

## Voorwoord

Op 10 mei 2008 was het precies 150 jaar geleden dat Prof. mr. W.L.P.A. Molengraaff, de naamgever van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht, geboren werd. Het was uitgerekend één van de net nieuw aangestelde hoogleraren aan het Molengraaff Instituut – de hoogleraar Europees goederenrecht Teun Struycken – die ons op dit heuglijke feit attendeerde. Dat Struycken ook enige tijd in Nijmegen – Molengraaff's geboorteplaats – aan zijn proefschrift werkte en doceerde, zal aan zijn bewustzijn van de handel en wandel van Molengraaff ongetwijfeld hebben bijgedragen. Zijn slotbijdrage aan deze bundel markeert zulks.

Om dit 30<sup>ste</sup> lustrum vervolgens niet onopgemerkt voorbij te laten gaan, werd besloten om op vrijdag 9 mei van dit jaar een feestelijk lezingenprogramma te organiseren rondom het leven en werk van Molengraaff. De lezingen werden verzorgd door Prof. mr. C.J.H. Jansen van de Radboud Universiteit Nijmegen, die ons introduceerde in het rijke leven en werk van Molengraaff (zie zijn in deze bundel opgenomen bijdrage), en door een aantal jonge onderzoekers van het Molengraaff Instituut, die zich bogen over de actualiteit van het gedachtegoed van Molengraaff, specifiek in het licht van hun huidige onderzoeksthema's. Dat over dat laatste vele malen meer gezegd zou kunnen worden dan tijdens een middagvullend lezingenprogramma de revue zou kunnen passeren, spreekt voor zich. Vele andere Molengravers zouden immers hun eigen specifieke onderzoeksvragen, -thema's en -hobby's kunnen spiegelen aan het gedachtegoed van Molengraaff, vooral ook omdat diens werk zo enorm breed was dat hij het terrein van vele hedendaagse specialismen bestreek. En zo was het idee van een bijbehorende opstellenbundel, met daarin bijdragen van diverse medewerkers van ons instituut, elk over zijn of haar eigen onderzoeksterrein, snel geboren.

De bundel wordt ingeleid door middel van een vooruitblik die Prof. mr. G.M.F. Sniijders, advocaat bij het Utrechtse advocatenkantoor Wijn & Stael en hoogleraar in Nijmegen, op verzoek van de redactie schreef. De samenwerking tussen het Molengraaff Instituut en Wijn & Stael bij de totstandkoming van deze bundel verdient daarbij nog enige toelichting. Niet alleen onderhoudt het Molengraaff Instituut al jaren goede banden met dit kantoor via de Masterclass Rechtspraak van de UU, ook de gevelsteen die ons pand sinds 2004 ter ere van het 11<sup>e</sup> lustrum van Wijn & Stael zo fraai siert, herinnert ons dagelijks aan de vruchtbare samenwerking. En ook dit jaar weer delen Molengraaff en Wijn & Stael een lustrum. Advocatenkantoor Wijn & Stael werd 60 dit jaar en is daarmee een instituut op zich in de Utrechtse juridische wereld. Molengraaff ging hen voor in die rol. In dat

## VOORWOORD

---

licht was voor ons voor de viering van de 150<sup>ste</sup> verjaardag van Molengraaff de band met kantoor Wijn & Stael snel gelegd. Dit heeft zich niet alleen geuit in de bijdrage van Snijders, maar ook hierin dat de uitgave van deze bundel mede mogelijk is gemaakt door Wijn & Stael. Het resultaat ligt voor u. In deze bundel wordt een twintigtal actuele juridische kwesties besproken met één centrale vraagstelling: Wat zou Molengraaff hiervan hebben gedacht? Dat er in de voorliggende bundel steeds weer een antwoord kan worden gegeven op deze vraag, illustreert de vooruitziende blik van Molengraaff. Molengraaff was én is een instituut.

De samenstellers van deze bundel danken alle auteurs voor hun medewerking, en spreken hun bijzondere dank uit aan Willemien Vreekamp (Wiarda Instituut, UU) die met grote inzet en precisie de bijdragen heeft gecorrigeerd.

Utrecht, 28 oktober 2008

De redacteurs

## Inhoudsopgave

Voorwoord	v
Een vooruitblik: introductie op deze bundel <i>G.M.F. Snijders</i>	1
ALGEMENE BESCHOUWINGEN	
<b>W.L.P.A. Molengraaff (1858-1953), leven en werk</b> <i>C.J.H. Jansen</i>	9
<b>De dageraad van het wereldrecht Molengraaff's visie op de ontwikkeling van internationaal en eenvormig privaatrecht</b> <i>E.H. Hondius</i>	23
<b>De 'multidimensionale' rechtswetenschap van en na Molengraaff</b> <i>I. Giesen</i>	29
PERSONEN- EN FAMILIERECHT	
<b>Molengraaff en het vaderschapsonderzoek</b> <i>R.J. Blauwhoff</i>	47
<b>Een voornaam naar keuze</b> <i>M.C. van Gestel</i>	67
ONDERNEMINGS- EN VENNOOTSCHAPSRECHT	
<b>Een wens van Molengraaff vervuld: een eigen regeling voor de bv!</b> <i>M.L. Lennarts</i>	79
<b>Faillissementsrechtelijke facetten van het personenvennootschapsrecht</b> <i>M.S. Koppert-van Beek</i>	91
	vii

<b>Er is een kindeke geboren Het rechtskarakter van de rechtspersoonlijkheid van de OVR nader belicht</b>	103
<i>D.F.M.M. Zaman</i>	
CONTRACTEN- EN AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT	
<b>Over de ‘ondergang’ van het handelsrecht en eerherstel voor de tekstuele uitleg van commerciële contracten</b>	121
<i>M.C. Bijl</i>	
<b>Molengraaff en de kunst van delen</b>	137
<i>A.L.M. Keirse</i>	
<b>Vergoeding van naasten: bittere ironie én bittere waarheid</b>	155
<i>R. Rijnhout</i>	
GOEDEREN- EN FAILLISEMENTSRECHT	
<b>Het (nog immer) negatieve stelsel van openbare registers en de daarbij behorende derdenbescherming</b>	175
<i>A.M. Steegmans</i>	
<b>Plaatst Nederland zich alsnog ‘aan de spits der moderne rechtsontwikkeling’?</b>	195
<i>P.M. Veder</i>	
HANDELSRECHT	
<b>Vervaltermijn bij koop: van Molengraaff tot heden</b>	211
<i>S.A. Kruisinga</i>	
<b>Transportverzekering van middels documenten verhandelbare zaken</b>	223
<i>Ph.H.J.G. van Huizen</i>	
<b>Molengraaff, vervoer en overmacht</b>	237
<i>I. Koning</i>	

INHOUDSOPGAVE

---

BIJZONDERE ONDERWERPEN

<b>De (ware) aard van het merk</b>	257
<i>F.W. Grosheide</i>	
<b>Reële executie, toen en nu</b>	265
<i>A.W. Jongbloed</i>	
<b>Van oude en nieuwe woekerwetten tot de woekerpolis</b>	
<b>Van oude kwesties, de dingen die niet voorbij gaan ...</b>	275
<i>W.J. Oostwouder</i>	
<b>Zaken ‘buiten de handel’ terug in het burgerlijk recht?</b>	295
<i>J.G. Sijmons</i>	

TOT BESLUIT

<b>Tafelrede. Uitgesproken ter gelegenheid van de ontvangst door het College van Bestuur van de Universiteit Utrecht op 25 februari 2008</b>	307
<i>T.H.D. Struycken</i>	



## Een vooruitblik: een introductie op deze bundel

*G.M.F. Sniijders\**

Op 8 juni 1917 hield Molengraaff een rede ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Utrechtse rechtenfaculteit. De titel luidde: ‘Een terugblik’. Bij het lezen van de thans voor u liggende opstellenbundel zal blijken, dat de titel allesbehalve representatief was voor Molengraaffs wetenschappelijke attitude. Zijn werk stond juist in het teken van vooruitzien.

Dit komt in de eerste plaats naar voren uit de historisch getinte bijdrage aan deze bundel van *Jansen*. De rede van de scheidende hoogleraar verwoordde teleurstelling, zelfs diepe teleurstelling, over het onvermogen van de Nederlandse wetgever. De wetgeving – het Wetboek van Koophandel in het bijzonder – was aan het begin van de twintigste eeuw sterk verouderd en diende hoognodig in overeenstemming te worden gebracht met de eisen van de tijd. De wetgever diende daarbij gebruik te maken van open normen, terwijl het mede aan de rechter moest worden overgelaten om nieuwe leerstukken te formuleren en uit te werken.

Het komt evenzeer naar voren uit de overige bijdragen, waarin de verschillende auteurs een breed scala aan onderwerpen aan de orde stellen. Een aantal schrijvers toont aan dat Molengraaff niet alleen vooruitzag, maar zelfs ontwikkelingen bepleitte die eerst decennia later breed gedragen zouden worden. Anderen beschrijven opvattingen die nog altijd als leidend kunnen worden aangemerkt. Uit enkele opstellen blijkt dat ontwikkelingen in het Nederlands recht weliswaar hebben geleid tot resultaten die afwijken van de opvattingen van Molengraaff, maar dat hiermee niet is gezegd dat hij die resultaten – levend en werkend in het begin van de eenentwintigste eeuw – zou hebben afgewezen. Ten slotte gaat een aantal auteurs in op vraagstukken die zich honderd jaar geleden doodeenvoudig niet voordeden, maar waarbij op zijn minst de vraag rijst of Molengraaff niet met de vandaag de dag gekozen oplossingen zou hebben ingestemd.

De bijdrage van *Hondius* behoort tot de eerste categorie. De auteur stelt zich op het standpunt dat de belangrijkste boodschap van Molengraaff voor de huidige jurist er op neerkomt, dat het rechtsverkeer en de rechtswetenschap niet ophouden bij geografische grenzen. Met name bij het bestuderen van die deelgebieden van het

---

\* Prof.Mr. G.M.F. Sniijders is partner bij Wijn & Stael advocaten te Utrecht en bijzonder hoogleraar Agrarisch recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

Nederlands recht waarvan de inhoud mede wordt bepaald door Europese richtlijnen en verordeningen, is rechtsvergelijking onontbeerlijk. Zelfs bij de Europese grenzen houdt het niet op; een mondiale klimaatverandering kan niet met lokale middelen te lijf worden gegaan (waarbij het woord 'klimaatverandering' wat mij betreft evengoed door bijvoorbeeld 'kredietcrisis' kan worden vervangen).

*Giesen* vraagt vooral aandacht voor het belang dat Molengraaff al hechtte aan multidisciplinair onderzoek. Hij wijst er daarbij op dat dit belang in zoverre door Molengraaff werd gerelativeerd, dat andere wetenschappen het recht als hulpwetenschap dienden, en niet allesbepalend waren. In de marge van de bijdrage komt aan de orde dat Molengraaff het belang van rechtsvergelijking relativeerde met de waarschuwende woorden dat de grondslag van het recht in het ene land afwijkt van die in het andere, zodat de in het ene land voor een rechtsvraag gekozen oplossing – om het populair uit te drukken – niet 'één op één' die van het andere land hoeft te zijn. In overeenstemming met, maar niet voortbouwend op diens gedachtegoed, pleit *Giesen* voor een methode voor het uitvoeren van rechtswetenschappelijk onderzoek, die hij omschrijft als de multidimensionale benadering; een benadering waarbij gebruik wordt gemaakt van inzichten die andere wetenschappen bieden. De ideeën van Molengraaff blijken daarbij nog altijd goed inpasbaar.

De overige auteurs benaderen de actualiteit van het werk van Molengraaff vanuit het positieve recht. Zo beschrijft *Veder* dat Molengraaff in zijn denken over het faillissementsrecht een ver vooruitziende blik had. Hij doelt dan met name op diens visie op grensoverschrijdende insolventies. Dient een in het buitenland uitgesproken faillissement in Nederland te worden erkend, zodat de gevolgen ervan zich ook kunnen uitstrekken tot het in Nederland gelegen vermogen van de failliet? Molengraaff beantwoordde de vraag bevestigend, hetgeen tot uitdrukking kwam in art. 211 van het van 1887 daterende Ontwerp voor de Faillissementswet. De regering voelde er echter niets voor om de bepaling tot wet te verheffen, met als gevolg dat het Nederlands faillissementsrecht internationaal gezien uit de pas kwam te lopen. Maar er gloort licht aan de horizon. De voorstellen van de huidige Commissie Insolventierecht komen er op neer dat de rechtsontwikkeling op dit punt alsnog ten goede wordt gekeerd.

Volgens *Lennarts* blijkt dat Molengraaff zijn tijd ver vooruit was met zijn standpunt, dat er behoefte bestond aan een meer toegesneden rechtsvorm met beperkte aansprakelijkheid voor kleine ondernemers; het op 31 mei 2007 in behandeling genomen wetsvoorstel tot flexibilisering van het BV-recht komt tegemoet aan klachten die reeds in de eerder bedoelde afscheidsrede werden geuit. Ook de bijdrage van *Zaman* kan in dit kader worden genoemd. Dit opstel gaat immers over de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid, waarvan de geboorte op 1 januari 2009, met het in werking treden van titel 7.13 BW, wordt verwacht.

Uit de bijdrage van *Jongbloed* blijkt dat Molengraaff in een van het jaar 1900 daterend preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging al pleitte voor wettelij-



ke mogelijkheden om de reële executie van een gerechtelijke uitspraak af te dwingen, die eerst in de loop van de twintigste eeuw in de wetgeving werden opgenomen. *Koning* laat zien dat Molengraaff in 1907 een omschrijving gaf van het begrip ‘overmacht’ in het kader van het zeevervoersrecht, die weliswaar in 1955 uit het door hem ontworpen art. 468 van het Wetboek van Koophandel verdween, maar waarvan nadien in alle niet-zeerechtelijke internationale vervoersverdragen varianten werden opgenomen. *Oostwouder* wijst op de actualiteit van Molengraaffs opvattingen over het bestrijden van woeker. In de afgelopen eeuw vond in lijn met die opvattingen een ontwikkeling plaats, waarbij het Burgerlijk Wetboek werd voorzien van dwingendrechtelijke bepalingen ter bescherming van economisch gezien zwakkere partijen (werknemers, huurder, consumenten; de pachters van de jonge titel 7.5 BW niet te vergeten) en waarbij voorschriften werden opgenomen inzake bijvoorbeeld misbruik van omstandigheden, recentelijk uitmondend in zorg over en aandacht voor woekerpolissen. *Keirse* tenslotte toont aan dat de tekst van art. 6:101 BW, althans voor zover de causaliteit daarin voorrang krijgt vóór de mate van verwijtbaarheid, aansluit bij opvattingen over ‘eigen schuld’ die reeds door Molengraaff werden verdedigd.

In het kader van de eerste categorie verdient het opstel van *Steegmans* een afzonderlijke vermelding. Het heeft betrekking op het negatieve stelsel van openbare registers en de daarbij behorende derdenbescherming. Onder het huidig Burgerlijk Wetboek heeft het negatieve karakter als gevolg van de nodige wijzigingen ten opzichte van het verleden fors aan betekenis ingeboet. Als gevolg hiervan is sprake van een ontwikkeling in de richting van een positief stelsel, die reeds door Molengraaff werd voorzien in een van 1905 daterende boekbespreking. Van een positief stelsel in de zuivere zin van het woord is weliswaar nog geen sprake, maar volgens de auteur zal het niet nog eens honderd jaren duren alvorens Molengraaff ook op dit punt zijn gelijk zal behalen.

De tweede categorie kan niet scherp van de eerste worden onderscheiden. Ik doe toch maar een poging. Ik reken er om te beginnen het opstel toe van *Kruisinga* over vervaltermijnen bij koop. De regeling inzake verborgen gebreken uit het oude BW, met haar ‘korte tijd’ waarbinnen een teleurgestelde koper zijn verkoper diende te dagvaarden, mag in de loop der jaren aan invloedssfeer hebben verloren, en in 1992 geheel zijn vervallen, ook het huidig recht kent nog altijd termijnen waarvan kopers zich in geval van klachten terdege bewust moeten zijn. Molengraaff besteedde reeds aandacht aan dergelijke betrekkelijk strikte termijnen; op de keper beschouwd blijkt er wat dit onderwerp betreft weinig nieuws onder de zon.

Ook de bijdrage van *Blauwhoff* kan er toe worden gerekend. Al in 1896 bepleitte Molengraaff dat het verbod op het onderzoek naar vaderschap diende te worden opgeheven. Vaders dienden hun verantwoordelijkheid te nemen. In 1909 werd een onderhoudsactie tegen de verwekker toegelaten, en het recht heeft zich nadien

alleen maar verder ontwikkeld (zie bijvoorbeeld art. 1:207 BW), rekening houdend met nieuwe technieken op onder meer het gebied van het DNA-onderzoek.

De derde groep bestaat als gezegd uit bijdragen over ontwikkelingen waarvan de resultaten weliswaar van de opvattingen van Molengraaff afwijken, maar waarvan niet bij voorbaat kan worden gezegd dat hij die resultaten zou hebben afgewezen indien hij thans nog zou hebben geleefd. *Grosheide* gaat in dit kader in op de vraag of vormen en kleuren als merk kunnen dienen. Molengraaff beantwoordde de vraag in een artikel dat in 1919 werd gepubliceerd in de *Yale Law Journal*; zijn antwoord luidde ontkennend. Naar huidig recht wordt de vraag onder omstandigheden daarentegen juist in bevestigende zin beantwoord.

In het voorgaande kwam het komend recht inzake de personenvennootschap al even aan de orde. *Koppert-van Beek* gaat in op de nieuwe regels inzake het faillissement van personenvennootschappen. Straks impliceert het faillissement van een dergelijke vennootschap niet langer het faillissement van de vennoten (art. 63f Faillissementswet), terwijl omgekeerd het faillissement van een vennoot niet langer leidt tot algehele ontbinding van de vennootschap (art. 7:818 lid 1 onder *b* BW). Molengraaff toonde zich destijds geen voorstander, maar zal zich niet in zijn graf omdraaien.

Ook de bijdrage van *Bijl* past in dit rijtje. Zij gaat in op de verhouding tussen het handelsrecht en het burgerlijk recht. In een van 1883 daterend preadvies heeft Molengraaff bepleit dat het onderscheid tussen kooplieden en niet-kooplieden moest worden afgeschaft, net als het onderscheid tussen handelsdaden en niet-handelsdaden. Op overeenkomsten die door kooplieden waren aangegaan, behoorden de algemene regels van het Burgerlijk Wetboek van toepassing te zijn, en niet de hiervan afwijkende bepalingen in het Wetboek van Koophandel. Wat het laatste betreft kreeg Molengraaff zijn zin. Het huidige Wetboek van Koophandel bevat nog slechts regels inzake een beperkt aantal typisch handelsrechtelijke onderwerpen; voorschriften betreffende koopovereenkomsten zijn nog slechts in het Burgerlijk Wetboek te vinden. Maar het tij keert. Noch het onderscheid tussen kooplieden en niet-kooplieden, noch dat tussen handelsdaden en niet-handelsdaden blijkt geheel te zijn verdwenen. Binnen het vermogensrecht heeft zich immers een differentiatie voorgedaan, als gevolg waarvan we thans bijvoorbeeld bepalingen van ‘consumentenrecht’ kunnen onderscheiden, en specifieke rechtspraak over de uitleg van commerciële contracten.

*Van Huizen* beschrijft in een bijdrage over de transportverzekering dat Molengraaff enerzijds van mening was dat een (blanco) geëndosseerde polis op naam qua legitimatie gelijk moest worden gesteld aan een order- of toonderpolis, maar anderzijds nog vasthield aan de eis dat de houder van een dergelijke polis zijn belang diende te bewijzen om in geval van schade op uitkering aanspraak te kunnen maken. Met een van 1969 daterend arrest maakte de Hoge Raad daarente-

gen duidelijk dat de houder zich met de polis als inningsgerechtigde legitimeert. Indien Molengraaff van het arrest kennis had kunnen nemen, zou zijn bijdrage volgens de auteur misschien wel overbodig zijn geweest.

Geheel eigentijdse onderwerpen worden, ten vierde, nog aangedragen door *Van Gestel* (het recht inzake voornamen), *Rijnhout* (vergoeding van schade aan naasten) en *Sijmons* (zaken buiten de handel, met een bijzondere aandacht voor donororganen). Gelet op het vooruitstrevende karakter van diens publicaties, had Molengraaff volgens deze auteurs vast ingestemd met de regelingen die thans ten aanzien van die onderwerpen gelden.

Molengraaff was een veelzijdig jurist. Anno 2008 kan een overeenkomstige veelzijdigheid niet meer van juristen worden verlangd. Men kan zich zelfs afvragen of de jurist die vandaag de dag nog pretendeert een alleskunner te zijn, zichzelf niet op een gevaarzettende wijze overschat. In de loop van de afgelopen eeuw hebben zich rechtsgebieden onderscheiden, met het ontstaan van juridische specialismen als gevolg. De complexiteit van het hedendaags Nederlands recht, ingebed als het is in de internationale context, en de vloed aan uitspraken van rechterlijke colleges, arbitragecommissies en bindend adviseurs, geven aanleiding tot bescheidenheid.

Maar niet tot bescheidenheid alleen; ook tot samenwerking. Samenwerking met andere specialisten, zowel binnen als buiten de juridische discipline. Ook dat leidt weer tot veelzijdigheid; veelzijdigheid die in één instituut kan zijn verenigd. Deze bundel, die is samengesteld uit door – met name – aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht verbonden juristen, vormt daarvan het tastbaar bewijs.



## **ALGEMENE BESCHOUWINGEN**



# W.L.P.A. Molengraaff (1858-1931), leven en werk

C.J.H. Jansen\*

## 1. Leven

### 1.1 Inleiding

Velen hebben in het verleden de lof gezongen over de verdiensten van Molengraaff. Niemand heeft dat wellicht fraaier gedaan dan zijn Nijmeegse leerling E.J.J. van der Heijden (1885-1941).

De machtigste eik in het woud van onze vaderlandsche rechtsgeleerdheid is gevallen. Zóó hoog droeg deze zijn kruin boven de omgeving uit, dat, nu hij weggenomen is, het landschap onherkenbaar is geworden. Zulk een omvang heeft de leegte, die ontstond, dat het lijkt, als ware niet een enkele stam maar een heel bosch neergeveld. (...) Groot was de geleerde, maar grootsch de mensch. Rust in vrede, geliefde Meester. Wij zullen U niet vergeten.<sup>1</sup>

Molengraaff is niet vergeten. Ik roep eerst enkele bijzonderheden uit zijn leven in herinnering en sta daarna stil bij enige ideeën uit zijn werk.

### 1.2 Jonge jaren

Nijmegen was Molengraaff's geboorteplaats. Een domineesgezin vormde de biotoop waarin hij tot wasdom kwam. Nog steeds siert een gedenkteken zijn ouderlijk huis. Na het doorlopen van de Latijnsche School aan het Stevenskerkhof zette hij zich in 1875 aan de rechtenstudie te Leiden. Hij rondde die in 1880 af met een proefschrift, getiteld *Internationale Averij-Grosse Regeling*. Zoals zo veel jonge juristen viel hij voor de bekoring van de hoofdstedelijke advocatuur. Dit nobele beroep noch het huwelijk met zijn achternichtje Heiltje Abeleven verhinderde hem stevig aan de weg te timmeren. Samen met zijn confrères Hendrik Lodewijk Drucker (1857-1917) en Samuel Katz (1845-1890) richtte Molengraaff in 1882 het *Rechtsgeleerd Magazijn* op. Het tijdschrift had tot doel de ramen open te zetten in het mufte en duffe huis van de Nederlandse rechtsgeleerdheid. De redactie

---

\* Prof.Mr. C.J.H. Jansen is hoogleraar rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen, tevens bijzonder hoogleraar Romeins recht aan de UvA.

1 E.J.J. van der Heijden, 'In Memoriam Mr. W.L.P.A. Molengraaff', in: *De NV* 10 (1931/1932), p. 97-98.

schreef vanuit een heldere rechtspolitieke visie. Molengraaff, Drucker en Katz stonden als progressief liberalen een actieve rol van de staat in het maatschappelijk leven voor. Het recht moest in overeenstemming worden gebracht met de sociale behoeften van en de inzichten in de samenleving. Moraal en fatsoen zagen zij als de richtsnoer bij de wettelijke herziening. Zij wensten in de kolommen van het *Rechtsgeleerd Magazijn* aandacht voor de rechtspraak en het werkelijke leven. Hun inspiratiebron was Rudolph von Jhering (1818-1892), auteur van boekjes als *Die Jurisprudenz des täglichen Lebens* en *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen*.<sup>2</sup>

### 1.3 Rijzende ster

Molengraaffs faam in juridisch Nederland groeide snel. In 1883 vroeg het bestuur van de Nederlandse Juristen-Vereeniging hem – hij was toen nog geen 25 – te preadviseren over de noodzakelijkheid en wenselijkheid van het onderscheid tussen het burgerlijk recht en het handelsrecht.<sup>3</sup> Slotsom van zijn uitvoerige historisch-rechtsvergelijkende toernee was dat er geen sprake kon zijn van een handelsrecht, dat gelijkwaardig was aan het burgerlijke recht. Het handelsrecht was aan het burgerlijke recht ondergeschikt. Het regelde een aantal voor de handel belangrijke onderwerpen, die in beginsel door de dogmatiek van het burgerlijk recht werden beheerst.<sup>4</sup> Na het preadvies van Molengraaff (en dat van zijn collega-preadviseur, de advocaat A.F.K. Hartogh (1844-1901)) is de overbodigheid van een afzonderlijk handelsrecht nauwelijks meer betwijfeld. Het heeft toch nog een halve eeuw geduurd, voordat het onderscheid tussen burgerlijk recht en handelsrecht bij wet van 2 juli 1934 (Stb. nr. 347) werd opgeheven.<sup>5</sup>

Een week na de succesvolle verdediging van de preadviezen in de NJV-vergadering van 31 augustus 1883 vervoegde zich de Amsterdamse hoogleraar in het handelsrecht en latere Nobelprijs-winnaar T.M.C. Asser (1838-1913) bij Molengraaff. Asser vroeg hem of hij bereid was adjunct-secretaris te worden van de in 1879 ingestelde Staatscommissie tot herziening van het Wetboek van Koophandel. Molengraaff aarzelde geen seconde. Binnen een maand was hij als zodanig benoemd. Hij kreeg de taak toebedeeld ‘het faillietenrecht te behandelen en wel

---

2 Over het Rechtsgeleerd Magazijn de artikelen van J.H.A. Lokin en G.C.J.J. van den Bergh/C.J.H. Jansen in *RM Themis* 1989/5, p. 223 e.v.

3 Zie daarover de bijdrage van Bijl aan deze bundel, *red.*

4 W.L.P.A. Molengraaff, in: *HNJV* 1883-I, p. 255 e.v.; W.L.P.A. Molengraaff, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsche handelsrecht*, vierde herziene druk, I, Haarlem: Bohn 1919, p. 41-42.

5 Zie over dit onderwerp: J.H.A. Lokin en C.J.H. Jansen, *Tussen droom en daad. De Nederlandse Juristen-Vereeniging 1870-1995*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 137 e.v.; R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 89 e.v.



daaromtrent in de eerste plaats voorloopige vraagpunten te stellen'. Molengraaff formuleerde er 31. De Staatscommissie besprak deze punten in haar vergaderingen van 1 en 29 maart 1884. Vraagpunt 2 richtte zich op de wenselijkheid van de handhaving van het onderscheid tussen kooplieden en niet-kooplieden in een nieuwe wet. Niemand in de Staatscommissie wist een goede reden te bedenken voor een beperking van het faillissement tot kooplieden. Met algemene stemmen besliste zij dus dat dit algemeen moest zijn.<sup>6</sup> Molengraaff toog aan het werk. Zeven maanden later (!), in november 1884, had hij een nieuw ontwerp van het faillissementsrecht af. In 1885 werd hij lid van de Staatscommissie als opvolger van de overleden Utrechtse hoogleraar in het handelsrecht, J.A. Fruin (1829-1884). Vanaf nu kon hij ook over zijn eigen ontwerp meestemmen in de Staatscommissie. De benoeming in deze commissie viel in tijd bijna samen met een andere.

#### 1.4 Hoogleraar

Op 24 januari 1885 werd Molengraaff in Utrecht benoemd tot hoogleraar in het handelsrecht en de burgerlijke rechtsvordering. Hij verhuisde naar de Maliebaan, nr. 43b. Zijn oratie droeg de titel: *Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap*. Het thema van zijn beschouwing was het noodlottige dualisme tussen het recht uit de wetboeken en het feitelijke, het in de maatschappij levende recht, met name op het gebied van het handelsrecht. Ik kom nog op de rede terug.<sup>7</sup>

Molengraaff ontpopte zich snel tot een van de gezaghebbendste beoefenaren van het handelsrecht én burgerlijk recht in Nederland. Het artikel, waarmee hij zijn naam definitief vestigde, lag op het snijvlak van beide rechtsgebieden: De 'oneerlijke concurrentie' voor het Forum van den Nederlandschen Rechter. Het verscheen in het *Rechtsgeleerd Magazijn* van 1887 (p. 373-435).<sup>8</sup> In Molengraaff's tijd van opkomende industriële activiteit was de repressie van de oneerlijke mededinging een actueel thema. Het wettelijk aangrijpingspunt hiervoor was art. 1401 OBW. Wilde de rechter aan de ongeoorloofde concurrentie geen vrijbrief uitreiken, dan moest hij deze bepaling ruim uitleggen. De Hoge Raad had dit in 1883 echter juist nagelaten door onrechtmatig te interpreteren als in strijd met des daders rechtsplicht of inbreuk op een anders recht.<sup>9</sup> Die beperkte uitleg moest de rechter naar Molengraaff's mening snel verlaten. Hij suggereerde het later befaamd geworden criterium:

---

6 Notulen van de Commissie, Juridische Bibliotheek Utrecht, Vergadering 109 (1 maart 1884), p. 30.

7 Zie ook de bijdrage van Giesen aan deze bundel, *red.*

8 Zie ook de bijdrage van Rijnhout aan deze bundel, *red.*

9 HR 6 april 1883 (W. 4901) en HR 29 juni 1883 (W. 4927). De lagere rechtspraak heeft in de meerderheid der gevallen tot 1905 de Hoge Raad niet gevolgd.

Hij die anders handelt dan in het maatschappelijk verkeer den eenen mensch tegenover den ander betaamt, anders dan men met het oog op zijne medeburgers behoort te handelen, is verplicht de schade te vergoeden, die derden daardoor lijden.<sup>10</sup>

Volgens Molengraaff voldeed dit criterium aan de onafwijsbare eisen van een gezond rechtsleven in een goed geordende staat. De gelijkstelling van onrechtmatig met onwetmatig leidde zijns inziens slechts tot onhoudbare, het rechtsgevoel kwetsende, demoraliserende resultaten.<sup>11</sup>

Het pleidooi van Molengraaff voor de bestrijding van de oneerlijke mededinging via een ruime uitleg van art. 1401 OBW bleef niet onbeantwoord. Ik noem slechts één tegenstander uit het traditionele kamp, te weten de Groninger hoogleraar N.K.F. Land (1840-1903). Zijn kritiek is illustratief voor de kloof tussen de 19<sup>e</sup>-eeuwse legisten en vernieuwers als Molengraaff en Drucker. Land betwijfelde, of de rechter bekwaam was om aan rechtsvorming te doen. Het verbeteren van de wet eiste kennis van de maatschappelijke omstandigheden en van het recht zelf. Over deze kennis beschikten slechts weinigen. Het criterium van Molengraaff achtte Land bedenkelijk, want te algemeen en onbepaald. Liep de gewone mens ook niet het gevaar dat meer van hem verlangd zou worden dan verwacht kon worden? Het getuigde dus van wijs beleid, indien de rechter binnen de door de wetgever gestelde grenzen bleef:

Maar de rechtszekerheid vordert, dat ieder weet wat van hem verlangd wordt en wat aan hem wordt toegezegd, dat het rechterlijk vonnis zoo zal vallen als vooraf kan worden voorzien. Ook eene minder goede wet heeft het voordeel, dat men er zijne gedragingen naar regelen kan, terwijl eene uitspraak des rechters volgens eigen inzicht omtrent hetgeen, hetzij in het algemeen, hetzij voor dit bijzondere geval, rechtvaardig is, niet anders dan onberekenbaar kan zijn.<sup>12</sup>

De bezwaren van Land en anderen hebben niet gebaat. De zorgvuldigheidsnorm uit het beroemde arrest Lindenbaum/Cohen van 31 januari 1919 (W. 10365 m.nt. Mff; NJ 1919, p. 161) is een herformulering van Molengraaffs suggestie.

---

10 W.L.P.A. Molengraaff, 'De "oneerlijke concurrentie" voor het Forum van den Nederlandschen Rechter, tevens eene bijdrage tot de uitlegging van art. 1401 BW en van de Wet op de handels- en fabrieksmerken', in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887, p. 386.

11 Molengraaff, 'De "oneerlijke concurrentie"', p. 392. Hij grondde zijn uitleg van art. 1401 OBW op R. Jhering, 'Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen', in: *Jahrbücher für die Dogmatik* 23 (1885), p. 155 e.v.

12 N.K.F. Land, *Beschouwingen over de verbintenis uit onrechtmatige daad*, Haarlem: Bohn 1896, p. 58 e.v. (p. 77). Zie verder C.J.H. Jansen, 'De bestrijding van de oneerlijke mededinging in de eerste decennia van de 20e eeuw', in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* XIV (1997), p. 12 e.v.

Ik keer terug naar Molengraaffs Utrechtse jaren. Vanaf 1889 verscheen zijn omvangrijke *Leid(d)raad bij de beoefening van het Nederlandsche Handelsrecht*. Het boek domineerde na verschijning meer dan een halve eeuw dit rechtsgebied. Hij schreef een baanbrekend NJV-preadvies op het gebied van het verzekeringsrecht en hij zette zich in voor de invoering van de socialeverzekeringswetgeving in Nederland. Daarnaast werkte hij gestaag door aan de voltooiing van de nieuwe Faillissementswet. Het wetsontwerp werd uiteindelijk op 30 september 1893 (Stb. nr. 140) wet. De inwerkingtreding geschiedde op 1 september 1896.<sup>13,14</sup> Molengraaff had zichzelf teleurgesteld, indien hij niet onmiddellijk daarna een handboek over de wet liet verschijnen: *De Faillissementswet verklaard* (1896).

### 1.5 In de kracht van zijn leven

De werkkraft van Molengraaff ging die van een normaal mens ver te boven. Zijn leven nam de uiterlijke verschijningsvorm van een octopus aan. Naast zijn universitaire werk aanvaardde hij allerlei functies in het bedrijfsleven. Hij werd bijvoorbeeld commissaris bij de Onderlinge Levensverzekering Eigen Hulp en commissaris bij De Nederlandsche Bank. Daarnaast ontplooidde hij zich politiek. Molengraaff werd in 1897 voorzitter van de Liberale Unie, het verband van de progressieve liberalen. Hij was in 1901 een van de oprichters van de Vrijzinnig-Democratische Bond (VDB) en korte tijd zijn eerste voorzitter. Van 1900 tot 1918 was hij lid van de Provinciale Staten van Utrecht voor de VDB. Binnen deze politieke stromingen ijverde hij voor de invoering van het algemeen kiesrecht. Hij achtte dit noodzakelijk voor de verwezenlijking van sociale wetgeving in Nederland.<sup>15</sup> Hij maakte daarbij overigens geen uitzondering voor kiesrecht voor vrouwen. Molengraaff stond bekend als een voorvechter van vrouwenrechten. Hij was lid van het Comité (later de Vereeniging) tot Verbetering van den Maatschappelijken en den Rechts-toestand der Vrouw. In dit kader bestreed hij in 1896 eveneens 'een zoo zedeloos en brutaal voorschrift' als het eerste lid van art. 342 OBW, dat het onderzoek naar het vaderschap verbood: 'Artikel 342 van het Burg. Wetboek behoorde voor iedere partij, voor elke sociale of politieke groep een Carthago delenda te wezen.'<sup>16,17</sup>

Aan de vooravond van de 20e eeuw was Molengraaff optimistisch gestemd over de vooruitgang en de voorspoed in de tijden die kwamen. Hij had visioenen van het

---

13 C.J.H. Jansen, R.J.Q. Klomp en J.H.A. Lokin, 'W.L.P.A. Molengraaff (1858-1931) en de Faillissementswet', in: *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1996/5, p. 116-123.

