het kiezen of delen is:

§3. ONTSLAG-PROBLEMATIEK

geen langere dan de gebruikelijke vakantie en daarna gewoon voortzetting van het dienstverband, of

een langere dan de gebruikelijke vakantie, maar dan ook onzekerheid bij een eventuele terugkomst.

Waar het in deze zaak op neerkomt is dat Hajziani kennelijk, zoals wellicht reeds eerder, voor het tweede alternatief heeft gekozen; hij beklagt zich, na de voordelen van die keuze te hebben genoten, ten onrechte over de nadelen daarvan.⁷

Het is alsof wij hier met een engelse of amerikaanse uitspraak te doen hebben. Hartverwarmend naar vorm, maar wat de inhoud betreft heb ik meer reserves. In ieder geval wordt het dilemma duidelijk gesteld, wat de tegengestelde belangen van partijen betreft. Ik mis echter de bijzondere positie van de buitenlandse werknemer en de redelijkheid van zijn wens tot gezinshereniging. Bij uitwijzingsprocedures wordt, naar ik hoor, regelmatig door de landsadvocaat erkend dat die wens gebaseerd is op een recht dat ingevolge het Verdrag van Rome bescherming verdient, zij het dat de beoogde gezinshereniging in de opvatting van de staat in het thuisland dient plaats te vinden.

De juridische consequenties van het gebruiken van vakantie voor familiebezoek in den vreemde worden behandeld door Elsbeth Polak in haar uitstekende artikel *Eens naar huis, voorgoed naar huis?*, AA 1981, p. 627. Tussendoor wordt interessante informatie gegeven over de couleur locale, zoals het ziek melden met een gekochte doktersverklaring, en aan de andere kant, de sociale functie van het familiebezoek, namelijk het beredderen van de familiezaken. Temidden van alle juridische complicaties die zich voordoen, komt ook de figuur van wederzijds goedvinden ter sprake, gelardeerd met veel (ook ongepubliceerde) rechtspraak. Onder meer komt de constructie aan de orde van voorwaardelijk ontslag: de werknemer verklaard akkoord te gaan met ontslag als hij op de afgesproken datum niet op zijn werk terug is, een constructie die de rechter doorgaans niet accepteert. De oplossing zou mijns inziens een langere onbetaalde verlofregeling zijn. Elsbeth Polak bespreekt de problemen rond zo'n regeling en de plannen die op centraal niveau beraamd worden, die overigens erg beperkt zijn. De Commissie Internationale Zaken van de Sociale Verzekeringsraad heeft voornamelijk het oog op de ziekteregeling gericht, evenals de enquête van de Raad van de Centrale ondernemingsorganisaties naar het verschijnsel van te lage terugkeer. Dat blijft cureren aan een symptoom.

Een voorstel tot wijziging van het arbeidsrecht is te vinden in het rapport van de Werkgroep Knelpunten in het Nederlands recht voor ethnische minderheden (subgroep arbeidsrecht), *Wegens vakantie ontslagen* (1982, Ned. Centrum Buitenlanders, Utrecht). Voorgesteld wordt onder meer een keuzerecht op onbetaald verlof, niet alleen voor buitenlandse, maar voor alle werknemers. Vakantie en verlof samen zouden dan de mogelijkheid geven het werk voor 8 à 9 weken te onderbreken. Uit het onderzoek van de werkgroep blijkt dat sommige CAO's al een verlofregeling kennen.

3. *Opgewekte schijn en de leer van de hoge raad. Is de hoogste rechter om?*

Men kan zich afvragen hoe het komt dat de hoge raad zich nu pas, in het *goudse handdruk*-arrest, voor een onderzoeksplicht heeft uitgesproken. Naar mijn

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

indruk is een belemmering geweest het dogmatische kader waarin de problematiek gesteld werd, waarbij alle aandacht uitging naar het fenomeen van de opgewekte schijn van, of het vertrouwen in de handeling van de ontslagnemende partij (hierboven vraag B genoemd). Daarbij kwam dan nog de leer die de hoge raad ontwikkelde, welke inhoudt dat bepalend is de omstandigheid dat de vertrouwende persoon bij het terugdraaien van de rechtshandeling in 'een ongunstiger toestand' zou komen dan bij instandhouding van de rechtshandeling. Het wordt dan ook hoog tijd om op dit aspect van dit arrest in te gaan.

Het laatste onderdeel van het cassatiemiddel was gebaseerd op de leer van de hoge raad, zoals die in de *ontslag*-arresten vorm had gekregen. De raad parafraseert dat middel, en komt daarbij tot een nieuwe formulering van de rechtsregel. Ik laat de betreffende overweging nogmaals volgen:

'Subonderdeel 4 is gebaseerd op de opvatting dat in een situatie als de onderhavige de werkgever de werknemer alleen dan aan diens - met zijn werkelijke wil niet overeenstemmende - verklaring mag houden, wanneer deze werkgever in gerechtvaardigd vertrouwen op die verklaring iets heeft gedaan of nagelaten, waaruit voor hem bij ongedaanmaking van de beëindiging van het dienstverband enig relevant nadeel zou zijn ontstaan. Aldus wordt echter miskend dat in geval van een tweezijdige rechtshandeling tot beëindiging van de wederzijdse verplichtingen uit een wederkerige overeenkomst, de bescherming van het gerechtvaardigde vertrouwen van de ene partij in de wilsverklaring van de andere partij niet van een dergelijke voorwaarde afhangt.'

Een eerste vraag die opkomt, is of de raad hier herhaalt wat hij in het *IJsselstroom*-arrest van 1981 neergelegd heeft, of dat er nieuwe elementen zijn. Voor een goed begrip dient eerst die casus kort uiteengezet te worden. Broekhuijzen was sinds kort in dienst bij De IJsselstroom als opperman. Wegens herhaaldelijk te laat op het werk komen wordt hij op 21 oktober 1977 na een ernstige woordenwisseling op staande voet ontslagen. Broekhuijzen vraagt daarop aan zijn werkgever of hij met het oog op de consequenties voor zijn gezin nog een week zou mogen werken; tegen collega's zegt hij het erop aan te laten komen en bezig te zijn ander werk te zoeken. De IJsselstroom gaat met het voorstel akkoord en stelt in de zogenaamde werkgeversverklaring ingevolge de WW dat B. met ingang van 31 oktober 1977 ontslagen is. De Rb. Rotterdam is van mening dat hier sprake is van ontslag met onderling goedvinden en dat in de gegeven omstandigheden er gerechtvaardigd vertrouwen bij De IJsselstroom gewekt is dat B. zich realiseerde dat de arbeidsovereenkomst een week later zou eindigen en daarin toestemde.

De hoge raad pareert het cassatiemiddel - ook hier op de *ontslag*-arresten gebaseerd - met de overweging:

'Door haar voormelde oordeel heeft de Rb. geen rechtsregel geschonden. Anders dan het eerste middel in zijn onderdelen 4-6 betoogt, kan de totstandkoming van een overeenkomst als de onderhavige - waarbij IJsselstroom haar beroep op een op zichzelf voldoende reden voor ontslag op staande voet prijs gaf - worden aangenomen op grond van hetgeen de betreffende werkgever in de gegeven omstandigheden uit de uitingen van de werknemer mocht begrijpen, ongeacht een eventueel ontbreken van diens wil en ook al heeft de werkgever nadien niets gedaan waardoor hij in een "ongunstiger toestand" is gekomen, als in die onderdelen bedoeld.'

§3. ONTSLAG-PROBLEMATIEK

Ik teken hierbij aan, dat door rechtbank en hoge raad in het midden gelaten wordt wat de rechtshandeling van Broekhuijzen inhoudt, een 'toestemming' of een 'berusting' (in de zin van alternatief 2. of 3.). Zoals wij boven zagen, maakt dat nogal verschil voor de rechtspositie van B., in het bijzonder voor een schadeclaim krachtens het BW. Maar wij beperken ons hier tot de 'ongunstiger toestand'-kwestie. In dit arrest neemt de hoge raad voor het eerst aan dat bij de totstandkoming van een overeenkomst als beëindigingsvorm (een overeenkomst om baat, aangezien De IJsselstroom de reden voor ontslag op staande voet prijs gaf) de 'ongunstiger toestand'-regel niet opgaat. Vergelijking met het jongste arrest leert, dat de formulering in het arrest van 1983 ruimer is geworden, er wordt slechts gesproken van 'een tweezijdige rechtshandeling'; daarnaast is de nieuwe term 'enig relevant nadeel', hetgeen alleen al qua formulering een verbetering is. Het belangrijkste verschil met het *IJsselstroom*-arrest is mijns inziens dat het wederkerig of om baat zijn van de beëindigingsovereenkomst niet meer relevant is. Op het nadeel-kriterium kom ik dadelijk nog terug.