14 Zie de bijdrage van Veder aan deze bundel, *red.*

15 G. Taal, *Liberalen en radicalen in Nederland 1872-1901*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1980, p. 487, 492, 500 e.v., 537, 539.

16 Zie W.L.P.A. Molengraaff, 'Onderzoek naar het vaderschap', in: *De Gids* 1896-I, p. 93 e.v. (p. 120).

17 Zie de bijdrage van Blauwhoff aan deze bundel, *red.*

ontstaan van een wereldrecht, dat hij verbond met de eenwording van de mensheid. Die zag hij niet als een verzameling van afzonderlijke en op zichzelf staande rechtsgemeenschappen, maar zij vormde één rechtsgemeenschap. Naar de mening van Molengraaff was het internationaal privaatrecht het terrein bij uitstek waarop een poging tot eenmaking van het recht diende te worden beproefd. Onophoudelijk vonden immers grensoverschrijdende transacties plaats en ontstonden er internationale rechtsverhoudingen. Een codificatie van het internationaal privaatrecht doodde weliswaar niet de politieke eerezucht van de grote mogendheden en beslechtte evenmin de strijd om de economische belangen, maar zij bevestigde wel de rechtszekerheid en verstrekte het besef van de eenheid van de menselijke maatschappij en van de rechtsgemeenschap van de volkeren.<sup>18,19</sup> Later bezocht Molengraaff met enige regelmaat internationale conferenties, die tot taak hadden te werken aan de eenmaking van het recht in de wereld.

De nieuwe eeuw bracht hem als hoogleraar in 1902 het rectoraat van de universiteit. Als wetgever zette hij zich in 1905 aan het ontwerp van een nieuwe zeewet. Hij legde daarvoor zijn universitaire werk zelfs twee jaar stil. Het ontwerp kwam in 1907 af, maar verdween in een bureaula van het Ministerie van Justitie. In hetzelfde jaar 1907 werd Molengraaff gepolst voor de Hoge Raad. Hij wees dit aanbod af. Iets van zijn toekomstplannen werd toen zichtbaar. Hij schreef dat het niet zijn ideaal was om tot zijn 70ste hoogleraar te blijven. Toetreding tot de Hoge Raad was echter niet aan de orde. Als raadsheer verdiende hij substantieel minder dan als hoogleraar. Hij had bovendien enkele nevenfuncties in het bankwezen, die hij als raadsheer ongetwijfeld moest afstoten. Daarnaast had hij als hoogleraar de vrijheid, mede als gevolg van de ruime vakanties, om aan de herziening van het zeerecht te werken.<sup>20</sup>

### 1.6 Afscheid als hoogleraar

Molengraaffs afscheid als hoogleraar kwam voor de buitenwacht onverwachts. Hij vroeg en kreeg in 1917 zijn ontslag. Een aantal motieven lag eraan ten grondslag. Hij heeft zelf gesproken over redenen van persoonlijke aard. Die hielden vermoedelijk verband met het feit dat het huis aan de Maliestaat 1A, dat hij vanaf 1891 woonde, hem voortdurend deed herinneren aan zijn vrouw, die hem op 28 oktober

---

18 W.L.P.A. Molengraaff, 'De dageraad van het wereldrecht', in: *Molengraaffbundel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 720, p. 737; zie C.J.H. Jansen, 'Nederlandse juristen en het streven naar wereldrecht en wereldvrede in de eerste helft van de twintigste eeuw', in: *Pro Memorie* 2005/2, p. 309 e.v.

19 Zie de bijdrage van Hondius aan deze bundel, *red.*

20 R.J.Q. Klomp, 'Molengraaff in de Hoge Raad? Utrechts jurist bleef hoogleraar', in: *Juncto* 1997/3 (maart), p. 10-11.

1915 was ontvallen. Daarnaast was hij teleurgesteld, diep teleurgesteld over het onvermogen van de Nederlandse wetgever. Hij sprak op 8 juni 1917 in zijn afscheidsrede, *Een Terugblik*, bitter over de hopeloze, onherstelbare veroudering van de Nederlandse wetboeken, in het bijzonder van het Wetboek van Koophandel. De kloof tussen dit officiële recht en de eisen van het maatschappelijk verkeer was sinds zijn aantreden als hoogleraar in 1885 alleen maar groter geworden.

De verkeerstoestanden, welke ons Wetb. van Kooph. veronderstelt, waarvan het 't recht beschrijft, zijn de verkeerstoestanden van een eeuw geleden, welke voorgoed voorbij zijn gegaan en vervangen door andere, waarvoor men het passende recht elders moet zoeken.<sup>21</sup>

Molengraaff hoopte dat hij zijn studenten de juiste richting had gewezen met betrekking tot de manier waarop zij het recht moesten beoefenen en dat hij in zoverre school had gemaakt. Hij sloot zijn rede af met de woorden: 'Het maatschappelijk leven heeft behoefte aan een minder formeele en minder abstracte hanteering van het recht, dan de rechtspraak nog vaak te zien geeft: ik heb getracht U van zoodanige hanteering het voorbeeld te geven.'<sup>22</sup>

### 1.7 *Wetgever*

In april 1917 had Molengraaff een aanstelling ontvangen als commissaris-adviseur bij de Rotterdamse Bank Vereniging (een van de voorlopers van de AMRO bank). Deze betrekking liet hem voldoende ruimte voor het werk aan nieuwe wetgeving. Hij verhuisde naar Rotterdam. Hij verenigde onder zijn banier een groep van belangstellenden en belanghebbenden, die zich moesten beraden over de wijze waarop de herziening van het handelsrecht ter hand moest worden genomen. Zij waren afkomstig uit wetenschap en praktijk, zoals vertegenwoordigers van de Kamers van Koophandel van Rotterdam en Amsterdam en juristen uit de bankwereld. In januari 1918 vond een eerste vergadering plaats in hotel De Twee Steden te Den Haag. Op 16 april 1918 volgde onder de voortdurende impulsen van Molengraaff de oprichting van de Vereeniging Handelsrecht. Krachtens art. 1 van de Statuten was haar doel: het verkrijgen van eene handelswetgeving, welke aan de eischen der tegenwoordige samenleving voldoet. Zij trachtte volgens art. 2 dit doel te bereiken door het houden van vergaderingen, het uitgeven en verspreiden van geschriften en het richten van vertogen tot de overheid. Molengraaff werd de eerste voorzitter. Hij zocht in die hoedanigheid al dan niet samen met medebestuurders contact met de minister van Justitie en hij bewerkte kamerleden. De

---

21 W.L.P.A. Molengraaff, *Een Terugblik*, Haarlem: Bohn 1917, p. 4.

22 Molengraaff, *Een Terugblik*, p. 24.

Vereeniging Handelsrecht ging over tot het publiceren van vlugschriften, in populariserende bewoordingen gestelde pamfletten. Deze stonden bol van gispingen van wetten, die *omnium consensu* om verbetering vroegen.<sup>23</sup> Molengraaff werd in 1919 benoemd tot lid van de Staatscommissie Burgerlijke Wetgeving en voorzitter van de subcommissie Handelswetgeving. Hij nam onmiddellijk het politiek verweerde zeerecht ter hand. Dankzij zijn optreden als regeringscommissaris werd het ontwerp in 1924 eindelijk wet. In 1927 verscheen het eerste gedeelte van zijn *Kort Begrip van het Nieuwe Nederlandsche Zeerecht*. Molengraaff heeft zich daarnaast met andere handelsrechtelijke wetgeving bezig gehouden, zoals het recht met betrekking tot de koopmansboeken, de makelaardij en het wisselrecht. Hij was vanaf 1923 bovendien voorzitter van de Staatscommissie Herziening Binnenvaartrecht.

### 1.8 *Levenseinde*

Molengraaff was in 1925 naar Den Haag verhuisd. De nabijheid van de wetgever joeg hem op. Hij zette zich aan een van de meest fundamentele wijzigingen in het Wetboek van Koophandel, de wijziging waarmee hij aan het begin van zijn wetenschappelijke carrière naam had gemaakt: de opheffing van het onderscheid tussen handelsrecht en burgerlijk recht. In de lente van 1931 werd hij echter ziek. Molengraaff overleed op 7 juli in zijn woonplaats Den Haag. Twee dagen later werd hij begraven op de Tweede Algemene Begraafplaats te Utrecht.<sup>24</sup>

## 2. Werk

### 2.1 *Inleiding*

Mijn levensschets doet uiteraard Molengraaffs rijke leven tekort. Om dit manco enigszins te compenseren sta ik, zoals gezegd, stil bij een aantal belangrijke ideeën

---

23 C.J.H. Jansen, *Vereeniging Handelsrecht 1918-1993*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 1-19.

24 Biografieën: M.W. ter Horst, 'Leven en werken van W.L.P.A. Molengraaff', in: *Molengraaff bundel*, Zwolle 1978, p. XXVII e.v. (zie ook het voorwoord van J. Wiarda in deze bundel, p. XI e.v.); M.W. ter Horst/A. Korthals Altes, 'Willem Leonard Pieter Arnold Molengraaff 1858-1931. Vernieuwer van het handelsrecht', in: G.C.J.J. van den Bergh e.a. (red.), *Rechtsgeleerd Utrecht*, [Zutphen/Linschoten: Walburg Pers 1986], p. 115 e.v.; E.H. Hondius, 'Willem Leonard Pieter Arnold Molengraaff (1858-1931)', in: T.J. Veen en P.C. Kop (red.), *Zestig juristen. Bijdragen tot een beeld van de geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 240 e.v.; E.H. Hondius en R.J.Q. Klomp, 'Molengraaff en het gelijknamige instituut', in: W.M.J. Bekkers e.a. (red.), *Rechten in Utrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 79 e.v.

uit zijn wetenschappelijke werk. Ook hier is beperking geboden. Molengraaff schreef vele boeken, talloze artikelen, preadviezen, meer dan 200 boekbesprekingen in het *Rechtsgeleerd Magazijn* en meer dan 300 annotaties in het *Weekblad van het Recht*. Dit werk heb ik niet allemaal gelezen. Een selectie van Molengraaffs geschriften (inclusief bibliografie) is gepubliceerd in de onovertroffen *Molengraaff bundel* uit 1978.<sup>25</sup> De Utrechtse UB beschikt daarnaast over een aantal collegedictaten van Molengraaff, zowel over het handelsrecht als over de burgerlijke rechtsvordering. Wat hij zijn studenten in de loop der jaren heeft verteld, is dus tamelijk eenvoudig te achterhalen. Hij moest overigens wel wennen aan het doceren, maar hij heeft uiteindelijk ook deze tak van sport onder de knie gekregen.<sup>26</sup>

## 2.2 Visie op rechtswetenschap

Inaugurale redes waren vroeger programmatische verhalen. Hoogleraren zetten daarin hun visie op het recht, de rechtswetenschap en het te beoefenen vakgebied uiteen. Ook Molengraaff heeft dat gedaan in zijn oratie uit 1885.<sup>27</sup> Onder recht verstond hij de voor het bestaan en de ontwikkeling van de samenleving noodzakelijk geachte regeling van menselijke verhoudingen. Recht was in zijn ogen een product van de samenleving. Als uitvloeisel hiervan steunde het in laatste instantie op het menselijke waarnemingsvermogen van het sociaal goede en het sociaal kwade in de gedragingen van de individuen jegens elkaar. Het recht werd geboren uit de botsing van uiteenlopende, tegenstrijdige en elkaar doorkruisende belangen. Het miste ieder bovennatuurlijk karakter. Een gemeenschappelijke levensregel ontstond dan, wanneer individuele opvattingen identiek waren en een gemeenschappelijke rechtsovertuiging groeide. De gemeenschappelijke overtuiging, de volksrechttopvatting of het volkrechtsbewustzijn was te beschouwen als de eerste en oudste rechtsbron.<sup>28</sup> Molengraaff zag in overeenstemming met zijn visie op het recht de rechtswetenschap als een deel van de wetenschap der samenleving. Het werkelijke leven, de handel en wandel van de mensen moest de basis zijn, waarop de jurist zijn wetenschappelijke stelsels deed rusten. De sociale kwestie was daarom in zijn tijd een rechtswetenschappelijke kwestie. Ook de civilist ontkwam er niet aan mee te werken aan het zoeken van vreedzame oplossingen voor sociale vraagstukken,

---

25 Achterin dit boek bevindt zich tevens een *album promotorum*. Onder Molengraaff promoveerden 56 personen op een proefschrift; tallozen promoveerden op stellingen.

26 Koert van der Horst, *Catalogus van de collectie collegedictaten van de Utrechtse Universiteitsbibliotheek*, Utrecht: Universiteitsbibliotheek 1994, p. 121-122. Over zijn onderwijs: Hondius en Klomp, *Molengraaff en het gelijknamige Instituut*, p. 87 e.v.

27 Zie de bijdrage van Giesen aan deze bundel, *red.*

28 W.L.P.A. Molengraaff, *Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap*, Haarlem: Bohn 1885, p. 10-13; W.L.P.A. Molengraaff, *Beschouwingen over de herziening van het verenigingsrecht*, Haarlem: Bohn 1903, p. 4.

zoals de verhouding tussen werkgever en werknemer, arbeidstijd en de beperking van vrouwen- en kinderarbeid. Toetsing van het bestaande recht en voorbereiding van het toekomstige was de taak van de rechtswetenschapper, meer dan dogmatiek en wetsexegese.

De rechtswetenschap is een praktische wetenschap, aldus Molengraaff. Men kon het verkeersrecht eenvoudigweg niet kennen, indien men het verkeer zelf niet kende. Zonder kennis hiervan loste de rechtswetenschap zich op in artikelpluizerij of de microscopie van de wet. Deze handelwijze was in het handelsrecht des te kwalijker, omdat het Wetboek van Koophandel dit recht slechts uiterst gebrekkig regelde. Hulpmiddelen voor de rechtswetenschapper waren de rechtsgeschiedenis en de rechtsvergelijking.<sup>29</sup> Molengraaff was een uitstekende kenner van het Duitse, Franse en Engelse recht. Hij voelde zich geroepen te waarschuwen voor een te eenzijdige vergelijking met het Duitse recht. Het Nederlandse recht kende namelijk een nauwe verwantschap met het Franse recht. Er was in zijn ogen daarom alle aanleiding voor het handelsrecht eveneens ter schole te gaan bij Franse juristen.<sup>30</sup> Molengraaff's oratie was doordeesemd van het empirisch-positivistisch gedachtegoed, dat een soort geloofsovertuiging was geworden van vele wetenschappers aan het einde van de 19e eeuw. Twee sleutelbegrippen in deze leer waren waarneming van sociale verschijnselen en evolutie naar een betere wereld en een beter recht. Zij zijn eveneens bij Molengraaff aan te treffen. In zoverre was hij een typisch kind van zijn tijd. De visie op recht en rechtswetenschap leidde bij hem tot een specifieke opvatting over de te hanteren methode in het recht.<sup>31</sup>

### 2.3 Methode: deductie en/of inductie

Aan het einde van de 19e eeuw en in het begin van de 20e eeuw discussieerden juristen – evenals nu – veel over de methoden in de rechtswetenschap. Twistpunt was vooral of een jurist deductief of eveneens inductief moest redeneren. Ook Molengraaff heeft zich in die discussie gemengd. Volgens hem begon iedere rechtswetenschapper met een nauwkeurige waarneming van de sociale verschijnselen, de maatschappelijke verhoudingen en behoeften. Uit deze waarneming moest hij een systeem van beginselen en regels opbouwen, een inductieve werkzaamheid omdat abstracties werden getrokken uit concreet feitenmateriaal. Daarmee was echter zijn taak niet af. Hij moest daarna deductief te werk gaan. Uit het systeem deduceerde hij de voor het maatschappelijke verkeer toepasselijke regels en

---

29 Molengraaff, *Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap*, p. 23 e.v., p. 31 e.v.

30 Molengraaff, *Een Terugblik*, p. 15-16.

31 G.C.J.J. van den Bergh, *Geleerd recht*, bewerkt door C.J.H. Jansen, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2007, p. 140 e.v.; C.J.H. Jansen, 'Begriffsjurisprudentz, deductie of inductie? Variaties op een motto ontleend aan R. von Jhering (1818-1892)', in: *RM Themis* 1991/2, p. 63 e.v.



beginselen. Een goed wetenschapper werkte in de opvatting van Molengraaff dus zowel inductief als deductief.<sup>32</sup> De combinatie van inductie en deductie bewees haar meerwaarde vooral bij ongeschreven normen. De rechtswetenschapper had eveneens tot taak de diverse uitingsvormen van fatsoen onder een centraal gezichtspunt te brengen en tot een algemeen beginsel te kneden. Dit beginsel kon weer toepassing vinden in tal van uiteenlopende gevallen. Ongeschreven normen fascineerden Molengraaff, vooral in hun verhouding tot het geschreven recht.

#### 2.4 *Ongeschreven recht en beginselen van fatsoen*

Een uitputtende optekening van recht in wetboeken is een waandenkbeeld. Niemand kan alle gevallen voorzien. Er deden zich bovendien telkens nieuwe mogelijkheden voor, die om regeling vroegen. Het wetboek is, aldus Molengraaff, een gids voor wie het recht wil leren kennen, niet het recht zelf, al is het voor de rechter een gids die hij verplicht moet raadplegen. Een verstandige wetgever hield daarmee rekening. Hij maakte gebruik van algemene formuleringen. Zo moest hij, evenals de Engelse wetgever, vermijden om een vaste tijdsduur in de wet op te nemen, maar spreken over een redelijke termijn (*a reasonable time*). Omdat een gedetailleerde beschrijving van het recht niet mogelijk was, moest de wetgever daarnaast verwijzen naar ongeschreven recht. Hij stelde zo de rechter in staat te oordelen aan de hand van niet in de wet beschreven regels, maar in iedere beschaafde maatschappij levende normen van zedelijke aard, goede trouw, voorzichtigheid en zorgvuldigheid, die in het maatschappelijk verkeer ten opzichte van een anders persoon of goed betamelijk zijn. Dit gold voor het brede terrein van het privaatrecht. Een mooi voorbeeld van de vervanging van abstracte bepalingen door een meer plooibare, lenige regeling leverde de woekerwetgeving op.<sup>33</sup>

De woekerwetten in onder meer Duitsland (1880, verscherpt in 1893), Oostenrijk (1881) en Hongarije (1879/1881) verboden de exploitatie van de ene mens door de andere. Woeker bij geldlening was slechts een van haar vormen. Het optreden van de wetgever hiertegen was volgens Molengraaff symptomatisch voor de doorbraak van nieuwe ethische beginselen, die over het concrete euvel van de woeker heenreikten.

Meer en meer wint de overtuiging veld, dat het dogma der contractsvrijheid, dat (...) wetgeving en wetenschap in deze eeuw geheel was gaan beheerschen, niet als de hoogste wijsheid mag gelden. Men is opnieuw gaan inzien, dat er hoogere beginselen zijn dan

---

32 W.L.P.A. Molengraaff, 'Eenige opmerkingen over de methode van recht en wetgeving in Engeland en op het continent', in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1882, p. 223 e.v.

33 W.L.P.A. Molengraaff, 'Summum jus, summa injuria', in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1919, p. 492 e.v. Zie de bijdrage van Oostwouder aan deze bundel, *red.*

het *pacta esse servanda*, dat het recht slechts dan een *ars boni et aequi* mag heeten, als het in overeenstemming is met ethische beginselen en tot doorvoering daarvan medewerkt. De contractsvrijheid mag niet leiden tot den economischen ondergang van een der partijen, tot het opleggen van verplichtingen, die de krachten van den schuldenaar te boven gaan, tot wat de Duitschers noemen ‘Ausbeutung’, uitzuiging van de tegenpartij.<sup>34</sup>

Het hing van het inzicht van de rechter af om een beslissing *ex aequo et bono* te geven in die gevallen waarin de *aequitas* het slachtoffer dreigde te worden van het dogma van de contractsvrijheid. Een dergelijke vrijheid was weliswaar bevorderlijk voor het algemeen welzijn, maar in zichzelf beperkt door de goede zeden en het gemeenschapsbelang. Molengraaff voorzag: ‘Het is de grootsche maar moeilijke taak der komende eeuw, eene hervorming van dat privaatrecht op ethische beginselen tot stand te brengen.’<sup>35</sup>

Het was mede aan de rechter om nieuwe leerstukken te formuleren op basis van die ethische beginselen. Molengraaff wees op figuren als mededelingsplichten van partijen in en buiten contract (bijvoorbeeld bij een prospectus), rechtsmisbruik en het rechterlijk matigingsrecht. Naar zijn opvatting was het namelijk zowel de taak van de wetgever als die van de rechter om vast te stellen wat recht is. De wetgever deed dit in het algemeen, voor gehele categorieën van gevallen, de rechter voor bijzondere gevallen. Bij beiden was geen sprake van willekeur, omdat zij alle twee gebonden waren aan het recht, dat leeft in de maatschappij, dat gelding heeft in het onderlinge verkeer van mensen.<sup>36</sup>

Ter Horst heeft in zijn mooie biografische schets van Molengraaff in de *Molengraaff bundel* erop gewezen dat deze ook een rol zag weggelegd voor de goede trouw in het zakenrecht. Molengraaff vond dat er te weinig aandacht was geschonken aan de leidende beginselen in het burgerlijke recht, zoals het vertrouwensbeginsel, ‘het merg van iedere rechtsordening’. Dit beginsel speelde ook bij de uitleg van art. 2014 OBW. Hij schreef dat een leidend, algemeen beginsel in het Nederlandse privaatrecht de bescherming van de derde houder [lees: verkrijger] te goeder trouw was. Salomons noemde de strekking van Molengraaffs beschouwingen over deze bepaling ‘haast visionair’. In het licht van deze uitleg van art. 2014 OBW verbaast het nauwelijks dat Molengraaff tevens voorstander was van een causaal stelsel van eigendomsoverdracht. Hij verdedigde dit stelsel decennia voor-

---

34 W.L.P.A. Molengraaff, ‘Oude en nieuwe woekerwetten’, in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1895, p. 376.

35 Molengraaff, *Oude en nieuwe woekerwetten*, p. 385 en p. 395.

36 Molengraaff, ‘Summum jus, summa injuria’, p. 527-528.

dat de Hoge Raad dat deed en al enige jaren voordat Paul Scholten (1875-1946) overtuigd was van de juistheid ervan.<sup>37</sup>

Molengraaff verloor overigens nooit uit het oog dat het recht, ook het ongeschreven recht, functioneerde in een specifieke maatschappelijke context. Hij was om die reden en anders dan velen van zijn tijdgenoten – in navolging van de fonkelnieuwe par. 145 BGB – voorstander van een onherroepelijk aanbod. Hij noemde de gebondenheid aan het aanbod gedurende een daarin gestelde tijd een onafwijsbare verkeersei in de handel. De objectieve zin van het aanbod brengt juist met zich dat de aanbieder zich in beginsel wil binden zolang als dat nodig is voor de aanvaarding ervan.<sup>38</sup>

### 2.5 *Op weg naar een nieuw vennootschapsrecht*

Een laatste punt tot slot. Molengraaff pleitte al in 1903 voor een herziening van het vennootschapsrecht.<sup>39</sup> Hij wees op de hervormingen, die in de ons omringende landen op dit gebied hadden plaatsgevonden. Hij was in het bijzonder gecharmeerd van de Engelse Companies Act uit 1862. Met klem verdedigde hij een wettelijke regeling van alle associatievormen. Hun onderling verband mocht niet verloren gaan. Het ‘verenigingsrecht’, inclusief het vennootschapsrecht, vormde een organisch en harmonisch geheel. De naamloze vennootschap stond al lang niet meer alleen ten dienste van het groot kapitaal, maar er bestonden talloze bedrijfjes met bescheiden kapitaaltjes en slechts enkele aandeelhouders. Er waren zelfs *one man companies*. Het hele recht betreffende de naamloze vennootschap ontwikkelde zich buiten de wet om en was vooral te putten uit de rijk vloeiende bron van de statuten. Kwade praktijken lagen echter op de loer. Geen taak van de wetgever leek moeilijker dan juist het maken van regels op een gebied als het vennootschapsrecht met zijn vele brandende, actuele vraagstukken. Gelet op zijn acribie en werken op andere rechtsgebieden is het jammer dat Molengraaff er door zijn overlijden in 1931 slechts een bescheiden bijdrage aan heeft kunnen leveren.<sup>40</sup>

---

37 W.L.P.A. Molengraaff, [Bespr. van:] J.H. Thiel, De goede trouw van derden en hare bescherming tegenover de handelingen van partijen, in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1905, p. 604-605; Ter Horst, *Leven en werken van W.L.P.A. Molengraaff*, p. XLVI-XLVII; A.F. Salomons, *2014 tot 1950. De geschiedenis tot 1950 van de vertrouwensbescherming bij overdracht van roerende zaken door een beschikkingsonbevoegde*, Deventer 1997, p. 183-188.

38 Molengraaff, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsche handelsrecht*, vierde druk, p. 311-312; W.L.P.A. Molengraaff, [Bespr. van:] Troelstra, Het vrijblijvend aanbod, in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1926, p. 152.

39 Zie ook de bijdragen van Lennarts en Zaman aan deze bundel, *red.*

40 Molengraaff, *Beschouwingen over de herziening van het vereenigingsrecht*, p. 6 e.v., p. 21 e.v.; W.L.P.A. Molengraaff, ‘Verwachtingen’, in: *De NV* 1 (1922/1923), p. 2-3.

### 3. Balans

Schoordijk heeft Molengraaff eens omschreven als een profeet. Het zou tot in de jaren zestig van de 20e eeuw hebben geduurd, voordat diens stijl van denken in de rechtspraak op grote schaal was doorgedrongen.<sup>41</sup> Het is inderdaad onmiskenbaar dat Molengraaff zijn tijd vooruit is geweest. Hij was niet alleen een vernieuwer van het handelsrecht, maar verantwoordelijk voor vele doorbraken op het brede gebied van het privaatrecht. Er is eigenlijk geen rechtsgebied geweest, waarop hij zich niet heeft laten gelden als vertolker van moderne opvattingen. Hij was daarin consequent. Hij hield niet van de positie van koning Radboud, die één been in het doopvont had gezet, gereed om zijn afzwering van het oude geloof en zijn overgang tot de nieuwe (christelijke) leer openlijk te belijden. Een bekering was altijd volledig: het tweede been volgde het eerste.<sup>42</sup>

Molengraaff had groot gezag in de wetenschap én in de praktijk. Bij hem stonden theoretische bespiegelingen nooit los van praktisch nut en omgekeerd. Hij was een sociaal bevlogen jurist, die het politieke strijdveld noch de commerciële wereld van bijvoorbeeld het verkeersrecht schuwde. Hij heeft zich vooral laten kennen als een voorvechter van de maatschappelijke betamelijkheid in het recht. Recht mocht geen recht heten, als het niet fatsoenlijk was. Zoals een oud gezegde luidt: grote mannen gaan nimmer geheel verloren. In de woorden van Van der Heijden over Molengraaff: Groot was de geleerde, maar grootsch de mensch.

---

41 H.C.F. Schoordijk, *Redelijkheid en billijkheid aan de vooravond van een nieuw millennium*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 28; H.C.F. Schoordijk, *De privaatrechtelijke rechtscultuur van de twintigste eeuw in context*, Amsterdam 2003, p. 16.

42 W.L.P.A. Molengraaff, [Bespr. van:] P. Scholten, Asser's Handleiding (etc.) Rechtspersonenrecht, in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1923, p. 489.

## **De dageraad van het wereldrecht**

### **Molengraaff's visie op de ontwikkeling van internationaal en eenvormig privaatrecht**

*E.H. Hondius\**

#### **1. Inleiding**

In de negentiger jaren van de negentiende eeuw schreef Molengraaff een reeks artikelen voor *De Gids*. Een van de meest bekende is dat over 'De dageraad van het wereldrecht'.<sup>1</sup> Hij kondigt hierin de oprichting van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht aan – voer voor collega Katharina Boele-Woelki. Maar Molengraaff plaatst deze ontwikkeling in een bredere context, waar ik in deze korte – afgezien is van het gebruikelijke weelderige notenapparaat – bijdrage op wil in gaan. Eerst zal ik samenvatten wat Molengraaff ons in *De Gids* te melden heeft (nr. 2). Vervolgens zal ik enige elementen belichten die ons ook nu nog, ruim een eeuw na dato, iets te zeggen hebben (nr. 3). Er zijn echter ook elementen die Molengraaff niet vermeldt, deels omdat de tijd er nog niet rijp voor was (nr. 4). Het forum van de publicatie is mogelijk bevreemdend: is *De Gids* niet een literair tijdschrift? Reden om hier kort iets over op te merken (nr. 5). Ik rond af met een conclusie (nr. 6).

#### **2. Molengraaff over de dageraad**

'Men behoeft geen rechtsgeleerde te wezen om te weten dat het recht plaatselijk verschillend is' – zo begint Molengraaff zijn *Gids*-artikel. Die plaatselijke verschillen hangen veelal samen met de indeling in diverse staten. Maar dat hoeft niet: sommige staten kennen meer dan één rechtstelsel. Nog altijd is dat het geval in het Verenigd Koninkrijk, waar Engeland (en Wales) en Schotland – en in de tijd van Molengraaff het nadien uitgetreden Ierland – een eigen stelsels hebben. In Molengraaff's tijd was zelfs het Duitse rijk nog (net) – op 1 januari 1900 zou het *Bürgerliches Gesetzbuch* in werking treden – een lappendeken van kleine en grote rechtstelsels.

---

\* Prof.Mr. E.H. Hondius is als hoogleraar Europees privaatrecht verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

1 W.L.P.A. Molengraaff, 'De dageraad van het wereldrecht', *De Gids* 1899, III, p. 89-113, tevens afgedrukt in de *Molengraaff bundel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1978, p. 713-737.

Zo mogelijk nog ernstiger is dat landen als België en Frankrijk vreemdelingen niet dezelfde status geven als eigen onderdanen. Vreemdelingen kunnen er behoudens een traktaat van hun eigen overheid met België c.q. Frankrijk geen contracten sluiten en eigendom verwerven.

In ons land is dat gelukkig niet zo – alleen het burgerlijk procesrecht verkeert hier in deze positie.

Er is evenwel een wereldrecht in wording, zo stelt Molengraaff. Nationale staten hebben het voortouw genomen door regels van internationaal privaatrecht te ontwerpen en buitenlandse vonnissen te erkennen. Nog beter is het als staten samenwerken, zoals op het gebied van de intellectuele en industriële eigendom en eenvormige regels van internationaal privaatrecht. Het mooiste is eenvormig recht, dat echter alleen kans van slagen heeft bij ‘stamverwante, in overeenkomstige politieke of economische omstandigheden verkeerende staten’ (p. 100).

Twee methoden onderscheidt Molengraaff om tot eenvormig recht te geraken. De eerste is deze dat staten gezamenlijk een wettelijke regeling ontwerpen en deze vervolgens ieder afzonderlijk invoeren. De voorbeelden die hij noemt zijn die van de Duitse en de Noordse staten.

Twee bezwaren gelden voor deze methode: toetredende staten kunnen heel simpel uittreden en de parlementen kunnen hun recht van amendement niet uitoefenen. Aan dat laatste tilt Molengraaff niet zo zwaar: ‘Groote vergaderingen als van de meeste vertegenwoordigende lichamen zijn weinig geschikt voor de regeling van onderwerpen van recht, en door amendementen wordt doorgaans meer kwaad dan goed gesticht’ (p. 103). De tweede methode is die van het verdrag. Een goed voorbeeld hiervan zijn de verdragen voorbereid door de Haagse Conferentie, waar Molengraaff uitvoerig over bericht.

Molengraaff’s visie kan worden gezien als onderdeel van het discours over het thema wereldrecht. Zijn Gids-artikel bouwt voort op een eerdere publicatie van D. Josephus Jitta.<sup>2</sup> Omgekeerd levert zijn artikel een kritische reactie van zijn promotor Van Boneval Faure op.<sup>3</sup> Naderhand komt Molengraaff in een Akademievoordracht nog eenmaal op het onderwerp terug.<sup>4</sup>

---

2 D. Josephus Jitta, ‘Op den bouwgrond van het wereldrecht’, *Themis* 1892, p. 62-114.

3 G.J.W. Steenhoff, *De wetenschap van het internationaal privaatrecht in Nederland tussen 1862 en 1962*, diss. Utrecht, Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 122.

4 W.L.P.A. Molengraaff, ‘Het permanente Hof van Internationale Justitie’, *Mededelingen afd. letterkunde* 54, B 2, 1922, p. 1-11.

### 3. Wat Molengraaff ons te zeggen heeft

Het belangrijkste wat Molengraaff ons ook nu nog te zeggen heeft, is dat het rechtsverkeer en de rechtswetenschap niet ophouden bij geografische grenzen. Het is goed dat dit aan zijn lezers wordt voorgehouden. Ook nu nog treffen we in ons land publicaties aan die uitsluitend aandacht besteden aan de ontwikkeling in eigen land. Daar is niets mis mee, ware het niet dat er ook nog zoets als Europa is. Richtlijnen en verordeningen uit Brussel, rechtspraak uit Luxemburg en Straatsburg, zij maken deel uit van onze rechtsorde en behoeven om die reden aller aandacht. Doctrine en rechtspraak uit de ons omringende landen geven hier nadere invulling aan en zijn daarom eveneens verplichte kost. In Molengraaff's tijd was er nog geen sprake van een verenigd Europa. Des te meer reden om zijn aanbevelingen nu te waarderen.

Evenmin was de tweedeling tussen eenvormig recht en internationaal privaatrecht een feit. Die tweedeling zou met de oprichting van de Haagse conferentie als krachtcentrum van het internationaal privaatrecht en de Conferentie van rechtsvergelijking te Parijs van 1900 haar beslag krijgen.<sup>5</sup> Een tragisch dieptepunt was de strijd die in ons land plaats vond tussen ipr-aanhangers van het Haagse (conferentie) Verdrag van 1955 omtrent de op koop toepasselijke wet en de Eenvormige koopwet (LUVI) van 1964 (de voorloper van het Weense koopverdrag). Beide groepen stelden dat Nederland als organisator van de LUVI c q gastland van de Haagse Conferentie de morele plicht had het ipr-verdrag dan wel de – hiermee niet compatibele – LUVI te ratificeren. De uitkomst is bekend: de LUVI won.

De strijd lijkt inmiddels geluwd. Men is het er wel over eens enerzijds dat eenvormig materieel recht nooit geheel afdoende is en aanvulling behoeft van internationaal privaatrecht en anderzijds dat het ipr uniforme regels behoeft.

### 4. Wat ontbreekt

Molengraaff is een ziener, maar hij ziet niet alles. Hij is net als zijn tijdgenoten – in Frankrijk heette (en heet nog steeds) de vereniging voor rechtsvergelijking ‘Société de *législation comparée*’ (mijn cursivering) – sterk op wetgeving georiënteerd. Hoewel hij rechtspraak en doctrine wel noemt, is het toch wetgeving die in zijn ogen de belangrijkste rechtsbron is. Het onderscheid tussen civil law en common law lijkt in zijn ogen van minder grote betekenis dan naar huidige termen.

---

5 Zie over het congres van Parijs: Ralf Michaels, ‘Im Westen nichts Neues? 100 Jahre Pariser Kongreß für Rechtsvergleichung – Gedanken anlässlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans’, *RabelsZ* 2002, p. 97-115.

Ook de eventuele betekenis van particuliere regelgeving, zoals vormgegeven in de Principles of European Contract Law, ontbreekt nagenoeg (hij wijst wel op de gewoonte als rechtsbron) in zijn bijdrage.

Europa ontbreekt, uiteraard, in het verhaal. Dat heeft het voordeel dat in plaats daarvan de gehele wereld Molengraaff's schouwtoneel vormt. In die zin hebben wij momenteel een stap terug gezet door alles zo sterk op Europa te richten. Het wordt tijd om weer net als Molengraaff het vizier op de gehele wereld te richten, op werkelijk internationale verbanden zoals de Internationale Arbeids Organisatie, UNIDROIT, de VN commissie voor internationaal handelsrecht, de Wereld Gezondheidsorganisatie, de Wereld Handelsorganisatie en de talrijke particuliere bewegingen, maar ook op samenwerking met andere regionale organisaties zoals ALI, ASEAN, MERCOSUR, NAFTA, OHADA en al die andere internationale unies. Europa is een goede katalysator geweest, maar nu moet het ambitieniveau worden bijgesteld. Een mondiale klimaatverandering kan niet met lokale middelen worden gemaïtriseerd.

Dat betekent dat Europa zich niet dient te verzetten tegen mondiale stakeholders als de Haagse conferentie en UNIDROIT. Dat betekent ook dat ons juridisch instrumentarium bijstelling behoeft. Staten hebben niet langer het monopolie op de rechtsvorming. Hoe het Europese Hof van Justitie en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens met rechtsvinding omgaan, wordt steeds belangrijker. Ook in het juridisch onderwijs zal dit moeten doordringen.

## 5. De Gids

De Gids is met een leeftijd van ruim 170 jaar een van onze oudste tijdschriften. Het tijdschrift werd in 1837 opgericht door Potgieter en Van der Aa. Wie een recente jaargang ter hand neemt, zal constateren dat onze intuïtie ons niet bedriegt. De Gids is een literair tijdschrift, met een scheutje geschiedenis erbij. In 1899 was dat anders. Ook toen had De Gids een letterkundig cachet, maar juridische onderwerpen werden niet uit de weg gegaan. Behalve het artikel van Molengraaff zijn in deze jaargang ook bijdragen te vinden over de arbeidsstrijd in Denemarken en over de zelfmoord als peilschaal van het menselijk geluk. Voorts treffen we een opstel aan over mr F.A. van Hall als minister en een vierdelige herdenking van R. Fruin. Molengraaff heeft vermoedelijk juist De Gids uitgekozen om zijn ideeën aan een breder publiek voor te leggen.

Dat brede publiek zal vaak wel gestudeerd hebben en studeren betekende in die tijd nu eenmaal veel vaker dan nu rechten studeren. De kans is dus reëel dat er onder de lezers veel juristen waren.



## 6. Conclusie

Ik kom tot een afronding. Molengraaff heeft een scherpe analyse van de beginnende internationalisering van het privaatrecht geschreven. In zijn tijd lagen de accenten wat anders dan nu. Wetgeving was de belangrijkste rechtsbron; particuliere regelgeving speelde nog geen grote rol. De kloof tussen eenvormig materieel recht en internationaal privaatrecht moest nog ontstaan (en weer verdwijnen). Op één punt is Molengraaf de huidige tijd voor: niet Europa maar de gehele wereld is zijn jachtterrein. Het lijkt aangewezen de huidige fixatie op Europa geleidelijk los te laten en te vervangen door aandacht voor de gehele wereld. Daarbij kunnen functionele organisaties zoals ILO en WTO en regionale verbanden als MERCOSUR en OHADA een goed hulpmiddel zijn.

### Enige literatuur

- E.H. Hondius en R.J.Q. Klomp, in: W.M.J. Bekkers, R.H. Koning, N.J. Vette (red.), *Rechten in Utrecht/de academische studie in verleden, heden en toekomst*, Deventer: Kluwer, 2002, p. 79-99.
- C.J.H. Jansen, 'De idealen van E.M. Meijers (1880-1954) ten aanzien van de herziening van het Burgerlijk Wetboek', in: S.C.J.J. Kortmann et al. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer, 2002, p. 3-26.
- D. Josephus Jitta, 'Op den bouwgrond van het wereldrecht', *Themis* 1892, p. 62-114.
- Ralf Michaels, 'Im Westen nichts Neues? 100 Jahre Pariser Kongreß für Rechtsvergleichung – Gedanken anlässlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans', *RabelsZ* 2002, p. 97-115.
- W.L.P.A. Molengraaff, 'De dageraad van het wereldrecht', *De Gids* 1899, III, p. 89-113, tevens afgedrukt in de Molengraaff-bundel, Zwolle: Tjeenk Willink, 1978, p. 713-737.
- H.C.F. Schoordijk, *De privaatrechtelijke rechtscultuur van de twintigste eeuw in context*, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, 2003, 55 p.
- G.J.W. Steenhoff, *De wetenschap van het internationaal privaatrecht in Nederland tussen 1862 en 1962*, diss. Utrecht, Zwolle: Tjeenk Willink, 1994, 441 p.
- G.J.W. Steenhoff, 'Nationale stijlverschillen in de doctrine en de vorming van een Europese rechtswetenschap', *WPNR* 6231 (1996, p. 523-529).



# De ‘multidimensionale’ rechtswetenschap van en na Molengraaff

I. Giesen\*

## 1. Inleiding

Op 17 april 1885 sprak Molengraaff zijn Utrechtse oratie, getiteld ‘*Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap*’ uit.<sup>1</sup> Ruim 120 jaar later sprak ik mijn eigen Utrechtse oratie uit.<sup>2</sup> Wat ik toen nog niet wist – en nu in 2008 met het schaamrood op de kaken wél – is dat de denkbeelden die ik in 2005 uitsprak, in de hoop in enigerlei mate vernieuwend bezig te zijn, zoveel eerder al vanaf dezelfde Utrechtse kansel in sterk vergelijkbare vorm uitgesproken waren.

Waar in mijn oratie, uiteraard volstrekt ten onrechte, geen aandacht besteed werd aan de denkbeelden van Molengraaff<sup>3</sup> over wat tegenwoordig wel ‘multidimensionale’ rechtswetenschap genoemd wordt,<sup>4</sup> wil ik dat gemis hierna compenseren door de sterke mate van multidisciplinariteit in Molengraaff’s werk van bijna een eeuw geleden alsnog voor het voetlicht te brengen. Om dat te bereiken zal hierna ten eerste, vooral via enige citaten, het gedachtegoed van Molengraaff gereconstrueerd worden (par. 2), en zal vervolgens daar tegenover kort verslag gedaan worden van mijn eigen ideeën en inzichten (par. 3), om daarna te kunnen spreken, conform de opzet van deze bundel, over de actualiteit van Molengraaff’s visie (par. 4). Deze bijdrage vervolgt in paragraaf 5 met enige bespiegelingen over de aan het voorgaande verwante kwestie wat eigenlijk de taak van de rechtsweten-

---

\* Prof.Mr. I. Giesen is hoogleraar burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Met dank aan Teun H.D. Struycken die mij met zachte hand op mijn gebrekkige historische kennis attendeerde, en aan Esther Engelhard, Rianka Rijnhout en mijn mederedacteuren voor nuttige suggesties bij een eerdere versie van dit artikel.

1 W.L.P.A. Molengraaff, *Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1885, ook opgenomen in: M.W. ter Horst e.a. (red.), *Molengraaff bundel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 26 e.v.

2 I. Giesen, *Handle with care*, Oratie UU, Den Haag: BJu 2005.

3 Andere Utrechters deden dat in dezelfde periode wel, vgl. M.L. Lennarts, *De Twilight Zone*, Oratie UU, Deventer: Kluwer 2006, en F.W. Grosheide, *Vooruitgang in het burgerlijk recht?*, Afscheidsrede UU, Den Haag: BJu 2007.

4 Een deel van de verklaring hiervoor schuilt in de titel van Molengraaff’s oratie, omdat de term ‘verkeersrecht’ niet meer benut wordt, in elk geval niet in de zin zoals Molengraaff dat deed, te weten in de zin van het ‘burgerlijk verkeer’ als tegenhanger van het ‘handelsverkeer’ welke beide hij tot een eenheid wilde smeden, vgl. vooral Molengraaff 1885, p. 6-9.

schap is (en was ten tijde van Molengraaff). Bij wijze van afsluiting wordt de vraag gesteld of er zoiets bestaat als een Utrechtse traditie op dit vlak (par. 6).

## 2. Molengraaff's methode van rechtswetenschap

### 2.1 *Van oude meesters, de dingen die voorbij gaan...*

Hierna volgt een kleine bloemlezing uit het werk van Molengraaff waar het diens methode betreft; een verzameling van teksten die ik eerder – zoals gezegd ten onrechte – niet kende. Voordat we daaraan beginnen, is het echter goed om kort na te gaan waaraan dat dan gelegen heeft of zou kunnen hebben, omdat die redenen wellicht ook voor anderen in vergelijkbare situaties opgeld zouden kunnen doen.

Wellicht heeft dat hiermee te maken dat het steeds lastiger lijkt te zijn om het juridische werk van de oude meesters – niet alleen Molengraaff, maar ook andere grootheden als Meijers, Scholten, Bregstein, Eggens, en al die anderen die hier ten onrechte niet genoemd worden – in onze hedendaagse beschouwingen te betrekken. Hun prachtige werk gaat niet meer altijd over de dingen van nu, het is minder bekend wat ze geschreven hebben over de dingen die ook nu nog spelen (het is zelfs überhaupt minder bekend waarover ze geschreven hebben), 'effe googlen' helpt daarbij niet en de databanken zijn van ver ná hun tijd. In het informatietijdperk is het dus, paradoxaal genoeg, steeds lastiger om oude informatie boven tafel te krijgen. Dat is mede zo omdat het tegelijkertijd steeds eenvoudiger wordt om de vele recente bronnen (er zijn ook steeds meer auteurs die in steeds meer (binnen- en buitenlandse) tijdschriften publiceren, zo lijkt het) met één enkele druk op de knop binnen te halen, zodat het in elk geval *relatief* gezien steeds meer moeite kost om het minder recente materiaal te verzamelen.

De oudere meesters – en daarmee bedoel ik eigenlijk alle juridische geschriften van voor 1965 of zelfs van voor 1975 – boven tafel krijgen vergt al rechtshistorisch onderzoek en dat soort onderzoek is vandaag de dag overvleugeld door het rechtsvergelijkend onderzoek waarop wij ons vooral sinds de jaren '90 van de vorige eeuw massaal gestort hebben. Als iemands werk al niet ooit door leerlingen of bewonderaars verzameld en apart gebundeld is, wordt het extreem lastig om nog te weten te komen dat die-en-die ook over dat-en-dat onderwerp gepubliceerd hebben, en voor degenen die inderdaad met een verzameling van hun werk geëerd zijn, betekent zulks vooral ook dat hun overige werk min of meer verloren is gegaan. Daarbij geldt dan ook nog dat dat verzamelde werk wel ruim verspreid moet zijn, want wat daar precies in staat, is niet zonder meer zichtbaar en vindbaar

via databanken. Men vindt wellicht de bundel wel, maar alleen bij het zoeken op naam, en wat er dan in die bundel verzameld is, wordt niet meteen duidelijk.<sup>5</sup>

De formidabele uitzonderingen op deze 'informatieleege' vormen – gelukkig – nog steeds de juridische proefschriften, bij elkaar geschreven en verzameld door ijverige aio's die ruim de tijd hebben gehad om bronnen na te lopen, op te speuren en op te vragen uit de kelders van de universitaire bibliotheken op locaties ver van de eigen faculteit. Hulde, maar na dat proefschrift houdt het vaak op, zowel bij de lezers die de bronnen in voetnoten aantreffen maar er daarom niet meer zelf achterheen hoeven, en na afronding van hun werk ook bij de promovendi zelf.<sup>6</sup> De tijd om ook nog de speurtocht in te zetten, of laten zetten via student-ondersteuning, naar die ene oude bron die wellicht relevant blijkt, is de moeite onvoldoende waard, zo lijkt het. Kosten en baten dicteren het onderzoek, snelheid en productie roepen om voorrang. Zelfs de aanwezigheid van diverse oudere bronnen in de eigen boekenkast is geen garantie dat er voor afronding van iedere publicatie een blik daarin geworpen wordt om te bezien of er nog iets van iemands gading is te vinden in wat ongeveer een eeuw geleden bedacht en geschreven is.

Er bestaan uiteraard markante uitzonderingen op deze steeds verder doordringende vergetelheid, maar deze zijn uiterst zeldzaam. Meijer's *Algemeene Begrippen*, Scholten's *Algemeen Deel*, en Wolfsbergen's *Onrechtmatige daad* zijn de drie eerste voorbeelden die spontaan opkomen. En zo gebeurde het dat het werk van Molengraaff niet op mijn netvlies stond toen mijn oratie geschreven moest worden. Laten we daarom alsnog bezien welke behartenswaardige woorden Molengraaff voor me in petto had.

## 2.2 De methode van Molengraaff: multidisciplinair

Wat was Molengraaff's methode? In zijn oratie schreef hij, op p. 26-27:

'De rechtswetenschap, het behoeft wel geen nader betoog, is een deel van de wetenschap der samenleving. Vandaar ook het innig verband, waarin zij staat tot de economie en de sociologie. Vandaar dat het werkelijk leven, der menschen handel en wandel, de basis moet zijn, waarop de jurist zijne wetenschappelijke stelsels doet rusten. Missen zij die basis, dan kunnen de kunstigste "aprioristische denkoperaties" niet voorkomen, dat zij in de lucht blijven hangen.'

---

5 Zou het niet een idee zijn om de juridische bibliotheken en uitgevers te vragen om in een groot samenwerkingsverband de artikelen die opgenomen zijn in al die verzamelde geschriften van al die juristen, te ontsluiten door deze alsnog in de databanken op te nemen, dus per opgenomen artikel?

6 Althans, bij mij is dat zo gegaan, zo gebiedt de eerlijkheid te zeggen.

Dat is niet mis te verstaan, maar daarop volgt ook meteen een waarschuwing:

‘Toch doet kennisneming van de vruchtbare rechtsliteratuur, vooral van onze oostelijke naburen, menigmaal de vraag rijzen, of niet door sommige schrijvers te veel uit het oog wordt verloren, dat onze wetenschap een “aardsch bestaan” heeft; dat zij er is ter wille van den mensch; dat zij het bereiken van menschelijke doeleinden moet bevorderen, en zich niet mag verliezen in speculatief theoretiseeren. Evenzeer echter moet er gewaarschuwd worden tegen overdrijving in eene tegenovergestelde richting. Met name mag men zijn taak niet voltooid achten met nauwkeurig waarnemen, en het onderzoeken en vaststellen van de economische en sociale beteekenis der waargenomen verschijnselen. Men wachte zich vooral ook economische begrippen met juridische te verwisselen, en de rechtsbetrekkingen, door eenige instituut in het leven geroepen, te beoordeelen naar de economische functiën, die het verricht. Al erkent men, dat de economie, zoowel als de sociologie, onmisbaar is voor den jurist, beide mogen voor hem toch nimmer meer dan hulpwetenschappen zijn. De kennis van het organisme der verschillende rechtsinstellingen, van de rol, die zij in het verkeer spelen, en van de toepassing en wijzigingen, waarvoor zij vatbaar zijn, kan hulpmiddel wezen tot beter begrip en juistere inzicht in de rechtsbetrekkingen, die er door in het leven worden geroepen, nimmer kan zij ons het rechtskarakter zelf dier betrekkingen openbaren. Dit wordt bepaald door den inhoud van de rechten en verplichtingen, waarin deze zich oplossen. Weet de jurist niet streng te onderscheiden, laat hij de economie treden op het gebied der rechtswetenschap, dan zijn verkeerde gevolgtrekkingen niet te vermijden en wordt het doel den arbeid gemist.’

Andere wetenschappen dienen het recht als hulpwetenschap, ze dragen in belangrijke mate bij aan de vervolmaking van het recht, maar zijn niet allesbepalend. Molengraaff vervolgt, op p. 35-36, in een lofzang op de rechtsgeschiedenis en rechtsvergelijking:

‘Als hulpwetenschap komt verder de rechtsgeschiedenis in de eerste plaats in aanmerking. Haar hoog gewicht mag allerminst miskend worden door hem, die met mij in het recht niet het spontaan product ziet van des wetgevers wijsheid, maar veeleer het resultaat van eeuwenlange ervaringen en moeitevollen strijd. Eindelijk maakt het cosmopolitische karakter van het verkeersrecht de rechtsvergelijking tot een onmisbaren factor, die bij het onderwijs te minder verwaarloosd mag worden, daar zij bij oordeelkundig gebruik zeer veel kan bijdragen tot betere waardeering van het eigen recht.’

Daarbij is hij zeker niet als conservatief te bestempelen, immers (zie p. 36-37):

‘Alleen een open oog voor de nooden en behoeften, door den bestaanden maatschappelijke toestand, in het leven geroepen, een ernstig en tevens doortastend streven naar verbetering, een openlijk en moedig breken met bestaande inrichtingen, hoe oud, hoe eerbiedwaardig en gevestigd ook, welke naar onze innige overtuiging de ontwikkeling der samenleving tegenhouden of belemmeren, kan den weg tot een betere toekomst openen. Ook de jurist, zelfs de civilist, zij strijder in den kamp voor den vooruitgang; ook zijne plaats, al zij het eene bescheidene, is daar aangewezen.’

Mij komt dit alles als zeer modern voor, deze combinatie van recht met economie, sociologie, rechtsvergelijking en rechtsgeschiedenis, geënt op wat de maatschappij verlangt. Modern dus, en gericht op verandering, verbetering, op vooruitgang, door middel van een methode die onder de noemer *empirisch-positivistisch* te boek is gestaaft.<sup>7</sup> Nu zouden wij in dat verband over een 'multidisciplinaire' methode spreken.

### 2.3 Maar wel voorzichtig, ook als het om de rechtsvergelijking gaat

In aansluiting bij het voorgaande merk ik nog op dat aldus ook de theoretisch geïnteresseerde rechtsvergelijker bij Molengraaff's oratie terecht kan, doch in dit geval vooral voor waarschuwendende woorden. Molengraaff stelt immers dat het trekken van een conclusie voor of tegen de wenselijkheid van een bepaalde regeling (in dit geval de scheiding van handelsrecht en burgerlijk recht) uit een vergelijking tussen Duitsland en Nederland 'a priori gewraakt' moet worden. Waarom? Omdat het gaat om onvergelijkbare grootheden, de 'rechtsbodem' is volgens Molengraaff te verschillend. Vergelijken met Duitsland zal wat hem betreft pas goed mogelijk zijn als men in Duitsland ook een BW heeft.<sup>8</sup> Het is wat mij betreft opmerkelijk dat inderdaad nadien, na de invoering van het BGB in Duitsland in 1900, de rechtsvergelijking met Duitsland een hoge vlucht genomen heeft, overigens vooral rondom en na de invoering van ons eigen nieuwe BW. Wat hier nu echter oorzaak en gevolg zijn geweest, en of Molengraaff's implicatie dat de rechtsbodem in beide landen beter vergelijkbaar zou worden, bewaarheid is, is niet te achterhalen, omdat diverse andere mogelijke oorzaken ook een rol zouden kunnen spelen. Maar de suggestie intrigeert wel.

Ook overigens blijkt Molengraaff voorzichtigheid te propageren als het om de rechtsvergelijking gaat. Nogmaals een citaat:

'Over het algemeen zij een meer oordeelkundig gebruik van de overigens voortreffelijke resultaten der Duitsche rechtswetenschap onzen juristen, maar vooral onze rechters, aanbevelen; ze zonder voorbehoud te aanvaarden (...) kan slechts belemmering der natuurlijke rechtsontwikkeling ten ontziet ten gevolge hebben.'<sup>9</sup>

Die voorzichtigheid ten aanzien van rechtsvergelijkend materiaal past bij de voorzichtigheid die de informatie verkregen uit de economie en de sociologie ten deel valt bij Molengraaff ('beide mogen voor hem toch nimmer meer dan hulpwetenschappen zijn', aldus het eerdere, tweede citaat). Het juridische, de juridische

---

7 Zie daarover ook de bijdrage van Jansen aan deze bundel.

8 Molengraaff 1885, p. 8.

9 Molengraaff 1885, p. 9.

analyse op basis van het eigen recht, staat nog steeds voorop, maar deze analyse moet idealiter mede gevoed worden vanuit andere bronnen.

#### 2.4 Enige omlijsting: enkele van Molengraaff's tijdgenoten

Zonder de pretentie van volledigheid zelfs maar te willen suggereren, kan het leerzaam zijn om een korte blik te werpen op hoe enkele van de tijdgenoten van Molengraaff in dezen opereerden.<sup>10</sup>

Opvallend is dan bijvoorbeeld dat in dezelfde periode Hamaker tot de conclusie kwam dat de rechter contra legem mocht beslissen wanneer de regel uit de wet botste met een maatschappelijke regel.<sup>11</sup> Zodoende sloot hij aan bij de nadruk die ook Molengraaff op de invloed van de maatschappij, de samenleving, op het recht legde. Hieraan ten grondslag lag Hamaker's opvatting over de aard van codificaties. Volgens hem kwam deze neer op een beschrijving van de gedragsregels die door burgers feitelijk in acht werden genomen.

Klassiek in dit verband is uiteraard ook de oratie van Hijmans 'Het recht der werkelijkheid' uit 1910.<sup>12</sup> Daarin vond de *empirisch-positivistische stroming*<sup>13</sup> van die tijd wellicht haar hoogtepunt.

Minder bekend is misschien dat ook Meijers belang hechtte aan het verzamelen van empirische gegevens. In zijn dissertatie stelt hij dat wenselijk recht niet moet worden bepaald door de heersende rechtsovertuiging, maar door drie soorten gegevens:<sup>14</sup> de verschillende behoeften van het volk en haar intensiteit, een zo uitgebreid mogelijke kennis over de invloed van verschillende omstandigheden op

---

10 Deze paragraaf maakt gebruik van gegevens verzameld en beschreven in W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij, 'Gedrag en privaatrecht: inleiding en verantwoording', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: BJu 2008, p. 27 e.v.

11 Zie H.J. Hamaker, 'Het recht en de maatschappij, 1888', opgenomen in: *Verspreide Geschriften. Deel VII*, verzameld door W.L.P.A. Molengraaff en C.W. Star Busmann, Haarlem: De erven F. Bohn 1913, p. 19-132; H.J. Hamaker, 'Wet en rechter', *WPNR* 28 (1897) nr. 1425, p. 201-204, nr. 1426, p. 213-216, nr. 1427, p. 225-227, nr. 1428, p. 237-240, opgenomen in: *Verspreide Geschriften. Deel VII*, verzameld door W.L.P.A. Molengraaff en C.W. Star Busmann, Haarlem: De erven F. Bohn 1913, p. 199-230; H.J. Hamaker, 'Recht, wet en rechter', *RM* 28 (1909), p. 1-58 en p. 245-305, opgenomen in: *Verspreide Geschriften. Deel VII*, verzameld door W.L.P.A. Molengraaff en C.W. Star Busmann, Haarlem: De erven F. Bohn 1913, p. 231-335 (bijv. op p. 228-229). Zie verdere over Hamaker bijv. H.J. van Kooten, 'Een opmerkelijke paradox?', *AA* 1992, 716 e.v.

12 I.H. Hijmans, *Het recht der werkelijkheid*, Haarlem 1910.

13 Ik ontleen de term aan de bijdrage van Jansen aan deze bundel.

14 E.M. Meijers, *Dogmatische rechtswetenschap*, diss. UvA, Den Haag 1903, p. 91-93, en zie daarover verder J.M. Smits, E.M. Meijers (1880-1954), in: C.J.H. Jansen, J.M. Smits en L.C. Winkel, *16 juristen en hun filosofische inspiratie*, Nijmegen: AAL 2004, p. 71.



de bevrediging van deze behoeften (sociologie en psychologie) en een uitgebreide kennis van de inrichting en eigenaardigheden der maatschappij waarvoor de regels gelden.<sup>15</sup>

*Suijling* daarentegen moest weinig hebben van wat hij de theorie der vrije rechtsvinding noemt. Het vrije persoonlijke inzicht van de rechter kan wat hem betreft niet de grondslag van de beslissing vormen. Hij leunt zwaar op wat ik zou noemen systematische uitleg, maar dat hij als uitleg 'in de geest der wet' of 'bij wege van analogie' bestempelt. Maar hij staat wel toe dat de toepasser de uitkomst kan 'toetsen aan gegevens, die buiten het recht gelegen zijn'.<sup>16</sup> Immers:<sup>17</sup>

'Indien een oplossing de eischen van het verkeer miskent, heeft men vermoedelijk een vergissing begaan, want de wet begeert de menschen binnen de grenzen van de redelijkheid te dienen.'

Daarbij is dan ook nog van belang dat *Suijling* wel het bestaan van zoiets als 'feitelijk recht' onderkent: regels kunnen feitelijk als rechtsregels gelden, hoewel een dergelijke regeling dan rechtskarakter mist.<sup>18</sup>

We zien de invloed van wat er in de werkelijkheid, feitelijk, gebeurt ook terug bij *Scholten*. Hij heeft bijvoorbeeld in zijn *Algemeen deel* op diverse plaatsen verwezen naar de invloed van 'de maatschappij' op het recht.<sup>19</sup> Hij hecht dan ook, zo blijkt, aan wat hij de sociologische interpretatiemethode (van rechtsvinding) noemt.<sup>20</sup> Verder valt bij *Scholten* op dat de gewoonte als bron van recht een belangrijke plaats inneemt, terwijl die gewoonte vooral gevoed wordt door wat er feitelijk gebeurt.<sup>21</sup> Maar uiteindelijk wijst *Scholten* de (wat hij noemt) sociologische rechtsbeschouwing als dé (als enige) te hanteren leidraad toch van de hand, omdat daarin naar zijn idee te weinig rekening kan worden gehouden met de normatieve kant van het recht ('waarlijke objectiviteit is hier onmogelijk').<sup>22</sup>

---

15 Ook in zijn oratie wijst hij op het belang van wetenschappelijk onderzoek ter ondersteuning van de taak van de rechter en de wetenschapper, zie E.M. Meijers, *De taak der rechtswetenschap ten aanzien der vrije rechtspraak*, oratie Leiden, Haarlem: Tjeenk Willink 1910, p. 19.

16 Zie J.Ph. *Suijling*, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 1<sup>e</sup> stuk – 1<sup>e</sup> gedeelte, Haarlem: De erven F. Bohn 1918, p. 13-14.

17 *Suijling* 1918, p. 14.

18 *Suijling* 1918, p. 6-7.

19 P. *Scholten*, *Algemeen Deel*, 3<sup>e</sup> druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 34-35 en 85 (wijzend op de sociologische interpretatie), p. 38, p. 97 e.v., p. 109, p. 114-115, p. 116, p. 118, p. 119 en p. 121 (verwijzend naar *Hijmans*).

20 *Bijv.* *Scholten* 1974, nr. 25.

21 Specifiek *bijv.* P. *Scholten*, Kenmerken van recht, in: *Verzamelde Geschriften. Deel 1*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949, p. 55, en in algemene zin *Scholten* 1974, nrs. 21-24.

22 *Scholten* 1974, p. 132-134 (citaat op p. 134).

Al deze voorbeelden ten spijt kan niet worden gezegd dat de nadruk op een maatschappelijk gestuurde rechtswetenschap werkelijk en vooral blijvend doorgebroken is.<sup>23</sup> *Hijmans* is bijvoorbeeld in zijn bijdrage aan het *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938* niet onverdeeld positief. Hij schrijft daarin over de rechtspraak:<sup>24</sup>

‘Immers, hoe goed inzicht ook de lagere rechter vaak in de eischen der werkelijkheid heeft, de H.R., de behoeder van het wettelijk recht, staat daar als bangmaker, bewapend met een uit scherp geslepen wetsartikelen gesmeed zwaard, en gereed om alles neer te slaan, wat ook maar eenigszins met de woorden der wet in strijd is.’

Gegeven het voorgaande kan geconcludeerd worden dat Molengraaff in zijn tijd zeker medestanders had en vond in de kringen van de rechtswetenschap, maar dat dat uiteindelijk niet heeft mogen baten om diens methodisch gedachtegoed blijvend op de voorgrond te laten fungeren. De aandacht voor het (privaat)recht zoals dat in de levende en veranderende maatschappij gevormd wordt, heeft niet de heersende leer kunnen worden, laat staan blijven.

### 3. Mijn eigen methodologische opvatting

In 2005 heb ik in mijn oratie getracht te verwoorden,<sup>25</sup> hoe ik de komende jaren methodisch te werk zou willen gaan. Kort gezegd komt die opvatting hierop neer dat ik de zogenaamde ‘multidimensionale benadering’ zal proberen te hanteren.<sup>26</sup> Uit die oratie put ik de volgende bespreking van de hier bedoelde benadering (ik veroorloof me daarbij voor deze gelegenheid een wat langer citaat uit eigen werk omdat dat meteen duidelijk maakt wat hier van belang is):<sup>27</sup>

‘Ik wil proberen om de resultaten uit andere disciplines te betrekken bij het – want dat blijft zo – vanuit een juridische invalshoek uit te voeren onderzoek. (...) Ik noem het resultaat daarvan zelf ‘argumentatieve rechtsvergelijking’, hetgeen hierop neerkomt dat ik mij richt op het achterhalen en expliciet maken, in eerste instantie via

---

23 Aldus C.J.M. Schuyt, *Paradigmatische vernieuwingen in de rechtswetenschap: de jurist en de sociale werkelijkheid*, AA 1979, Bijzonder nr., afl. 11, p. 237.

24 I.H. Hijmans, ‘Het B.W. en het recht der werkelijkheid in 1838 en heden’, in: P. Scholten en E.M. Meijers, *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 188.

25 Zie ook al I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 13-14 (onder het kopje ‘argumentatieve rechtsvergelijking’).

26 Ik ontleen de methode en term aan W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJu 2003, p. 36.

27 Zie Giesen 2005 (Oratie), p. 18-21 (de voetnoten in het origineel heb ik hier niet overgenomen).

rechtsvergelijking, van de argumenten voor of tegen een bepaalde oplossing voor een bepaald probleem. Ik wil de echte, al dan niet juridische redenen achterhalen en daarbij de rookgordijnen omzeilen die de werkelijke rechtspolitieke keuzes omgeven, zodat gefundeerd voor een bepaalde oplossing kan worden gekozen. Het gaat bij dit alles dus in eerste instantie om de argumentatie en omdat die argumentatie niet strikt juridisch van aard hoeft te zijn, sterker nog, dat vaak niet zal zijn, wil ik bewerkstelligen dat daarbij tevens gebruik wordt gemaakt van inzichten die andere wetenschappen bieden. Dat kan de rechtseconomie zijn, of de psychologie, de bestuurskunde of de politicologie, bedrijfskunde of organisatiekunde, maar misschien ook de communicatiewetenschap, et cetera. Ik wil dus zo veel mogelijk bronnen van argumenten, zo veel mogelijk perspectieven meenemen. Laat ik proberen nog voorzichtiger te zijn: ik wil zo weinig mogelijk potentiële bronnen voor argumenten bij voorbaat uitsluiten. Deze benadering zou men dan multidisciplinair kunnen noemen, maar ik spreek in alle bescheidenheid liever, net als Van Boom, van een *multidimensionale benadering*. (...)

Een andere, wat mij betreft overigens niet principiële, maar meer praktische kwestie is hoe dit dan uit te voeren en te bereiken is. Moet je geen psycholoog zijn om te doen wat ik wil, of econoom of politicoloog, et cetera? Het zal duidelijk zijn dat ik dat niet nodig vind, anders zou ik er helemaal niet aan beginnen. Volgens mij is het niet noodzakelijk om zelf steeds helemaal 'omgeschoold' te worden, als én zolang de onderzoeker maar niet te veel pretenties heeft. Ik meen dat het goed mogelijk is om als niet-econoom of als niet-psycholoog *de resultaten* te gebruiken die échte economen of psychologen bereikt hebben. De jurist hoeft niet alles zelf te doen of opnieuw te doen. Hij zou eigenlijk niet eens de pretentie mogen hebben dat hij zelf alles zou moeten doen. Net zo goed als je als jurist voortbouwt op de juridische resultaten van het werk van anderen en niet steeds opnieuw helemaal aan de basis begint, kun je als jurist in je juridische werk voortbouwen op de resultaten die andere disciplines bereikt hebben! (...)

Om er zeker van te zijn dat dat gezichtspunt niet verloren gaat, stip ik hier nogmaals expliciet aan dat naast dit alles in elk geval de in het verleden zo vruchtbaar gebleken rechtsvergelijking, zowel door middel van de externe als de interne variant, een speerpunt van mijn onderzoeksbeleid en van het Molengraaff Instituut zal blijven.<sup>7</sup>

Deze opvatting ligt ook (nog steeds) ten grondslag aan latere publicaties van mijn hand op het snijvlak van positief recht en methodologie, en vooral aan de bundel *Gedrag en privaatrecht* die gemaakt werd op basis van dezelfde insteek.<sup>28</sup>

#### 4. Te leren lessen?

Uit het voorgaande moge al duidelijk zijn geworden dat de zonet besproken 'multidimensionale' opvatting zonder enige kennis van het relevante werk van Molengraaff ontwikkeld is, maar daar wel behoorlijk op lijkt. Ik baseerde mij echter niet op Molengraaff, maar bouwde veeleer voort op wat ik als promovendus

---

28 Zie Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 19 e.v.

en docent-onderzoeker in Tilburg had opgepikt, geïnspireerd door onder andere Vranken, Barendrecht en Van Boom.<sup>29</sup> Ook vond ik steun bij de oraties van Zondag, Kroeze en (later) Raaijmakers.<sup>30</sup>

De vraagstelling die aan deze bundel ten grondslag ligt, is hoe actueel het gedachtegoed van Molengraaff na al die jaren nog is of zou kunnen zijn. Anders gezegd: kunnen we nog iets leren van diens gedachtegoed? Die vraag laat zich natuurlijk ook ten aanzien van Molengraaff's methode stellen. Sterker nog, misschien moet juist te dien aanzien zo'n vraag gesteld worden, omdat een methode in beginsel tijdlozer zal (kunnen) zijn dan iemands opvattingen over een bepaalde rechtsregel of een zeker juridisch instituut. Deze zullen immers sneller (kunnen) verouderen of zelfs verdwijnen als thema. Dus: kunnen we nog iets over de methode van de rechtswetenschap leren als we Molengraaff's methode (her)lezen en volgen?

Het antwoord daarop is wat mij betreft volmondig 'ja'. Wie de ontwikkelingen in het huidige debat over de plaats, status en methode van de rechtswetenschap tot zich neemt, en wie bijhoudt welke 'nieuwe' benaderingswijzen 'getest' en getoetst worden, zal moeten constateren dat de ideeën van Molengraaff en zijn tijdgenoten, zoals in par. 2.4 naar voren gebracht, als het ware 'terug van weggeweest' zijn. Hiervoor, en met Van Boom en Verheij eerder al, schreef ik dat in de eerste helft van de 20<sup>e</sup> eeuw de *maatschappelijke benadering van het recht* in het privaatrechtelijke denken een prominente plaats had, maar dat die stroming als het ware stilletjes weggeëbd is, richting vergetelheid.<sup>31</sup> Inmiddels zien we echter dat in de huidige tijd hetzelfde soort denken weer terug is en, zo lijkt het althans, aan een opmars binnen het privaatrecht bezig is. In toenemende mate geschiedt namelijk de juridische analyse (mede) in termen van maatschappelijke impact (Hebben regels effect, en zo ja, welk? Was dat een beoogd effect? Welke veronderstelling lag aan de regel ten grondslag?)<sup>32</sup> We redeneren weer vaker vanuit en gericht op

---

29 Vgl. bijv. Van Boom 2003, p. 9 e.v.; C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga en J.M. Barendrecht, 'Waar het mensen om gaat en wat het burgerlijk recht daarmee kan', in: G. van Maanen (red.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, Den Haag: BJu 2003, p. 37 e.v.; M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie*, diss. UU 2004, p. 129 e.v.; diverse bijdragen in W.H. van Boom, M.J. Borgers, *De rekenende rechter*, Den Haag: BJu 2004; R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht*, diss. UvT 2005; I.N. Tzankova, *Strooischade*, Sdu: Den Haag 2005, en idem, *Toegang tot het recht bij massaschade*, Deventer: Kluwer 2007.

30 W.A. Zondag, *De grenzen van het arbeidsrecht*, Den Haag: BJu 2004, m.n. p. 14 e.v.; M.J. Kroeze, *Bange Bestuurders*, Oratie EUR, Deventer: Kluwer 2005; G.T.M.J. Raaijmakers, *De effectiviteit van regels in het ondernemings- en effectenrecht*, Oratie UM, Den Haag: BJu 2006.

31 Speculerend over de achtergrond daarvan: Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 30.

32 Zie nader over e.e.a. Van Boom, Giesen en Verheij 2008, en de diverse bijdragen in diezelfde bundel.

de maatschappelijke achtergrond en de doelen van regels en instituten. Deze meer rechtssociologisch ingestoken benadering van het privaatrecht is opnieuw aan een opmars bezig; het empirisch-positivisme (par. 2.2) is terug, zo lijkt het, maar nu onder de noemer van de 'civilologie'.<sup>33</sup>

Dat wil echter niet zeggen dat er geen verschil zou bestaan tussen Molengraaff's methode en de mijne. Als ik het goed zie, getuigt mijn opvatting van iets minder terughoudendheid (of: minder voorzichtigheid) dan die van Molengraaff. Hij wil vooral inzicht in de maatschappij verkrijgen. Ik probeer argumenten boven tafel te krijgen die de juridische oplossing mede kunnen bepalen. Maar het verschil is uiteindelijk beperkt, wat mij betreft, want Molengraaff's inzichten in de maatschappij zullen ook tot op zekere hoogte – onbedoeld wellicht, maar toch – de juridische argumentatie aanvullen, doordat op die manier argumenten en fenomenen bloot komen te liggen die in de maatschappelijke werkelijkheid een rol spelen (en dan lastig te negeren zijn).