Wat betekent de uitspraak van de hoge raad nu in het licht van het meningsverschil tussen de cassatierechter en het NBW over dit onderwerp? Is de hoge raad om, zoals sommigen al bij het *IJsselstroom*-arrest meenden? Om te beginnen moeten wij in het oog houden dat het hier om een bepaald toepassingsgebied van bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen gaat, namelijk het ontslagrecht. Het is om die reden al speculatief om algemene conclusies uit een arrest als het onderhavige te trekken. Betekent dit arrest dan dat op het terrein van het ontslagrecht de leer van de hoge raad inzake gerechtvaardigd vertrouwen niet langer van gelding is? Dat laatste is overigens een stelling die ik in mijn AA-noot van 1976 verdedigd heb, een opvatting waarvan ook a-g Ten Kate blijkt heeft gegeven en die door andere auteurs overgenomen werd. Het antwoord op deze vraag is naar mijn mening bevestigend, maar de wijze waarop de raad op dit terrein omgegaan is vergt nog enig hoofdbreken. Dat zit hem in het tweezijdig karakter van de rechtshandeling waarop de cassatierechter zich beroept. De oorzaak van het probleem is natuurlijk, het apodictische karakter van de uitspraak. In het kader van de salami-taktiek zou ik dit maal verder willen gaan dan in noten onder eerdere arresten, en willen stellen dat *het voor een hoogste rechter niet langer aanvaardbaar is dat hij niet zelf aangeeft in hoeverre hij is teruggekomen op eerdere standpunten, en waar de grenzen liggen met rechtsregels die in oudere arresten neergelegd zijn*. Kortom, een volwassen precedentenstelsel. In het *stierkalf*-arrest, NJ 1980, 353, werd een verheugende stap in de goede richting gedaan, terwijl ook *Boon - Van Loon*, NJ 1982, 503, niet onvermeld mag blijven (overigens zijn er nog een paar recente uitspraken te noemen). Maar waarom is die methode van rechterlijke argumentatie geen standaard geworden? Nu ligt het tegenargument voor de hand: de hoge raad is al bijna overbelast, laten wij blij zijn met hetgeen we al hebben, en dergelijke. Wat die overbelasting betreft, in elke organisatie zijn daar oplossingen voor, waarom niet ook hier? De civiele kamer zou uitgebreid kunnen worden of meer assistentie kunnen krijgen. De civiele kamer maakt thans nog als enige geen gebruik van wat in de VS 'clerks' genoemd worden, die de 'brethren' terzijde staan, de strafkamer en de derde kamer gingen al voor. Misschien is het onderhand, met de grote toevloed van zaken, tijd om te overwegen het engelse of duitse systeem over te nemen, waarbij men verlof moet

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

krijgen om in cassatie te gaan; de verlot verlenende instantie is het appelhof en/of de cassatierechter zelf. In zo'n situatie, waarin de cassatiestroom ingedamd wordt, kan de hoogste rechter zich concentreren op zijn rechtsvormende taak en eindelijk de achterstand qua vorm en inhoud inlopen op de cassatierechters in Duitsland en Engeland. Dit als obiter dictum mijnerzijds. Een in het ooglopend voordeel van wijziging op dit terrein zou zijn dat juridische beschouwingen korter kunnen worden.

Aan de orde was de vraag of de hoge raad nu om is gegaan of niet, ten aanzien van de *ontslag*-arresten. Waarschijnlijk wel. De onzekerheid wordt van verschillende zijden gevoed. In zijn conclusie voor het *IJsselstroom*-arrest stelde a-g Ten Kate dat de casus van beëindiging met wederzijds goedvinden (een overeenkomst volgens de raad) niet gelijk is aan die van de *ontslag*-arresten, waarbij de eenzijdige rechtshandeling van opzegging (door de werknemer) in het geding was. Dat zelfde argument zou ook bij het *goudse handdruk*-arrest aangevoerd kunnen worden. Verder betreft het hier niet een werknemer die niet in staat was zijn wil te bepalen. Derhalve genoeg factoren voor 'distinguishing', zoals de Engelse jurist dat noemt wanneer hij een precedent buiten spel zet.

Pikant is echter, dat in het *overspannen verkoopleider*-arrest (Ontslag II) uit 1975, de kantonrechter de beëindiging als een overeenkomst construeerde, terwijl de hoge raad, met instemming van de commentatoren, voor de constructie van een eenzijdige rechtshandeling koos. Men kan dus nogal wat kanten op, waarbij komt dat de raad in de beide jongste arresten uit het oog schijnt te verliezen dat 'toestemming' in het kader van 'wederzijds goedvinden' wel degelijk de eenzijdige rechtshandeling 'berusting', alias afstand van recht kan inhouden. Men heeft zich kennelijk meer door het contractenrecht dan door het arbeidsrecht laten leiden.

Mijn, nogal speculatief, oordeel is dat de hoge raad wel degelijk om is gegaan, dat niet openlijk wil bekennen en een gelegenheidsargument zoekt in het tweezijdig karakter van de rechtshandeling, voor welke categorie zoals bekend de leer van de raad nooit gegolden heeft, dat wil zeggen indien zij om baat is. De redenen kunnen zijn, dat de raad alleen op het terrein van het ontslagrecht wil omgaan, en zijn kruit droog wil houden voor het algemene terrein van de eenzijdige rechtshandeling.

Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat hier van een schimmenspel sprake is. Niet zozeer wat het gebrek aan motivering van de cassatierechter betreft, maar vanwege het feit dat een steeds groter aantal auteurs de overeenkomst ziet als een rechtsverhouding die tot stand komt door twee *eenzijdige* rechtshandelingen, aanbod en aanvaarding. Vergelijk hiervoor Hfdst. 1. In deze stroming, waar ik zelf mede aan schuldig ben, heeft het oude concept van de wilsovereenstemming (consensus) het veld moeten ruimen voor het toerekenen van rechtsgevolgen (ik zou thans liever van toedeling spreken) aan de handelende persoon bij het doen van een aanbod, respectievelijk aanvaarding. Ook in het arbeidsrecht is die visie al doorgedrongen, vergelijk *Bakels-Opheikens*, p. 79. Als dit nu in de doktrine de heersende leer aan het worden is, dan doet het wat schimmig aan indien de hoge raad, ter omzeiling van de eenzijdige opzeggingsklippen, koers zet op de overeenkomst ... die op haar beurt bij nader inzien in twee eenzijdige rechtshandelingen uiteenvalt. Wat hiervan zij, het lijkt mij van nog meer belang indien de raad ertoe zou komen om de bakens op dit

§3. ONTSLAG-PROBLEMATIEK

terrein te verzetten en ten principale, dus ook buiten het ontslagrecht, zijn standpunt ten aanzien van bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen te herzien. Daarover nog een paar opmerkingen.

In de door de hoge raad eertijds verworpen visie, die van Meijers en het nieuwe BW, geldt de vertrouwensleer onverkort bij eenzijdige rechtshandelingen, en tweezijdige rechtshandelingen om niet (voeg ik er voor de volledigheid aan toe). De raad liet zich bij zijn afwijkend standpunt, voor het eerst in *Van Dongen - Van den Oetelaar*, leiden door de visie van Houwing Jr. inzake positief en negatief belang bij bescherming van opgewekte schijn. De kerngedachte hierbij was, dat het recht geen belang erbij had om de verrijking van de vertrouwende partij in stand te houden, indien zij nog niet tot haar nadeel in dat vertrouwen gehandeld had (geen 'injurious reliance', zegt de Amerikaanse jurist). Ik heb dat altijd een mooi voorbeeld van hollands calvinisme gevonden, 'voor niets gaat de zon op', zegt men in Zeeland. Als je zomaar iets in de schoot geworpen krijgt, zonder enig zweet des aanschijs, moet je niet klagen als het later weer teruggenomen wordt. Vaak is naar mijn indruk dit niet de doorslaggevende reden, maar zijn het de omstandigheden die de vertrouwenwekkende persoon meer in de underdog sfeer trekken, waardoor de weegschaal bij de belangenafweging doorslaat. Voeg daaraan toe het centraal stellen van de subjektieve wil bij de rechtshandeling, waarop slechts nolens-volens afgedongen wordt - Houwing Jr. is een protagonist van die zienswijze - dan is het beeld compleet. Ik zou hier tegenover willen stellen het uitgangspunt, waar ook het huidige BW van uit gaat, dat gewekt vertrouwen, ook zonder dat enig handelen erop gevolgd is, reëel is en in rechte bescherming verdient. Bij het leerstuk van de natuurlijke verbintenis zijn voorbeelden te vinden waar een dergelijk vertrouwen gehonoreerd wordt, mits uiteraard een dringende verplichting van moraal en fatsoen in het spel is.

Naar mijn mening is deze benadering in beginsel de juiste, en kan men alle problemen het hoofd bieden door de norm van het *gerechtvaardigde* vertrouwen goed te hanteren. Aldus kan men voldoende rekening houden, zowel met de omstandigheden als met de specifieke belangen van degenen die vertrouwen opwekt. Dit geldt eens te meer als men de onderzoeksplicht aanvaardt. Een dergelijk stelsel is eenvoudiger dan dat waarbij men het nadeel-criterium hanteert, met alle onzekerheid vandien. Er is een uitgebreide jurisprudentie inzake gerechtvaardigd zijn van vertrouwen waarop men verder kan bouwen. Aldus kan men de, op zich gezonde, achterdocht in rechte jegens vermogensverschuivingen zonder tegenprestatie voldoende tegemoet komen. Om het terug te brengen tot het terrein van het ontslagrecht, als men weet hoeveel de werknemer opgeeft met zijn ontslag, ook in keiharde guldens - Mannoury rekende het in zijn al genoemde noot uit en kwam in dat geval tot minimaal f 1.544,40, en ten behoeve van de bedrijfsvereniging f 10.557,04 - dan moet men als werkgever wel het gegeven paard in de bek kijken alvorens tot aanvaarding over te gaan.

Als de hoge raad bij zijn leer zou blijven, dan is wel opvallend dat wij dan met het nadeel-criterium in de richting van het (traditionele) engelse recht gaan: het vereiste van 'consideration' voor het bestaan van een overeenkomst, enigszins te vergelijken met ons oorzaak-vereiste van art. 1356 oud BW, kan onder meer vervuld worden indien sprake is van *detriment* bij de wederpartij. Het leerstuk van de consideration staat overigens al geruime tijd aan zware kritiek

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

bloot, inclusief voorstellen tot afschaffing van dit begrip. Trouwens, Meijers riep al uit: ‘gelukkig het land dat de consideration niet kent’.