Welke lessen zijn hieruit te trekken? We kunnen van het voorgaande bijvoorbeeld leren dat bepaalde denkbeelden over de rechtswetenschap weliswaar kunnen opkomen,<sup>34</sup> doch zelfs als deze gedragen worden door de grootheden van hun tijd toch niet per se kunnen standhouden.<sup>35</sup> Zeker bij sceptici zal bijgevolg de vraag rijzen of het denkbeeld in kwestie dan wel overtuigend genoeg was. En zodoende doemt meteen de vraag op of de nu opnieuw verwoorde visie in de huidige tijd dan wel voldoende krachtig zal en kan zijn om daadwerkelijk school te maken. Zal de geschiedenis zich niet herhalen en de opkomst en neergang van die visie voorzienbaar maken? Het heeft er in eerste instantie natuurlijk alle schijn van.

Voorspellingen hieromtrent zijn wat mij betreft echter niet mogelijk, omdat we gewoonweg niet weten of eenzelfde denkbeeld in een andere tijd wellicht in vruchtbaarder aarde zal vallen. In zoverre gaat de historische parallel niet zonder meer en altijd op, en dient de nieuwe receptie (of het gebrek daaraan) eerst maar eens afgewacht te worden. Wat echter in elk geval wel al te leren valt, is dat dergelijke denkbeelden blijkbaar 'vloeiend' – aan verandering onderhevig – zijn

---

33 Voor die (uiteraard niet zaligmakende) term, zie Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 20. Hesselink (vgl. bijv. M.W. Hesselink, *Contractenrecht in perspectief*, Den Haag: BJu 2004) zou hier waarschijnlijk over 'recht in perspectief' of 'recht in context' spreken en in grote lijnen hetzelfde bedoelen.

34 Een tweede denkbeeld dat het belang van de maatschappij in het privaatrecht op de voorgrond stelt, betreft het feit dat steeds vaker steeds meer gewicht gegeven wordt aan normen (regelgeving) die vanuit die maatschappij zelf, vanuit allerlei groepen en branches, zijn opgekomen. Het gaat dan om zelfregulering of alternatieve regelgeving. Ik verwijs hier slechts naar I. Giesen, *Alternatieve regelgeving in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, alwaar verdere verwijzingen te vinden zijn.

35 Voor mogelijke oorzaken, zie Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 30, en het navolgende.

en dat er aan de overtuigingskracht van een bepaalde visie op (de methode van) de rechtswetenschap voortdurend ‘gewerkt’ moet worden, wil men deze op de voorgrond houden. Alleen dat al is waardevol.

Wat hier ook van waarde kan zijn, is het besef dat de redenen die bedacht zouden kunnen worden voor de eerdere neergang van het empirisch-positivisme, welbeschouwd ook nu weer (en nog) aanwezig zijn. Dit soort onderzoek is nu eenmaal moeilijk om uit te voeren (en dat werkt niet bemoedigend); de juridische opleiding heeft er geen aandacht voor; de belangstelling vanuit andere wetenschappen voor wat civilisten (juristen) doen, is onverminderd gering; de dubbelzinnigheid van empirische resultaten zal blijven voortbestaan; en de praktijk zit er ook nu niet op te wachten.<sup>36</sup> Vooral de tweede factor vormt echter meteen ook een aanknopingspunt voor actie om de overlevingskansen te vergroten. Als we de studenten van nu kunnen onderrichten in en enthousiasmeren voor deze tak van rechtswetenschap zal dat doorwerken richting de aio’s (en hun proefschriften), postdocs en hoogleraren van straks.<sup>37</sup> Dan is er niet alleen meer kennis (zodat de moeilijke uitvoerbaarheid meteen verminderen zal), maar is er vooral ook kennis bij degenen die nog de tijd hebben om er daadwerkelijk mee aan de slag te gaan.

Wellicht kan aan het voorgaande nog toegevoegd worden dat op dit vlak de ambitie bescheiden moet blijven. Proberen om een bepaalde wijze van omgang met het (privaat)recht een plaatsje te laten veroveren naast of tussen andere methoden, is nu eenmaal een ambitie die eerder bereikbaar is dan de ambitie om alleenheersend of overheersend te worden als methode.<sup>38</sup> Een dergelijke bescheiden ambitie zal ook minder weerstand oproepen. Zo een les in bescheidenheid is overigens gemakkelijk ter harte te nemen. Ik heb niet de ambitie om ‘mijn’ methode de heersende te laten worden. Ik zou er veeleer voor willen pleiten dat er in Nederland de diverse juridische onderzoeksmethoden naast elkaar gebruikt worden. De verschillende wijzen van aanpak kunnen elkaar dan ondersteunen en aanvullen. Zij zouden elkaar in elk geval niet onnodig moeten beconcurreren.

---

36 Vgl. nogmaals Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 30, alsmede A.J. Verheij, I. Giesen en W.H. van Boom, ‘Afsluitende observaties’, in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: BJu 2008, p. 610, alsmede W. Schrama, ‘Een multidisciplinaire benadering van het ongehuwd samenleven, Meerwaarde en minpunten van de combinatie van juridisch en sociaalwetenschappelijke onderzoek’, *Ars Aequi* (2007) 11, p. 869-876, over valkuilen bij de uitvoering van dergelijk onderzoek.

37 Ik ben hier schatplichtig aan (een Tilburgse lezing door) Dame Hazel Genn.

38 In die zin dan ook Verheij, Giesen en Van Boom 2008, p. 610.

## 5. De taak van de Nederlandse rechtswetenschap

Daarmee zijn we er echter nog niet. De methode die een bepaalde rechtswetenschapper (toen of nu) aanhangt, kan namelijk moeilijk los gezien worden van de taak die diezelfde persoon aan de rechtswetenschap toedicht. Ook daarover was Molengraaff uiterst helder:<sup>39</sup>

‘Zij [de wetenschap, *IG*] toch is de natuurlijke voorgangster, de leidsvrouw van den wetgever, de raadgeefster, op wier adviezen hij steeds zal moeten afgaan. Onderzoek naar en bestudeering van het jus constituendum mag daarom misschien de gewichtigste taak van de wetenschap genoemd worden. Wil zij de van haar te recht verlangde voorlichting naar eisch verstrekken, telkens, wanneer op haar een beroep wordt gedaan, haar antwoord gereed hebben, dan is toetsing van het bestaande en voorbereiding van het toekomstige recht haar levensplicht, even goed als, ja meer nog dan, dogmatiek en wetsexegese.’

Kortom: voorbereiding van het recht zoals het worden zal, is een hoofddoel van de wetenschap. Wat mij betreft is dat een wenkend perspectief voor elke rechtswetenschapper; het is in elk geval een goede leidraad voor het bepalen van mijn eigen positie. Probeer het recht verder te brengen, blijf niet staan bij wat nu geldt en rechtens is. Probeer te bedenken hoe het recht zou moeten luiden, en het juridische systeem zou moeten functioneren, ook als de dogmatiek daar wellicht niet meteen bij past en daarmee eventueel op het tweede plan komt. Ik ben dus graag bereid om ook deze les van Molengraaff te (blijven) leren.

Het belang van die les schuilt uiteraard hierin dat als we ons, zoals hij hier poogt te doen, stevig inprenten waartoe we als civilist en als wetenschapper op aarde zijn, namelijk het voorbereiden van het toekomstig privaatrecht, zulks voorkomt dat wij bijvoorbeeld bij het gebruik van andere wetenschappen zullen ‘doorschieten’, en dus te zeer buiten het juridische perspectief zullen geraken. Ik hecht er dan ook aan hier te benadrukken dat de ‘civilologie’ of de ‘multidimensionale benadering’ zoals eerder besproken, nog steeds typisch juridisch (want normatief) is. De andere te gebruiken wetenschappen zijn ‘hulpwetenschap’ vanuit dat leidend juridisch perspectief.<sup>40</sup> Het is immers niet de bedoeling om bij het gebruik van andere wetenschappen al te zeer losgezongen te raken van het rechtsbedrijf en de praktijk en van de verdere ontwikkeling daarvan. Dat is inmiddels bijvoorbeeld wel gebeurd met de rechtswetenschap in de Verenigde Staten, omdat

---

39 Molengraaff 1885, p. 23-24.

40 Vgl. ook Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 36 en noot 53 aldaar, in reactie op C.H. Sieburgh, ‘L’art de la distinction’, *NJB* 2008, p. 3-13.

de heersende stroming van de rechtseconomie daar onvoldoende raakvlak met de rechtspraktijk kon ontwikkelen, en dat is zonde.<sup>41</sup>

Hetzelfde gevaar dreigt overigens voor het privaatrecht hier in Nederland, maar dan niet zozeer vanwege methodologische keuzes die te maken zijn, want die valkuil is bekend, maar veeleer door de toenemende dwang aan en van de universiteiten om (vooral) Engelstalig te publiceren. Let wel: dat heeft vele goede kanten en brengt ook veel goeds, maar het heeft ook dit in potentie grote nadeel dat als we daarin doorschieten (als het de overhand krijgt om Engelstalig te publiceren), de thuismarkt van het eigen nationale privaatrecht niet meer voldoende gevoed wordt met de nieuwste inzichten. Immers, die thuismarkt spreekt, schrijft, procedeert, maakt regels en vonnist nog steeds in het Nederlands, en in de ‘terugvertaling’ – als niet-Nederlands werk al gelezen wordt door de juristen op die thuismarkt – gaat ongetwijfeld veel verloren en zullen vele inzichten lastig te relateren zijn aan de specifieke eigenschappen van het Nederlandse recht. Als Engelstalig publiceren de norm wordt, dan zullen wij, zo vrees ik, alsnog verwijderd raken van de achterban, de afnemers van onze wetenschappelijke producten. Dan vervreemden praktijk en wetenschap van elkaar en komt de wetenschap te zeer los te staan van haar maatschappelijke basis, de basis waarin de wetenschappelijke ontdekkingen daadwerkelijk gestalte moeten krijgen. Zeker binnen de rechtswetenschap, een maatschappelijk fenomeen bij uitstek, is dat een pad dat we niet zouden moeten volgen. Ook hier geldt dus dat de omschakeling gematigd zal moeten plaatsvinden (in elk geval zolang de nationale wetgever en rechter nog in het Nederlands communiceren) en dat het ‘nieuwe werken’ (voor een wereldpubliek publiceren) als (zeer waardevolle) aanvulling toegevoegd zou moeten worden aan het bestaande palet van voorlichting aan de thuismarkt.<sup>42</sup>

## 6. Slot: een Utrechtse traditie?

Er blijken duidelijke verbindingslijnen te lopen tussen de Utrechtse privaatrechtelijke wetenschapsbeoefening en taakopvatting toen en nu. Zo duidelijk zelfs dat de vraag opkomt of er hier mogelijk sprake zou kunnen zijn van een ‘Utrechtse traditie’ of zelfs een ‘Utrechtse school’. Wellicht is dat het geval,<sup>43</sup> hoewel natuur-

---

41 Zie bijv. J.B.M. Vranken, *Algemeen deel\*\*\**, Deventer: Kluwer 2005, nr. 116.

42 In het voorgaande is een geluid te horen dat niet meteen de lijn van het Utrechtse departement Recht vertegenwoordigt, maar schrijvend over de altijd kritische Molengraaff voel ik mij gesterkt om deze kritiek te laten horen.

43 Vgl. bijv. van recente datum, naast de hiervoor al aangehaalde Utrechtse werken, de empirische en statistische beschouwingen in I. Curry-Sumner, *All's well that ends registered?*, diss. UU, Antwerpen: Intersentia 2005, en het gebruik van sociale wetenschappen en sociologische data in W.M. Schrama, *De Niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht*, diss. UU, Deventer: Kluwer 2004, en C.G. Jeppesen de Boer, *Joint Parental Authority*,



lijk lastig te duiden is (zeker indien de vraagsteller daar zelf middenin staat) wanneer er nu eigenlijk van een traditie of school kan worden gesproken. Wat daarvoor nodig is, aan welke maatstaven voldaan moet zijn, is niet meteen duidelijk. Dat geeft ook niet, want in elk geval kunnen we constateren dat de toenmalige visie van Molengraaff in het heden nog gewoon inpasbaar is. Zijn ideeën passen prima in de huidige tijd, en dus kan zijn werk en zijn werkwijze als een leidraad blijven dienen. Dat stemt gerust, een dergelijk baken van wijsheid om bij aan te haken.

Het betekent echter ook, en dat is dan de keerzijde van die constatering, dat de huidige tijd dus een trend laat zien die misschien niet werkelijk nieuw te noemen is, maar ten hoogste 'vernieuwd' of 'opgeknapt' is. We realiseren ons echter vaak genoeg dat 'eigenlijk alles al eens gezegd is', en toch gaan we daarna even verbeteren en gedisciplineerd verder met onze zoektocht naar dat ene nieuwe inzicht waar we voor onze tijd en in onze maatschappij echt vooruitgang mee denken en hopen te boeken. Dat alles, inclusief de regelmatig terugkerende teleurstelling, hoort nu eenmaal bij onze opdracht om 'het toekomstige recht', bezien vanuit onze tijd, te creëren. Het werken daaraan is wat mij betreft dan ook onze 'levensplicht'.

---

diss. UU, Antwerpen: Intersentia 2008. Vgl. verder nog K. Boele-Woelki, I. Curry-Sumner, M. Jansen & W.M. Schrama, *Huwelijk of geregistreerd partnerschap?* Deventer: Kluwer 2007, en W.M. Schrama, 'Family function over family form in the law on parentage?', *Utrecht Law Review* 2008, Volume 4 issue 2, p. 83-98.



## **PERSONEN- EN FAMILIERECHT**



# Molengraaff en het vaderschapsonderzoek

R.J. Blauwhoff\*

## 1. Inleiding

### 1.1 *Het verbod op het vaderschapsonderzoek en de rechtshistorische en 'rechtsvergelijkende' benadering van de 'volksconsciëntie'*

In 1896 publiceert Molengraaff een betoog tegen het verbod op het vaderschapsonderzoek in *De Gids*. Omdat hij de publieke opinie wil wakker schudden, richt hij zich in dit culturele en literaire tijdschrift nadrukkelijk ook tot 'niet-vakgenoten' richt.<sup>1</sup> De Nederlandse wetgever had dat verbod in 1811 rechtstreeks uit de Code Civil van Napoleon overgenomen.<sup>2</sup> Alleen al omdat het om een 'machtwoord van een tyran' ging, stond het voorschrift volgens Molengraaff daarom ver af van het 'in het volk levende recht'.<sup>3</sup> Deze 'volksconsciëntie' vormde voor Molengraaff geen ongrijpbaar rechtsideaal, maar een historisch geëvolueerde rechtsopvatting, die bovendien niet exclusief aan één bepaalde rechtscultuur verbonden behoefde te zijn. Eigentijdse, progressieve oplossingen vond Molengraaff daarom bijvoorbeeld ook in het Noorse recht, waar het vaderschap reeds gerechtelijk kon worden vastgesteld en waar aan moeder en kind onderhoudsacties toegekend werden.<sup>4</sup> Ook in Frankrijk konden de 'hogere rechtsgevoelens' echter niet 'verstikt' worden door het verbod van de keizer, omdat maatschappelijke rechtsovertuigingen zich lieten afspiegelen in een rechtspraak die het verbod trachtte te omzeilen.<sup>5</sup> Door nadrukkelijk ook te wijzen op oplossingen in andere stelsels en op de geschiedenis van het vaderschapsonderzoek vóór de invoering van het verbod, komt Molengraaffs maatschappelijk élan dan ook tot uiting in zijn wens om ook de Nederlandse 'publieke opinie wakker te schudden'.<sup>6</sup>

In deze bijdrage zal ik ingaan op de rechtsbeginselen, die Molengraaff formuleert op basis van zijn afwisselend 'rechtshistorische' en 'rechtsvergelijkende' benade-

---

\* Mr.Drs. R.J. Blauwhoff is als promovendus verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

1 Molengraaff, 'Onderzoek naar het vaderschap', *De Gids*, 1896, p. 1.

2 342 BW (oud). In Frankrijk: *la recherche de la paternité est interdite*.

3 Molengraaff 1896, p. 8.

4 Molengraaff 1896, p. 15.

5 Molengraaff 1896, p. 9. Zie ook hieronder.

6 Molengraaff 1896, p. 1.

ring van dit afstammingsrechtelijke vraagstuk van zijn tijd. In dat verband rijst de vraag in hoeverre deze beginselen nog richtinggevend zijn voor actuele rechtsvragen betreffende afstamming.<sup>7</sup> Vooropgesteld kan worden dat het contrast tussen toen en nu in menig opzicht zeer groot is. Terwijl in het fin-de-siècle het bereik van het verbod op het vaderschapsonderzoek groot was in de verschillende civilistische stelsels,<sup>8</sup> vindt sinds de laatste decennia van de vorige eeuw een recht op afstammingsinformatie nu juist (inter)nationale en Europese grondrechtelijke erkenning. Dit recht om de identiteit van de biologische vast te stellen, strekt zich niet alleen uit tot minderjarige kinderen, maar ook tot volwassenen ‘kinderen’.<sup>9</sup> In deze bijdrage zal ik mij beperken tot rechtsvragen rondom de actuele reikwijdte van dit recht in Nederland en Duitsland.

De verheffing van de toegang tot de ‘biologische waarheid’ over de eigen afstamming tot een grondrecht is een betrekkelijk recent verschijnsel. De constitutionalisering is ten dele toe te schrijven aan de rechtsemancipatie van het kind. Wat afstamming betreft, vormen de verdragsbepalingen van het VN-Kinderrechtenverdrag daarvan de belangrijkste exponent. Verder is de grondrechtelijke erkenning moeilijk los van de bio-medische ontwikkeling van de afgelopen decennia te begrijpen. Dankzij deze laatste ontwikkeling is het biologische ouderschap, zelfs na diens overlijden, met behulp van DNA-onderzoek vast te stellen.<sup>10</sup> Een impliciet

---

7 Van ‘echte’ rechtsvergelijking zal natuurlijk geen sprake kunnen zijn in dit korte bestek. Tot een algehele evaluatie van de rechtstelsels komt Molengraaff in zijn bijdrage in *De Gids* evenmin, maar zijn belangstelling voor progressieve oplossingen voor afstammingsrechtelijke vraagstukken in andere staten kan niettemin nog steeds inspireren. Het onderscheid tussen ‘rechtsgeschiedenis’ en ‘rechtsvergelijking’ is ook niet altijd even scherp, nu Molengraaff bijvoorbeeld ook de aandacht richt op de Franse oorsprong van het verbod.

8 Zo gold het verbod ook onder meer in Italië en in de zuidelijke Duitse staten.

9 Art. 7 lid 1 Internationaal Verdrag van de Rechten van het Kind (IVRK) spreekt van een recht om de ouders ‘voorzover mogelijk’ te kennen en door hen verzorgd te worden. Daarnaast vormt art.8 IVRK, waarin het recht van het kind op de eigen identiteit, wordt beschermd een rechtsbasis. Op grond van art.8 EVRM, recht op private life, is er vanaf 1989 een jurisprudentie ontstaan. Zie ondermeer: EHRM *Gaskin v. het Verenigd Koninkrijk*, 10454/89, 7 juli 1989; EHRM *Mikulic v. Kroatië*, 53176/99, 7 februari 2002, EHRM *Odièvre v. Frankrijk*, 42326/98, 13 februari 2003; EHRM *Jäggi v. Zwitserland*, 58757/00, 13 juli 2006, EHRM *Phinikaridou v. Cyprus*, 23890/02, 20 december 2007. Met name op grond van deze EHRM-jurisprudentie is een recht van volwassenen om hun biologische ouders te kennen af te leiden.

10 Met een percentage van 99,9% , onder meer afhankelijk van het soort weefsel en het aantal betrokkenen. M. Anderlik, ‘Assessing the quality of DNA – based parentage testing: Findings from a survey of laboratories’, 2003, *Jurimetrics Journal*, p. 291-314. Over een recht op postmortale vaststelling van het vaderschap zie bijvoorbeeld: EHRM *Haas v. Nederland*, 36983/97, 13 januari 2004 en EHRM *Jäggi v. Zwitserland*, 58757/00, 13 juli 2006. In Neder-

rechtsbeginsel bij deze identificatie van de biologische ouder is dat deze verantwoordelijk voor zijn identificatie blijft ten opzichte van zijn nageslacht. Op dit punt zal ik na het rechtshistorische gedeelte ingaan.

Naast dit bio-medische verschil tussen deze tijd en het fin-de-siècle, lopen ook rechtsopvattingen over het afstammingsrecht uiteen. Terwijl in Molengraafs tijd gehecht werd aan het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen ter bescherming van de huwelijkse moraal, vormde voor de afstammingsrechtelijke herziening van 1998 een opheffing van dit onderscheid een belangrijke aanleiding.<sup>11</sup> De definitieve schrapping van deze terminologie vormt de uitkomst van een gelijkheidsstreven op grond van de werking van artikel 8 en 14 EVRM, waarin het Straatsburgse hof een voortrekkersrol heeft gespeeld.<sup>12</sup> De huidige statusgelijkheid laat echter onverlet dat ook nu nog het kind dat buiten het huwelijk geboren wordt slechts familierechtelijke betrekkingen met de vader heeft, indien het kind door de man is erkend of diens vaderschap gerechtelijk is vastgesteld.<sup>13</sup>

Mede gelet op de sterk verbeterde rechtspositie van buiten het huwelijk geboren kinderen, wil ik op de geschiedenis van de statusongelijkheid slechts ingaan voorzover deze kwestie van belang is in het betoog van Molengraaff. Toch kan het gelijkheidsbeginsel niet alleen in het afstammingsrecht an sich, maar ook bij de afweging van het recht op afstammingsinformatie ten opzichte van andere belangen een belangrijke rechtsoverweging vormen. In het ‘rechtsvergelijkende’ gedeelte, zal ik daarom ook op dit tweede rechtsbeginsel nader ingaan.

### *1.2 Rechtsvinding op grond van rechtshistorische en rechtsvergelijkende argumenten nu*

Hierna wordt eerst aandacht besteed aan het rechtshistorische gedeelte van Molengraaffs artikel in *De Gids*, dat een korte uiteenzetting bevat van zijn stellingname en argumentatie met betrekking tot het vaderschapsverbod. Cruciaal zijn daarbij de rechtsbeginsels die Molengraaff ten grondslag legt aan zijn pleidooi tot opheffing van het verbod op het vaderschapsonderzoek. Vervolgens zal ik kort ingaan op de twintigste eeuwse geschiedenis van het vaderschapsonderzoek en de vaststelling van het vaderschap in het actuele Nederlandse afstammingsrecht.

---

land: Gerechtshof Amsterdam, 8 juli 2004, LJN: AQ0621; Hoge Raad, 25 maart 2005, LJN: AT0412.

11 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 469.

12 EHRM *Marckx v. België*, no. 6833/74, 13 juni 1979.

13 Asser/De Boer, *Personen- en familierecht*, 2006, no. 698 e.v., p. 549-554.

In het ‘rechtsvergelijkende’ gedeelte zal ik kort ingaan op de vrij recente ontwikkeling van het constitutioneel verankerde recht op afstammingsinformatie, waarbij ik mij dus tot Nederland en Duitsland zal beperken. De vraag rijst dan in hoeverre de rechtsbeginselen op grond waarvan Molengraaff het verbod bestreed, van toepassing zijn op het juridisch discours over de reikwijdte van het recht op afstammingsinformatie. In dit kader wordt ingegaan op een recentelijk in werking getreden Duitse afstammingsprocedure.<sup>14</sup> Vanaf 1 april 2008 kunnen in Duitsland de moeder, de juridische vader en het kind bij de rechter een titel verkrijgen op grond waarvan medewerking aan een buitengerechtelijke verwantschapstest kan worden afgedwongen.<sup>15</sup> Het doel van de wetwijziging is om de procedurele effectiviteit van het recht op afstammingsinformatie te verhogen, zonder dat hierbij noodzakelijkerwijs de bestaande familierechtelijke betrekkingen aangetast worden. Deze nieuwe afstammingsprocedure kan beschouwd worden als een poging om het zogeheten *Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung* niet alleen op constitutioneel, maar ook op procedureel niveau met waarborgen te omkleden.<sup>16</sup>

In het afsluitende gedeelte van deze bijdrage volgen enkele concluderende opmerkingen over de actuele relevantie van Molengraaffs zienswijze van rechtsvragen over afstamming. Alsdan is hopelijk duidelijk geworden dat de rechtshistorische en rechtsvergelijkende benadering van deze vraagstukken niet alleen nog steeds actueel is, maar ook dat de rechtsbeginselen, die Molengraaff dienaangaande benadrukt, relevant gebleven zijn, hoewel hun toepassingsbereik veranderd is.

## 2. Rechtsgeschiedenis

### 2.1 De misplaatste redenen van het verbod

Uit de Franse en Nederlandse codificatiegeschiedenis blijkt volgens Molengraaff dat het verbod tot onderzoek naar het vaderschap van een kind tot een drietal redenen terug te leiden is.<sup>17</sup> Met elkaar samen hangen twee traditionele argumenten van de voorstanders van het verbod. Deze argumenten betreffen de schandaligheid van de procedure en het gevaar van chantage door de moeder en/of het kind.<sup>18</sup> Zij

---

14 Entwurf eines Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren, 4th of October 2007, *BT-Drucksachen* 16/6561.

15 §1598 a BGB.

16 Het recht op afstammingsinformatie wordt in Duitsland erkend op grond van het persoonlijkheidsrecht, dat in artikel 2 lid 1 en artikel 1 1 van de Duitse grondwet is verankerd. Aan de basis van de grondrechtelijke erkenning van het recht op afstammingsinformatie ligt een arrest uit 1989. BVerfGE 79, 256 = *FamRZ* 1989, 255

17 Molengraaff, 1896, p. 15.

18 Beide argumenten kunnen dus ook in samenhang besproken worden.



kunnen niet los gezien worden van het maatschappelijke taboe op de verwekking buiten het huwelijk. Het meest gratuite argument waarop de voorstanders zich kunnen beroepen betreft uiteraard de wetenschappelijke bewijsproblematiek inzake het bestaan van een biologische band tussen vader en kind. Deze kwestie raakt daarom veeleer het belang van de biologische waarheid binnen het recht.

Eén van de prominente juristen die de codificatie van de Napoleontische Code Civil hadden voorbereid, Brigot-Prémeneu, had bij de redactie van het voorschrift gesteld dat er een ware ‘*cri général*’ van het Franse volk was uitgegaan tegen de vaderschapsprocedure, omdat vooral rancuneuze of armlastige moeders daartoe het initiatief zouden nemen. Alle onkreukbaarheid ten spijt, zou deze moreel voorbeeldige Franse burgerman ten tijde van het *ancien régime* voortdurend aan ontluisterende procedures bloot hebben gestaan. De al even gestereotypeerde ‘schaamteloze vrouw’ zou daarom, volgens dezelfde Brigot-Prémeneu, menig burgerman ‘de grijze haren’ hebben doen rijzen.<sup>19</sup> Dergelijke karikaturen verwerpt Molengraaff niet alleen, maar hij wijst ook op het ontbreken van rechtshistorisch bewijs. Uit niets blijkt dat er op grote schaal misbruik gemaakt zou zijn van de vóór die periode bestaande vaderschapsprocedure of dat zij in de regel tot veel maatschappelijke beroering leidde. Volgens Molengraaff gaat het zelfs om een ‘bakerpraatje zonder eenigen grond’.<sup>20</sup> Een punitieve maatregel als een verbod op het vaderschapsonderzoek zou volgens Molengraaff uit moeten blijven, nu het ‘schandaal’ van de buitenechtelijke geboorte toch niet meer ongedaan gemaakt kan worden.<sup>21</sup> Het echte schandaal is niet de verleiding, maar dat de vader moeder en kind ‘aan hun lot overlaat’.<sup>22</sup> Daarenboven had het kind natuurlijk zelf geen schuld aan zijn buitenechtelijke geboorte.<sup>23</sup> Hoewel deze ‘kinderlijke onschuld’ een veelgehoord argument in de strijd voor statusgelijkheid blijft, ging de minister er bij de totstandkoming van de wet van 1947 nog niet vanuit dat het ieder tegenargument bij voorbaat pareert, omdat ‘de aanvaarding van het monogame huwelijk, als den maatschappelijk erkenden vorm van samenleving van man en vrouw’ ‘logisch’ met zich mee zou brengen dat er onderscheid gemaakt moest worden tussen binnen en buiten het huwelijk geboren, vooral wanneer deze kinderen in overspel of uit bloedschennigheid waren verwekt.<sup>24</sup>

---

19 Molengraaff 1896, p. 2.

20 Molengraaff 1896, p. 7.

21 Molengraaff 1896, p. 16.

22 Molengraaff 1896, p. 16.

23 Molengraaff 1896, p. 16.

24 Wet van 10 juni 1947, *Stb.* H232, op grond waarvan de erkenning door de buitenhuwelijkse moeder geschrapt werd.

Wat de bewijsproblematiek betreft, laat het zich raden dat de voorstanders zich hierop beriepen om het verbod te legitimeren.<sup>25</sup> Hiertegenover plaatst Molengraaff het argument dat in de meeste gevallen toch voldoende bewijs gevonden zal kunnen worden. Vóór de invoering hanteerde de rechtspraak immers al met succes bewijsregels, voorzover de wettelijke vaderschapsvermoedens tot een procedure aanleiding hadden gegeven. In de rechtspraak was één bewijsregel van bijzonder belang: *creditur virgini decenti se ab aliquo cognitam, et ex eo praegnantem esse: meretrici non item*.<sup>26</sup> Om de bewijsproblematiek te omzeilen, gold er, met andere woorden, een presumptie ten faveure van de betrouwbaarheid van de getuigenis die de moeder over de identiteit van de verwekker had gemaakt.

## 2.2 Rechtsbeginselen

Niet alleen in Frankrijk, maar ook in Nederland gaf het verbod, toen het hier in 1811 eenmaal was ingevoerd, echter aanleiding tot veel rechterlijke creativiteit. Ondanks het vermeende sensationele karakter van de procedure en de zogeheten bewijsproblemen, konden onderhoudsaanspraken van moeder en kind in beide landen vrijwel altijd op rechterlijke gratie rekenen op basis van het leerstuk van de onrechtmatige daad.<sup>27</sup> Het niet nakomen door de man van een belofte van een huwelijk aan de gedefloreerde vrouw verleent de ‘daad’ dan zijn onrechtmatig karakter. De huwschuwe man kon alsnog na de geboorte van het kind door de moeder en het kind aangesproken worden om aan het kind onderhoud te verstrekken gedurende zijn minderjarigheid. Op die manier ontdeed de rechterlijke macht het verbod op het vaderschapsonderzoek dus van zijn allerscherpste kantjes, waarbij niet alleen solidariteit met moeder en kind, maar ook financiële openbare belangen een rol zullen hebben gespeeld.<sup>28</sup>

Volgens Molengraaff zijn er twee rechtsbeginselen waarop het verbod een inbreuk maakt. In de eerste plaats dient de man aangesproken te worden op diens verantwoordelijkheid. Over dit rechtsbeginsel stelt Molengraaff:

---

25 Voor een historisch overzicht van de bio-medische en forensische ontwikkeling van het vaderschapsonderzoek, zie met name: K. Albrecht & D. Schultheiss, ‘Proof of paternity; historical reflections’, 2004, *Andrologia*, p. 31-37.

26 Molengraaff 1896, p. 4. ‘Geloofd wordt het meisje dat den persoon noemt die met haar gemeenschap heeft gehad, en die haar zwanger heeft gemaakt, niet aldus de publieke vrouw.’

27 Molengraaff 1896, p. 9.

28 Over dit openbare belang bij de (onderhoudsrechtelijke gevolgen van) de vaderschapsprocedure, wordt verwezen naar: J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford University Press, 2006, p. 54-77.

‘Dat men aansprakelijk wordt gesteld voor zijne daden en verantwoordelijk voor de gevolgen dier daden, is een zo natuurlijk beginsel, dat de brutale negatie daarvan, gelegen in het verbod van het onderzoek naar het vaderschap, tegen de borst stuit.’<sup>29</sup>

Deze verantwoordelijkheid behelst, vanuit Molengraaffs optiek, verschillende aspecten. Op de verwekker rustte enerzijds een moreel gekleurde plicht om de ‘smet der onwettige geboorte, door hem zelven in het leven geroepen’ weer weg te nemen, temeer omdat het kind daaraan ‘geen schuld heeft.’ Anderzijds riep het rechtsbeginsel in concreto vooral een plicht in het leven om aan het minderjarige kind onderhoud te verschaffen en het kind te laten erven.<sup>30</sup> Of van deze man verwacht mag worden dat hij vanaf de geboorte ook voor zijn identificeerbaarheid instaat op grond van zijn aandeel in de ontstaansgeschiedenis van het kind, wordt nergens expliciet gesteld. Echt verwonderlijk is dat laatste natuurlijk niet in het licht van de aanhoudende bewijsproblematiek. Dat neemt echter niet weg dat Molengraaff het vaderschapsonderzoek óók tot een ‘ethisch postulaat’ bestempelt en dat hij er, zij het nogal impliciet, van uit lijkt te gaan dat de juridische afstamming zoveel mogelijk aansluiting dient te vinden bij de biologische afstamming.<sup>31</sup> Dit lijkt voor hem wellicht zo een vanzelfsprekendheid, dat zij geen nadere explicitering of legitimering behoeft.

Verder houdt het argument van de onverwijtbaarheid aan het kind van diens onwettige status, diens ‘onschuld’, direct verband met het tweede rechtsbeginsel op grond waarvan het verbod volgens Molengraaff opgeheven zou moeten worden. Dit beginsel betreft de (status)gelijkheid van binnen en het buiten het huwelijk geboren kinderen. Een algehele formele en materiële gelijkheid komt Molengraaff echter nog als onwenselijk voor. Hij onderkent wel dat buiten het huwelijk geboren kinderen evenzeer opvoeding, onderhoud en de mogelijkheid om te erven ‘binnen bepaalde grenzen’ moeten krijgen, hetgeen in het fin-de-siècle zeker als een progressief standpunt gold. Een verdergaande gelijkstelling bepleit Molengraaff echter niet, omdat hij óók het huwelijk wil beschermen omdat de huwelijkse voortplantingsmoraal aan de eerder besproken ‘volksconsciëntie’ voldoet.

Een bijkomend voordeel van de opheffing van het verbod zou een verminderde aantrekkingskracht van het concubinaat voor de man zijn, nu deze op zijn verantwoordelijkheid in het kader van erfrechtelijke en onderhoudsrechtelijke aanspraken aangesproken zou kunnen worden door moeder en kind. In dat licht dient Molen-

---

29 Molengraaff 1896, p. 12-13.

30 Molengraaff 1896, p. 3, 5 en 8, waar uitsluitend verwezen wordt naar deze onderhoudsrechtelijke en erfrechtelijke gevolgen van de juridische afstamming.

31 Molengraaff 1896, p. 27.

graaffs opmerking te worden begrepen dat alleen bij een volk dat in promiscuïteit leeft, geen plaats is voor het vaderschapsonderzoek.<sup>32</sup> Zijn achtergrond als predikantszoon weerklinkt in zijn ‘bottom-line’ over dit punt, namelijk ‘dat zich aan de genoegens ook de plichten moeten voegen’.<sup>33</sup>

De bescherming van kinderrechten en van het huwelijk vormen nochtans niet de enige maatschappelijke doelen van het vaderschapsonderzoek. Vermelding verdient eveneens dat vanuit Molengraaffs optiek de vaderschapsprocedure de rechtsgelijkheid tussen man en vrouw bevordert. Dit verklaart waarom hij fel uithaalt tegen de hypocriete, dubbele morele standaard die achter het verbod schuilgaat, ‘die in den man verschoont en goedvindt, wat zij in de vrouw afkeurt en veroordeelt’.<sup>34</sup> Als verwerpelijk uitvloeisel van deze zogeheten ‘tweeërlei zedenwet’ zou het verbod zijn in wezen misogyne karakter dus nauwelijks verhullen.<sup>35</sup>

Samenvattend kan gesteld worden dat Molengraaff zijn betoog dus stoelt op twee rechtsbeginselen. Het gaat hem er primair om dat de vader verantwoordelijkheid neemt, vooral voor de onderhoudsrechtelijke gevolgen van afstamming. Daarnaast ziet hij in het vaderschapsonderzoek echter ook een sociaal- juridisch instrument dat een grotere gelijkheid kan bevorderen in twee verhoudingen, namelijk enerzijds in de verhouding tussen moeder en vader in het afstammingsrecht en anderzijds tussen vader en kind in het afstammingsrecht. Voordat ik overga tot een bespreking van de relevantie van deze beginselen met betrekking tot het recht op afstammingsinformatie, zal ik het rechtshistorische gedeelte echter afsluiten met een korte terugblik op de voorgaande eeuw en de bepaling van het vaderschap in het huidige afstammingsrecht.

### 2.3 *De twintigste eeuw: van publicatie in De Gids tot de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap*

Aan een deel van de bezwaren van Molengraaff tegen het verbod is de Nederlandse wetgever tegemoetgekomen.<sup>36</sup> In 1909 werd een onderhoudsactie tegen de verwekker toegelaten op basis van een wetsvoorstel uit 1898 van Cort van der Linden, dat als direct gevolg van Molengraaffs initiatief beschouwd mag worden. Ook nu nog kan de verwekker van een kind dat alleen in familierechtelijke betrekking tot de

---

32 Molengraaff 1896, p. 24.

33 Molengraaff 1896, p. 24.

34 Molengraaff 1896, p. 13.

35 Molengraaff 1896, p. 13.

36 Asser/De Boer, *Personen- en familierecht*, 2006, no. 750, p. 596, en no. 1072 e.v., p. 883-884.

moeder staat, alsmede de man die als levensgezel van de moeder ingestemd heeft met een daad die de verwekking tot gevolg kan hebben gehad, als ware hij ouder worden verplicht tot het voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind.<sup>37</sup> Omdat het Molengraaff toch vooral leek te gaan om de verantwoordelijkheid van de verwekker voor onderhoud, kan deze verwekkersactie beschouwd worden als de voornaamste vrucht van zijn betrokkenheid bij het vaderschapsvraagstuk.

Hoe is het verder gegaan? Sinds 1998 is het uitgangspunt sinds de laatste ingrijpende wetwijziging dat de juridische afstamming voorzover mogelijk aansluiting vindt bij de biologische afstamming.<sup>38</sup> Ondanks de feitelijke beschikbaarheid van DNA-onderzoek is het afstammingsrecht echter gebaseerd op wettelijke vermoedens van biologische afstamming, waarvan sommige een eeuwenoude oorsprong kennen. Op grond van het Romeinsrechtelijke *mater semper certa*-beginsel gaat men er, bijvoorbeeld, van uit dat de moeder die het kind baart ook genetisch materiaal deelt met dat kind.<sup>39</sup> Zelfs indien het geen twijfel lijdt dat het om draagmoederschap of eiceldonatie gaat, heeft deze moederschapsregel voorrang.

Kenmerkend voor een (bio- medische) vaststelling van het vaderschap blijft 'natuurlijk' dat zij zich aan een objectief waarneembaar moment, zoals de geboorte, onttrekt. Dit basisgegeven blijft dan ook medebepalend voor de voortdurende toepasselijkheid van wettelijke vermoedens die niet wezenlijk van afstammingsrechtelijke ficties verschillen van die van vóór het DNA-tijdperk. Van Romeinse oorsprong is de bewijsregel die thans in het Burgerlijk Wetboek is vastgelegd dat vader van het kind de man is die ten tijde van de geboorte met de moeder getrouwd is.<sup>40</sup> Verdedigbaar is daarom dat aan het uitgangspunt voldaan is nu de echtgenoot in de meeste gevallen inderdaad ook de biologische vader zal zijn. In deze 'vaderschapsregel' ligt bovendien een redelijk vermoeden besloten dat de echtgenoot van de moeder samen met haar voor het kind zorg zal dragen. De vaderschapsregel beantwoordt daarmee niet alleen aan doelmatigheidsoverwegingen, maar laat ook ruimte voor een louter intentioneel vaderschap.

Ontbreekt een formeel aanknopingspunt zoals een huwelijk, dan kan een dergelijk intentioneel ouderschap gebaseerd worden op een eenzijdige ongerichte familie-

---

37 1:394 jo 395a en 395b BW.

38 Wet van 24 december 1997, *Stb.* 772, in werking getreden op 1 april 1998. Het gaat hier nadrukkelijk niet om het adoptierecht, maar om het afstammingsrecht in enge zin.

39 1:198 BW. Uit de zwangerschap en de keuze voor de geboorte kan een intentie tot ouderschap ook afgeleid worden.

40 1:199 a en b BW.

rechtelijke rechtshandeling, de erkenning, waarvoor in beginsel toestemming van de moeder vereist zal zijn.<sup>41</sup> Net als bij een huwelijk met de moeder van het kind, zal voor een erkenning echter evenmin *ex ante* vereist zijn dat de man de biologische vader is. Pas wanneer het tot een ontkenning van het huwelijkse vaderschap of tot een vernietiging van de erkenning komt, zal de rechter DNA-zekerheid kunnen verlangen, omdat het vaderschap in deze beide procedures slechts ontkend zal kunnen worden op de grond dat de man niet de biologische vader van het kind is.<sup>42</sup>

Is de erkenning achterwege gebleven, dan staat voor het kind en de moeder de mogelijkheid open om het vaderschap gerechtelijk vast te laten stellen 'van de verwekker of de levensgezel die ingestemd heeft met een daad die de verwekking tot gevolg kan hebben gehad'<sup>43</sup> Deze 'gerechtelijke vaststelling van het vaderschap' vormt daarmee het laatste middel om het kind een tweede ouder te geven.<sup>44</sup> Vastgesteld kan worden het vaderschap 'van de verwekker en de man die als levensgezel heeft ingestemd met een daad die de verwekking tot gevolg kan hebben gehad', zelfs na diens overlijden. Het kind komt daarmee vanaf de geboorte in familierechtelijke betrekking tot deze verwekker of levensgezel te staan.<sup>45</sup>

Noodzakelijk en voldoende is voor de rechter dat op grond van de ten processe gebleken feiten en omstandigheden aannemelijk is dat de man de verwekker van het kind kan zijn.<sup>46</sup> Hoewel de rechter een DNA-onderzoek voor kan schrijven, staat het hem ook vrij om een dergelijk onderzoek niet te gelasten.<sup>47</sup> Partijen kunnen bovendien ook niet (fysiek) gedwongen worden tot deelname, omdat dit een ongerechtvaardigde aantasting van de lichamelijke integriteit gezien wordt, hoe minimaal deze inbreuk ook mag zijn.<sup>48</sup> Uit een weigering kan de rechter het gevolg trekken dat hij geraden acht:<sup>49</sup> de man 'is' (en blijft) de vader, zelfs als hij het

---

41 1:199, aanhef en onder c juncto 1:203 BW.

42 1:205 BW.

43 1:207 BW. Voor de moeder bestaat de mogelijkheid totdat het kind de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt, terwijl het kind deze procedure te allen tijde kan beginnen. Vindt de gerechtelijke vaststelling plaats, eventueel na overlijden van de man, dan kan het overigens niet meer ontkend worden.

44 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 469, nr .3, p. 18.

45 1:207 lid 5 BW.

46 Hoge Raad, 22 september 2000, *RvdW* 2000, p. 1299; Hoge Raad, 9 december 2005, LJN: AU3262. Het woordje 'kan' in de wetsbepaling van 1:207 lid 1 BW geeft dat ook al aan.

47 Hoge Raad, 11 juni 2004, *NJ* 2005, 116.

48 Een dwangsom zou mogelijk wel opgelegd kunnen worden. Zie: Asser/De Boer, 2006, nr. 738, p. 591.

49 Hof Leeuwarden, 20 maart 2001, *FJR* 2001, p. 190; Hoge Raad, 26 maart 2004, *RvdW* 2004, p. 493. Hoge Raad, 9 december 2005, LJN:AU3262.

eventueel bij gebrek aan bewijs niet is. Omdat het gerechtelijk vastgestelde vaderschap daarna niet meer juridisch aantastbaar is, kan bij gebrek aan DNA-bewijs niet uitgesloten worden dat het kind toch nog een juridische vader krijgt die slechts de vermoedelijke verwekker is. Opmerkelijk gevolg van de redactie van de wetsbepaling is ook dat wanneer een levensgezel ingestemd had met verkeer van de vrouw met een andere man, in beginsel moeder en kind één van beide mannen kan kiezen.

Met deze invoering van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, ruim een eeuw na Molengraaffs betoog in *De Gids*, heeft de Nederlandse wetgever twee doelen nagestreefd. Ten eerste is het afstammingsrecht zo verder in lijn gebracht met de vereisten die artikel 8 EVRM stelt aan de statusgelijkheid tussen binnen en buiten et huwelijk geboren kinderen.<sup>50</sup> Daarnaast zal de procedure in de regel een grote mate van zekerheid garanderen over de biologische afstamming, aangezien het vaderschap in dat geval niet gebaseerd is op een wettelijk vermoeden maar vaak pas na een DNA-onderzoek vastgesteld zal worden. Indien het kind familierechtelijke betrekkingen met de sociaal-juridische vader heeft, zullen deze echter verbroken dienen te worden voordat het vaderschap gerechtelijk vastgesteld kan worden.<sup>51</sup>

### 3. ‘Rechtsvergelijking’

#### 3.1 *Rechtsbeginselen en het recht op afstammingsinformatie in Nederland*

In Nederland vormen de *Valkenhorst* arresten van de Hoge Raad de voornaamste bakens in de grondrechtelijke erkenning van het recht op afstammingsinformatie.<sup>52</sup> De eiseres werd als buitenechtelijk verwekt kind in Moederheil geboren, een toen door rooms-katholieke geestelijken geleide instelling, die zich ten doel stelde begeleiding aan ongehuwde moeders en hun kinderen te verschaffen. Zij was op

---

50 De Hoge Raad had al geoordeeld dat het achterwege laten van een erkenning onder omstandigheden in strijd zou kunnen zijn met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens het kind of jegens de moeder in Hoge Raad, 3 april 1992, *NJ* 1993, 286.

51 Op grond van 1:200 of 1:205 BW. Zekerheid over het biologische vaderschap zal bij gebrek aan een gerechtelijk afgegeven deskundigenbericht wel op rechtmatige wijze verkregen kunnen worden via een DNA-test indien de partijen overeenstemming hebben bereikt over het afnemen van hun lichaamsmateriaal voor een dergelijke, buitengerechtelijke verwantschapstest.

52 Hoge Raad *Valkenhorst I*, 15 april 1994, *NCJM-Bulletin*, m.nt. Verhey, p. 652-658; Hoge Raad *Valkenhorst II*, 3 januari 1997, *NJ* 1997, p. 2421-2431.

zoek naar de identiteit van haar moeder. Uit het persoonlijkheidsrecht<sup>53</sup> leidde de Hoge Raad een recht op afstammingsinformatie af met betrekking tot (meederjarige) kinderen. Hun recht zou ten opzichte van het recht op privacy van de moeder sterker worden naarmate er meerdere jaren sinds de geboorte verstreken zijn.

In *Valkenhorst II* stelde de natuurlijke moeder van de eiseres vervolgens dat zij als slachtoffer van een verkrachting, zichzelf niet in staat achtte om de identiteit van de biologische vader prijs te geven. De Hoge Raad expliciteerde in dit arrest zijn uitgangspunt uit *Valkenhorst I* dat het recht van het kind dient te prevaleren boven het recht van de biologische ouder op privacy. Sterker nog, de Hoge Raad stelde zelfs dat het recht op afstammingsinformatie ingegeven wordt door een vitaal belang van het kind aan de ene kant en een verantwoordelijkheid van de biologische ouder aan de andere kant. Het ging de Hoge Raad daarbij dan nadrukkelijk om een andere verantwoordelijkheid dan ander toepassingsbereik dan Molengraaff voor ogen had, nu het niet zozeer gaat om de juridische afstamming of de (onderhoudsrechtelijke) gevolgen daarvan. Van de biologische ouder mag in de zienswijze van de Hoge Raad verwacht worden dat hij of zij garant staat voor identificeerbaarheid, zelfs als dat kind dus al lang geleden volwassen is geworden.<sup>54</sup>

In deze zaak deed de Hoge Raad echter noch van weinig rechtshistorisch besef, noch van bijzonder veel inlevingsvermogen blijken door de verantwoordelijkheid van de biologische ouder dienaangaande te benadrukken, nu de moeder niet alleen tegen haar wil zwanger was geworden. Bovendien was de eiseres in een tijd was verwekt, waarin procreatieve keuzevrijheid bij gebrek aan seksuele voorlichting, abortuswetgeving en anticonceptie sterk beperkt was en er op de buitenhuwelijkse geboorte bovendien een stigma rustte. Deze rechtshistorische kanttekening doet er echter mijns inziens geen afbreuk aan dat bij de erkenning van een recht op afstammingsinformatie het beginsel ‘verantwoordelijkheid’ in zijn algemeenheid toch richtinggevend mag zijn bij een afweging tegenover andere grondrechten, zelfs als het niet altijd veel aan de rechtsargumentatie zal toevoegen om deze verantwoordelijkheid te beklemtonen.<sup>55</sup> Om van een plicht uit te gaan om geen

---

53 Het lijkt weinig twijfel dat de Hoge Raad zich liet inspireren door de Duitse persoonlijkheidsrechtdoctrine in dit verband. Zie ook: R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht: een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*, Kluwer 2002, p. 117.

54 Dit is vermoedelijk iets anders dan een recht op omgang, of zelfs een eenmalig contact, met de biologische ouder. Hoge Raad 3 april 1993, *NJ* 1993, 286.

55 C.J. Forder, *Legal establishment of the Parent-Child relationship; Constitutional principles*, diss. Universiteit Maastricht 1995, p. 132. Voor Caroline Forder deed de Hoge Raad in dit arrest zich zelfs als ‘heiliger dan de Paus’ (holier than the Pope) voor door te wijzen op de verantwoordelijkheid van de biologische ouder om identificeerbaar te zijn. Kritisch laat zij



afstammingsinformatie achter te houden, zal toch echter vanuit een verantwoordelijkheid van de ‘ouder generatie’ met betrekking tot het nageslacht geredeneerd moeten worden. In het kader van de algemene geldingskracht van het rechtsbeginsel, lijken de kritische woorden van John Eekelaar over het EHRM- arrest *Odièvre vs. Frankrijk* daarom treffend.

In die omstreden zaak was het Straatsburgse Hof er juist vanuit gegaan dat het privacybelang van de biologische moeder in beginsel evenveel gewicht in de schaal legt als het recht van het kind om haar te identificeren, met name omdat het ‘zoekende kind’ een volwassene van achtendertig jaar oud was.<sup>56</sup> Eekelaar stelt daartegenover dat het recht van het ‘kind’ desalniettemin in beginsel altijd dient te prevaleren, omdat het kind zelf ‘nooit verantwoordelijk’ kan zijn voor zijn geboorte, terwijl een biologische ouder dat onlosmakelijk blijft.<sup>57</sup> Vanuit die optiek brengt de biologische verantwoordelijkheid in ieder geval een plicht met zich mee om identificeerbaar te zijn.<sup>58</sup>

Met betrekking tot het recht op afstammingsinformatie, stelt ook Machteld Vonk dat het begrip ‘procreatieve verantwoordelijkheid’ met zich meebrengt dat deze kennis vanaf de geboorte in beginsel beschikbaar moet zijn. Daaraan voegt zij echter nog toe de omstandigheden rond de verwekking en geboorte aanvaardbaar

---

zich dan ook uit over het begrip verantwoordelijkheid als rechtsbeginsel met betrekking tot afstammingskennis, vermeldt daarbij nochtans slechts een ‘uitzonderingsgeval’ van de ‘onverantwoordelijke’ verpleegkundige die de ‘verkeerde’ gameten injecteert bij een IVF-behandeling.

56 EHRM *Odièvre vs. Frankrijk*, Appl. No. 42326/98, 13 februari 2003, par. 44. Het ging hier om een situatie waarin de biologische moeder van het kind anoniem was bevallen, zoals dat in Frankrijk en in Luxemburg en een klein aantal andere landen is toegestaan. Kritiek, zie bijvoorbeeld: T.Callus, ‘Tempered hope? A qualified right to know one’s genetic origin’, *The Modern Law Review* 2004, p. 658-669.

57 ‘By characterizing the conflict as being between two adults, the majority sought to evade the priority which is usually given to children’s interests. But a major reason for prioritizing children’s interests above those of adults applies whatever the age of the child. It is that the offspring are not responsible for the circumstances that have arisen. They have been placed in it by the actions (excusable or otherwise) for others. Eekelaar, 2006, p. 72.

58 Wat deze identificatie naast een naam of adres mag omvatten, is in dit bestek niet zonder meer te beantwoorden. In ieder geval lijkt het Nederlandse recht er niet vanuit te gaan dat het een verplichting met zich meebrengt van de vermoedelijke biologische ouder om mee te werken aan een DNA-verwantschapstest (zie boven). Wanneer het recht op afstammingsinformatie is uitgeput, lijkt per situatie te kunnen verschillen. Buitenlandse adoptiekinderen kunnen, bijvoorbeeld, op grond van art.17b en 17d-g van de Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie (Wobka) kinderen gedurende dertig jaar toegang krijgen tot hun dossier, waarin in de regel tevens gegevens vermeld zullen zijn over de buitenlandse ouders, die echter niet de biologische ouders behoeven te zijn.

moeten zijn voor het kind.<sup>59</sup> Verlangt een meerderjarige afstammingsvoorlichting, dan lijkt vanuit een respect voor diens informationele zelfbeschikkingsrecht, het achterhouden van de persoonlijke ontstaansgeschiedenis, (nog) minder plaats, los van de vraag of dit verhaal als ‘onverteerbaar’ voorkomt.<sup>60</sup>

Vragen over de biologische afstamming kunnen nochtans in bijzonder uiteenlopende situaties ontstaan.<sup>61</sup> Volgens sommigen bestaan er relevante verschillen tussen adoptie en kunstmatige inseminatie, bijvoorbeeld, vanwege het feit dat in de laatstgenoemde situatie het kind in ieder geval één genetisch verwante ouder zal hebben en dat het kind geen biologische ouder ‘verloren’ heeft.<sup>62</sup> Gegeven deze verscheidenheid aan situaties, rijst de vraag of het gelijkheidsbeginsel niet met zich meebrengt dat de omvang van de verantwoordelijkheid van de biologische ouder om voor identificatie niet ook per situatie kan verschillen. Indien echter principieel afgewogen wordt op basis van een beginsel van procreatieve verantwoordelijkheid, dan zullen dergelijke verschillen echter wellicht minder relevant zijn.<sup>63</sup>

Zoals uit het voorgaande reeds blijkt, vormt een differentiërende factor tevens de leeftijd van de partij die afstammingsvoorlichting wenst. Onderscheid naar leeftijd vormt een uitgangspunt van de op 1 juni 2004 in werking getreden Nederlandse Wet Donorgegevens, die een einde heeft gemaakt aan de anonimiteitswaarborg van donoren die na de inwerkingtreding hun zaad afstaan.<sup>64</sup> De wet voorziet in een

---

59 M. Vonk, *Children and their parents*, Intersentia 2007, p. 252.

60 Het informationele zelfbeschikkingsrecht is het aspect van het persoonlijkheidsrecht dat het meest direct verband houdt met het recht op afstammingsinformatie. Naast procreatieve verantwoordelijkheid, vormt dit autonomiebegrip m.i. dan ook een leidend beginsel bij de bepaling van de reikwijdte van het recht op afstammingsinformatie.

61 De belangrijkste situaties zijn nochtans adoptie, kunstmatige inseminatie, overspel en draagmoederschap en anonieme geboorte in bepaalde landen zoals Brazilië, Frankrijk, Hongarije, Italië, Luxemburg en Roemenië.

62 O’Donovan, 1988, p. 43; M. Freeman, 1996, p. 276-277; T. Callus, ‘Tempered hope? A qualified right to know one’s genetic origin: *Odièvre v. France*’, *Modern Law Review*, 2004, p. 666-667.

63 Een afweging ten opzichte van andere belangen, zoals de privacy van de ouder, kan dan echter nog steeds noodzakelijk zijn. De EVRM-jurisprudentie gaat zeker niet uit van een absoluut recht, zoals ook blijkt uit het hierboven vermelde *Phinikaridou*-arrest, waar gesteld wordt dat het privacy-belang van de ouder mettertijd kan toenemen.

64 Wet van 25 april 2002, houdende regels voor de bewaring, het beheer en de verstrekking van gegevens van donoren bij kunstmatige donorbevruchting (Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting). *Stb.* 2003, 510. Ook in Zweden (1985), Oostenrijk, Finland, Nieuw-Zeeland, Noorwegen, Zwitserland, het Verenigd Koninkrijk en Western Australia en Victoria is de anonimiteitswaarborg opgeheven op grond van het recht van het kind op afstammingsinformatie. A. Lalos, C. Gottlieb en O. Lalos, ‘Legislated right for children to know their genetic origin: a study of parental thinking’, *Human Reproduction* 2007, p. 1759-1768.

geleidelijke kennisname met de donor, van wie de anonimiteit voorheen gewaarborgd werd. Terwijl medische informatie op verzoek van de huisarts te allen tijde kan worden opgevraagd<sup>65</sup>, zullen niet-identificerende, fysieke en sociale gegevens met betrekking tot de donor, zoals zijn uiterlijke kenmerken en beroep, door de ouders van het kind dat jonger dan twaalf is en vanaf het bereiken van de twaalfjarige leeftijd door het kind zelf verzocht kunnen worden bij de door de wet in het leven geroepen Stichting donorgegevens.<sup>66</sup> Behoudens (niet nader gespecificeerde) zwaarwegende belangen van de donor, zal de Stichting bij het ontvangen van een verzoek van een kind dat de zestienjarige leeftijd heeft bereikt, persoonsidentificerende donorgegevens, die onder meer diens geslachtsnaam betreffen, verstrekken.<sup>67</sup>

Opvallend is dat in de Wet donorgegevens het belang van het kind om de biologische vader te kennen verondersteld wordt. Het wordt dan ook niet van het kind verwacht dat het aannemelijk maakt dat hij of zij psychische schade zou ondervinden, wanneer de informatie onthouden zou worden. Slechts in uitzonderlijke gevallen zal de verstrekking achterwege blijven. Als voorbeeld van zwaarwegende belangen van de donor schetst de regering de situatie waarin de donor op het moment van de donatie nog jong was en geen gezin had.<sup>68</sup> Zelfs wanneer dergelijke donorbelenen onderkend worden, zal de Stichting de belangen van de donor evenwel moeten afwegen tegen de mogelijke gevolgen van niet-verstrekking voor het kind.

### 3.2 *Actuele ontwikkelingen in het Duitse recht op het gebied van het recht op afstammingsinformatie*

Anders dan in Nederland ontbreekt in Duitsland wetgeving met betrekking tot het recht op afstammingsinformatie in het kader van donorinseminatie. Dat mag verwonderlijk heten, nu het recht in zijn algemeenheid sinds 1989 constitutioneel verankerd is op grond van de persoonlijkheidsrechtdoctrine van het Bundesverfassungsgericht.<sup>69</sup> In dat baanbrekende arrest ging het er voor het kind primair om te weten waar het vandaan kwam, terwijl het kind de bestaande familierechtelijke betrekkingen met zijn ouders niet wilde verbreken. Een ander opvallend verschil

65 Art. 2a juncto artikel 3 lid 1 onder a Wet donorgegevens.

66 Art. 2b juncto artikel 3 lid 1 onder b Wet donorgegevens.

67 Art. 2c juncto artikel 3 lid 1 onder c Wet donorgegevens.

68 *Kamerstukken II* 1999/2000, 23 207 nr. 6.

69 BVerfGE 79, 256 = *FamRZ* 1989, p. 255. Het ontbreken van wetgeving wordt voornamelijk verklaard vanuit politieke onwil om bio-ethische kwesties te reguleren. T. Helms, *Die Feststellung der biologischen Abstammung: eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht*, Duncker & Humblot, 1999, p. 122-123.

met Nederland is dat deelname aan de verwantschapstest in Duitsland behoudens risico's voor de gezondheid van de betrokkenen verplicht is.<sup>70</sup>

Als gevolg van het arrest van 1989 ontstond er een discussie in de rechtsliteratuur over een louter informationele procedure.<sup>71</sup> Pas dit jaar is een dergelijke informationele procedure in werking getreden nadat het Bundesverfassungsgericht aan de wetgever een termijn had gesteld om het recht op afstammingsinformatie met afdoende procedurele waarborgen te omkleden.<sup>72</sup>

Directe aanleiding voor de uiteindelijke invoering van de procedure vormt de rechtsproblematiek rondom private verwantschapstests, die onder meer via internet besteld kunnen worden. Vooral de Duitse wetgever heeft hierin naderend familie-onheil gezien. De Duitse minister van Justitie Zypries stelde aanvankelijk een algeheel verbod op deze *heimliche Vaterschaftstests* voor, omdat de vader bij het kind lichaamsmateriaal zou kunnen afnemen zonder zich van de instemming van het kind of de (gezagsdragende) moeder te vergewissen.<sup>73</sup> Tot een verbod kwam het evenwel niet. Een nogal casuïstische rechtspraak met betrekking tot indicaties van de afwezigheid van de biologische band ontbrak als preliminaire eis vóór de eigenlijke ontkenningprocedure volgde.<sup>74</sup> Het afluisteren van moeders *Handy* en een impulsieve niet oprecht bedoelde overspelsbekentenis mochten nochtans geen toereikende *Anfangsverdacht* opleveren voor de statusprocedure waarvoor hij vastzat aan de rechtszekerheidstermijn van twee jaar. Het Bundesgerichtshof onderkende in deze arresten het bestaan van een spanningsveld door te refereren aan moeders mogelijk '*rein egoïstische Eigeninteressen*' in verband met vaders onderhoudsverplichtingen enerzijds en het belang van vaderzijde en kindzijde bij afstammingskennis anderzijds.<sup>75</sup> Een loskoppeling van aan de juridische afstam-

---

70 §372a Zivilprozessordnung. Dit voorschrift is omstreden, temeer omdat het tijdens de nationaal-socialistische periode in 1938 is ingevoerd. Zie: R. Frank, 'Compulsory physical examinations for the establishment of parentage', *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1996, p. 210. Die gezondheidsrisico's zullen tegenwoordig bij een DNA-test, anders dan bij een bloedtest, in de regel niet aangenomen kunnen worden.

71 D. Mutschler, 'Emanzipation und Verantwortung – zur Neuordnung des Abstammungsrechts', 1994, *FamRZ*, p. 65; sceptisch: Gernhuber/Coester-Waltjen, *Familienrecht*, Beck Verlag, 2006, p. 587-588.

72 BVerfGE, 13 februari 2007, *FamRZ* 2007, p. 441.

73 *Der Spiegel* 2/2005, p. 58.

74 BGH, Urt. v.12.1.2005 - XII ZR 60/03, alsmede BGH XII ZR 227/03, *NJW* 2005, 497. Zie, wat deze problematiek betreft, in het kader van de nieuwe afstammingsprocedure tevens: R. Frank & T. Helms, 'Entwurf eines Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren', *FamRZ*, 2008, p. 7-9

75 C. Rittner & N. Rittner, 'Rechtsdogma und Rechtswirklichkeit am Beispiel sogenannter heimlicher Vaterschaftstests', *NJW*, 2005, p. 945-948.

ming gerelateerde rechtsgevolgen, zoals onderhoudsaanspraken, van de wens om zekerheid over de biologische afstamming te krijgen, zou daarom voor de hand liggen.

Blijkt tussen een ouder en het kind geen biologische band te hebben bestaan, dan brengt dat niet zonder meer het einde van de bestaande familierechtelijke betrekkingen tussen vader en kind teweeg.<sup>76</sup> Net als in overige vaderschapsprocedures, kan in de nieuwe, informatieve Duitse afstammingsprocedure het lichaamsmateriaal ten behoeve van de verwantschapstest echter eventueel tegen de wil van de betrokkene worden afgenomen. De juridische vader, de moeder en het kind kunnen te allen tijde een titel verzoeken om elkaar over en weer te verplichten medewerking te verlenen aan de verwantschapstest.<sup>77</sup> Een clause houdt echter rekening met het belang van het kind om de biologische waarheid (nog) niet te weten, dat het recht op informatieve zelfbeschikking tevens omvat.<sup>78</sup> Als voorbeeld van een geval waarin de rechter geen medewerking aan een DNA-test zou moeten verplichten, verwijst de wetgever naar de situatie waarin een minderjarige adolescent aan een eetstoornis lijdt en een onthulling van de identiteit van de verwekker de identiteitsproblemen van de minderjarige vermoedelijk slechts zou vergroten.<sup>79</sup>

Het buitengerechtelijk verkregen bewijs kan echter daarna in beginsel nog aangedragen worden ten behoeve van de 'normale' statusprocedure, zelfs als het de rechter in beginsel vrijstaat om bij de ontkenning van het (juridische) vaderschap om een nieuwe test te verzoeken. Dit sanctiemiddel zou een kwaliteitsverhogend effect hebben op internetlaboratoria die verwantschapstests aanbieden, nu er kennelijk vanuit gegaan wordt dat de partijen toch tot deze 'tweede ronde' zullen overgaan indien gebleken is dat de biologische band tussen vader en kind nooit heeft bestaan. De partijen zijn daarbij, anders dan in de nieuwe procedure, echter

---

76 Het wetsvoorstel gaat ervan uit dat in 80% van de procedures het bestaan van de biologische band bevestigd zal worden.

77 §1598a BGB. In beginsel zal ook ingeval van draagmoederschap de juridische moeder gedwongen kunnen worden om een DNA-test te ondergaan. Indien blijkt dat zij geen genetische verwantschap heeft met het kind, dan blijft zij op grond van §1591 BGB echter toch de (juridische) moeder van het kind omdat dit moederschap niet ontkend kan worden.

78 Art. 2 I juncto artikel 1 I GG. Over dit 'recht niet te weten': BGH, Urt. v.12.1.2005 - XII ZR 60/03, alsmede BGH XII ZR 227/03, *NJW* 2005, 497BVerfGE 13 februari 2007, R. Zuck, 'Der (heimliche) Vaterschaftstest: was kann der Gesetzgeber tun?', *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2005, p. 117-119.

79 *BT-Drucksachen* 16/6561, p. 16.

wel aan een procedurele termijn gebonden, omdat de rechtszekerheid en het belang van het kind op te groeien in een stabiele gezinsomgeving daarmee gediend is.<sup>80</sup>

Het voornaamste kritiekpunt blijft echter dat van de vermeende biologische vader zonder rechtstatus géén medewerking aan de verzochte verwantschapstest kan worden verlangd, terwijl het kind het er nu juist aan gelegen zal zijn om hém te identificeren.<sup>81</sup> Een bezwaar tegen toelating tot de procedure zou volgens de wetgever daarin liggen, dat de biologische vader in menig geval niet de verantwoordelijkheden die de wet aan het juridische vaderschap verbindt, op zich te nemen, waarbij voor de juridische vader, nadat de termijnen voor een ontkenning van het juridisch vaderschap zijn verstreken, slechts de financiële lasten van een *Zahlvaterschaft* zouden resten. De biologische vader zou zich dus verre kunnen houden van de juridische gevolgen van afstamming, terwijl de sociaal- juridische vader ook, na het verstrijken van de procedurele termijn, niet meer aan zijn onderhoudsverplichtingen zou kunnen ontkomen. In die zin is een ontkoppeling van het belang om de biologische ouder te kennen aan de enerzijds en het belang bij het hebben van een juridische ouder anderzijds niet bereikt.<sup>82</sup>

#### 4. Conclusie

In mijn bijdrage heb ik laten zien dat Molengraaffs keuze voor een rechtshistorische en ‘rechtsvergelijkende’ benadering van rechtsvragen over afstamming nog steeds actueel zijn. Met name bij het bestuderen van de relevantie van Molengraaffs afstammingsrechtelijke rechtsbeginselen, blijft zijn benadering van het ‘in het volk levende’, betere recht inspireren. Daarnaast ben ik ingegaan op de vraag in hoeverre deze rechtsbeginselen met betrekking tot de herinvoering van het vaderschapsonderzoek in het fin-de-siècle nu ook nog richtinggevend kunnen zijn voor rechtsvragen omtrent het rechtsbelang bij afstammingsvoorlichting.

---

80 §1600 juncto § 1600b BGB. Een dies a quo termijn van twee jaar geldt in beginsel, vanaf het moment dat er twijfels ontstaan bij de vader of het kind of bij de moeder vanaf het moment van de geboorte. Een kind kan tot twee jaar na het bereiken van de meerderjarigheid ook het juridische vaderschap ontkennen. Het begin van de termijn wordt uitgesteld indien de nieuwe procedure, die altijd toelaatbaar blijft, eerst is ingesteld (§1598a juncto §1600b (5) BGB).

81 *BT-Drucksachen* 13/4899, p. 56. De rechtspositie van de biologische vader is in Duitsland overigens wel versterkt met betrekking tot het ontkennen van het juridische vaderschap van de man die het kind erkend heeft en de echtgenoot van de moeder, wanneer een sociaal-juridische verhouding (‘family life’) tussen het kind en de juridische vader ontbreekt op grond van §1600 III BGB. BVerfGE, 9 april 2003 = *NJW* 2003, p. 2151.

82 Frank & Helms 2007, p. 1279.

Een vergelijking van het Nederlandse en het Duitse recht maakt inzichtelijk dat het toepassingsbereik van het rechtsbeginsel ‘ouderlijke verantwoordelijkheid’ verruimd is. Ging het Molengraaff primair om het geldend maken van onderhoudsaanpakken van moeder en kind tegen de vader, nu wordt ook verwacht dat de biologische vader voor het kind identificeerbaar is. Daaraan ligt de rechtsontwikkeling ten grondslag van erkenning van een recht op afstammingsinformatie. Deze ontwikkeling kan niet begrepen worden zonder een brede, rechtshistorische contextualisering, waarbij met name de bio-medische ontwikkeling en het gelijkheidsstreven van binnen en buiten het huwelijk geboren kinderen een cruciale rol hebben gespeeld.

Zo kan het rechtsbeginsel (procreatieve) verantwoordelijkheid evenmin los gezien worden van de grote maatschappelijke en medische ontwikkelingen op het gebied van abortuswetgeving en anticonceptie. Hierdoor is een grotere procreatieve vrijheid voor ouders ontstaan. Dit punt is in de *Valkenhorst*-arresten door de Hoge Raad niet in overweging genomen. Nochtans is mijns inziens aan het rechtsbeginsel een vergaande, maar weloverwogen betekenis toegekend in de Nederlandse Wet donorgegevens. Het recht op afstammingsinformatie krijgt in deze wet een vrij absoluut karakter.<sup>83</sup> Interessant is daarbij de gefaseerde, leeftijdsafhankelijke vestrekking van de gegevens. Deze onderverdeling van soorten afstammingsinformatie kan bovendien bijdragen aan een duidelijkere omlijning van de conceptuele bereik van dat recht, dat in Nederland geen recht op DNA-zekerheid lijkt te omvatten.<sup>84</sup>

Rechtsvergelijkend onderzoek blijft voor een verdere afbakening van de reikwijdte van het recht op afstammingsinformatie daarom van belang, mede gelet op zijn tamelijk recente grondrechtelijke erkenning. Nu deze grondrechtelijke erkenning op internationaal en Europees niveau sinds een aantal jaren verankerd is, zou deze rechtsvergelijkende aandacht zich primair moeten verleggen naar de vraag hoe dit recht met procedurele waarborgen kan worden omkleed. Op procedureel niveau vormt de louter informatieel bedoelde procedure in Duitsland met name een interessant voorbeeld, nu daarin de rechtsgevolgen van de juridische afstamming los gezien worden van de behoefte aan afstammingskennis. Bovendien komt daardoor de verantwoordelijkheid voor de verstrekking van gegevens niet uitsluitend meer bij de (juridische) ouders te liggen, terwijl de rechter toch rekening kan

---

83 In het kader van de rechtzekerheid, wordt van donoren die voor de inwerkingtreding van de Wet donorgegevens per 1 juni 2004 evenmin verwacht dat zij ‘verantwoordelijk’ zijn geworden om donorgegevens te verstrekken. Vgl. *Valkenhorst II*.

84 Zie, wat kunstmatige donorbevruchting betreft, in dat verband ook de Memorie van Toelichting bij het Besluit donorgegevens kunstmatige bevruchting, *Stb.* 2003, p. 320.

houden met het belang van het kind bij niet-verstrekking van de identificerende gegevens.