Hierboven ging ik er als een voldongen feit van uit dat de leer van de hoge raad niet opgaat bij tweezijdige rechtshandelingen om baat (de *Eelman - Hin* regel). Dit is nog bevestigd in *Ouwens - Van Hussen*, HR 12 juni 1981, NJ 1982, 238, nt CJHB; AA 1981, 706 nt G, ook wel bekend als *Huize Helena*. Uit deze procedure bleek dat er twijfel over die regel bestond. Sinds het midden van de zeventiger jaren zijn er enkele schrijvers geweest die ook voor deze situatie het ‘negatief belang’ vereiste of nadeel-vereiste gesteld hebben (zie hiervoor: Hfdst. 1, § 5, nr 10). Nog een laatste kanttekening bij het overeenkomstmodel als vorm van beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Men stuit hierbij ook op de vraag of een aanbod tot beëindiging herroepelijk of onherroepelijk is, een vraag die op het terrein van totstandkoming van overeenkomsten de geesten al geruime tijd verdeeld houdt. Ziet men het aanbod als eenzijdige rechtshandeling dan is hieraan inherent, zo werd eerder door mij verdedigd, dat het aanbod in beginsel onherroepelijk is.⁷

De conclusie uit dit arrest moet zijn: ‘Het is niet alles goud wat er blinkt’. Deze in tijden van malaise wat akademisch ogende stelling gaat zeker op voor het onderwerp van gouden handdrukken; als dit anders is dan haalt het doorgaans de kranten. Het arrest van 1983 handelt over de spiegelbeeld-situatie, waarbij iemand met een nep-handdruk het bedrijf verlaat, in casu met een goudse handdruk. Het verhaal van Hajziani heeft geleid tot een nieuw standaardarrest, behalve voor het ontslagrecht ook van belang voor het algemeen deel van het verbintenissenrecht. Met de aanvaarding van de onderzoeksplicht voor degene die zich beroept op gerechtvaardigd vertrouwen in de toestemming van de wederpartij, is een belangrijke stap gezet op een gebied waar de hoge raad al eerder leerde dat men zich door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij moet laten leiden. Men is zijn broeders hoeder, ook, of juist vooral, als die broeder een vreemdeling is.

B. DE JURISPRUDENTIE VAN DE HOGE RAAD INZAKE ONTSLAG NA 1983

4. *De arresten Westhoff - Spronsen (1986), Amran - Silversteyn (1988), en Ritico -Maatsch. Dienstverlening W. Zeeuwsch-Vlaanderen (1994)*

In mijn AA-noot van 1983 stelde ik de vraag of de hoge raad, met de introductie van de onderzoeksplicht voor de werkgever op dit terrein niet bezig was zich uit de loopgraaf van het ‘nadeelsvereiste’ terug te trekken, en het stelsel van het nieuwe BW ruim baan te geven. Dat bleek al vrij snel niet het geval te zijn, in 1986 wordt in het arrest *Westhoff - Spronsen*, waar het ging om een *eenzijdige* rechtshandeling van ontslagname, vastgehouden aan het nadeelsvereiste, zij het dat dit onder de vlag van de goede trouw gebracht wordt. Dit wordt door Nieuwenhuis in zijn noot toegejuicht, hoewel hij zich eerder tegenstander van het nadeelsvereiste getoond had, en, evenals ik, voorspelde dat het niet zou terugkomen. Hij is toch niet rouwig om het arrest, aangezien het nadeelsvereiste

7. Zie Hfdst. 1, § 3, nr 2.

§3. ONTSLAG-PROBLEMATIEK

in een 'verbeterde versie' terug is, 'als uitvloeisel van de eisen van de goede trouw'. Het lijkt mij toch meer *window dressing* die de hoge raad pleegt, zonder te willen omgaan, om aldus de critici de wind uit de zeilen te nemen. Toch is op deze wijze allerm minst tegemoet gekomen aan de bezwaren die eerder door Ten Kate en mij naar voren gebracht werden, waarop Nieuwenhuis (en de door hem geciteerde Hartkamp) niet zijn ingegaan.⁸

De casus van *Westhoff - Spronsen*, HR 12 sept. 1986, *NJ* 1987, 267, nt PAS, betref Westhoff die als chauffeur in het internationaal vervoer in dienst was van Spronsen. Als hij na een lange rit zijn vrachtwagen bij het bedrijf in Monster neerzet, verwacht hij dat hij volgens afspraak door iemand van het bedrijf naar Kruiningen gereden zou worden, waar zijn auto stond. Dat blijkt niet te gebeuren en Westhoff is zo boos dat hij zijn boeltje pakt en zegt: 'ik pak mijn zootje, je bekijkt het maar, en ik kom niet terug'. Dat was op een zaterdag, en de volgende dinsdag stuurt zijn baas hem een brief waarin hij constateert dat Westhoff geen prijs meer stelt op voortzetting van het dienstverband en dat hij zijnerzijds dat met ingang van de voorgaande dag als beëindigd beschouwt.

De rechtbank is van oordeel dat Spronsen niet in enige onderzoeksplicht tekort geschoten is; de hoge raad acht dit een vraag die 'slechts in het licht van de omstandigheden beantwoord kan worden en derhalve sterk verweven met de feiten is'. Hierbij is van belang, de functie die de werknemer had, de communicatieve vaardigheden waarover hij beschikte en de omstandigheid dat de werknemer enige tijd gelaten is om op zijn verklaring terug te komen. Westhoff had moeten begrijpen hoe zijn mededelingen en gedragingen door Spronsen zouden worden opgevat. Dan volgt de belangrijkste overweging:

'Onderdeel 4 berust op de opvatting dat een werkgeefster die de uitingen van haar werknemer heeft opgevat en in de gegeven omstandigheden mogen opvatten als een ontslagneming zonder dat dit is vastgesteld dat deze werknemer dit ook inderdaad zo bedoelde, hem slechts dan aan deze ontslagneming mag houden, wanneer zij in gerechtvaardigd vertrouwen op de bij haar gewekte schijn iets heeft gedaan of nagelaten waardoor zij bij ongedaanmaking van de ontslagneming in een ongunstiger toestand zou komen dan waarin zij zonder die ontslagneming zou hebben verkeerd. Deze opvatting is in zoverre juist dat de eisen van de goede trouw in verband met de ingrijpende gevolgen die een eenzijdige ontslagneming op staande voet in beginsel voor de werknemer heeft, kunnen meebrengen dat de werkgeefster, hoezeer zij de betreffende uitingen als een ontslagneming heeft opgevat en mocht opvatten, de werknemer toch niet aan die ontslagneming mag houden indien er niet aan haar zijde sprake is van nadeel als in het onderdeel weergegeven. Dit zal in het bijzonder het geval zijn indien de werknemer, toen hij deze uitingen deed, niet in staat was zijn wil te bepalen, omdat hij toen in een hevige gemoedsbeweging verkeerde of handelde onder invloed van een stoomis in zijn geestvermogens. De rechtbank heeft echter niet vastgesteld dat zich hier een zodanig geval voordeed, doch is integendeel ervan uitgegaan dat Westhoff, zo hij een niet bedoelde verklaring zou hebben afgelegd, in elk geval voldoende gelegenheid heeft gehad daarop terug te komen.

Het voorgaande brengt mee dat - anders dan het onderdeel beoogt - de rechtbank geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting op dit punt, terwijl haar beslissing te dier zake ook geen nadere motivering behoefde' (ov. 3.6).

8. Vgl. Nieuwenhuis, AA 1987, p. 103; de verwijzing naar Hartkamp is Asser-Hartkamp II, nr 112; a-g Ten Kate, concl. voor *overspannen chauffeur*, 1975, en mijn noot onder *overspannen verkoopleider*, AA 1976. Er is vrij veel over deze materie geschreven, vgl. ook nog onder. Nieuwenhuis gaat overigens wel scherp door de bocht wanneer hij betreurt dat de hoge raad het nadeelsvereiste alleen voor eenzijdige ontslagneming stelt, en niet ook voor de tweezijdige overeenkomst tot beëindiging van het arbeidscontract (p. 104). Ik kan hem dan helemaal niet meer volgen, letterlijk en figuurlijk.

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

In een volgend arrest, waar weer een eenzijdige ontslagname in het geding was, handhaaft de hoge raad zijn standpunt: *Ben Amran - Silversteyn*, HR 15 april 1988, *NJ* 1989, 951, nt PAS.

Hier ging het om een buitenlandse werknemer, een schoonmaker, die twee achtereenvolgende weekenden niet komt opdagen op het werk. In het gesprek met de bedrijfsleider Koning wordt overleg gepleegd over alternatief werk, zonder resultaat. Wanneer de bedrijfsleider de suggestie doet dat Ben Amran maar beter ontslag kan nemen, zegt deze (via zijn tolk): 'da's goed meneer Koning, stoppen'. De werkgever vat dit op als een ontslagname op eigen verzoek die vervolgens aanvaard wordt. Later wil Ben Amran dit ongedaan maken. De rechtbank oordeelt dat Silversteyn mocht afgaan op deze ontslagname; de kwestie van de onderzoeksplicht acht de cassatierechter weer verweven met de omstandigheden en feiten van het geval. Over het nadeelsvereiste overweegt de raad:

'Zoals hiervoor is gebleken, heeft de rechtbank in het midden gelaten of Ben Amran de bedoeling had op staande voet ontslag te nemen, maar wèl geoordeeld dat Silversteyn zijn uitlatingen als zodanig heeft opgevat en heeft mogen opvatten.

In verband met de ingrijpende gevolgen die een dergelijke eenzijdige ontslagneming voor een werknemer heeft, kunnen de eisen van de goede trouw meebrengen dat de werkgever, hoewel hij de betreffende uitingen als een ontslagneming heeft opgevat en heeft mogen opvatten, de werknemer toch niet aan die ontslagneming mag houden indien hij niet in gerechtvaardigd vertrouwen op die uitingen iets heeft gedaan of nagelaten waardoor hij bij ongedaanmaking van een ontslag in een ongunstiger toestand zou zijn gekomen dan waarin hij zonder die ontslagneming zou hebben verkeerd. Of dat het geval is, hangt af van de omstandigheden van het gegeven geval. De rechtbank heeft dat miskend. Blijkens hetgeen zij onder 4 heeft overwogen, is de rechtbank immers uitgegaan van de regel dat indien sprake is van ontslagneming door de werknemer 'op voorstel van de werkgever', de werkgever de werknemer aan die ontslaghouding mag houden, onverschillig of hij in het vertrouwen daarop iets heeft gedaan of nagelaten waardoor hij bij ongedaanmaking van het ontslag in een nadeliger positie zou komen. Die regel kan in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard.