Het ging Molengraaff vooral om dat het buitenechtelijk verwekte kind in een rechtsverhouding tot zijn vader zou kunnen komen te staan. Omdat het dus vooral om de juridische afstamming ging, kende de onderhoudsrechtelijke aanspraak van moeder en kind jegens de verwekker van het kind in deze discussie prioriteit. Kennisname door het kind van de biologische waarheid over de afstamming zal voor Molengraaff wellicht van secundair belang geweest zijn. Dat neemt niet weg dat ook toen mensen de feiten van hun ontstaansgeschiedenis, even universeel als hoogstpersoonlijk, in hun eigen levensverhaal wilden inbedden en dat een dergelijk, van de juridische afstamming afzonderbaar rechtsbelang ook naar aanleiding van Molengraaffs publicatie in *De Gids* onderkend werd.<sup>85</sup> Zelfs wanneer de huidige constitutionele verankering van dit recht gedeeltelijk vanuit de bio-medische ontwikkeling verklaard moet worden, zal de ‘volksconsciëntie, er bovendien toen, evenals nu, van uit zijn gegaan dat rechtsvragen over het vaderschap verder reiken dan de mate van zekerheid over de biologische waarheid.

---

85 H. Pierson, ‘Drie belangrijke wetsontwerpen II’, *Getuigen en reddten*, 1898, nr. 20, p. 73-75. ‘Ieder mensch stamt af van een vader en een moeder en dus heeft het kind er recht op, dat zijn afstamming duidelijk worde gemaakt, omdat daarvan zijn leven grootendeels afhangt. Recht op onderhoud volgt daaruit natuurlijk: of daaruit ook andere rechten voortspuiten is een tweede vraag, die nauwkeurig moet worden behandeld’.



## Een voornaam naar keuze

*M.C. van Gestel\**

Molengraaff was een moderne denker die vond dat het recht bij de maatschappij moest passen. Wat zou zijn mening zijn geweest over het voornaamrecht? Zou de huidige regeling nog bestaan als hij hierop invloed had kunnen uitoefenen?

### 1. Inleiding

‘Wat zou Molengraaff hiervan gevonden hebben?’ was de vraag die door alle inleiders op de bijeenkomst ter ere van Molengraaffs 150<sup>ste</sup> verjaardag werd gesteld. Een vraag die ik ook in deze bijdrage wil stellen. Hoewel Molengraaff, die een zeer breed georiënteerde jurist was,<sup>1</sup> zich niet heeft beziggehouden met het voornaamrecht – het gebied waarop deze bijdrage betrekking heeft – heeft de door Molengraaff gevoerde strijd tegen verouderde privaatrechtelijke wetgeving en zijn streven om deze aan de eisen van het moderne maatschappelijke verkeer aan te passen,<sup>2</sup> mij hiertoe geïnspireerd. Want de voornaamwetgeving is verouderd en bestaande regels worden door de rechtspraak soms te beperkt uitgelegd.

Het voornaamrecht houdt de juridische gemoederen niet erg bezig. Ten onrechte, want een naam is belangrijk. Belangrijk voor de maatschappij en belangrijk voor het individu zelf, omdat via de naam individualisatie plaatsvindt. In het maatschappelijke verkeer wordt deze functie vooral door de achternaam vervuld (in combinatie met voornaam of voorletters) en binnen de eigen sociale kring (familie, collega’s, of vrienden) is de voornaam belangrijk. Ook al spelen allerlei cijfers en codes, zoals sofnummers en relatienummers, tegenwoordig een belangrijke rol, we kunnen nog steeds zeggen dat men zich via de naam van anderen onderscheidt.

De voornaam wordt bij de geboorte door de ouders gekozen. Zij kunnen hun kind allerlei namen geven. De keuzevrijheid is groot: een Nederlandse of een buitenlandse naam, een moderne of een historische naam, een populaire of een excentrieke naam, een fantasienaam of een ‘gewone’, er lijken geen beperkingen.

---

\* Mw.Mr. M.C. van Gestel is universitair hoofddocent bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

1 Vgl. de opgenomen artikelen in de *Molengraaffbundel*, ‘Keuze uit de verspreide geschriften van Mr. W.L.P.A. Molengraaff met levensbeschrijving en bibliografie’, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978.

2 Zie de bijdrage van Jansen in deze bundel.

Voor het aantal voornamen geldt dit eveneens. Terwijl bij de achternaam slechts een keuze uit twee mogelijk is – die van de vader of de moeder – zijn er bij de voornaam mogelijkheden te over. Dit geeft de voornaam – mede gezien de functie binnen de sociale kring – een hoogst persoonlijk karakter.

Die keuzevrijheid was vóór de invoering van Boek 1 BW in 1970 beperkt. In principe kon alleen gekozen worden uit historische, bijbelse en gebruikelijke namen. Maar tegenwoordig, zo wordt algemeen gezegd, zijn ouders eigenlijk vrij bij het kiezen van een voornaam.<sup>3</sup> In deze bijdrage wordt de veronderstelde vrijheid in het kiezen van een voornaam onder de loep genomen. Eerst worden enige beschouwingen gewijd aan de invloed van het EVRM op het naamrecht. In de paragrafen 3 en 4 worden de beperkingen op de keuzevrijheid besproken en de problemen die daardoor ontstaan. De rol van de rechter in een procedure tot naamswijziging komt in paragraaf 5 aan de orde. Geëindigd wordt met enkele concluderende opmerkingen en wordt teruggekomen op de vraag ‘Wat zou Molengraaff ervan gevonden hebben?’

## 2. Naam en EVRM

Sinds het Marckx-arrest in 1979 – waarin het Europese Hof te Straatsburg *family life* in artikel 8 EVRM ruim heeft geïnterpreteerd – werd in de Nederlandse rechtspraak nogal eens geoordeeld dat verschillende bepalingen uit Boek 1 BW in strijd waren met het recht op *respect for family life*. Met name een aantal artikelen op het terrein van het afstammingsrecht kon de toets van artikel 8 EVRM niet doorstaan, hetgeen mede geleid heeft tot de invoering van het nieuwe afstammingsrecht op 1 april 1998.

Niet alleen de afstamming, maar ook de naam valt onder de bescherming van artikel 8 EVRM. Voor de achternaam is dit in 1992 door de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens bepaald.<sup>4</sup> Voor de voornaam ligt dat moment later. In 1977 – vóór het Marckx-arrest – bepaalde de Europese Commissie nog dat ouders artikel 8 EVRM niet konden inroepen om hun kind een onbeperkt aantal voornamen te geven, omdat voornamen niet onder de begrippen *private life* en *family life* vallen.<sup>5</sup> Bijna twintig jaar later, in 1996, bepaalde het Europese Hof dat

---

3 Zie o.a. *Personen- en familierecht* (losbl.), titel 2, art. 4, aantekening 2 (De Groot), alsmede Asser-De Boer 2006, nr. 37.

4 ECRM 21 oktober 1992, zaak 16213/90, par. 47 (Burghartz).

5 ECRM 5 oktober 1977, zaak 7440/76, samengevat in Council of Europe, *Digest of Strasbourg case-law relating to the European Convention on Human Rights*, Köln/Berlin 1985, p. 78.

voornamen, evenals achternamen, wel degelijk beschermd worden door artikel 8 EVRM.<sup>6</sup>

Het feit dat de naam onder de bescherming van artikel 8 EVRM valt, houdt niet in dat er geen beperkingen gesteld mogen worden. Deze zijn echter alleen toegestaan als ze bij wet zijn voorzien en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving voor de in lid 2 genoemde belangen. Toegesplitst op de voornaam zouden relevante belangen zijn: de bescherming van de goede zeden en de bescherming van rechten en vrijheden van anderen, waaronder de bescherming van het belang van het kind kan vallen.

In januari 1998 is mede onder invloed van artikel 8 EVRM het naamrecht in Boek 1 BW gewijzigd. De wijzigingen hebben echter alleen betrekking op de achternaam, het voornaamrecht, geregeld in artikel 1:4 BW, is ongewijzigd gebleven. De wetgever gaat er blijkbaar van uit dat de geboden keuzevrijheid optimaal is en dat de in artikel lid 2 gestelde beperkingen op die keuzevrijheid noodzakelijk en geoorloofd zijn op grond van lid 2 van artikel 8 EVRM. Hieruit, en wellicht ook uit het feit dat over voornamen niet veel jurisprudentie is verschenen, zou de conclusie getrokken kunnen worden dat de regeling met betrekking tot de voornaam naar wens is en dat er weinig of niets op aan te merken valt. Ten onrechte.

Als van de geboorte van een kind aangifte wordt gedaan, vraagt de ambtenaar van de burgerlijke stand onder andere welke voorna(a)m(en) het kind zal krijgen. Inschrijving van de opgegeven namen mag hij op een tweetal gronden weigeren, aldus artikel 1:4 lid 2 BW. In de eerste plaats mogen geen 'ongepaste' voornamen gegeven worden. De tweede beperking houdt in dat voornamen die overeenstemmen met geslachtsnamen, niet zijn toegestaan. Een uitzondering wordt gemaakt voor geslachtsnamen die tevens gebruikelijke voornamen zijn.

Tegen een weigering staat geen bijzonder beroep open. Alleen via de procedure tot voornaamswijziging van artikel 1:4 lid 4 BW kan hierover een oordeel worden verkregen.<sup>7</sup> Omdat de rechter zijn beslissing neemt op grond van dezelfde criteria als de ambtenaar van de burgerlijke stand, zijn in de paragrafen 2 en 3 waarin de twee weigeringsgronden worden besproken, ook rechterlijke uitspraken meegenomen.

### 3. Bestaande geslachtsnamen

Eén van de twee door artikel 1:4 BW gestelde beperkingen op de keuzevrijheid is dat de voornaam niet mag overeenstemmen met een geslachtsnaam. Reden van de

---

<sup>6</sup> EHRM 24 oktober 1996, *NJ* 1997, 324 (Fleur de Marie).

<sup>7</sup> Op deze wijze is er enig inzicht in welke namen door ambtenaren van de burgerlijke stand geweigerd zijn. Echter lang niet alle ouders willen geld en/of energie in een rechtszaak steken. Het beeld is dus beperkt.

wetgever om deze beperking op te nemen, is om te voorkomen dat iemand buiten de wet om een ‘dubbele’ achternaam probeert te creëren. Als iemand een geslachtsnaam als laatste voornaam gebruikt zal die indruk al snel ontstaan.

Een bestaande geslachtsnaam mag wel als voornaam gebruikt worden als deze tevens een gebruikelijke voornaam is. Roos en Barend zijn achternamen, maar tevens gebruikelijke voornamen en mogen niet geweigerd worden. Willems daarentegen is geen gebruikelijke voornaam en kan geweigerd worden. Met ‘gebruikelijk’ wordt bedoeld een min of meer algemeen gebruikelijke voornaam.<sup>8</sup> Als de nadruk in ‘min of meer gebruikelijk’ wordt gelegd op het woord ‘min’, dan is het niet nodig dat er een levende drager van die naam moet zijn en dat gebruik in één familie ook voldoende kan zijn.<sup>9</sup>

Patronymica en metronymica verdienen in dit verband aparte aandacht. Een patronymicum is de naam van de vader, gevolgd door een uitgang die ‘zoon van’, ‘dochter van’ of meer algemeen ‘afstammeling van’ betekent, zoals Willemszoon of Jaapsdochter. Een metronymicum is een verwijzing naar de voornaam van de moeder: Mirjamszoon of Elisesdochter. Behalve de volle vermelding van zoon of dochter kunnen ook uitgangen als -z, -s, -ma, -ink, -ing, -son, of -sen duiden op een patronymicum dan wel metronymicum.

Vóór de invoering van de geslachtsnaam in 1811 werd een patronymicum (of een metronymicum) – als men nog geen geslachtsnaam had – vaak gebruikt om iemand nader aan te duiden. Bij de verplichte invoering van de achternaam viel die noodzaak weg. Veel patronymica werden als geslachtsnaam overgenomen, zoals Jansen, Willemsen, Pietersen. Omdat ze nu bestaande achternamen zijn, worden deze patronymica als voornaam geweigerd.

Toen het Hof ’s-Gravenhage Willemszoon als voornaam weigerde omdat dit een bestaande geslachtsnaam is, werd in cassatie gesteld dat het hof had moeten onderzoeken of de samenstelling van een voornaam met het woord zoon sedert eeuwen hier te lande gebruikelijk is geweest. De Hoge Raad oordeelde echter in 1971 dat met ‘gebruikelijke voornamen’ niet anders bedoeld kan zijn dan voornamen die thans in Nederland gebruikelijk zijn en verwierp het beroep.<sup>10</sup> Discriminerend dus voor vader Willem die zijn zoon geen patronymicum als voornaam mag geven, terwijl vader Jelmer (Jelmer is immers geen gebruikelijke geslachtsnaam) dit in beginsel wel mag (zie echter ook paragraaf 4.2).

Men kan zich afvragen of de bepaling dat bestaande geslachtsnamen als voornamen geweigerd moeten worden, nog van deze tijd is en of de bepaling niet beter

---

8 Parlementaire Geschiedenis Boek 1, p. 24.

9 Invoeringswetgeving Boek 1, p. 1053.

10 Hoge Raad 4 februari 1971, *NJ* 1971, 227.

kan worden geschrapt.<sup>11</sup> Verrijging van een dubbele achternaam wordt (thans) voorkomen door het voeren van een zorgvuldige administratie, met aparte velden voor voor- en achternaam. Als de administratie in orde is, zal het niet lukken om officieel een dubbele achternaam te verkrijgen. Voornaam blijft voornaam, achternaam blijft achternaam.

#### 4. Ongepaste namen

##### 4.1 Voorbeelden

Behalve een bestaande geslachtsnaam als voornaam, kan ook een ongepaste voornaam geweigerd worden. De ambtenaar van de burgerlijke stand die hierover moet beslissen, staat voor een moeilijke taak, want de wetgever laat zich niet uit over wat onder ‘ongepast’ moet worden verstaan en in de parlementaire toelichting ontbreken aanwijzingen hierover.

Voorbeelden uit de oude doos van namen die ooit als ongepast geweigerd werden (door de ambtenaar van de burgerlijke stand of door de rechter in het kader van een wijzigingsprocedure), zijn Uivertje, stammend uit de tijd dat de Uiver zijn beroemde vlucht maakte, en in de jaren zestig de combinatie van de namen Maria Juana die tezamen een associatie oproepen met marihuana.<sup>12</sup>

Recenter (1992) gaven de namen Suzej Christus aanleiding tot verschil van mening. Het verzoek om toevoeging van deze namen aan de bestaande voornamen werd door de Rechtbank Utrecht als wellicht kwetsend voor bepaalde personen – en daarmee als niet wenselijk en ongepast – geweigerd. Het Hof Amsterdam was deze mening echter niet toegeedaan en wees het verzoek toe.<sup>13</sup>

In december 1997 weigerde een ambtenaar van de burgerlijke stand om Miracle of Love als voornaam in de geboorteakte op te nemen. Hij motiveerde zijn beslissing door te stellen dat onder ongepast ook verstaan moet worden namen die naar hun aard geen voornaam zijn. De ouders dienden vervolgens een verzoek tot voornaamswijziging in bij de Rechtbank Amsterdam. De rechtbank betreft artikel 8 EVRM in haar motivering en overweegt dat aan ouders bij de keuze van een voornaam grote vrijheid moet worden gelaten, omdat daarmee uitdrukking wordt gegeven aan *family life* in de zin van artikel 8 EVRM, maar dat wel enige beperkingen gesteld kunnen worden. Daarbij is van belang dat het recht om voornamen te geven, niet op verwarrende wijze wordt uitgeoefend opdat met de voornamen

---

11 Zie ook Gerrit Bloothoofd, ‘Opmerkelijke voornamen in de GBA (2), Patroniemen en familienamen’, *Burgerzaken & Recht*, 2008/1, p. 12.

12 Beide voorbeelden ontleend aan: Ernée Loeb, *Naam en recht: praktische beschrijving van het naamrecht*, 's-Gravenhage 1990, p. 30.

13 Rechtbank Utrecht 15 juli 1992 en Hof Amsterdam 14 december 1992, *NJ* 1994, 570.

zonder evenredige problemen aan het economisch rechtsverkeer en ander maatschappelijk verkeer zal kunnen worden deelgenomen. Ook denkt de rechtbank aan voornamen die hun doel voorbijschieten en een groot ongemak voor het kind opleveren. De rechtbank is van oordeel dat dit alles niet opgaat voor Miracle of Love en staat de wijziging toe, mits tussen de woorden liggende streepjes worden geplaatst om te doen uitkomen dat de naam één geheel is.<sup>14</sup>

#### 4.2 Motivering

Om de weigering van een voornaam te motiveren, neemt de ambtenaar van de burgerlijke stand nog wel eens het standpunt in dat de gekozen naam uit de aard geen voornaam is, of niet het karakter heeft van een voornaam, en derhalve ongepast is, vergelijk Miracle of Love. Aanbevolen is om namen als Tulp en Violtje om die reden te weigeren.<sup>15</sup> Ook met betrekking tot Junior en Senior wordt wel gezegd dat dit in beginsel generatieaanduidingen zijn, en derhalve geen voornamen.<sup>16</sup>

Ook worden soms patronymica geweigerd omdat deze naar de aard geen voornaam zijn en dus ongepast. In 1981 wees de Rechtbank Zutphen met deze redenering de voornaam Adriaanszoon af.<sup>17</sup> Ruim een decennium geleden werd door de ambtenaar van de burgerlijke stand Philipsdochter geweigerd. Bij een verzoek tot naamswijziging werd de naam door de Rechtbank Amsterdam – met een verwijzing naar artikel 8 EVRM – wel geaccepteerd.<sup>18</sup>

Een voornaam die geen voornaam is, wordt blijkbaar ongepast gevonden. Maar wanneer is iets wel of geen voornaam? Is één enkele letter een voornaam (P)? Mag een naam gecombineerd worden met een cijfer (Peter2)? Mogen in een naam meerdere hoofdletters gebruikt worden (BasBas)?

De wetgever heeft slechts gezegd dat fantasienamen zijn toegestaan, alsmede dat iedere gebruikelijke voornaam aanvaardbaar is. Ook een ongebruikelijke voornaam is aanvaardbaar, zo deze maar niet ongepast is.<sup>19</sup> De gegeven voorbeelden (P, Peter2 en BasBas) zijn als voornaam niet echt gebruikelijk, maar dat is ook geen vereiste. Criterium is of ze ongepast zijn. Zo werd dan ook de letter F, die als middelste van drie voornamen door de ambtenaar van de burgerlijke stand was

---

14 Rechtbank Amsterdam 30 juni 1998, *NJ* 1999, 189.

15 Zie J. Kampers, J.N.E. Plasschaert, C.S. Post, H. Vat, *Inleiding tot de burgerlijke stand*, Alphen aan den Rijn/Den Haag: Samsom/VUGA 1998, p. 118.

16 Uit het Adviesbureau, *Burgerzaken & Recht* 1998/6, p. 167.

17 Rechtbank Zutphen 20 januari 1981, *Personeel Statuut*, 1982, p. 31.

18 Rechtbank Amsterdam 25 augustus 1998, waarover J.N.E. Plasschaert, 'Patronymicum als voornaam', in: *Burgerzaken & Recht*, 1998/11, p. 243-246.

19 Parlementaire Geschiedenis Boek 1, p. 21-22.

geweigerd, door het Hof Amsterdam als wellicht ongebruikelijk, maar niet ongepast, geaccepteerd.<sup>20</sup>

Weigering van een voornaam, omdat deze uit de aard geen voornaam is en daarom dus ongepast, is onterecht. Waarom zou niet iedere lettercombinatie, met of zonder cijfers, als voornaam mogelijk kunnen zijn? Zelfs één enkele letter is daartoe voldoende. Wellicht dat dit soms wat administratief ongemak geeft, maar dit laatste valt niet onder de in lid 2 van artikel 8 EVRM genoemde bescherming van rechten en vrijheden van anderen (zie paragraaf 2).

### 4.3 *Beoordeling*

De beperking dat ongepaste voornamen geweigerd mogen worden, past op zichzelf binnen de door artikel 8 lid 2 EVRM geschetste grenzen: de bescherming van de goede zeden en de bescherming van rechten en vrijheden van anderen. Onder dit laatste valt ook de bescherming van het kind om niet te worden opgescheept met een volgens gangbare opvattingen in het maatschappelijke verkeer bizarre naam. Maar wat is dan ongepast? Volgens Asser-De Boer moet ongepast opgevat worden in de zin van ‘als naam ongepast’, met als gevolg dat ‘geestige’ namen, meisjesnamen voor een jongen en omgekeerd, en zelfs een absurd aantal namen als ongepast geweigerd kunnen worden.<sup>21</sup>

Uit praktijk<sup>22</sup> en jurisprudentie blijkt echter dat er allerm minst eenduidigheid is over wat nu wel en niet ongepast is. Bij de meeste namen die aanleiding geven tot een discussie hierover, gaat het om een kwestie van smaak. Als een ouder zijn dochter de naam Arie wil geven, of als een ouder die tomatenkweker is en trots op zijn vak, zijn dochter Zontomaatje wil noemen, dan zullen sommige mensen dat ongepast vinden. De ouders die bewust voor die naam hebben gekozen, vinden dat allerm minst. Wat de ene persoon mooi en gepast vindt, zal een ander lelijk en ongepast vinden. Hiermee heeft het gepastheids criterium – evenals de voornaam zelf – een hoogst persoonlijk karakter.

Naar aanleiding van dat hoogst persoonlijke karakter kan de vraag gesteld worden of het wel terecht is dat de ambtenaar van de burgerlijke stand bij de geboorteaangifte dit gepastheids criterium toepast. Ouders zullen vrijwel nooit de intentie hebben om hun kind een kwetsende naam te geven. Toetsing op gepastheid vooraf geeft aanleiding tot verschil van mening met als gevolg dat er rechtsongelijkheid ontstaat. Wat de ambtenaar van de burgerlijke stand in de ene plaats toestaat, wordt mogelijk in een andere plaats geweigerd. Ouders kunnen die rechts-

---

20 Hof Amsterdam 4 oktober 1993, *NJ* 1994, 571.

21 Asser-De Boer 2006, nr. 37.

22 Zie Gerrit Bloothoof, ‘Opmerkelijke voornamen in de GBA (1), Grenzen aan de vorm?’, *Burgerzaken & Recht*, 2007/12, p. 383-388.

ongelijkheid alleen rechtekken door een beroep op de rechter te doen, waarbij het nog maar de vraag is of het verzoek wel wordt ingewilligd (zie paragraaf 5). Als keuzevrijheid vooropstaat, is het dan niet beter het Openbaar Ministerie de mogelijkheid te geven om eventueel achteraf een werkelijk ‘ongepaste’ keuze van de ouders ongedaan te maken? Wat mij betreft wel.<sup>23</sup> Op die manier wordt de inbreuk door de overheid op het door artikel 8 EVRM beschermde recht zo klein mogelijk gemaakt, hetgeen ook in overeenstemming is met het proportionaliteitsbeginsel.

De ambtenaar van de burgerlijke stand heeft mijns inziens tegenover de ouders slechts een voorlichtende taak. Soms kiezen ouders een voornaam uit die – onbedoeld – minder gelukkig gekozen is. Studeerkamervoorbeelden hiervan zijn: Willem Cornelis (W.C.) Bril en Sietse Vliegen. De ambtenaar van de burgerlijke stand doet er in dergelijke gevallen goed aan om de ouders op de eventuele nare consequenties voor het kind te wijzen. Meer ook niet.

## 5. Wijzigingsprocedure

De wens kan bestaan om de voornamen zoals vermeld in de geboorteakte te wijzigen (waaronder ook toevoegen of schrappen). Het kan zijn dat de ambtenaar van de burgerlijke stand een opgegeven voornaam heeft geweigerd en dat men via de rechter alsnog de oorspronkelijk gekozen naam wil. Ook is het mogelijk dat men later iemand wil vernoemen, dat men één voornaam bij nader inzien te weinig vindt, dat blijkt dat het hebben van zes voornamen wel erg lastig is, of dat men zijn naam lelijk of ouderwets vindt.

De rechter toetst aan dezelfde criteria als de ambtenaar van de burgerlijke stand. Als de wijziging niet op één van genoemde beperkingen van het tweede lid van artikel 1:4 BW wordt afgewezen, wil dat echter nog niet zeggen dat zij wordt toegestaan. Sommige rechters beoordelen tevens de wenselijkheid van de wijziging. De Hoge Raad heeft dit in een ver verleden toelaatbaar geacht.<sup>24</sup> Een aantal auteurs meent dat dit een gevolgtrekking is van de wettelijke terminologie dat wijziging ‘kan’ worden gelast.<sup>25</sup> Dat is mijns inziens onjuist. Immers, de wetgever moest het woord ‘kan’ wel gebruiken, omdat de rechter niet in alle gevallen een wijziging ‘moet’ gelasten. Hij heeft zich immers te houden aan de beperkingen van lid 2 en moet de gevraagde wijziging weigeren als de naam ongepast is, of overeenstemt met een bestaande geslachtsnaam.

---

23 Wat ongepast is, blijft natuurlijk een moeilijke kwestie. Maar via een ingrijpen achteraf kan daar wellicht meer eenduidigheid in komen.

24 Zie Hoge Raad 19 september 1938, *NJ* 1939, 338.

25 Asser-De Boer 2006, nr. 40. Zie ook: *Personen- en familierecht* (losbl.), titel 2, art. 4, aantekening 8 (De Groot).



Voorbeelden van wijzigingen die geweigerd werden omdat de rechter daarvan de noodzaak niet inzag: Trijntje in Martine Pauline omdat verzoekster zich ergerde aan haar naam, vond de rechter geen ernstig argument (1928).<sup>26</sup> Het argument om de naam Pietje in Petronella te veranderen omdat Pietje oorzaak is van plagerijen, is onvoldoende klemmend (1943).<sup>27</sup> Ook het verzoek om dochter te mogen noemen naar schoonmoeder werd afgewezen, omdat niet duidelijk is waarom dit pas na 19 jaar van belang zou kunnen zijn (1953).<sup>28</sup> Petrus Johannes mocht zijn namen niet in Pjer veranderen (1990). De grond dat zijn voornamen op een katholieke gezindheid duiden, terwijl hij helemaal geen verbondenheid met de katholieke kerk en haar opvattingen voelt en met de naam Pjer uiting wil geven aan zijn maatschappelijke levenshouding, is hiertoe niet voldoende zwaarwichtig.<sup>29</sup> Ook valt niet in te zien waarom verzoekster pas na 50 jaar haar naam – die hetzelfde is als die van haar pestende buurvrouw – wil veranderen (2005).<sup>30</sup> Dat de naam Ali problemen oplevert bij binnenkomst en vertrek uit Turkije voor de halfjaarlijkse golfvakantie is een subjectieve beleving en onvoldoende zwaarwichtig voor toewijzing van het wijzigingsverzoek (2006).<sup>31</sup> Ook wegen persoonlijke belangen niet op tegen het belang dat het rechtsverkeer heeft bij een zo hoog mogelijke mate van consistentie (2006).<sup>32</sup> De standaardmotivering in de zaken dat de belangen van het individu moet wijken voor het belang van de overheid bij naamsconsistentie overtuigt geenszins. Ervaring in andere landen laat zien dat een geheel vrij naamrecht (zoals bijvoorbeeld in Engeland) geen problemen oplevert.

Als een verzoek tot voornaamswijziging wordt ingediend, moet de rechter toetsen of de wijziging voldoet aan de wettelijke criteria. Met de wenselijkheid ervan moet en mag hij zich wat mij betreft niet inlaten. Een beroep op een 80 jaar oude uitspraak van de Hoge Raad waarbij bovendien andere belangen speelden, is daarbij onvoldoende.<sup>33</sup> Het feit dat een verzoeker een wijziging vraagt, duidt op een persoonlijke noodzaak. Hij neemt tijd en moeite om een procedure te starten en is bereid hiervoor te betalen. Dat op zichzelf moet genoeg zijn om het verzoek tot wijziging welwillend te bezien. Bovendien gaat het niet om een groot aantal verzoeken en wordt noch de overheidsadministratie, noch de rechtbank hierdoor zwaar belast.

---

26 Rechtbank Amsterdam 29 februari 1928, *NJ* 1928, 1317.

27 Rechtbank Haarlem 20 mei 1943, *NJ* 1943, 860.

28 Hof Leeuwarden 30 juni 1953, *NJ* 1954, 151.

29 Hof Amsterdam 12 maart 1990, *NJ* 1990, 774.

30 Rechtbank Dordrecht 11 mei 2005, *LJN*: AT5378.

31 Rechtbank Alkmaar 9 augustus 2006, *LJN*: AY7744.

32 Rechtbank Utrecht 22 februari 2006, *LJN*: AW4865 en AW4874.

33 Zie noot 24. De verzoekster wilde toevoeging van de naam Barend (de naam van de man met wie ze samenleefde) voor haar en al haar kinderen.

## 6. Concluderende opmerkingen

En wat zou Molengraaff er nu van gevonden hebben? De tijd heeft niet stilgestaan en wat zijn antwoord zou zijn geweest, blijft natuurlijk gissen. Maar gezien zijn vooruitstrevende denkbeelden, zijn strijdbaarheid tegen de rechtspraak en zijn emancipatoire ideeën zou het me niets verbazen als hij het me eens zou zijn. Ook hij zou de keuze van de ouders, aan de leden van de maatschappij, hebben gelaten, vermoed ik.

Sommige ouders willen een ‘gewone’ naam voor hun kind, andere willen juist een ‘aparte’ naam. Weer andere kiezen niet voor ‘gewoon’ of voor ‘apart’, maar willen met een naam iets tot uitdrukking brengen, of willen een bepaalde afstamming laten zien. Wat de motieven voor ouders ook mogen zijn, het kiezen van een voornaam is een serieuze aangelegenheid. De ouders hebben daar zorgvuldig en langdurig over nagedacht en hebben zo hun eigen redenen om hun kind de door hen gekozen voorna(a)m(en) te geven. Wellicht is hun keuze de uwe niet, maar smaken verschillen nu eenmaal.

Een zo groot mogelijke vrijheid in voornaamkeuze doet recht aan het *respect for family life* van artikel 8 EVRM. Het verdient daarom ook aanbeveling om de beperking van artikel 1:4 lid 2 BW inzake de geslachtsnamen te schrappen. Wat betreft het gepastheids criterium moeten we ervan uitgaan dat vrijwel niemand willens en wetens zijn of haar kind zal willen opscheppen met een belachelijke of rare voornaam. Het criterium zou dan ook niet vooraf door de ambtenaar van de burgerlijke stand moeten worden toegepast; eventueel repressief ingrijpen verdient hier de voorkeur. Laat ieder zijn eigen keuze. Dat uitgangspunt (ook) aan het naamrecht ten grondslag leggen, past prima in onze pluriforme samenleving en zou mijns inziens Molengraaff's goedkeuring hebben kunnen wegdragen.

## **ONDERNEMINGS- EN VENNOOTSCHAPSRECHT**



## Een wens van Molengraaff vervuld: een eigen regeling voor de bv!

M.L. Lennarts\*

### 1. Inleiding

Toen Molengraaff in 1917 na 32 jaar hoogleraarschap afscheid nam van de Utrechtse universiteit, uitte hij nogmaals<sup>1</sup> zijn ongenoegen over het feit dat de wettelijke regeling van de nv niet was toegesneden op kleine ondernemers die gebruik wilden maken van een rechtsvorm met beperkte aansprakelijkheid:

‘Onze wetgever (...) heeft van het moderne gebruik van de naaml. vennootschap nooit eenige notitie genomen. De groot-kapitalistische naamloze vennootschap en de familie-venn. van enkele vennoten worden wettelijk over dezelfde kam geschoren, beide zijn onderworpen aan dezelfde verouderde bepalingen, wier enige verdienste, zooals ik opmerkte, hierin bestaat dat zij veel ongeregeld laten en daardoor aan belanghebbenden groote vrijheid geven de zaak naar goedvinden in te richten’.<sup>2</sup>

Molengraaff zou zich er ongetwijfeld aan ergeren dat het zo lang heeft geduurd voordat de wetgever de door hem zo zeer gewenste actie ondernam. Voor deze stelling ontleen ik steun aan het volgende citaat uit zijn Utrechtse afscheidsrede:

‘Eene beschouwing van wetgeving geeft niet veel anders dan teleurstelling. Men geraakt onder den ter neer slaanden indruk van het steeds toenemende onvermogen van den wetgever op het gebied van het verkeersrecht en het gebrek aan stuwkracht van het Departement van Justitie. Een gevolg daarvan is de hopelooze, onherstelbare veroudering onzer wetboeken, i.h.b. van ons Wetboek van Koophandel. In de rede, waarmede ik vóór 32 jaren mijn ambt aanvaardde, wees ik op de tegenstelling van officieel en feitelijk recht: het officieele recht dat in onze wetboeken wordt gevonden, het feitelijke recht dat het moderne verkeer buiten onze wetboeken om tot leven heeft geroepen. De

---

\* Mw.Prof.Mr. M.L. Lennarts is hoogleraar ondernemingsrecht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en tevens als universitair hoofddocent handels- en arbeidsrecht verbonden aan de RUG.

1 Zie reeds: W.L.P.A. Molengraaff, ‘Beschouwingen over het vereenigingsrecht’, Diesrede, 1903, p. 25.

2 W.L.P.A. Molengraaff, ‘Een terugblik’, Afscheidsrede, uitgesproken op 8 juni 1917, opgenomen in: M.W. ter Horst e.a. (red.), *Molengraaffbundel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1978, p. 82. In de inleiding van mijn in 2006 uitgesproken oratie (*De twilight zone*, Deventer: Kluwer, 2006) heb ik al op deze passage gewezen. Graag maak ik van deze gelegenheid gebruik om uitvoeriger stil te staan bij Molengraaff’s visie op de besloten vennootschap.

kloof tusschen beide is voortdurend groter geworden. De verkeerschoestanden welke ons Wetb. v. Kooph. veronderstelt, waarvan het 't recht beschrijft, zijn de verkeerschoestanden van een eeuw geleden, welke voorgoed voorbij zijn gegaan en vervangen door andere, waarvoor men het passende recht elders moet zoeken. De rechter die geroepen wordt het recht te vinden voor den tegenwoordigen tijd, niet dat voor den aanvang der vorige eeuw, is vaak wel verplicht het wetboek ter zijde te laten, wil hij die taak naar eisch vervullen.<sup>3</sup>

Behalve ergernis over de traagheid van de wetgever zou het op 31 mei 2007 ingediende wetsvoorstel tot flexibilisering van het bv-recht<sup>4</sup> bij Molengraaff echter ook gevoelens van voldoening moeten opwekken. Zijn oproep aan de wetgever is immers eindelijk verhoord: de bv wordt niet langer 'stiefmoederlijk'<sup>5</sup> behandeld. Zij krijgt na al die jaren eindelijk de aandacht van de Nederlandse wetgever die zij verdient. Maar wat zou Molengraaff vinden van de hoofdlijnen van het wetsvoorstel? In hoeverre sluiten deze aan bij de anatomie van het vennootschapsrecht volgens Molengraaff? Waar zijn verschillen aan te wijzen? In deze bijdrage zal ik een antwoord op deze vragen trachten te vinden.

## 2. De anatomie van het vennootschapsrecht volgens Molengraaff

### 2.1 Inleiding

Molengraaff is van 1885 tot 1890 lid geweest van een Staatscommissie die tot taak had het Wetboek van Koophandel te herzien. Het door de Staatscommissie opgestelde ontwerp betreffende de naamloze vennootschap heeft het parlement nooit bereikt.<sup>6</sup> Twintig jaar later, in 1910, verscheen het ontwerp Nelissen<sup>7</sup>, dat na nog eens 15 jaar werd opgevolgd door het ontwerp Heemskerk.<sup>8</sup> Dit ontwerp is lijdend voorwerp van Molengraaff's in 1926 in de Telegraaf gepubliceerde beschouwingen over de herziening van het recht der naamloze vennootschap. Uit deze beschou-

---

3 W.L.P.A. Molengraaff 1917, p. 78-79.

4 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 1.

5 Aldus Molengraaff in: 'De herziening van het recht der naamloze vennootschap, Beschouwingen verschenen in "De Telegraaf"', J. Muusses, Purmerend, 1926, p. 4.

6 Het ontwerp is in 1890 verschenen bij Belinfante. Het zal hierna worden aangehaald als *Stcie*. De bijbehorende Memorie van Toelichting zal worden aangehaald als *MvT Stcie*.

7 Dit ontwerp is opgenomen in: *Ontwerpen van wetten op de vennootschappen en andere – Wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de naamloze vennootschap en regeling van de aansprakelijkheid voor het prospectus*, Belinfante, 1929. Het zal hierna worden aangehaald als *Ontw.*, de Memorie van Toelichting als *MvT*.

8 Dit ontwerp (hierna *Gew. Ontw.*) is eveneens opgenomen in de in noot 7 genoemde bundel. In 1927 verscheen een Nader Gewijzigd Ontwerp van wet (ontwerp Donner), dat in 1928 in werking is getreden.

wingen komt een duidelijk beeld naar voren van de anatomie van het vennootschapsrecht volgens Molengraaff.<sup>9</sup>

In de eerste van zijn ingezonden stukken berijdt Molengraaff het reeds opgevoerde stokpaardje: de wetgever dient te zorgen voor een specifieke regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. Hij stelt dat de wetgever een keuze dient te maken uit twee opties. De eerste optie is: de regeling van de nv beperken tot ‘de onderneming welke de financiële krachten van één of enkele personen te boven gaat en voor welk daarom een beroep moest worden gedaan op de medewerking van het publiek.’ Kiest de wetgever voor deze optie, dan dient hij er volgens Molengraaff wel voor te zorgen dat kleine ondernemers op een andere wijze dan door gebruikmaking van een nv hun aansprakelijkheid kunnen beperken, bijvoorbeeld door het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid te verlenen aan de v.o.f.<sup>10</sup> De tweede optie is (blijven) toestaan dat de nv ook door besloten vennootschappen wordt gebruikt. Deze optie brengt volgens Molengraaff met zich mee dat de wetgever ‘niet alleen passende regels moet geven voor de open naamloze vennootschappen, maar ook voor de besloten naamloze vennootschappen van één of enkele aandeelhouders’. Molengraaff kapittelt de wetgever omdat deze de tweede optie heeft gekozen zonder ‘eene behoorlijke regeling te geven van de naamloze vennootschap die slechts aansprakelijkheidsvorm is, dat wil zeggen van de besloten naamloze vennootschap’.

In het vervolg van zijn beschouwingen ontvouwt Molengraaff zijn visie op een wettelijke regeling voor de nv. Deze beschouwingen zijn een soort anatomische les voor vennootschapsjuristen.

- 
- 9 Bij mijn zoektocht naar geschriften van Molengraaff over het vennootschapsrecht stuitte ik ook nog op het in 1927 verschenen Rapport over het Gewijzigd Ontwerp van de Wet op de naamloze vennootschappen, dat is opgesteld voor de Vereniging Handelsrecht door een commissie onder voorzitterschap van Molengraaff. Het heeft er alle schijn van dat Molengraaff een zware stempel op dit rapport heeft gedrukt. Het is op dezelfde uitgangspunten gebaseerd als zijn Beschouwingen in de Telegraaf en sommige passages stemmen daarmee vrijwel woordelijk overeen.
- 10 Op p. 4 van zijn Beschouwingen stelt Molengraaff de vraag: ‘Waarom twee of drie personen die gezamenlijk een zaak willen drijven onder beperking hunner aansprakelijkheid tot een bepaald kapitaal, niet de gelegenheid geven dit te doen in de vorm van een vennootschap onder firma, welke voor dit doel de meest geschikte vorm is?’ Molengraaff was met deze suggestie zijn tijd ver vooruit. Naar aanleiding van de aanstaande flexibilisering van het bv-recht is de vraag gerezen of in Nederland een hybride vennootschap (gelijkend op een personenvennootschap, maar dan met beperkte aansprakelijkheid) zou moeten worden ingevoerd. Zie hierover J.M. Blanco Fernandez en M. van Olffen, *Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Deel 94, Deventer: Kluwer, 2007.

Molengraaff onderscheidt drie groepen van bepalingen die in een goede wet op de nv niet mogen ontbreken:

1. bepalingen die ten doel hebben het wezen van de vennootschap te handhaven en welke uit dien hoofde een dwingend karakter dienen te hebben;
2. bepalingen die de inrichting van de vennootschap, de onderlinge verhouding der vennoten betreffen; en
3. bepalingen die ertoe strekken, misleiding van het publiek te voorkomen.

### *2.2 Dwingend recht ter bescherming van schuldeisers*

Bij de eerste groep van bepalingen gaat het om bepalingen tot waarborg van de kapitaalrealiteit. Deelname in het kapitaal en het delen van de met dit kapitaal behaalde winst is immers het wezenskenmerk van de nv, aldus Molengraaff. Die kapitaalsdeelname moet dan wel reëel zijn en ook moet gewaarborgd worden dat slechts wordt uitgekeerd ‘wat, na aftrek van alle schulden, boven het ingebrachte, d.w.z. het gestorte kapitaal aanwezig blijkt te zijn’. Molengraaff pleit daarom voor dwingendrechtelijke bepalingen ter voorkoming van ontduiking van de stortingsplicht en het doen van uitkeringen anders dan uit de behaalde winst. Ik ga er van uit dat hij dergelijke bepalingen ook dwingend zou willen voorschrijven voor een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Ik vermoed voorts dat, ook als gehoor zou zijn gegeven aan zijn suggestie om een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid te creëren, hij bepaalde dwingendrechtelijke waarborgen ter bescherming van schuldeisers zou hebben voorgesteld.<sup>11</sup>

### *2.3 Grote vrijheid van inrichting, minderheidsaandeelhouders moeten voor zichzelf zorgen*

Waar Molengraaff strengheid van de wet bepleit als het gaat om het waarborgen van de realiteit van het kapitaal, is hij voorstander van uiterste souplesse, als het gaat om de inrichting van de vennootschap. Ik veroorloof mij nog een citaat:

---

11 Molengraaff schrijft namelijk in zijn diëerede: ‘Houdt men in het oog, dat in de uitsluiting van de persoonlijke aansprakelijkheid het kenmerkende is gelegen van den bedrijfsvorm der naamloze vennootschap, dan wordt het duidelijk, dat op den voorgrond moet staan, het scheppen van waarborgen voor de realiteit van het vennootschappelijk vermogen, welk vermogen bij uitsluiting het onderpand der schuldeisers uitmaakt.’ Deze redenering gaat evenzeer op voor een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Ook bij deze kunnen de schuldeisers zich immers slechts op het vennootschapsvermogen verhalen. Op buiten Nederland voorkomende hybride vennootschappen als de LLP en LLC zijn daarom dwingende bepalingen van toepassing die ten doel hebben de schuldeisers van de vennootschap te beschermen. Zie: Blanco Fernandez en Van Olffen 2007, p. 89-90.



‘Welke voor een bepaalde vennootschap de meest geschikte wijze van inrichting is, kunnen de oprichters, zoo al niet alleen, dan toch stellig beter dan anderen beoordelen, hebben zij in ieder geval te overwegen en te beslissen. Wie hierover niet behoorlijk kan oordeelen, is ongetwijfeld de wetgever, die slechts regels kan stellen in het afgetrokkene, zonder kennis van het bijzondere geval waarin die regels moeten werken. Daarom is iedere bemoeizucht van den wetgever met de inwendige inrichting van de vennootschap uit den boeze, onverschillig of deze zich uit in een verbod van de zgn. oligarchische clause, welk verbod de vennoten beperkt in hun vrijheid de benoeming van de bestuurders naar eigen inzicht zo goed mogelijk te regelen, of in een voorschrift, dat voor bepaalde bedrijfshandelingen de medewerking van de algemene vergadering van aandeelhouders vereischt is, of in gebiedende regels omtrent het stemrecht der vennoten, of in het toekennen van z.g. minderheidsrechten.’

Dit lezende is de verleiding groot om van het ingeslagen pad af te wijken om verhandelingen te wijden aan het in 2004 ingevoerde goedkeuringsrecht van de nv (art. 2:107a) en aan de op Europees niveau gevoerde discussie of voor beursvennootschappen niet zou moeten gelden: ‘one share, one vote’. Dat zal ik echter niet doen. Ik keer terug naar de besloten vennootschap. Het gaat mij om het allerlaatste onderdeel van het citaat, waarin Molengraaff zich een tegenstander toont van het toekennen van bijzondere rechten aan minderheidsaandeelhouders. Hij is fel gekant tegen het in art. 53 van het Ontwerp Heemskerk opgenomen enquêterecht, dat toekomt aan de houders van 20%<sup>12</sup> van het geplaatste kapitaal. Volgens Molengraaff betreft het hier een recht, dat, ‘wanneer het wordt uitgeoefend, tot den wissen ondergang van de betrokken vennootschap moet leiden’.<sup>13</sup> Als de wetgever het lot van de vennootschap al in handen zou willen leggen van een minderheid, wat volgens Molengraaff ‘volmaakt anti-vennootschappelijk en afkeurenswaardig’ is, dan liever een recht op ontbinding en vereffening van de vennootschap. Daarvan zou voor aandeelhouders en schuldeisers meer heil zijn te verwachten dan van ‘de ondermijning van het crediet en van het voortbestaan der

---

12 Vgl. het huidige art. 2:346 BW, dat het enquêterecht toekent aan de houders van aandelen of certificaten die 10% van het geplaatst kapitaal dan wel een nominale waarde van € 225.000 vertegenwoordigen.

13 Een meer uitvoerige weergave van argumenten tegen een wettelijk enquêterecht is te vinden in het in noot 10 genoemde rapport voor de Vereniging Handelsrecht. Een volledig citaat voert te ver, maar de volgende passage wil ik de lezer niet onthouden: ‘De commissie meent, dat de rechterlijke macht ook beter verschoond blijft van de zware verantwoordelijkheid de hierbedoelde doelmatigheidsgeschillen te beslechten. De vraag of aan een juist beleid en aan een goede gang van zaken in een naamloze vennootschap moet worden getwijfeld, is er eene, waarover zelfs deskundige zakenmensen zich niet zelden het hoofd zullen breken. Een grote mate van handelsinzicht en handelservaring is hier onmisbaar. Het verdient de voorkeur de rechterlijke macht niet het risico te laten lopen, dat haar twijfel achterna ongerechtvaardigd blijkt, waardoor haar aanzien schade kan lijden.’

vennootschap, welke het onvermijdelijk gevolg is van het uitlokken van een gerechtelijk onderzoek'. Ik denk dat Molengraaff zijn ogen uit zou wrijven als hij zou zien hoeveel enquêteverzoeken er per jaar worden behandeld zonder dat dit noodzakelijkerwijs tot de door hem geschetste catastrofale gevolgen leidt. Ik doel hier op de nuttige rol die het enquêterecht – bij gebrek aan een adequate geschillenregeling – vervult bij de beslechting van geschillen tussen aandeelhouders van besloten vennootschappen.<sup>14</sup> Juist voor die besloten vennootschappen bepaalde art. 54c van het Ontwerp Heemskerk overigens dat hierop het enquêterecht slechts van toepassing was indien de statuten dit bepaalden. Het betreft hier namelijk volgens de Minister een bevoegdheid 'van zóó verre strekking', dat de wetgever goed doet deze bevoegdheid slechts op beperkte schaal dwingend toe te kennen.<sup>15</sup>

Wat schrijft Molengraaff verder nog in zijn beschouwingen in de Telegraaf dat betrekking heeft op de rechten van (minderheids)aandeelhouders? Het antwoord op deze vraag is kort: heel weinig. Hij stelt nog dat aandeelhouders geen bijzondere bescherming nodig hebben tegen verkeerde handelingen van bestuurders en commissarissen: 'De wettelijke bepalingen omtrent de verantwoordelijkheid van lasthebbers en arbeiders en omtrent de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad geven hun voldoende middelen in handen om hun rechten te handhaven.' Deze passage wekt bij de lezer anno 2008 enige bevreemding. Naar huidig Nederlandse recht beschikt de aandeelhouder namelijk niet over de mogelijkheid om zelf een aansprakelijkheidsvordering tegen een bestuurder (dan wel commissaris) geldend te maken. De vordering op grond van art. 2:9 BW komt toe aan de vennootschap. Boek 2 BW voorziet niet in een afgeleide actie.<sup>16</sup> Voor de aandeelhouder die een onrechtmatige daadsvordering wil instellen tegen een bestuurder vormt het Poot/ABP-arrest<sup>17</sup> een vrijwel onneembare horde. Er zit voor de aandeelhouder daarom weinig anders op dan het bewandelen van de omweg van het door Molengraaff zo verfoeide enquêterecht.

De eerlijkheid gebiedt mij te vermelden dat Molengraaff de (minderheids)aandeelhouder aanvankelijk niet geheel in de kou wilde laten staan. Het Ontwerp van de Staatscommissie uit 1890, waaraan Molengraaff heeft meegewerkt, voorzag namelijk zowel in een regeling van het enquêterecht als in een eigen vorderingsrecht voor de aandeelhouder teneinde een goed beheer van naamloze vennootschappen te verzekeren. Art. 100 Ontw. Stcie kende een enquêterecht toe aan de

---

14 De controverse over de rol die het enquêterecht vervult bij de beslechting van geschillen tussen aandeelhouders en bestuur van beursvennootschappen laat ik hier rusten.

15 MvT Gew. Ontw. p. 155.

16 Zie voor een pleidooi voor invoering van de afgeleide actie in Nederland m.n. M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie*, IVO-reeks, Deel 45, Kluwer: Deventer, 2004.

17 HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 m.nt. Ma.

houders van 10% (!) van het geplaatste kapitaal.<sup>18</sup> Art. 96 Ontw. Stcie. bepaalde dat iedere aandeelhouder gerechtigd was de aansprakelijkheid tot vergoeding van schade, die op een bestuurder of commissaris tegenover de vennootschap rust, voor zijn aandeel tegen dien bestuurder of commissaris te doen gelden, voorzover die schade niet reeds aan de vennootschap was vergoed.<sup>19</sup> Later heeft Molengraaff zijn opvatting over de afgeleide actie gewijzigd: het niet opnemen daarvan in het Nader Gewijzigd Ontwerp 1927 noemt hij een ‘nuttige verbetering’.<sup>20</sup>

#### 2.4 Dwingende bepalingen ter voorkoming van misleiding van het publiek

De derde categorie van wetsbepalingen die Molengraaff onderscheidt, betreft voorschriften van openbaarheid. Het gaat hier om ‘voorschriften die derden in de gelegenheid stellen, alvorens met eene naamlooze vennootschap betrekkingen aan te knopen, zich een oordeel te vormen omtrent haren toestand’. Molengraaff schaaft hieronder de verplichte openbaarmaking van de statuten en van de balans en winst- en verliesrekening.<sup>21</sup> Verplichte publicatie van de financiële gegevens acht hij overigens alleen geboden als het vennootschappen betreft die voor hun financiering een beroep doen op het publiek. Molengraaff is van oordeel dat alleen bij deze vennootschappen een inbreuk op het belang van de ondernemer bij eerbiediging van het zakengeheim gerechtvaardigd is. Dit is één van de punten waar het one-size-fits-all corset van de nv-regeling volgens hem knelt voor de bv. Hij wijst er nog op dat de publicatieverplichting niet kan worden gerechtvaardigd door te wijzen op het belang van schuldeisers. Ter bescherming van hun belangen acht hij het voldoende dat aan de beperking van de aansprakelijkheid openbaarheid wordt gegeven en ‘bovendien kunnen de schuldeisers het verlenen van crediet afhankelijk stellen van nadere inlichtingen’.

Overigens heeft de gedachte dat het zakengeheim bescherming verdient in Nederland nog lang opgeld gedaan. De bv is in 1971 ingevoerd opdat een groot aantal vennootschappen die tot dan toe nv waren zouden kunnen ontsnappen aan de werkingssfeer van de eerste EEG-richtlijn, die verplicht tot openbaarmaking van

---

18 Zie over deze bepaling M.J. Kroeze 2004, p. 160-164.

19 Dat Molengraaff als lid van de Staatscommissie voorstander was van de afgeleide actie blijkt uit de notulen van de op 27 april 1889 gehouden 157<sup>e</sup> vergadering van de Staatscommissie, zie M.J. Kroeze 2004, p. 174.

20 W.L.P.A. Molengraaff, ‘Dankbaar, doch niet geheel voldaan’, Telegraaf 15 maart 1927. Zie (wederom): M.J. Kroeze 2004, p. 174. Men leze p. 172-174 voor een verklaring van de omslag in denken over minderheidsbescherming die zich bij Molengraaff en bij de wetgever heeft gemanifesteerd.

21 Hij bepleit voorts verplichte openbaarmaking van gegevens bij de uitgifte van aandelen of obligaties. Omdat een dergelijk voorschrift niet relevant is voor de bv laat ik het verder buiten beschouwing.

de jaarrekening! Het recht op eerbiediging van het zakengeheim heeft zich hierna niet veel langer kunnen handhaven: in 1984 werd ook voor bv's een verplichting tot publicatie van de jaarrekening ingevoerd.<sup>22</sup>

### 3. De anatomie van de flex-bv

#### 3.1 Inleiding

‘De hoofdlijnen van het wetsvoorstel zijn: meer vrijheid van inrichting en een evenwichtig systeem van crediteurenbescherming. Bij de vrijheid van inrichting speelt de bescherming van minderheidsaandeelhouders een belangrijke rol.’

Aldus de MvT bij het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht. Wat zou Molengraaff van deze hoofdlijnen vinden? Om op deze vraag een antwoord te vinden is het nodig de hoofdlijnen van het wetsvoorstel iets meer uit te werken. Het karakter van deze bijdrage noopt mij echter tot een zeer beknopte schets van het voorgestelde bv-recht.

#### 3.2 Vrijheid van inrichting

Het doel van het wetsvoorstel is om de bv te ‘ontklonen’<sup>23</sup>, haar een eigen gezicht te geven, zodat zij niet langer een quasi-nv is.<sup>24</sup> Dit wordt vooral duidelijk op het terrein van de interne verhoudingen. Er komt een grote vrijheid om de inrichting van de bv aan te passen aan de wensen van de aandeelhouders. Ik noem enkele belangrijke wijzigingen:

- de verplichte blokkeringsregeling wordt geschrapt;
- het wordt mogelijk om de overdraagbaarheid van aandelen voor een bepaalde periode geheel uit te sluiten;
- er komen stemrechtloze en winstrechtloze aandelen;
- aandeelhouders krijgen de mogelijkheid ‘eigen’ bestuurders te benoemen
- de besluitvormingsregels worden op een aantal punten versoepeld.

---

22 Zie hierover J.W. Winter, ‘BV, NV en beursvennootschap’, in: *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*, IVO-reeks, Deel 51, Deventer: Kluwer, 2004, p. 104-105.

23 M.J. Kroeze, ‘Ontklonen’, *Ondernemingsrecht* 2006, p. 160.

24 Zie p. 1 van de MvT (*Kamerstukken II* 2006/07, 13 058, nr. 3): ‘De bestaande bv-regeling is voor een groot deel ontleend aan het nv-recht. Veel wettelijke bepalingen worden voor de bv als star en onnodig belastend ervaren. De mogelijkheden voor aandeelhouders om hun onderlinge verhoudingen te regelen, worden verruimd. Er ontstaat meer ruimte om de inrichting van de vennootschap aan te passen aan de aard van de onderneming en de samenwerkingsrelatie van de aandeelhouders.’

Ik kan slechts gissen of Molengraaff zich in alle genoemde versoepelingen zou kunnen vinden. Bovendien zijn er zeker details in de uitwerking aan te wijzen waarover discussie mogelijk is.<sup>25</sup> Maar daar gaat het mij niet om. Vastgesteld kan worden dat het wetvoorstel op het punt van vrijheid van inrichting aansluit bij het gedachtegoed van Molengraaff:

‘Wat zoeven reeds werd opgemerkt omtrent de onjuistheid vennoten, voor wat inrichting van hun vennootschap betreft, onder een soort wettelijke voogdij te stellen, geldt niet alleen voor open naamloze vennootschappen, doch *a fortiori* ook voor de besloten naamloze vennootschappen (curs. LL).’

Ik merk nog op dat de grotere vrijheid om maatwerk te leveren via de statuten ertoe kan leiden dat de rol van aandeelhoudersovereenkomsten afneemt. Dit kan bijdragen aan de transparantie van de inrichting van de bv: de statuten zijn immers openbaar, aandeelhoudersovereenkomsten niet. Transparantie van de inrichting van de bv is iets dat ook Molengraaff al hoog in het vaandel had staan.

### 3.3 Een evenwichtig systeem van crediteurenbescherming

Het wetsvoorstel voorziet in de afschaffing van het kapitaalbeschermingsrecht. Bijna alle regels die zien op het bijeenbrengen van kapitaal worden geschrapt. In het kielzog van de afschaffing van het minimumkapitaal van € 18.000,- verdwijnen de bankverklaring bij storting in geld, de accountantsverklaring bij inbreng in natura en de daarmee samenhangende Nachgründungsregeling. Daarnaast komt er een geheel nieuwe regeling van uitkeringen aan aandeelhouders. Deze maakt een einde aan de verschillende behandeling van uitkeringen uit winst/reserves, inkoop van aandelen en kapitaalvermindering met terugbetaling aan aandeelhouders. Al deze vormen van uitkeringen worden onderworpen aan een uitkeringstest die moet worden uitgevoerd door de bestuurder(s) van de vennootschap. Bepalend voor de vraag of mag worden uitgekeerd is niet langer of er vrije ruimte is, in die zin dat het eigen vermogen groter is dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal vermeerderd met de wettelijke en statutaire reserves. Het kapitaal speelt in de nieuwe regeling geen rol meer als buffer die moet worden aangehouden.<sup>26</sup> Volgens het voorgestelde art. 2:216 lid 3 zijn bestuurders hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de uitkering indien zij ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs

---

25 Zie voor kritische kanttekeningen bv.: J.A.M. Ten Berg, ‘Aandelen in de bv-nieuwe stijl: stemrecht en stortingsplicht’, *Ondernemingsrecht* 2007, m.n. p. 341- 345 en P.J. Dortmund, ‘Flexibel aandeelhouderschap’, *Ondernemingsrecht* 2007, p. 350-355.

26 Wel bepaalt het voorgestelde art. 2:216 lid 1 dat wettelijke en statutaire reserves niet mogen worden uitgekeerd. Zie hierover: M.L. Lennarts, ‘De voorgestelde regeling van uitkeringen aan aandeelhouders nader beschouwd’, *WPNR* 2007, 6731.

behoorden te voorzien dat de vennootschap na het doen van de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Verder is er indien de vennootschap binnen een jaar na het doen van de uitkering faillieert een terugbetalingsplicht voor aandeelhouders die toen zij de uitkering ontvingen wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien dat de vennootschap na het doen van de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.

Wat zou Molengraaff hier van vinden? Allereerst het minimumkapitaal: daarin zag hij geen heil vanwege het ‘volmaakt willekeurige van de te trekken grens en het mechanische van zoodanig voorschrift’<sup>27</sup> Dat neemt echter niet weg dat hij vond dat er dwingende regels zouden moeten zijn ter waarborging dat aan de stortingsplicht wordt voldaan en dat het bijeengebrachte kapitaal niet wordt uitgekeerd. Bij de stortingsplicht ging het hem vooral om een regeling van de inbreng in natura. Molengraaff was geen voorstander van een verplicht voorgeschreven deskundigenwaardering. Hij zag de oplossing in een aansprakelijkheid van de aandeelhouder voor het verschil tussen de werkelijke en de later op vordering van een of meer aandeelhouders of andere belanghebbenden door de rechter vastgestelde waarde. Dit verschil zou in contanten aan de vennootschap moeten worden voldaan.<sup>28</sup> Het aardige van dit voorstel is dat het een eigen vorderingsrecht toekent aan de benadeelde mede-aandeelhouder (die materieel zijn belang ziet verwateren als een andere aandeelhouder zijn aandelen op een koopje krijgt). Mijns inziens kunnen wij hier iets leren van Molengraaff. De Memorie van Toelichting bij de voorgestelde artt. 204a en 204b BW doet de situatie dat te weinig is ingebracht in natura namelijk af met de opmerking dat bestuurders die willens en wetens een te lage inbreng aanvaardden kunnen worden aangesproken op grond van art. 2:9 BW. Hier heeft de benadeelde mede-aandeelhouder weinig aan, gelet op het feit dat Boek 2 BW geen afgeleide actie kent. Bovendien is het mijns inziens juist om de aansprakelijkheid primair te koppelen aan degene die te weinig heeft ingebracht.

Dan nog iets over de voorgestelde regeling van uitkeringen. Het is onloochenbaar dat Molengraaff sterk hechtte aan de gedachte dat het kapitaal een buffer vormt. Hij zou dus moeite hebben met de voorgestelde regeling, die juist gebaseerd is op de gedachte dat de vennootschap – mits zij daarna zal kunnen voortgaan met het betalen van haar schulden – haar gehele kapitaal mag uitkeren. Maar wellicht zou hij het na lezing van het Nimox-arrest<sup>29</sup> wel eens zijn met de stelling dat wijziging van art. 2:216 BW geboden is omdat de daarin opgenomen balanstest te kort schiet als maatstaf voor de beoordeling of een uitkering opportuun is, gelet op de belangen van de schuldeisers.

---

27 Zie W.L.P.A. Molengraaff, ‘Beschouwingen over de herziening van het verenigingsrecht’, Diërsrede, 1903, p. 24.

28 W.L.P.A. Molengraaff, zie vorige noot, p. 27-28.

29 HR 8 november 1991, NJ 1992, 174.

### 3.4 Bescherming van minderheidsaandeelhouders

‘De grotere vrijheid van inrichting heeft als gevolg dat bijzondere aandacht dient te worden besteed aan de positie van minderheidsaandeelhouders. Zij lopen het risico dat de meerderheid als gevolg van de grotere vrijheid van inrichting de minderheid benadeelt. De wet biedt daarom een aantal minimumwaarborgen voor de bescherming van de minderheidsaandeelhouder.’

Aldus de MvT bij het wetsvoorstel tot vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht.<sup>30</sup> Een paar regels later wordt benadrukt dat specifieke wettelijke bescherming van de minderheidsaandeelhouder slechts in de rede ligt voor die gevallen waarin het risico bestaat dat het meerderheidsbelang wordt misbruikt of waar essentiële rechten van aandeelhouders in het geding zijn. Risico’s liggen volgens de wetgever op de loer waar een statutenwijziging kan leiden tot wijziging van belangrijke aandeelhoudersrechten. Hier worden extra eisen gesteld aan de besluitvorming door unanimitéit of een versterkte meerderheid voor te schrijven of door te bepalen dat een regeling niet tegen de wil van een aandeelhouder kan worden opgelegd. In het laatste geval zijn de voorstemmende aandeelhouders wel aan de regeling gebonden en de tegenstemmende aandeelhouder niet. Ik vermoed dat deze inbreuken op het uitgangspunt dat de meerderheid de minderheid bindt Molengraaff niet zouden kunnen bekoren.

Tot slot het sluitstuk van de minderheidsbescherming, de ‘gepimpte’ geschillenregeling. Op grond van art. 2:343 BW heeft een minderheidsaandeelhouder een uittrederecht via de geschillenregeling indien het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden geveerd. Ik heb al opgemerkt dat deze regeling niet functioneert en dat geschillen tussen aandeelhouders worden beslecht via het enquêterecht. Om hier verandering in te brengen stelt de wetgever een aantal wijzigingen van de geschillenregeling voor. De procedure wordt op een aantal punten aangepast, hetgeen een einde moet maken aan de zich in de praktijk jarenlang voortslepende procedures. Verder kan de vordering tot overname van de aandelen in de toekomst niet alleen tegen mede-aandeelhouders, maar ook tegen de vennootschap worden ingesteld. En last but not least wordt voorgesteld dat de rechter bij de vaststelling van de door de uittredende aandeelhouder te ontvangen prijs desgevorderd een billijke verhoging kan toepassen in verband met gedragingen van de gedaagde, of van anderen dan de gedaagde, indien aannemelijk is dat die gedragingen hebben geleid tot een vermindering van de waarde van de over te dragen aandelen en deze vermindering niet, of niet volledig, voor de rekening van de eiser behoort te blijven (art. 2:343 lid 4 Wvs.)

---

30 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 5.

Sluit de herziene geschillenregeling aan bij de denkbeelden van Molengraaff? Op dit punt tast ik geheel in het duister. Ik weet slechts hoe Molengraaff dacht over het enquêterecht, dat in 1928 – tegen zijn zin – is ingevoerd. Een beknelde aandeelhouder in een besloten vennootschap beschikt – anders dan een aandeelhouder in een beurs-nv – niet over een exit-mogelijkheid via de beurs. Zou dit niet ook voor Molengraaff een rechtvaardiging kunnen zijn voor een wettelijke exit-mogelijkheid voor de beknelde aandeelhouder van een bv? Of zou deze volgens hem moeten grijpen naar het paardenmiddel van de gedwongen ontbinding van de vennootschap?

#### 4. Tot slot

In deze bijdrage heb ik laten zien dat Molengraaff zijn tijd ver vooruit was. Na het ongeïnspireerde copy-paste-werk van de wetgever in 1971 komt er, vele jaren nadat hij hier op aandrong, een echte regeling voor de bv. Hierin vinden wij terug de vrijheid van inrichting die door Molengraaff zo fel verdedigd werd. Anderzijds verlaat het wetsvoorstel het door Molengraaff gebaande pad door geen rol meer toe te delen aan het kapitaal als waarborg voor de crediteuren. Het voorstel wijkt het sterkst af van Molengraaff's gedachtegoed door veel belang te hechten aan de positie van minderheidsaandeelhouders. Dit zou Molengraaff vast zijn borstelige wenkbrauwen hebben doen fronsen. In zijn ogen diende namelijk als wettelijk uitgangspunt te gelden dat de minderheid zich neer moet leggen bij de wensen van de meerderheid. De tijden zijn echter veranderd en de emancipatie van de minderheidsaandeelhouder is een feit. Van deze maatschappelijke ontwikkeling getuigt het wetsvoorstel mijns inziens terecht.

Nog een laatste opmerking. Sinds de tijd waarin Molengraaff leefde, is het nv-recht steeds meer dwingende regels gaan bevatten. We krijgen nu een flex-bv, maar wordt het niet ook tijd voor heroverweging van allerlei dwingende regels in het nv-recht?<sup>31</sup>

---

31 Zie: J.W. Winter, 'BV, NV en beursvennootschap', in: *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*, IVO-reeks, Deel 51, Deventer: Kluwer, 2004, p. 115-117. Met Winter zou ik willen bepleiten dat binnen het nv-recht een onderscheid wordt gemaakt tussen beurs- en niet-beursvennootschappen, waarbij voor de laatste strengere regels zouden gelden dan voor de eerste. Een andere door Winter aangedragen suggestie die mijns inziens overweging door de wetgever verdient is het reserveren van de nv voor beursvennootschappen.



# Faillissementsrechtelijke facetten van het personenvennootschapsrecht

M.S. Koppert-van Beek\*

## 1. Inleiding

In het Rechtsgeleerd Magazijn van 1884 verscheen van de hand van Molengraaff een bijdrage over twee controversen.<sup>1</sup> Eén van de controversen betrof het faillissement van een vennootschap onder firma. Molengraaff nam stelling tegen een enkele jaren daarvoor door de Nederlandsche Juristen-Vereeniging te Arnhem ingenomen standpunt ten aanzien van de methode van vereffening van het vennootschapsvermogen in geval van faillissement van de vennoten. Molengraaff liet zich ook uit over andere faillissementsrechtelijke aspecten van het personenvennootschapsrecht. De visie van Molengraaff is ook na bijna 125 jaar nog interessant. De discussie over de methode van vereffening van het vennootschapsvermogen is ondertussen geluwd, maar over hiermee samenhangende onderwerpen wordt – mede in het kader van het wetsvoorstel Personenvennootschappen en het voorontwerp Insolventiewet- nog steeds nagedacht. In de onderhavige bijdrage zullen enkele faillissementsrechtelijke facetten van het personenvennootschapsrecht in het licht van Molengraaff's betoog worden besproken.

## 2. Het liquidatiestelsel aanvaard

Molengraaff maakte zich in 1884 sterk voor een wijziging van de (toen) heersende leer betreffende de vereffening van het vermogen van een vennootschap onder firma bij het faillissement van de vennoten. De heersende leer was dat bij het faillissement van beide vennoten van een vennootschap onder firma de vennootschappelijke baten moesten worden verdeeld tussen de vennoten en vervolgens de schuldeisers van de vennootschap in die boedels voor het gehele bedrag van hun vordering verhaal moesten zoeken. Ten tijde van het pleidooi van Molengraaff was nog niet aanvaard dat de vennootschap onder firma een afgescheiden vermogen heeft.

---

\* Mw.Mr. M.S. Koppert-van Beek is als universitair hoofddocent handelsrecht verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

1 W.L.P.A. Molengraaff, 'Twee controversen', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1884, p. 15-39. Dit artikel is ook opgenomen in de *Molengraaff bundel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978.

Molengraaff heeft – in navolging van Hingst – gepleit voor het aanvaarden van het batig-saldo stelsel ookwel liquidatie-stelsel of x+1 boedel-stelsel genoemd. Dit stelsel houdt in dat er tussen de vennoten verdeeld mag worden

‘alleen de activa, die er deducto aere alieno overblijven, d.w.z. mag er tussen de boedels der vennooten slechts gedeeld worden voor zoover als er een batig slot aanwezig is na afbetaling van de vennootschappelijke schulden, zoodat de schuldeischers der vennootschap alleen voor het tekortkomende hun verhaal op de privé-boedels der vennooten uitoefenen’.<sup>2</sup>

Bij de ontbinding van een vennootschap onder firma worden in het liquidatiestelsel de vennootschapsgoederen vereffend en verdeeld onder de zakelijke crediteuren waarna een eventueel overschot verdeeld wordt onder de (failliete of onder de schuldsaneringsregeling vallende) vennoten.<sup>3</sup> Molengraaff betoogde destijds gemotiveerd dat al op grond van de contractuele band tussen de vennoten zij eerst vereffening van de voor de vennootschap onder firma bijeengebrachte goederen mogen verwachten.<sup>4</sup> Hij gaf ook aan dat bij een andere (dan toen heersende) goederenrechtelijke benadering van de personenvennootschap het liquidatiestelsel vanzelf aan de orde zou zijn:

‘Gaarne geef ik toe, dat door het aannemen hetzij van de rechtspersoonlijkheid, hetzij van het afzonderlijk vermogen der vennootschap, onze vraag wordt gepraejudiciëerd in dien zin, dat het te Arnhem gegeven antwoord dan niet meer mogelijk is; doch ook zonder in de vennootschap een rechtspersoon te zien of haar een eigen vermogen toe te kennen, laat het stelsel-Hingst zich logisch rechtvaardigen.’

In 1897 heeft de Hoge Raad in het bekende arrest Boeschoten/Besier aangenomen dat de vennootschap onder firma een afgescheiden vermogen heeft. Hiermee werd het liquidatiestelsel aanvaard.

### **3. De personenvennootschap failliet verklaard.**

#### *3.1 Het faillissement van een vennootschap onder firma*

Molengraaff zag het als een uitvloeisel van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten dat niet de vennootschap maar slechts de individuele vennoten failliet verklaard kunnen worden. Hij redeneerde als volgt:

---

2 W.L.P.A. Molengraaff, 1884, p. 16.

3 Zie voor een meer uitgebreide uitleg Asser-Maeijer I, 1989, nr. 180.

4 W.L.P.A. Molengraaff, 1884, p. 18.

‘Het ophouden van betalen der vennootschap toch sluit van zelf in zich het niet-betalen door de vennoten van schulden, die zij ieder verplicht zijn geheel te voldoen. Eerst wanneer beide vennoten hunne betalingen staken (ophouden te betalen, wat zij verplicht zijn te betalen) houdt ook de vennootschap op te betalen, want zoolang er nog één hunner is, die betaalt, betaalt ook de vennootschap; deze toch wordt er door bevrijd.’<sup>5</sup>

Molengraaff was er voorstander van om in geval van ophouden te betalen van beide vennoten (in geval van een personenvennootschap met twee vennoten) twee curatoren te benoemen die tegelijk de liquidatie van de ontbonden personenvennootschap op zich nemen.

Naar huidig recht kan de vennootschap onder firma (anders dan in Molengraaff’s oorspronkelijke visie) wel failliet worden verklaard (zie art. 4 lid 2 en 2 lid 3 Fw).