Onderdeel 2 treft mitsdien doel in zoverre als daarin de klacht ligt besloten dat de rechtbank, door de wijze waarop zij Ben Amrans beroep op - kort gezegd - het 'nadeelsvereiste' heeft verworpen, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Deze gegrondbevinding kan evenwel niet tot cassatie leiden, omdat uit de stukken niet blijkt dat Ben Amran aan dat beroep op het 'nadeelsvereiste' ten grondslag heeft gelegd dat hij tijdens meer bedoeld gesprek niet in staat was zijn wil te bepalen' (ov. 3.6).

Wij zien hier dat de hoge raad het nadeelsvereiste hanteert bij eenzijdige ontslagname, maar het beroep daarop door de werknemer weer beperkt: dat staat alleen open in de situatie dat hij 'niet in staat was zijn wil te bepalen' (vgl. ook de noot van Stein). In het vorige arrest werd dit nader toegelicht als het verkeren in een 'hevige gemoedsbeweging' of het handelen onder invloed van een stoornis van geestvermogens. Een dergelijke beperking zal toegejuicht kunnen worden indien men het nadeelsvereiste geen goed hart toedraagt, zoals met deze schrijver het geval is. De toets hoort te liggen bij de onderzoeksplicht, de vraag of wel van een *redelijk* vertrouwen van de werkgever jegens de ontslagnemende werknemer gesproken kan worden. De belangrijkste taak ligt hier bij de feitelijke rechter; toch zal de cassatierechter, zoals bij vragen van goede trouw al

§3. ONTSLAG-PROBLEMATIEK

jaar en dag gangbaar is, de toetsing van die *rechtsvraag* niet moeten ontlopen. Wij zagen dat dit bij het leerstuk van de uitleg ook de praktijk is.⁹

De onderzoeksplicht van de werkgever die in *Westhoff - Spronsen* enige nuancering ondergaan had, is enige tijd voorwerp van discussie geweest; de indruk was ontstaan dat de verplichting slechts tegenover buitenlandse werknemers bestond.¹⁰ Die conclusie lijkt mij nogal vergezocht: de hoge raad wijst slechts op het belang van de omstandigheden om tot de aanvaarding van een onderzoeksplicht te komen - het domein van de feitelijke rechter - en benadrukt, zoals wij zagen, in casu de communicatieve vaardigheden van de werknemer en de bedenktijd die hij gekregen had. Bespiegelingen hierover zijn onnodig, aangezien de hoge raad in 1994 het gelden van de onderzoeksplicht bevestigd heeft.¹¹

Het betrof weer een geval van wederzijds goedvinden bij ontslag; de Rb. Middelburg had aangenomen dat het ondertekenen 'voor ontvangst' van een brief waarin vermeld wordt dat op verzoek van de werknemer ontslag verleend wordt en waarin gezegd wordt dat zorg gedragen wordt voor de financiële afwikkeling de instemming inhield met het verleende ontslag.

De gang van zaken was deze geweest; mevr. Ritico werkte ruim een jaar bij de stichting voor Maatschappelijke Dienstverlening en er waren problemen ontstaan. In een gesprek van haar met de directeur en twee andere functionarissen wordt zij met die problemen geconfronteerd en zij mag kiezen tussen ontslag nemen of ontslag krijgen. De brief met 'verzoek om ontslag' was tevoren opgesteld en werd ter plaatse door Ritico 'voor ontvangst' getekend, waaraan later door de stichting was toegevoegd 'akkoord'; de datum van ingang van het ontslag was met de hand erbij geschreven (met parafen van betrokken pp.).

De hoge raad eist een 'duidelijke en ondubbelzinnige verklaring' van de werknemer dat met het verleende ontslag ingestemd wordt en is van oordeel dat daaraan niet voldaan is in het vonnis van de rechtbank. In dat verband overweegt de raad dat de werkgever zich er met redelijke zorgvuldigheid van dient te vergewissen dat de werknemer, wanneer een brief ter tekening wordt voorgelegd, heeft begrepen dat de vrijwillige instemming met het ontslag werd gevraagd. Na verwijzing dient onderzocht te worden of de stichting aan deze onderzoeksplicht voldaan heeft. Daarbij zal ook aan de orde kunnen komen de geestelijke toestand waarin de werknemer zich op dat moment bevindt, een en ander tegen de achtergrond van de omstandigheden van het geval, te weten dat mevr. Ritico als werknemer in het gesprek waarbij de brief overgelegd werd alleen stond tegenover de directeur en twee andere medewerkers van de stichting.¹²

9. Vgl. over deze materie ook: Hartlief en Tjittes, *NJB* 1989, p. 156; A. Verhaar, *AA* 1988, p. 83, waar verdere literatuur. De eerstgenoemde auteurs benadrukken dat de lagere rechter het onderzoek naar het voldoen aan de onderzoeksplicht door de werkgever zorgvuldig moet doen, en dat de hoge raad daaraan strenge eisen zou moeten stellen.

10. Vgl. G.J.J. Heerma van Voss en P.F. van der Heijden, *NJB* 1994, Bijlage bij nr 33, p.11; ook Nieuwenhuis is kritisch in zijn noot onder het arrest.

11. HR 25 maart 1994, *NJ* 390, *Ritico - Stichting Maatsch. Dienstverlening West Zeeuwsch-Vlaanderen*.

12. Het vereiste van 'duidelijk en ondubbelzinnig' van instemming blijkt geven komt in 1994 in nog enkele arresten aan de orde, vgl. de *NJB*-kroniek van Heerma van Voss en Van der Heijden.

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

Ook in de recente jurisprudentie blijft de hoge raad strenge eisen stellen aan het mogen afgaan op de door de werknemer gegeven instemming met het verleende ontslag. Een louter passieve houding van de werknemer is onvoldoende om te gelden als een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring of gedraging.¹³

13. Vgl. HR 19 april 1996, *JAR* 116; Zie ook voor dit onderwerp verder nog Heerma van Voss, *AA* 1996, katern 60, p. 2861 (sept.).

§ 4. Nietigheden

1. Algemene inleiding

De nietigheid van rechtshandelingen is een oud leerstuk, waarvan men echter niet kan zeggen dat het in het huidige recht tot volle wasdom gekomen is. De hoge raad had niet bepaald een gelukkige hand met enkele arresten uit het begin van de jaren vijftig, daarbij geleid door verouderde dogmatiek, die door een ijverige wetgever te boek gesteld zijn in art. 3:40 BW. Een artikel waarvan Schoordijk opmerkte dat 'het niet aan onze vreugde zal bijdragen'.¹ Bij de behandeling van dit onderwerp zal doorgaans van de overeenkomst als rechtshandeling uitgegaan worden. Zoals bekend is de regeling van de artt. 1371/1373 oud BW, overeenkomsten in strijd met de wet, openbare orde en goede zeden, niet in Boek 6 terecht gekomen, maar als algemeen artikel in Boek 3, het genoemde art. 3:40 BW.

Ook op andere plaatsen vindt men bepalingen over de nietigheid van rechtshandeling, bijvoorbeeld art. 6:211, waar voor het geval van onverschuldigde betaling een regeling voor nietige, want onzedelijke overeenkomsten gegeven wordt, de romeinsrechtelijke *nemo auditur*-regel.²

Men maakt bij nietigheden van oudsher een onderscheid gezien de wijze van ontstaan van nietigheid: dit kan van rechtswege gebeuren of het gevolg zijn van de handeling van een bepaald persoon. In het eerste geval berust de nietigheid op de wet, en wordt dus rechtstreeks teweeg gebracht door de wetsbepaling; in het tweede geval is sprake van een persoon die zich op de nietigheid beroept, in of buiten rechte, waarop vernietiging van de rechtshandeling kan volgen. Men spreekt in dat laatste geval van *vernietigbaarheid*. Een tweede onderscheid betreft de gelding van nietigheid: dit kan tegenover een ieder het geval zijn, de zogenaamde *absolute* nietigheid; de nietigheid kan ook slechts tegenover bepaalde personen werken, dan spreekt men van *relatieve* nietigheid. Dat laatste is bijvoorbeeld het geval bij de Pauliana, het benadelen van schuldeisers, art. 3:45 lid 4 BW; de eerste vorm van nietigheid is in het algemeen van gelding.

Zoals altijd, moet men leerstellige onderscheidingen met een korrel zout nemen; in de praktijk lopen deze vormen van nietigheid dooréén: een overeenkomst kan wel van rechtswege nietig zijn wegens strijd met de wet of de goede zeden, maar daarop zal doorgaans een beroep gedaan worden door een contractspartij, ook al zou de rechter het ambtshalve kunnen vaststellen. En als de rechter tot een uitspraak geroepen is, is het vaak geen eenvoudige zaak om uit te maken of er sprake is van nietigheid; het 'van rechtswege' nietig zijn wil dus niet zeggen dat dit een eenvoudige toepassing van een wetsbepaling betekent. Wij zullen ook zien dat indien de wetsbepaling wél eenvoudig is ('een koopovereenkomst inzake y met als prijs x is nietig') dit de vraag oproept of die

1. Zie *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 NBW*, 1986, p. 121; vgl. voor dit onderwerp: Asser-Hartkamp II, nrs 242 v.; 456 v., welke tekst ontleend is aan Asser-Rutten II, 1968, pp. 185 v.; 335 v.; Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1988; A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid*, diss. Tilburg, Zwolle 1994. V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goed zeden*, diss. Amsterdam UvA 2002, Boom JU.

2. Zie daarvoor ook nog onder, Deel 2, Hfdst. 13, § 1; vgl. Asser-Hartkamp III, nr 347 (en eerder Asser-Rutten II, 1968, p. 358 v.).

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

overeenkomst wel echt nietig is, of maar gedeeltelijk. Nietigheid is daarmee niet een eenvoudiger zaak dan vernietigbaarheid. Aan de andere kant valt het met het vereiste van een beroep moeten doen op de vernietigbaarheid van een overeenkomst ook wel mee: de rechter is vaak bereid als een contractspartij zit te suffen haar stelling over wanprestatie te lezen als een beroep op bijvoorbeeld dwaling. De grens met ambtshalve toepassen is hier niet scherp.

2. *Nietigheid wegens strijd met de wet of de goede zeden. Art. 3:40 BW*

Het art. 3:40 BW behoort niet tot de gemakkelijk leesbare en begrijpelijke artikelen van het nieuwe wetboek; het is eigenlijk alleen te begrijpen als men weet dat hier een poging is gedaan om de jurisprudentie van de hoge raad te codificeren, en die rechtspraak ook nog kent. Dan hebben wij het nog niet over de toepassing, want daar liggen de echte problemen, zoals Schoordijk aangetoond heeft. Het gaat hierbij met name om nietigheid wegens strijd met de wet, en de arresten *Flora - van der Kamp*, HR 11 mei 1951, *NJ* 1952, 127, en *Burgman - Avirolanda*, HR 11 mei 1951, *NJ* 1952, 128, nt PhANH. Het onderscheid dat Houwing in zijn noot maakte, is vrijwel rechtstreeks door de wetgever overgenomen. Er zijn in die visie drie vormen van door de wet verboden overeenkomsten:

1. het *aangaan* van de overeenkomst is verboden;
2. de *inhoud* van de overeenkomst is verboden (ze verplicht tot een verboden prestatie);
3. de overeenkomst verplicht tot een prestatie die op zich niet verboden is, maar die slechts met *overtreding van een verbod* geleverd kan worden.

Een tweede onderscheid dat hier gemaakt wordt is dat een overeenkomst een verboden *inhoud* kan hebben of een verboden *strekking*. Zoals Meijers in de *Toelichting* op zijn ontwerp zegt, wordt onder 'inhoud' verstaan hetgeen partijen hebben verklaard, terwijl de 'strekking' van een overeenkomst bepaald wordt door de ook voor anderen te voorziene gevolgen en de kenbare motieven van partijen.³ Ook dit werd ontleend aan de genoemde jurisprudentie; het zal weinig moeite kosten om in te zien dat dit onderscheid met de aanvaarding van normatieve uitleg naar huidige inzichten zeker achterhaald is, en eigenlijk ook al in de jaren vijftig, na *rederij Koppe* (1949). Een arrest waarvoor Houwing, zoals wij elders zagen, geen begrip kon opbrengen in zijn noot, en Meijers heeft ook nooit veel opgehad met normatieve uitleg (vgl. Hfdst. 2, nr 5). Het wekt dan ook geen verwondering dat Schoordijk, een normativo met een lange staat van dienst, weinig aankan met art. 3:40.

In de regeling van art. 40 is van belang welke sanktie de wet stelt, en hoe dit verwoord is, uitdrukkelijk of niet. Daarbij is ook weer de strekking van de wetsbepaling van belang. Wij zien hier een herhaling van het onzuivere onderscheid tussen *inhoud* en *strekking*, dit keer van een wetsbepaling die nietigheid

3. *Parl. geschiedenis Boek 3*, p. 190; Schoordijk, p. 126. Zie ook, in kritische zin: W.J. Zwolve, *WPNR* 6501 (2002), p.607 ('onmogelijke, want overmatig ingewikkelde bepaling'). Het is een recensie van diss. Van den Brink; men vindt de kritiek van de laatste, en eerder Nieuwenhuis, daar aangehaald. Nieuwenhuis vergeleek art. 3:40 met een 'kast met negen laden', waarbij men gemakkelijk de verkeerde lade grijpt, vooral wanneer men bedenkt dat twee ervan leeg zijn. Van den Brink brengt de kast tot een commode met drie laden terug.

§4. NIETIGHEDEN

met zich zou kunnen brengen. Men is het erover eens, dat dit een kwestie van uitleg is. Schoordijk heeft met vele voorbeelden laten zien dat een netelige problematiek is, met vaak tamelijk arbitraire keuzen die bij de wetsuitleg gemaakt kunnen worden. Dat geldt met name ook voor het onderscheid dat aangebracht wordt tussen wetsbepalingen waarin het *aangaan* van de rechtshandeling met nietigheid bedreigd wordt, en die waarbij de *inhoud* door die sanktie getroffen wordt. Het zijn 'niet te onderscheiden categorieën' (p. 124). In het eerste geval is overigens het rechtsgevolg dat de overeenkomst nietig is, tenzij de bepaling uitsluitend strekt tot bescherming van één der partijen. Maar laten wij eerst eens naar de tekst van art. 40 kijken, daarbij zal blijken dat veel van het tot dusver opgemerkte niet uit de tekst, maar uit de parlementaire stukken gehaald moet worden:

Art. 3:40.

1. Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig.
2. Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.
3. Het vorige lid heeft geen betrekking op wetsbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmede strijdige rechtshandelingen aan te tasten.

In de *Toelichting-Meijers* wordt gesteld dat de leden 2 en 3 betrekking hebben op wetsbepalingen die de overeenkomst *zelf* verbieden, en dat overeenkomsten die tot een door de wet verboden *prestatie* betreffen krachtens lid 1 nietig zijn wegens strijd met de openbare orde. In de latere parlementaire behandeling is dit standpunt versoepeld; bij de behandeling van de invoeringswet is erop gewezen dat de tekst van art. 40 niet tot deze opvatting dwingt, en de rechtspraak de nodige ruimte gelaten wordt voor de ontwikkeling van een minder strakke regel.⁴ Het gaat hier overigens om een wet in formele zin; lagere wetgeving valt niet onder de werking van lid 2. Dit is weer anders als het wetgeving betreft die door de formele wetgever aan een lager wetgevend orgaan gedelegeerd is.

Dan nu de arresten uit 1951, die nog steeds dogmatische oprispingen veroorzaken, *Flora - Van der Kamp* en *Burgman - Aviolanda*.

In het eerste arrest had Van der Kamp aan Flora 500 platen siliciumijzer verkocht voor f 1.500; naderhand blijkt de prijs van f 3 per kg aanzienlijk te hoog te zijn en in strijd met prijsvoorschriften. De hoge raad overweegt als volgt:

'dat Flora haar vordering tot vaststelling van de nietigheid van de onderhavige koopovereenkomst hierop heeft doen steunen, dat deze overeenkomst zou zijn aangegaan in strijd met de prijsvoorschriften, gegeven krachtens art. 3 van de Prijsopdrivings- en Hamsterwet 1939.

dat het hof heeft geoordeeld, dat de overeenkomst slechts dan nietig zou zijn, indien beide partijen bij het aangaan daarvan zouden hebben geweten, dat de bedongen koopprijs hoger was dan bedoelde prijsvoorschriften toelieten;

4. Vgl. Asser-Hartkamp II, nr 252a, waar verdere literatuur. Zie ook de noot van Hijma onder het arrest van 7 april 2000 (zie onder).

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

dat het middel deze opvatting terecht bestrijdt;

dat immers de overtreding van een wettelijk voorschrift, waarbij het sluiten van bepaalde overeenkomsten wordt verboden, nietigheid meebrengt, behalve in het zich te dezen niet voordoende geval, dat uit het voorschrift zelf of uit de strekking daarvan volgt, dat aan de overtreding dit gevolg niet is verbonden'.

A-g Eggens had in zijn conclusie bepleit dat indien sprake was van het ontbreken van opzet bij beide partijen, de overeenkomst naar de strekking van het verbod slechts nietig is voor zover meer bedongen is dan de wettelijk toegestane maximumprijs, naar analogie van de huurwetgeving. Het betreft hier eigenlijk een vorm van conversie van de nietige rechtshandeling (vgl. nog onder).⁵

Het tweede arrest betrof het geval van de vliegtuigfabriek Aviolanda die na de oorlog kennelijk even niets te doen had en 250.000 kammen van duraluminium verkocht had aan Burgman voor *f* 0,60 per stuk, hetgeen naderhand zelfs aangevuld werd tot de gehele kammen-productie van Aviolanda. Zij had zich verplicht om zelf de kammen te fabriceren en te leveren, althans zo legt het hof de overeenkomst uit. De casus wordt verder duidelijk uit de overwegingen van de hoge raad:

'dat het Bedrijfsvergunningenbesluit 1941 in art. 2 verbiedt zonder vergunning van de Secretaris-Generaal: 1. een industrieel bedrijf te vestigen of uit te breiden; 2. in een industrieel bedrijf over te gaan tot het voortbrengen of bewerken van goederen, welke op het tijdstip van de inwerkingtreding van dit besluit niet tot de normale in dat bedrijf voortgebrachte of bewerkte goederen behoren;

dat, gelet op de strekking van dit besluit - hetwelk, evenals de daardoor vervangen Bedrijfsvergunningenwet 1938, ten doel heeft controle van Overheidswege op de ontwikkeling van het bedrijfsleven mogelijk te maken en daartoe bepalingen inhoudt betreffende het vestigen, uitbreiden en veranderen van bedrijven - het verbod in art. 2 sub 2 voormeld aldus moet worden verstaan, dat de ondernemer verboden wordt zonder vergunning zijn bedrijf te veranderen door dit geheel of ten dele om te zetten in een bedrijf, hetwelk gaat voortbrengen (of bewerken) andere goederen dan op 28 juni 1941 werden voortgebracht (of bewerkt); dat dit ook blijkt uit de bepalingen omtrent de aanvraag van de betreffende vergunning, gegeven in art. 3 van de beschikking van de Minister van Handel en Nijverheid van 28 februari 1946 (no 11708);

O. dat uit deze inhoud van het voormelde verbod volgt, dat, wanneer een ondernemer zich - zoals te dezen - bij overeenkomst verbindt tot het fabriceren en leveren van goederen, die niet behoren tot die, welke op 28 juni 1941 in het bedrijf normaal werden voortgebracht, dit verbod noch het aangaan van deze overeenkomst, noch de prestatie, waartoe de ondernemer zich daarbij verbindt, rechtstreeks treft, maar dat de ondernemer, die ter nakoming van deze overeenkomst zonder vergunning - bij het ontbreken van een ontheffing van het verbod als bedoeld in artikel 6 van het besluit - een verandering in zijn bedrijf aanbrengt en overgaat tot het voortbrengen der toegezegde goederen, dit verbod overtreedt en, ingevolge art. 12 van het besluit, een strafbaar feit begaat;

5. Deze oplossing werd verworpen door Rutten, met het argument dat de koopprijs toch de essentiale van de koopovereenkomst is, en dat bovendien de koper een voordeel in de schoot geworpen zou worden. Vgl. Asser-Rutten, 1968, p. 193; Asser-Hartkamp II, nr 252, in dezelfde zin. Het is een weinig overtuigende kritiek, zeker na aanvaarding van de figuur van conversie.

§4. NIETIGHEDEN

dat echter, al heeft een overeenkomst als bovenbedoeld derhalve geen verboden inhoud, toch zodanige overeenkomst een verboden strekking kan hebben en nietig zijn op grond van art. 1373 BW, indien beide partijen bij het aangaan ervan de bedoeling hebben of er zich van bewust zijn, dat de nakoming ervan zal leiden tot overtreding van voormeld wettelijk verbod doordat de ondernemer ook zonder de vereiste vergunning in zijn bedrijf tot het voortbrengen der toegezegde goederen zal overgaan;

dat wanneer echter zodanige overeenkomst deze verboden strekking niet heeft, het voornoemd wettelijk verbod, dat aan de nakoming ervan in de weg staat, slechts oplevert een de schuldenaar persoonlijk betreffende verhindering, welke weliswaar veroordeling tot nakoming uitsluit, omdat deze zou medebrengen, dat de schuldenaar een hem verboden handeling zou moeten verrichten, doch een ontbinding der overeenkomst wegens wanprestatie en een veroordeling tot schadevergoeding onverlet laat;

O. dat uit het vorenstaande volgt, dat de hiervoren vermelde stellingen van het middel juist zijn, en het arrest van het hof, hetwelk irrelevant acht de juistheid van Burgman's beweren, dat hij onkundig was van het feit, dat de vereiste vergunning niet was verleend en hij niet heeft begrepen, dat het aan *Aviolanda* niet geoorloofd was om aluminiumkammen te maken, niet in stand kan blijven'.

Een wat meer huis-tuin-keuken-voorbeeld van de laatste vorm van nietigheid is de verkoop van een bepaalde zaak na winkelsluiting, hetgeen bij de wet verboden is. Men leidt hier veelal uit de strekking van de wet af, dat de overeenkomst niet door nietigheid getroffen wordt, omdat de strafrechtelijke sanktie tegen de winkelier al voldoende geacht wordt voor de handhaving van de Winkelsluitingswet.

Voor recentere gevallen van nietigheid wegens strijd met de wet, zie onder meer HR 16 nov. 1984, *NJ* 1985, 624, nt CJHB; AA 1985, p. 209, nt Nieuwenhuis, *Buena Vista*. Hier werd in een geval dat de inhoud van de overeenkomst in strijd met de wet was (Overdrachtbelastingverordening, Antillen) dit geen beletsel geacht om slechts tot een gedeeltelijke nietigheid te oordelen, gelet op de 'inhoud en strekking van de overeenkomst'. Eggens had het indertijd nog niet zo slecht gezien, blijkt weer.

Een arrest in de sfeer van *Burgman - Aviolanda* is HR 28 juni 1991, *NJ* 1992, 787, nt CJHB, *Verkerk - Van der Veen*, inzake het uitlenen van arbeidskrachten zonder vergunning. Het aangaan van de overeenkomst is niet verboden, noch haar inhoud, maar de uitlener zonder vergunning pleegt een strafbaar feit. Het vereiste uit 1951 van 'de bedoeling hebben of zich van bewust zijn' dat nakoming tot overtreding van een wettelijk verbod zal leiden kwam hier aan de orde. De aannemer in kwestie stelde dat hij zich dat niet bewust was, hetgeen het hof gelijk stelde met bewust behoren te zijn (onderzoeksplicht; het was van algemene bekendheid dat vaak zonder vergunning gewerkt werd). Brunner is in zijn noot voor gelijkstelling (bij normatieve uitleg een open deur), waarin hij door Hartkamp bijgevalen wordt (nr 252a). De hoge raad had dit uitdrukkelijk in het midden gelaten. Dit geval laat overigens zien dat de benadering van het arrest uit 1951 niet meer van deze tijd is, en correctie behoeft.

De relatie tussen lid 2 van art. 40 (strijd met de wet) en lid 1 (inhoud overeenkomst in strijd met openbare orde) kwam aan de orde in het arrest van 7 april 2000, waarin de exploitatie van een parkeerterrein door de Gemeente

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

Amsterdam, die strijdig was met art. 14 Wegenwet, onderwerp van geschil was.⁶ Een parkeerterrein afgesloten met een slagboom, werd door de gemeente verhuurd, hetgeen betekende dat een stuk openbare weg aan het openbare verkeer onttrokken werd. De gemeente ziet na protesten af van haar plan, en het exploitatiebedrijf zoekt schadevergoeding, liefst via wanprestatie (positief contractsbelang, dus gederfde winst) en niet via onrechtmatige daad (slechts negatief contractsbelang). Het probleem is dat wanneer het contract nietig is ex art. 40, ook de grond voor schadevergoeding wegvalt. Dat is het standpunt van de rechtbank: de overeenkomst is in strijd met de openbare orde, gelet op de 'aard en strekking' van art. 14 Wegenwet. Cassatie faalt, waarbij de hoge raad de kans laat lopen om orde op zaken te stellen bij art. 40.

Annotator Hijma wijst erop dat lid 2 niet toepasselijk is, aangezien dat lid op het *sluiten* van de overeenkomst gericht was; dat was niet verboden door de Wegenwet, dus komt lid 1 (*inhoud*) in beeld, met het zwaard van de algehele nietigheid. Wij zagen boven dat de wetgever echter (in een latere fase) niet zo streng in de leer was, hetgeen ook door Hijma naar voren gebracht wordt. Terecht wijst hij erop dat niet in te zien valt waarom niet met een beperkte gevolg van nietigheid volstaan zou kunnen worden, namelijk het verhinderen van nakoming van de overeenkomst, zodat de schadevergoedingsvordering in stand zou kunnen blijven. Ook toepassing van lid 3 van art. 40 wordt door de raad geblokkeerd. Kortom, een weinig geïnspireerd arrest, waardoor wij met een zwak wetsartikel blijven zitten.

Art. 40 lid 2 is onlangs door Frenk aan de orde gesteld naar aanleiding van het arrest van het Europese Hof van Justitie inzake de vrijheid van de rechter om oneerlijke bedingen ambtshalve te toetsen (ex richtlijn 93/13/EEG).⁷ Frenk ziet de mogelijkheid van ambtshalve toetsing door de rechter – van groot belang bij verstekzaken of slecht gevoerde procedures – besloten in het slot van lid 2: 'een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit'; hij beroept zich daarbij op de parlementaire geschiedenis. Dat geldt voor wetsartikelen waarbij bepaald is dat daarvan niet ten nadele van de consument kan worden afgeweken; indien het om bepalingen gaat die slechts vernietigbaarheid met zich brengen, zoals art. 6:233 BW, biedt een verwijzing in de toelichting op dat artikel naar art. 3:40 steun voor zijn zienswijze. Aldus zou het arrest van het Hof van Justitie niet tot aanpassing van het BW dwingen. Zoals elders door mij beoogd werd, was het vòòr dit arrest al aannemelijk dat de rechter ambtshalve kon toetsen, zie boven, H 4, §1, nr 13.

3. *Gevolgen van nietigheid. Conversie, art. 3:42 BW*

Een rechtshandeling als de overeenkomst kan nietig zijn wegens strijd met de goede zeden (de openbare orde is een wat sluimerend criterium, behalve zoals wij zagen als doorgeefluik van wetsbepalingen die een bepaalde prestatie

6. HR 7 april 2000, NJ 652, nt JH, *Parkeerexploitatie Amsterdam - Gem. Amsterdam*.

7. N. Frenk, *Privaatrecht Actueel*, WPNR 6431 (2001); HvJ EG 27 juni 2000, NJ 730, *Océano Grupo Editorial*; *NTBR* 2001, p.98, nt Loos. Het hof overwoog dat een doeltreffende bescherming van de consument enkel kan worden bereikt indien aan de nationale rechter de bevoegdheid wordt toegekend om oneerlijke bedingen ambtshalve te toetsen.

§4. NIETIGHEDEN

verbieden). Wat zijn precies de rechtsgevolgen bij nietigheid? Rond de eeuwwisseling was dit een eenvoudige vraag in ons land en omliggende landen: 'nietig is nietig'. Een nietige rechtshandeling is eenvoudigweg non-existent: 'nietig is nietig', 'nihil et non avenu', 'null and void'. Wij doen gewoon of er niets gebeurd is, rechtens. Het was ook zò onzedelijk. Maar zou dat ook inhouden dat degenen die tegen beloning een onzedelijke prestatie verkrijgt, vervolgens, met een beroep op de onzedelijkheid van de transactie zijn betaling weer terugvordert, want 'nietig is nietig'? Mag, indien de onzedelijke prestatie niet verricht werd en al betaald was, de andere partij het geld houden, 'nietig is nietig'? De Romeinen staken daar al een stokje voor, met hun *nemo auditur*-regel: *nemo auditur turpitudinem suam allegans*, men wordt niet gehoord (door de rechter) indien men een beroep op eigen onzedelijkheid doet. De hoge raad was helaas in de jaren dertig van mening dat deze regel in ons recht niet gold, in afwijking van onder meer het franse recht, met instemming van auteurs als Rutten.⁸

Een auteur die voor de oorlog veel gedaan heeft om hier verandering in te brengen was de leidse hoogleraar - en tegenpool van Meijers - J.C. van Oven. Voortbouwend op het werk van Van Hamel (diss. 1902) en Petit (diss. 1920) hield hij een pleidooi voor de werking van het beginsel van de goede trouw bij de nietigheid; aan de hand van dit beginsel moet bepaald worden welke rechtsgevolgen een nietige rechtshandeling heeft, om aldus grote onbillijkheden te voorkomen. Zoals hij het treffend zei: 'de geoorloofde overeenkomst bindt tot wat zij inhoudt, doch slechts voorzover de goede trouw meebrengt; de ongeoorloofde overeenkomst bindt niet tot wat zij inhoudt, maar wel tot wat de goede trouw meebrengt'.⁹ Dit kan met zich brengen dat het 'gedane zaken nemen geen keer' geldt, maar ook dat terugvordering van een prestatie gerechtvaardigd zal zijn. Rutten moest hier weinig van hebben, het zou hoogstens via wetwijziging te realiseren zijn. Het heeft, ook hier, te maken met de aangehangen methode van rechtsvinding; Rutten liet zich leiden door het standpunt dat 'het *algemeen belang* de volstrekte nietigheid van de overeenkomst kan eisen en daarop geen uitzondering duldt, hoe onbillijk *jegens één der betrokkenen* de toepassing van dit beginsel in sommige gevallen ook moge zijn' (p. 360). Intussen is met art. 6:211 BW een voorziening getroffen waarin tegemoet gekomen wordt aan de visie van Van Oven.

De figuur van conversie, het 'repareren' van nietige rechtshandelingen indien er voldoende bouwstenen voor een geldige rechtshandeling aanwezig zijn, kwam hierboven al ter sprake bij de uitleg (vgl. Hfdst. 2, § 2, nr 8). Daarbij werd door mij het standpunt ingenomen, dat conversie opgaat in de normatieve uitleg van rechtshandelingen, in navolging van De Grooth en Eggens, en aldus later ook Schoordijk en Pitlo.¹⁰ Het artikel dat het huidige wetboek aan deze materie wijdt,

8. T.a.p., p. 359; vgl. voor deze tekst nu: Asser-Hartkamp III, nr 346, waar de leer van de hoge raad niet langer als 'juist' omschreven wordt, maar 'begrijpelijk' genoemd wordt.

9. *Preadvies NJV* 1937, p. 69 v.; zie ook zijn artikel in *WPNR* 3328-32 (1933). Vgl. voor dit onderwerp ook Hijma, diss. p. 58 v.

10. Zie ook Hijma, p. 309, die stelt dat een 'meerderheid' van auteurs een ander standpunt inneemt, een scheiding tussen conversie en uitleg aanneemt; hij noemt daarbij echter slechts Clavareau, Berkhouwer, G.J. Scholten en Beekhuis, niet echt een meerderheid, als er toch neuzen geteld moeten worden. Vgl. ook Van Schaick, diss. Tilburg 1994, p. 262 v.

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

behoort weer tot de categorie minder begrijpelijke artikelen; de amendementen hebben sporen achter gelaten, waardoor een lappendeken ontstaan is, en getracht is het ieder naar de zin te maken.

Het leerstuk is geïntroduceerd door Clavareau in het *WPNR* van 1942, ontleend aan het Duitse recht, en raakte in een stroomversnelling toen de Hoge Raad het overnam in 1944, met 'redelijke wetstoepassing' (toen al!) in *Van de Water - Van Hemme*. Clavareau heeft het niet meer meegemaakt, hij werd rond die tijd door de bezetter gefusilleerd. *Ars longa, vita brevis*. De Hoge Raad bevestigde in 1948 de aanvaarding van het leerstuk met het arrest *De Kock - Van Heijst*, HR 19 nov. 1948, *NJ* 1949, 86, nt PhANH. Beide arresten zijn voor een goed begrip van art. 42 nog steeds van belang. Ik laat allereerst de formulering van het wetsartikel volgen, in de uiteindelijke versie:

Art. 3:42. Beantwoordt de strekking van een nietige rechtshandeling in een zodanige mate aan die van een andere, als geldig aan te merken rechtshandeling, dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, indien van de eerstgenoemde wegens haar ongeldigheid was afgezien, dan komt haar de werking van die andere rechtshandeling toe, tenzij dit onredelijk zou zijn jegens een belanghebbende die niet tot de rechtshandeling als partij heeft medegewerkt.

In het arrest van 1944 had het echtpaar Van de Water-van Hemme huwelijksvoorwaarden gemaakt (gemeenschap van winst en verlies) onder opschortende voorwaarde, namelijk dat er bij overlijden geen kind in leven zou zijn, hetgeen in strijd met de wet is. Dus nietig? De Hoge Raad overweegt:

'dat in de tweede plaats zij opgemerkt, dat, indien de met een rechtshandeling beoogde rechtsgevolgen wegens haar nietigheid niet bereikt kunnen worden en zij niettemin de bestanddelen van een andere rechtshandeling, voor welke geldigheid de vereisten wel aanwezig zijn, in zich bevat, een redelijke wetstoepassing medebrengt, dat de nietige rechtshandeling worde omgezet (geconverteerd) in een geldige rechtshandeling, zoo aannemelijk is, dat zij die handelden, ten tijde van de handeling, voor het geval het beoogde rechtsgevolg niet bereikbaar ware, het wèl bereikbare zouden hebben gewild eer dan de toestand, welke het gevolg van nietigheid zonder meer zou zijn;

dan toch de wettelijke bepalingen omtrent de nietigheid van rechtshandelingen geenszins vorderen, dat partijen elkander niet, voorzoover hun opzet ongeoorloofd was, vermogen te houden aan hetgeen zij blijkens hun overeenkomst in economisch opzicht wilden bereiken;

dat, gezien deze beschouwingen, ten deze bij de verdeling der algehele gemeenschap van goederen geschil zal kunnen rijzen, of niet, gegeven de nietigheid van het voorwaardelijk bedingen van de gemeenschap van winst en verlies, deze bij notariële acte aangegane overeenkomst met toepassing van de gevonden regel moet worden omgezet in het hierboven geschetste voorwaardelijk verrekeningsbeding, hetwelk tusschen partijen in economisch opzicht dezelfde gevolgen heeft als het nietig gebleken beding' (HR 21 jan. 1944, *NJ* 120).

Een opmerkelijke uitspraak, alleen al vanwege het benadrukken van hetgeen partijen in economisch opzicht wilden bereiken; met de formule 'andere, geldige rechtshandeling' wordt kennelijk aansluiting gezocht bij § 140 BGB. In de literatuur is direct een zeer levendige discussie over de nieuwe rechtsfiguur ontbrand; zie daarvoor Hijma, diss. p. 297 v.

Het tweede arrest, *De Kock - Van Heijst*, betreft een heel ander geval, een opzegging van een arbeidsovereenkomst die nietig was: de directeur GAB had namelijk vooraf geen toestemming verleend. Door de later verleende toestemming kan de nietigheid van de opzegging niet meer geheeld worden; dat

§4. NIETIGHEDEN

betekent echter niet dat de werknemer zijn vordering op achterstallig loon over de gehele verstreken periode toegewezen ziet. Het was naar het oordeel van de hoge raad voor de werkgever mogelijk geweest om op te zeggen onder voorbehoud van verkregen toestemming, tegen de eerst mogelijke datum waarop na het ontvangen van die toestemming opgezegd zou kunnen worden. Dan vervolgt de raad:

‘dat (...) een redelijke wettoepassing mede brengt, dat deze eenzijdige handeling wordt omgezet in de hierboven beschreven (...) geldige rechtshandeling, daar aannemelijk is, dat de opzeggende partij ten tijde van die handeling, indien zij geweten had dat het beoogde rechtsgevolg niet bereikbaar ware, het wèl bereikbare zou hebben gewild en de wederpartij zulks ook moest begrijpen.’

Wij zien hier dat het wilselement aangevuld is met het vertrouwen van de wederpartij. Voor de verdere aspecten van de conversie wordt verwezen naar de al genoemde literatuur.¹¹

De hoge raad heeft bij arrest van 22 november 2002 bepaald dat de rechter conversie ambtshalve mag toepassen.¹² Dit heeft tot gevolg dat bij een beroep op conversie niet de eis geldt dat gemotiveerd wordt gesteld welke vervangende rechtshandeling partijen zouden hebben gesloten, al verdient het in het algemeen wel aanbeveling dat de rechter partijen eerst de gelegenheid biedt om zich daarover uit te laten. Het doet denken aan de vergelijkbare situatie die wij bij de uitleg tegenkwamen, wanneer de rechter op eigen kracht een uitleg geeft aan een overeenkomst die afwijkt van het standpunt dat partijen daarover ingenomen hebben, hetgeen toegestaan is, ook zonder dat partijen daarover gehoord zijn (*Prêt-à-Porter*-arrest, 1995). Dat gaat iets verder, maar toont aan dat conversie, zoals hier betoogd, in wezen een vraag van uitleg is, dat wil zeggen, normatieve uitleg.

4. *Handelingsonbekwaamheid en minderjarigheid*

Een belangrijke vorm van handelingsonbekwaamheid is minderjarigheid. In de artt. 1:233 en 234 BW wordt geregeld welke vereisten daaraan gesteld worden. Het wettelijk systeem is niet erg overzichtelijk en vormt een weerspiegeling van een intensieve discussie over het onderwerp in de jaren zeventig en tachtig in de doctrine - mede naar aanleiding van progressieve lagere rechtspraak - die gevolgd werd door ingrepen van de wetgever. Veel van hetgeen toen aan de orde was is op indirecte wijze nog steeds van belang voor de toepassing van de huidige wettelijke regeling: de rol van het beginsel van de goede trouw (bescherming van de wederpartij tegen misleiding door de minderjarige?), het karakter van de ouderlijke toestemming (algemeen van aard of stilzwijgend gegeven: ‘Generaleinwilliging?’), en de vraag wat nu eigenlijk het uitgangspunt is: ‘handelingsbekwaamheid van de minderjarige, tenzij’, of ‘hande-

11. Waaraan toe te voegen, Asser-Hartkamp II, nr 492 v. Daar vindt men ook de recentere rechtspraak behandeld. Zie ook de kritische beschouwingen van Schoordijk, p. 131 v., die de conversie niet van de uitleg wil onderscheiden.

12. HR 22 nov. 2002, NJ 2003, 34, *Lisman van Raay Stichting – St Willibrordus Stichting*.

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

lingsonbekwaamheid, tenzij”¹³ Indertijd gold de oude grens van 21 jaar voor -meerderjarigheid, die in 1988 op 18 jaar gesteld is; ook met de nieuwe leeftijds-grens blijft er een schemersituatie: de tiener van 16 of 17 die allerlei rechtshan-delingen verricht met aanzienlijke financiële consequenties, terwijl de wederpartij hem voor vol aangezien had. De jonge popster, sportster, zakenman-in-de-dop die apparatuur aanschaft, contracten sluit voor optredens, beleggingen doet, etc. In 1995 heeft de wetgever weer een stap gezet om dat schemergebied in kaart te brengen.

De wettelijke regeling is de volgende. Sinds 1970 (invoering Boek 1 BW) is in art. 234 lid 1 bepaald dat de minderjarige *bekwaam* is om rechtshandelingen te verrichten *met toestemming* van zijn wettelijk vertegenwoordiger. Die toestemming kan verleend worden voor een bepaalde rechtshandeling of voor een bepaald doel, aldus lid 2 van art. 234. Dan blijft er een grote categorie rechtshandelingen over, waarvoor de minderjarige *geen toestemming* gekregen heeft; uit de wet volgt dat de minderjarige in die situatie *handelingsonbekwaam* is. Dat laatste wordt direct teruggenomen door lid 3: de toestemming *wordt verondersteld verleend te zijn* indien het een rechtshandeling betreft waarbij het in het maatschappelijk verkeer *gebruikelijk* is dat minderjarigen op die leeftijd deze zelfstandig verrichten (wijziging bij Wet van 6 april 1995). In de oude versie van lid 3 werd bepaald dat toestemming voorondersteld werd gegeven te zijn voor rechtshandelingen die gericht waren op levensonderhoud en studie, en waarvoor door ouders of voogd gelden ter beschikking waren gesteld. Met de nieuwe, ruimere redactie van lid 3 is een voorstel overgenomen van de oude Commissie Jeugdbeschermingsrecht uit de jaren '70 (de Commissie-Wiarda), die voorstander was van aansluiting bij de werkelijkheid van alle dag en een trapsgewijze volwassenwording (en trouwens van verlaging van de leeftijd tot 18 jaar).¹⁴

Indien een rechtshandeling van een minderjarige door hem wordt aangevochten met een beroep op het ontbreken van toestemming, volgt uit de wettelijke regeling dat de wederpartij dient aan te tonen dat aan het criterium van art. 234

13. Een spraakmakend vonnis was dat indertijd van Ktg. Assen 22 jan. 1973, *NJ* 434; *Prg* p.138, nt Bloembergen, *hoogtezon*; hierin werd het beroep op handelingsonbekwaamheid van de ten tijde van de koop minderjarige partij verworpen, met de overweging: ‘dat het in strijd met de goede trouw is, dat een zelfstandig optredende oudere minderjarige een handelaar eerst in de waan brengt met een meerderjarige te doen te hebben en later bij niet nakoming van haar plicht tot betaling zich op haar minderjarigheid ten tijde van de koopovereenkomst te beroepen’. Dit wordt afgekeurd door Bloembergen, omdat de wet van recente datum is en het om de rechtszekerheid gaat die gehandhaafd dient te worden; hij is er voorstander van om de koop van de hoogtezon onder het begrip levensonderhoud van art.234 lid 3 te brengen. Andere schrijvers bepleiten het aannemen van een stilzwijgend gegeven ouderlijke toestemming (vgl. *NJB* 1973, p.1306 v.). Ook Schoordijk, *Wiarda-Bundel* p. 261, had moeite met het vonnis, gezien het beroep op de goede trouw. Omzien in verwondering?

14. De invoering van dat laatste, pas in 1988, heeft zo lang geduurd vanwege complicaties op het gebied van de sociale zekerheid; het werd wat duur in verband met die voorzieningen om de meerderjarigheidsleeftijd te verlagen. Een vergaand standpunt ten aanzien van de verzelfstandiging van minderjarigen (‘handelingsbekwaam, tenzij’) met bescherming door middel van een beroep op undue influence werd bepleit door W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, *Minderjarig, minderwaardig?*, diss. Nijmegen 1975. Het schrappen van het begrip minderjarigheid werd bepleit door A. Rutten-Roos, *Jeugdigen in civielrechtelijke relaties*, diss. Amsterdam 1975.

§4. NIETIGHEDEN

lid 3 voldaan is (*maatschappelijke gebruikelijkheid*), of dat er toestemming gegeven is door ouder of voogd. In het eerste geval kan, indien de wederpartij erin slaagt om de gebruikelijkheid van de rechtshandeling aan te tonen, de ouder of voogd trachten te bewijzen dat het de wederpartij duidelijk was of behoorde te zijn dat er van die zijde bezwaar bestond tegen de rechtshandeling.

Voor de vraag of er toestemming verleend was zal de oude rechtspraak nog steeds van belang zijn. Deze problematiek kan geïllustreerd worden aan de hand van het *computercursus*-arrest, uit 1983.¹⁵

Het geval speelt zich af in Heerlen. Kaelen, geboren op 15 december 1959, sloot op 27 oktober 1978 een overeenkomst met de European Computer School BV (ECS) voor een computercursus. De cursusprijs was f 3.800,-, waarvan f 500,- als inschrijfgeld moest worden voldaan en het restant in zes gelijke drie-maandelijke termijnen van f 550,-. Kaelen heeft de eerste drie termijnen betaald, maar betaalt het restant niet. Op 8 januari 1981 - dus nadat Kaelen meerderjarig was geworden - vorderde ECS het restant van f 1.650,-. De kantonrechter wees de vordering toe omdat Kaelen wel voor de kantonrechter was verschenen doch geen verweer had gevoerd. Kaelen ging tegen dit vonnis in hoger beroep en beriep zich op de nietigheid van de overeenkomst wegens zijn onbekwaamheid. De Rechtbank Maastricht bekrachtigde het vonnis van de kantonrechter. De rechtbank oordeelde dat de vader van Kaelen toestemming tot de overeenkomst had gegeven. Zij overwoog in dit verband: 'Deze stilzwijgende toestemming kan worden afgeleid uit de door Kaelen zelf beweerde, tot viermaal toe verrichte betalingen alsmede zijn volgen van vijf tot de cursus behorende lessen, nu gesteld noch gebleken is dat zijn vader zich ooit tegen deze gang van zaken heeft verzet'.

Kaelen ging in cassatie, en zijn belangrijkste grief was dat de rechtbank uit de boven geciteerde overweging niet kon afleiden dat zijn vader toestemming had gegeven.

De hoge raad verwerpt het cassatieberoep met de volgende overwegingen:

'(3.1) De hoge raad zal eerst onderdeel 3 bespreken.

Dit onderdeel gaat er blijkbaar van uit dat de Rb., overwegende dat Kaelen "zich in dit verband slechts beroept op enz.", tot uitdrukking heeft gebracht dat zij de stellingen van Kaelen aldus leest hetzij dat zijn vader hem wel toestemming heeft gegeven maar daarvan geen mededeling heeft gedaan aan E.C.S., hetzij dat Kaelen de vraag naar de hem door zijn vader gegeven toestemming in het midden heeft gelaten. Geen van beide lezingen vindt steun in de bestreden uitspraak: de Rb. is ervan uitgegaan dat Kaelen een beroep heeft gedaan op het ontbreken van de vereiste toestemming, met dien verstande dat hij dit beroep slechts heeft toegelicht met de stelling dat zijn vader aan E.C.S. niet heeft medegedeeld dat hij tot het sluiten van die overeenkomst toestemming had gegeven. Het onderdeel faalt derhalve.

(3.2) De klachten, vervat in onderdeel 1 en in onderdeel 2 onder A, richten zich tegen het oordeel van de Rb. dat de stilzwijgende toestemming - toestemming in de zin van art. 1:234 lid 2 BW - van de vader van Kaelen tot het sluiten door Kaelen van de ten processe bedoelde overeenkomst met E.C.S. kan worden afgeleid uit de door de Rb. vermelde feiten en omstandigheden.

In de in 3.1. besproken passage uit het vonnis van de Rb. ligt besloten dat Kaelen niet heeft bestreden de navolgende stellingen van E.C.S.: dat Kaelen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst - 27 okt. 1978 - reeds het diploma van de vijfjarige HAVO op zak had en als administrateur in dienst was bij de Wegenbouw van de Kreeke: dat hij geheel zelfstandig woonde; dat hij de beschikking had over zijn salaris; dat de overeenkomst een financiële last met zich meebracht, die heel goed te dragen was, omdat Kaelen een goed salaris verdiende. Deze stellingen sluiten noodzakelijk in dat het hier gaat om gelden die zijn vader voor studie te zijner beschikking heeft gesteld en dat - nu de overeenkomst (naar tussen pp. blijkens het vonnis vaststaat) betrof een door Kaelen te volgen Praktijkdiploma Cobol van E.C.S. -

15. HR 14 okt. 1983 *NJ* 1984, 106; AA 1984, p. 91, nt G.

7. BEËINDIGING VAN OVEREENKOMSTEN

daarover overeenkomstig deze bestemming is beschikt, een en ander in de zin van art. 1:234 lid 3. Dit alles zou na verwijzing niet alsnog kunnen worden betwist. Dat betekent dat, wat er zij van de door de Rb. gebezigde gronden, de Rb. terecht heeft geoordeeld dat Kaelen bekwaam was om de onderhavige overeenkomst te sluiten.

Bij bespreking van de hier bedoelde klachten heeft Kaelen dus geen belang'.

Men ziet hoe de rechter hier bezig is met de toerekening van de rechtshandeling aan de oudere minderjarige, die een salaris verdient, zelfstandig woont en een cursus gekocht heeft; de rechtbank volgt de weg van lid 2 van art. 234, de 'toestemming' die de vader *stilzwijgend* gegeven had, de hoge raad gebruikt liever lid 3, en legt 'het *ter beschikking stellen*' van studiegelden ruim uit: daarvan is ook sprake in geval van een door de minderjarige zelf verdiend salaris. Het is het resultaat dat telt; het in de wet gestelde doel roept vanzelf de middelen op om dat te bereiken. Dat is al sinds de Romeinen het geval in het recht.