### 3.2 *Het faillissement van een maatschap/stille vennootschap*

Kan naar huidig recht ook een maatschap failliet worden verklaard? In de jurisprudentie is deze vraag nooit beantwoord. Polak meent (kennelijk) van niet.<sup>6</sup> Het antwoord op de vraag is mijn inziens afhankelijk van de goederenrechtelijke benadering van de maatschap. Neemt men voor de maatschap wel of niet een afgescheiden vermogen aan? In de rechtsliteratuur heeft de overtuiging dat er ook bij een (openbare) maatschap sprake is van een afgescheiden vermogen de overhand gekregen.<sup>7</sup> Zoals Huizink ook aangeeft, staat er, als het oordeel van de Hoge Raad<sup>8</sup> dat een apart faillissement van een v.o.f. mogelijk is gegrond zou zijn op de overweging dat de vennootschap onder firma een afgescheiden vermogen heeft, niets aan in de weg om aan te nemen dat ook andere personenvennootschappen failliet kunnen worden verklaard.<sup>9</sup>

Naar het komend recht speelt de vraag niet meer: het nieuwe art. 2 lid 3 Fw dat zal worden ingevoerd door de invoeringswet bij het wetsvoorstel Personenvennoot-

---

5 W.L.P.A. Molengraaff, 1884, p. 35.

6 N.J. Polak, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 22. In deze druk wordt niet expliciet gesteld dat de maatschap niet failliet kan worden verklaard. Er wordt wel aangegeven dat de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap vanwege het afgescheiden vermogen failliet kunnen worden verklaard. In de druk van 2002 stond er nog wel expliciet dat een faillissement van een maatschap niet mogelijk was (p. 19). In gelijke zin: A.M.J. van Buchem-Spapens en Th.A. Pouw, *Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering*, Deventer: Kluwer 2004, p. 6.

7 Zie J.J.A. Hamers en L.P.W. van Vliet, *Inleiding personenvennootschappen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 127.

8 HR 14 april 1927, *NJ* 1927, 725.

9 J.B. Huizink, ‘Personenvennootschappen en insolventie’, *TvI* 2004/3, p. 78.

schappen, bepaalt uitdrukkelijk dat openbare *en* stille vennootschappen failliet kunnen worden verklaard.<sup>10</sup>

### 3.3 *De noodzaak/wenselijkheid van een afzonderlijk faillissement van de personenvennootschap*

Verschillende auteurs zien de noodzaak van een afzonderlijk faillissement van een personenvennootschap niet in.<sup>11</sup> Toch is een apart faillissement van een personenvennootschap (ook na invoering van Titel 7.13 BW) mogelijk. In de Memorie van Toelichting geeft de Minister aan dat onder bepaalde omstandigheden behoefte kan bestaan aan een vereffening door een curator overeenkomstig de regels van de Faillissementswet.<sup>12</sup> De Minister merkt op:

‘Voorts wordt eerst met het faillissement van de vennootschap bewerkstelligd dat beslagen, gelegd op goederen die behoren tot het afgescheiden vermogen, vervallen (artikel 33, tweede lid, Fw). Hetzelfde geldt voor de schorsing van tegen de vennootschap aanhangige procedures die voldoening van een vordering uit de boedel ten doel hebben (artikel 29 Fw).’

Dit zijn inderdaad voordelen van toepassing van het faillissementsregime.

Huizink heeft verdedigd dat een aparte faillissementscurator voor de personenvennootschap niet nodig is.<sup>13</sup> Hij overwoog dat het faillissement van een vennoot leidt tot ontbinding van de personenvennootschap en dat na ontbinding zijn de vennoten gehouden tot vereffening van het vermogen van de vennootschap. Een failliete vennoot kan hierbij worden vervangen door zijn faillissementscurator.<sup>14</sup> In een latere bijdrage merkt Huizink op dat moeilijk te overzien is of wel behoefte bestaat aan een faillissementsvereffening van een personenvennootschap. Hij geeft twee argumenten tegen het aparte faillissement van een personenvennootschap, kort gezegd: 1) de vereffening van het vennootschapsvermogen kan door de

---

10 Wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek, *Kamerstukken II 2006/2007*, 31 065, waarover meer uitgebreid J.J.A. Hamers en L.P.W. van Vliet, 2004, p. 115. Ook in het voorontwerp Insolventiewet wordt deze lijn gevolgd, zie de toelichting op art. 1.1.3 Voorontwerp Insolventiewet, p. 21 (te raadplegen via internet).

11 Onder meer: Asser-Maeijer I, 1989, nr. 180.

12 Wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek, *Kamerstukken II 2006/2007*, 31 065, nr. 3.

13 J.B. Huizink, 2004, p. 79 en J.B. Huizink, ‘De personenvennootschap nieuwe stijl en de Faillissementswet’, *TvI 2007/6*, p. 203.

14 J.B. Huizink, 2004, p. 82. Huizink lijkt niet overigens niet geheel consequent. Hoewel hij eigenlijk vindt dat in zijn betoog past dat een OVR of CVR niet failliet kan worden verklaard, acht hij het slecht voorstelbaar dat een vennootschap met rechtspersoonlijkheid, zelfstandig drager van rechten en verplichtingen, niet failliet zou kunnen worden verklaard.

curatoren van de vennoten worden afgewikkeld en 2) de faillissementsafwikkeling van het vennootschapsvermogen in samenhang met de schuldsanering van de vennoten geeft aanleiding tot juridische moeilijkheden.<sup>15</sup> Mijns inziens maakt de wetgever terecht de keuze voor de mogelijkheid van een apart faillissement van een personenvennootschap. Hierop kom ik later terug. Eerst is er aanleiding een tweetal uitstapjes te maken.

### 3.4 Een uitstapje naar het erfrecht

Vroeger was het mogelijk een nalatenschap failliet te laten verklaren. Op grond van art. 198 e.v. Fw kon de nalatenschap in twee gevallen failliet worden verklaard, namelijk 1) wanneer de erflater in de toestand verkeerde dat hij had opgehouden te betalen of 2) wanneer de boedel bij zijn overlijden negatief was. De faillietverklaring van de nalatenschap had geen weerslag op de erfgenamen, althans niet zoals de faillietverklaring van de vennootschap onder firma dat thans heeft: wanneer de erfgenamen aansprakelijk zijn voor de schulden van de erflater (door aanvaarding van de nalatenschap) werden zij bij faillietverklaring van de nalatenschap niet ook failliet verklaard noch werd op hen de schuldsaneringsregeling van toepassing verklaard.

Sinds de invoering van het nieuwe erfrecht is faillietverklaring van een nalatenschap niet meer mogelijk. Boek 4 BW bevat nu een eigen regeling van de vereffening van de nalatenschap. De regeling dient hetzelfde doel als voorheen het faillissement.<sup>16</sup> De derde afdeling van Titel 6 van Boek 4 BW voorziet in de afwikkeling van een nalatenschap waarbij een vereffenaar wordt benoemd door de rechtbank. De gronden voor de afwikkeling door een vereffenaar staan genoemd in 4:204 lid 1 onder b en c BW. De parallel met de personenvennootschap is helder wanneer men art. 4:224 BW leest:

‘Eerst nadat de bekende schuldeisers van de vereffende nalatenschap volledig zijn voldaan, hebben de overige schuldeisers van een erfgenaam recht van verhaal op de goederen der nalatenschap.’

De door de rechtbank benoemde vereffenaar kan deels gebruik maken van de Faillissementswet, bijvoorbeeld in geval van een verrekeningskwestie (art. 4:217 BW). Er is bij de bedoelde vereffening van een nalatenschap formeel geen sprake van een faillissementssituatie, maar wel van een met het faillissement vergelijkbare

---

15 J.B. Huizink, 2007, p. 204.

16 Invoeringswet Boek 4 BW, *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 245, nr. 3, p. 10.

situatie.<sup>17</sup> Waar het in het kader van deze bijdrage om gaat is dat het afgescheiden vermogen van een nalatenschap door een (professionele) vereffenaar volgens speciale (deels faillissementsrechtelijke) regels kan worden vereffend.

### 3.5 Een uitstapje naar het geconsolideerde faillissement

In sommige gevallen kan het overigens juist wel efficiënt zijn om één curator in te zetten om verschillende boedels te vereffenen. Hier kan een parallel getrokken worden met het geconsolideerde faillissement. Reumers heeft onderzoek gedaan naar geconsolideerde/samengevoegde afwikkeling van verschillende boedels van een concern.<sup>18</sup> Vanwege de sterke financiële, organisatorische, economische en personele verwevenheid van tot een concern behorende vennootschappen leidt een faillissement van deze vennootschappen bij de (afzonderlijke) afwikkeling tot lastige juridische en praktische problemen. Samengevoegde afwikkeling kan dan aangewezen zijn. Reumers is van mening dat voor een geconsolideerde afwikkeling gekozen kan worden na een belangenafweging waarbij rekening kan worden gehouden met de omstandigheden van het geval en de te verwachten gevolgen van de samengevoegde afwikkeling voor de crediteuren.<sup>19</sup> Reumers doet een voorstel voor een wettelijke bepaling waarin deze norm nog meer wordt uitgewerkt:

‘De rechtbank bepaalt op verzoek van de curator, de gefailleerde of de commissie uit de schuldeisers dat de failliete boedel samengevoegd wordt afgewikkeld met een of meer andere failliete boedels indien: a. het aan de betrokken boedels toebehorend vermogen feitelijk geheel of ten dele is samengevoegd, zodanig dat nog slechts een willekeurige verdeling van dat vermogen mogelijk is; b. de gefailleerden met de crediteuren hebben gehandeld als vormden zij een eenheid, of c. de enkelvoudige afwikkeling naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, omdat de met de samengevoegde afwikkeling gepaard gaande voordelen voor de gezamenlijke crediteuren van de betrokken gefailleerden aanzienlijk zwaarder wegen dan de voor sommigen van hen ermee gepaard gaande nadelen.’<sup>20</sup>

Mijns inziens zou een dergelijke norm ook toegepast kunnen worden om te bepalen of de boedels van de failliete personenvennootschap en haar vennoten gezamenlijk

---

17 Zie meer uitgebreid M.J.A. van Mourik (red.), *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 577 e.v.

18 Zie M.L.H. Reumers, *Samengevoegde afwikkeling van faillissementen*, diss. EUR 2007, 561 p.

19 Zie Reumers, 2007, p. 461.

20 Reumers, 2007, p. 436.

zouden moeten worden afgewikkeld. Bij een personenvennootschap zal men mijns inziens niet op voorhand moeten uitgaan van een samengevoegde afwikkeling.<sup>21</sup>

### 3.6 Conclusie

Een aparte curator voor de vereffening van een personenvennootschap en (dus) de mogelijkheid van een apart faillissement van de personenvennootschap is mijns inziens om verschillende redenen aantrekkelijk. De belangen van de personenvennootschap en één of meer van diens vennoten kunnen uiteenlopen of zelfs botsen. Wanneer de verschillende vennoten en/of curatoren gezamenlijk de personenvennootschap moeten liquideren kan dit lastig zijn. Ook het feit alleen al dat meer vennoten/curatoren samen de vereffening ter hand nemen kan onder omstandigheden tot vertraging en inefficiëntie leiden. Een onafhankelijke curator is de beste waarborg dat de verschillende belangen en de paritas creditorum goed worden bewaakt. Het uitstapje naar het erfrecht leert dat ook daar een door de rechter benoemde vereffenaar met gebruikmaking van belangrijke regels van faillissementsrecht een afgescheiden vermogen kan vereffenen, los van de vermogens van de erfgenamen.

Men moet dus niet principieel tegen een aparte, faillissementsrechtelijke vereffening van een personenvennootschap zijn. Er zijn genoeg argumenten om de mogelijkheid van een aparte, faillissementsrechtelijke vereffening van een personenvennootschap toe te juichen. De parallel met het erfrecht leert ook dat men de vereffening ook buiten de Faillissementswet kan regelen. Dit is precies wat ook deels door het Wetsvoorstel Personenvennootschappen wordt gedaan: art. 7:830 lid 2 BW bepaalt dat voor zover het vermogen van de vennootschap niet toereikend is om de schulden van de vennootschap te voldoen, de vereffenaar het faillissement moet aanvragen, tenzij voldoende aannemelijk is dat het tekort zal worden voldaan door de gewezen vennoten of alle bekende schuldeisers desgevraagd instemmen met de voortzetting van de vereffening buiten de Faillissementswet. Deze mogelijkheid is efficiënt en geeft het systeem de gewenste flexibiliteit.<sup>22</sup>

---

21 Anders kennelijk J.W. Winter, *Afscheid van papier*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht', wolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, p. 121, die een concern juist wil aanmerken als een vennootschap onder firma om te kunnen concluderen tot gezamenlijke afwikkeling. Zie hierover ook Reumers, 2007, p. 6.

22 Art. 2:23a lid 4 BW bevat een vergelijkbare bepaling voor de vereffening van rechtspersonen uit Boek 2 BW. Overigens komt na invoering van art. 7:830 lid 2 BW een einde aan de discussie of een ontbonden vennootschap failliet kan worden verklaard: dat kan klaarblijkelijk. Anders naar huidig recht Rb. Utrecht 3 juli 2003, n.g., te kennen uit J.B. Huizink, 2004, p. 77. Huizink acht het overigens zelf wel verdedigbaar dat een ontbonden vennootschap onder firma failliet kan worden verklaard.

Het ‘aparte’ faillissement van een personenvennootschap is mijns inziens dus nuttig en het is terecht dat dit naar komend recht duidelijk in de wet is verankerd.<sup>23</sup>

#### **4. De wisselwerking tussen vennoot en personenvennootschap in geval van faillissement aan één van beide zijden.**

##### *4.1 Betekent het faillissement van de personenvennootschap automatisch een faillissement van de vennoten?*

In 1927 overwoog de Hoge Raad dat de faillietverklaring van een vennootschap onder firma ‘noodwendig het faillissement van de leden der vennootschap ten gevolge heeft’. Dit gevolg vloeit voort uit het feit dat de vennoten van een vennootschap onder firma hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap. Art. 4 lid 3 Fw bepaalt dat de faillissementsaangifte van de vennootschap onder firma mede betrekking moet hebben op de vennoten. Ten aanzien van een commanditaire vennootschap heeft de Hoge Raad in 1951 geoordeeld dat wanneer de namen van de (besturende) vennoten niet in het vonnis van faillietverklaring zijn vermeld de staat van faillissement niet intreedt. Huizink concludeert hieruit dat een faillissement van uitsluitend de vennootschap of de vennootschap en enkele vennoten in deze perceptie niet denkbaar is. Die conclusie lijkt mij juist, maar de perceptie van de Hoge Raad niet. Het is niet goed in te zien waarom per se alle betrokken boedels (zowel van de vennootschap als van de vennoten) vereffend moeten worden en waarom per se alle vennoten (naast de vennootschap) in de toestand zouden verkeren dat zij hebben opgehouden te betalen.<sup>24</sup> Huizink betwist dat hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden automatisch tot een faillissement van de vennoten leidt door te wijzen op de moedervenootschap die een 403-verklaring heeft afgegeven, maar bij een faillissement van de dochter ook niet zelf noodzakelijkerwijs als gevolg daarvan failliet wordt verklaard.<sup>25</sup> Ook uit het hierboven gemaakte uitstapje naar het erfrecht kan geleerd worden dat in het verleden het faillissement van een nalatenschap in het geval dat de erfgenamen aansprakelijk waren voor de schulden, toch niet automatisch leidde tot het faillissement van de erfgenamen.

In de toekomst zal het faillissement van de vennoten terecht niet langer het noodzakelijk gevolg zijn van het faillissement van een vennootschap in de zin van titel 7.13 BW. Door de invoeringswet bij het wetsvoorstel Personenvennootschap-

---

23 Naar huidig recht is dat door rechtbank Assen al eens aangenomen. Zie TvI-Nieuwsbrief Insolad 1999, p. 50, waarover B. Wessels, ‘Perikelen bij insolventie van V.O.F. en C.V.’, *WPNR* 2004, 6579.

24 Dit is op grond van art. 1 lid 1 en 6 lid 3 Fw het criterium voor faillietverklaring.

25 J.B. Huizink, 2004, p. 80.



pen zal art. 63f aan de Faillissementswet worden toegevoegd. Het artikel zal bepalen: 'De faillietverklaring van een openbare of stille vennootschap brengt niet het faillissement van de voor de schulden van de vennootschap verbonden vennoten mee.'<sup>26</sup> In de literatuur werd voor deze wijziging het argument aangevoerd dat persoonlijke verweermiddelen aan de aansprakelijkheid van een vennoot in de weg kunnen staan.<sup>27</sup> In de Memorie van Toelichting bij de invoeringswet wordt aangegeven dat ook de toepassing van de schuldsaneringsregeling op een vennoot het noodzakelijk gevolg van het faillissement van de vennoot in de weg kan staan.<sup>28</sup>

#### 4.2 *Leidt het faillissement of de schuldsanering van een vennoot tot ontbinding van de personenvennootschap?*

Naar huidig recht bepaalt art. 7A:1683 BW dat de personenvennootschap wordt ontbonden door de faillietverklaring van een vennoot of het op hem van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling. In de praktijk worden in het vennootschapscontract veelal bepalingen opgenomen teneinde de overige vennoten in de gelegenheid te stellen de onderneming voort te zetten.

Naar komend recht zal het faillissement of de schuldsanering van een vennoot niet langer leiden tot algehele ontbinding van de personenvennootschap. Art. 7:818 lid 1 onder b BW bepaalt dat de vennootschap alleen ten aanzien van de vennoot die uittreedt wordt ontbonden indien het uittreden het gevolg is van zijn faillissement. Het is een goede keus van de wetgever om het gevolg van partiële in plaats van algehele ontbinding te koppelen aan het faillissement van een vennoot. Het bevordert de voortzetting van de onderneming door de overige vennoten.<sup>29</sup>

Merkwaardig is het mijns inziens dat de toepassing van de schuldsaneringsregeling niet automatisch leidt tot partiële ontbinding.<sup>30</sup> Dit moet worden gewijzigd. Het eventuele positieve saldo van de vennoot zou toch in geval van schuldsanering

---

26 Deze lijn wordt ook in het Voorontwerp Insolventiewet gevolgd, zie de toelichting bij art. 2.2.3 Voorontwerp Insolventiewet, p. 40.

27 Zie M.S. Koppert-van Beek en D.F.M.M. Zaman, 'Het Overgangsrecht inzake titel 7.13 Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 6723, p. 769 en Asser-Maeijer 5-V, nrs. 145 jo 177.

28 Wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek, *Kamerstukken II* 2006/2007, 31 065, nr. 3, p. 15, waarover ook J.J.A. Hamers en L.P.W. van Vliet, 2007, p. 115.

29 Zie over de juridische vragen die nog wel rijzen ten aanzien van de levering van zijn aandeel in de (goederen van de) vennootschap door een vennoot wiens uittreden het gevolg is van zijn faillissement: J. Nijland, 'Uittreding na faillissement bij de nieuwe personenvennootschap', *WPNR* 2007, 6706.

30 In de vennootschapsovereenkomst kan de schuldsanering van een vennoot wel als opzeggingsgrond worden aangemerkt. Ook kan de rechter de schuldsanering van een vennoot zien als gewichtige reden voor ontbinding. Zie Wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek, *Kamerstukken II* 2006/2007, 31 065, nr. 3, p. 16.

ten goede moeten komen aan zijn schuldeisers? Het moet toch niet mogelijk zijn de personenvennootschap te (ge-/mis-)bruiken om vermogen in te ‘verstopten’ ten koste van privé-crediteuren? De overweging in de Memorie van Toelichting dat ‘ervan is uit te gaan dat het handelen in vennootschapsverband voortgang moet kunnen vinden, ook al heeft één der vennoten het beheer en de beschikking over zijn vermogen verloren (in dit geval ingevolge de schuldsaneringsregeling)’, kan ik daarom niet volgen.<sup>31</sup> Ook de toepasselijkheid van de schuldsaneringsregeling zou moeten leiden tot partiële liquidatie zodat het aandeel in de vennootschapsgoederen ten goede komt aan de crediteuren van de vennoot. Indien gewenst kan de vennoot middels een nieuw vennootschapscontract (waarin hij bijvoorbeeld voor de toekomst nog slechts arbeid inbrengt), betrokken blijven bij de onderneming. Denkbaar is dat vennoten een dergelijke mogelijkheid op voorhand regelen bij het aangaan van het samenwerkingsverband.

#### *4.3 Leidt het faillissement of de schuldsanering van alle vennoten per definitie tot een faillissement van de personenvennootschap?*

Maeijer schrijft dat de faillietverklaring van één of meerdere, of zelfs alle vennoten nog niet het faillissement van de vennootschap onder firma met zich brengt.<sup>32</sup> Hij is, zoals gezegd, ook geen voorstander van een apart faillissement van de personenvennootschap. Wel merkt hij op dat wanneer alle vennoten van een vennootschap onder firma failliet zijn verklaard en niet de vennootschap zelf, niets in de weg staat aan een vereffening van de vennootschappelijke goederengemeenschap als afzonderlijke boedel ten behoeve van de op een afzonderlijke uitdelingslijst te vermelden vennootschapsschuldeisers. Mijns inziens is het, als gezegd, onder omstandigheden gewoon wenselijk en efficiënt dat er een aparte curator wordt aangesteld en aparte faillissementsprocedure voor de personenvennootschap wordt aangevangen.

Ik ben het wel eens met Maeijer dat het faillissement van alle vennoten niet ‘automatisch’ het faillissement van de personenvennootschap moet betekenen. Voor de personenvennootschap zal een faillissement apart moeten worden aangevraagd. Onder omstandigheden is het heel wel denkbaar dat een faillissement niet nodig of wenselijk is. In zo’n geval kan een faillissementsaanvraag achterwege blijven. Het faillissement van alle vennoten heeft namelijk wel tot gevolg –zowel naar huidig als naar komend recht- dat de personenvennootschap (geheel) wordt

---

31 Wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek, *Kamerstukken II 2006/2007*, 31 065, nr. 3, p. 16. Ook Huizink uit kritiek op de bepaling. Zie J.B. Huizink, 2004, p. 83.

32 Asser-Maeijer I, nr. 180.

ontbonden.<sup>33</sup> Vereffening zal derhalve in elk geval plaatsvinden. Men moet met deze materie pragmatisch omgaan. Dit geeft de wetgever –voor komend recht- ook aan in het reeds genoemde art. 7:830 lid 2 BW op grond waarvan de aanvraag van het faillissement door de vereffenaar achterwege kan blijven wanneer de schuldeisers hiermee instemmen.<sup>34</sup>

Mijns inziens zou het bovenstaande op analoge wijze moeten gelden in gevallen waarin op alle vennoten de schuldsaneringsregeling van toepassing is verklaard. Dit vergt een aanpassing van het Wetsvoorstel Personenvennootschappen, aangezien volgens het huidige wetsvoorstel toepassing van de schuldsaneringsregeling op een vennoot niet leidt tot partiële ontbinding van de vennootschap en toepassing van de schuldsaneringsregeling op alle vennoten derhalve niet leidt tot algehele ontbinding.

## 5. Tot slot

Molengraaff heeft nog meegemaakt dat de Hoge Raad in 1927 het liquidatiestelsel aanvaardde.<sup>35</sup> Met het liquidatiestelsel was echter nog niet aanvaard dat een personenvennootschap ook zelfstandig – los van de vennoten – failliet kan worden verklaard. Molengraaff was daar tegen, zoals ook nu nog schrijvers tegen aanname van een ‘apart’ faillissement van de personenvennootschap zijn. Toch zal een apart faillissement van de personenvennootschap na invoering van het wetsvoorstel personenvennootschappen (hopelijk per 1 januari 2009) wettelijk geregeld zijn. Dit is een goede keuze van de wetgever. Misschien zou Molengraaff het hier met het oog op de praktijk van de 21<sup>ste</sup> eeuw ondertussen toch mee eens zijn geweest. Molengraaffs visie lijkt vooral gestoeld op de klassieke persoonsgebonden personenvennootschap met twee vennoten. De huidige praktijk is anders: een personenvennootschap is vaak niet meer zo persoonsgebonden, kent nogal eens veel meer dan twee vennoten en soms zijn de vennoten speciaal voor het functioneren als vennoot opgerichte rechtspersonen. Dit vergt een eigentijdse, efficiënte en praktische regeling. Molengraaff was van dit laatste altijd een voorstander.

Een apart faillissement van de personenvennootschap is (veelal) efficiënt en dient de paritas creditorum. Als daar aanleiding toe is (omdat een of meer vennoten ook failliet zijn, de schuldeisers hiermee gediend zijn en de boedels van de personenvennootschap en de vennoten verweven zijn) kan alsnog gekozen worden voor samengevoegde afwikkeling.

---

33 Zie ook M. Van Olffen, ‘Invoeringswet titel 7.13 en aanpassingen in Wetsvoorstel Personenvennootschap’, *WPNR* 2007, 6723, p. 760.

34 Aan de andere grond van art. 7:830 lid 2 BW (dat het tekort wordt voldaan door de vennoten) zal in deze gevallen waarschijnlijk nooit voldaan worden.

35 Molengraaff is in 1931 overleden.

De aannname van het ‘aparte’ faillissement van de personenvennootschap maakt het mogelijk dat de voorheen bestaande wisselwerking tussen het faillissement van de personenvennootschap en de vennoten wordt losgelaten. Dit gebeurt dan ook. En terecht. De hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten impliceert niet dat zij bij een faillissement van de personenvennootschap per se onder een regeling uit de Faillissementwet moeten vallen. De curator van de personenvennootschap kan de vennoten gewoon aanspreken tot betaling en, indien betaling uitblijft, eventueel alsnog een faillissement van één of meer vennoten uitlokken.

Een faillissement van een vennoot leidt naar komend recht terecht niet langer tot algehele, maar slechts tot partiële ontbinding van de personenvennootschap. Ten onrechte heeft schuldsanering van een vennoot dit gevolg niet. Hopelijk wordt dit in de toekomst gewijzigd.

Het blijft gissen, maar misschien zou Molengraaff best tevreden zijn geweest...

## **Er is een kindeke geboren**

### **Het rechtskarakter van de rechtspersoonlijkheid van de OVR nader belicht**

*D.F.M.M. Zaman\**

#### **1. Inleiding**

##### *1.1 Optie van rechtspersoonlijkheid voor openbare vennootschap onder titel 7.13 BW*

Binnenkort krijgt ons rechtsstelsel een nieuwe rechtspersoon. Een van de belangrijkste noviteiten van, de naar verwachting per 1 januari 2009 in te voeren, titel 7.13 BW<sup>1</sup> is immers de mogelijkheid dat, indien vennoten daarvoor kiezen, een openbare vennootschap rechtspersoonlijkheid verwerft (art. 802 lid 1). De openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid, afgekort OVR, ontstaat pas indien aan een aantal constitutieve (formele) vereisten wordt voldaan (art. 802 lid 3). Indien hieraan niet is voldaan, is er in het systeem van titel 7.13 BW een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid. Deze vereisten gelden eveneens voor de commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid (CVR), nu deze vorm een species is van de OVR.

In het oorspronkelijke Ontwerp-van der Grinten (art. 7.13.1.2) ging de wetgever zelfs nog een stap verder. In dat ontwerp uit 1972 kwam aan de openbare vennootschap van rechtswege rechtspersoonlijkheid toe. Om diverse redenen (onduidelijkheid wanneer van een openbare vennootschap sprake zou zijn, overgangsproblemen), en na uitgebreid debat, is uiteindelijk gekozen voor het thans in te voeren flexibele keuzestelsel voor rechtspersoonlijkheid.

##### *1.2 Molengraaff's beeld van rechtspersoonlijkheid*

De toekenning van rechtspersoonlijkheid door de wetgever, zoals thans voorzien voor de openbare vennootschap, en het rechtskarakter van een rechtspersoon, heeft de gemoederen van de rechtstheoretici gedurende de 19<sup>e</sup> en de eerste helft van de vorige eeuw danig bezig gehouden. Eén van de rechtsgeleerden, die aan deze dis-

---

\* Prof.Mr. D.F.M.M. Zaman is als bijzonder hoogleraar notarieel ondernemingsrecht verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en notaris te Rotterdam.

1 *Kamerstukken II* 2002-2003, 28 746 en *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 065.

cussie een belangrijke bijdrage heeft geleverd was Molengraaff.<sup>2</sup> Voor Molengraaff is de term rechtspersoon, 'welks nauwkeurige omschrijving vele woorden zou vereischen', niet meer dan een beeld, een metafoor, om het verschijnsel aan te duiden als de 'samenvatting van de leden der vereeniging tot een gedachte eenheid'.<sup>3</sup> Daarnaast stelt hij: 'Het is eene miskenning der werkelijkheid, het bestaan van een persoon buiten de leden, al zij het alleen in de sfeer van het recht, aan te nemen'. Door zijn stelling dat er alleen sprake is van een 'beeld' is Molengraaff's opvatting over rechtspersoonlijkheid door velen (o.a. Houwing) verkeerd begrepen. Molengraaff zou echter volgens Asser-Maeijer niet anders bedoeld hebben dan dat er onderscheid diende te worden gemaakt tussen collectieve eigendom en medeëigendom. Door te stellen dat de verenigde leden eigenaar zijn en dat zij individueel daaruit geen enkele bevoegdheid mogen afleiden, zegt hij, naar de mening van Maeijer, niet anders dan dat de vereniging als eenheid eigenaar is. Dan erkent hij, juist door dit enkelvoud, wat hij bestrijdt, het begrip waarvan hij beweert dat het enkel een beeld zou zijn.<sup>4</sup> Is hier sprake van miscommunicatie, spraakverwarring of een te hoog abstractieniveau van de zijde van Molengraaff?

## 2. Rechtspersoon en rechtssubject

### 2.1 Rechtsbegrippen rechtspersoon en rechtssubject in het privaatrecht

Het doel van deze bijdrage is niet een overzicht te geven van de vele rechtstheorieën die er de afgelopen eeuwen over het rechtskarakter van de rechtspersoon zijn ontwikkeld.<sup>5</sup> Namen als Von Savigny, Von Gierke, Ihering en Binder komen dan naar boven, evenals de fictietheorie, de orgaantheorie en de realiteitstheorie. Wat Nederland betreft denken we dan niet alleen aan Molengraaff, maar ook aan andere grote rechtsgeleerden als Houwing, Scholten, Eggen, Bregstein, Raaijmakers en Timmerman.<sup>6</sup>

---

2 Zie diverse Beschouwingen, Handelingen, Preadviezen, geschriften en boekbesprekingen in: M.W. ter Horst e.a. (red.), *Molengraaffbundel: Keuze uit de verspreide geschriften van Mr. W.L.P.A. Molengraaff*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 288-367.

3 Zie Molengraaff 1978, p. 338 e.v.

4 Zie Asser-Maeijer, *Vertegenwoordiging en Rechtspersoon II*, nr. 15.

5 Voor een overzicht: zie Asser-Maeijer, *Vertegenwoordiging en Rechtspersoon II*, nrs. 1-5; A.J.R. de Groot, 'Rechtspersoonlijkheid in rechtstheoretisch perspectief', in: *Handelsrecht tussen Koophandel en Nieuw BW*, Deventer: Kluwer 1988, p. 39-61; en K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, Köln: Carl Heymanns Verlag 2002, § 8.

6 De laatstgenoemde het meest recent tezamen met F.K. Buijn in: J.B.J.M. ten Berge, S.E. Zijlstra, L. Timmerman en F.K. Buijn, *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht / Handelingen NJV 2000 - Preadviezen en Verslag*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 2000.

Ik beperk mij hier verder tot het Nederlandse privaatrecht. Naar huidig recht kan men vaststellen dat een rechtspersoon, evenals de mens, een rechtssubject is, een drager van rechten en plichten. Dit geldt in ieder geval voor het vermogensrecht. De rechtspersoon is een 'persoon', die door het recht in het leven is geroepen. Aan rechtspersoonlijkheid zijn diverse rechtsgevolgen verbonden. De vele rechtsbeschouwingen over de kwalificatie van rechtspersoonlijkheid behoeven overigens niet gelijk te zijn aan het standpunt van de wetgever, zoals dat blijkt uit codificatie. De Staat heeft weliswaar de bevoegdheid bij wet rechtspersoonlijkheid toe te kennen of die juist te onthouden, maar dit betekent niet dat door de rechtswetenschap, bekrachtigd door rechtspraak, niet eveneens rechtspersoonlijkheid zou kunnen ontstaan. Er is dan geen sprake van toekenning van rechtspersoonlijkheid, maar van erkenning op grond van het positieve recht. Op deze wijze wordt verdedigd dat de openbare vennootschap ook naar huidig recht reeds rechtspersoonlijkheid heeft. Ik noem met name Raaijmakers, die meent dat een openbare vennootschap ook thans reeds rechtssubject is – zelfstandig drager van rechten en plichten – en daarmee wat hem betreft rechtspersoon: 'zij heeft een afgescheiden vermogen, zij is een door de samenwerking tussen de vennoten gekwalificeerde gemeenschap en een algemeenheid van goederen en schulden'.<sup>7</sup> De heersende leer wil daar echter, in navolging van de rechtspraak, niet aan.<sup>8</sup> De rechtszekerheid vordert bovendien mijn inziens dat eerst van rechtspersoonlijkheid en de daaraan verbonden rechtsgevolgen sprake is, indien deze door de wetgever is toegekend of door de rechtspraak is erkend.

## 2.2 *De codificatie van rechtspersoonlijkheid*

Behalve aan de mens kan rechtssubjectiviteit dus toekomen aan een zelfstandige eenheid, die wij rechtspersoon noemen. De rechtspersoon is rechtssubject, ook al worden de bevoegdheden die daaraan verbonden zijn door mensen via de organen van de rechtspersoon, uitgeoefend. De rechtspersoon is subject voor het recht, omdat het recht die bevoegdheid aan haar heeft toegekend. Er is derhalve geen sprake van een fictie, maar van een realiteit. Deze realiteit betekent dat een rechtspersoon zelfstandig in het handels- en rechtsverkeer kan optreden, verbintenissen kan aangaan, goederen kan verkrijgen en in rechte kan optreden. Een van de mogelijkheden om rechtspersoonlijkheid te verkrijgen is, zoals gezegd, dat de wetgever besluit deze toe te kennen aan een rechtsfiguur. De wetgever bepaalt ook de omvang van de rechtsbevoegdheid.

---

7 *Verslag van de vergadering van de Vereeniging 'Handelsrecht' van 6 november 1998: vraagpunten en adviezen over titel 13 van Boek 7 inzake de personenvennootschappen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, p. 21.

8 Zie Asser-Maeijer, 5-V, nr. 13.

Indien wij gemakshalve in deze bijdrage voorbij gaan aan de codificatie van de ‘zedelijke lichamen’ in de 19<sup>e</sup> eeuw,<sup>9</sup> komen wij in 1976 aan bij (de Invoeringswet) Boek 2 BW (Rechtspersonen), waarin niet alleen is vastgesteld aan welke rechtsfiguren rechtspersoonlijkheid is toegekend, maar waarin (anders dan voorheen) tevens een systematische behandeling van het rechtspersonenrecht is vastgelegd. Naast de publiekrechtelijke rechtspersonen (art. 2:1 BW) en de kerkgenootschappen (art. 2:2 BW) is in Boek 2 vastgelegd welke privaatrechtelijke rechtsvormen rechtspersoonlijkheid bezitten (art. 2:3 BW). Dit zijn verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, stichtingen, NV’s en BV’s. Niet alle privaatrechtelijke rechtspersonen kennen een wettelijke grondslag in Boek 2 BW, zoals de vereniging van eigenaars (art. 5:124 en verder BW) en de Europeesrechtelijke rechtsvormen (SE, SCE en EESV). De SE en de SCE hebben rechtspersoonlijkheid krachtens de toepasselijke Verordeningen. Het EESV is rechtssubject krachtens de Verordening en heeft rechtspersoonlijkheid als gevolg van de Uitvoeringswet.<sup>10</sup> Afgezien van enkele rechtsfiguren naar oud-vaderlands recht waaraan (bijvoorbeeld op basis van overgangsrecht) rechtspersoonlijkheid is toegekend,<sup>11</sup> gaat de wetgever uit van een gesloten stelsel van privaatrechtelijke rechtsvormen.

Anders dan men vanuit de systematiek van de ontwerpen van het Nieuw BW zou kunnen verwachten, heeft de personenvennootschap geen regeling gevonden in Boek 2 BW. Ook al was de gedachte in 1972 dat iedere openbare vennootschap rechtspersoonlijkheid zou worden toegekend (welke gedachte dus inmiddels is verlaten) voor de wetgever stond, ook toen al, het contractuele karakter van de rechtspersoon voorop.

### 2.3 Gesloten stelsel

Het gevolg van het ‘gesloten stelsel’ is, dat het niet mogelijk is om krachtens het privaatrecht een eigen rechtsfiguur met rechtspersoonlijkheid (sui generis) in het leven te roepen. Men kan bijvoorbeeld niet zonder wettelijke basis naar Nederlands recht een trust of andere (vergelijkbare) rechtsfiguur in het leven roepen en daaraan rechtspersoonlijkheid toekennen. Dit laat onverlet de erkenning van buitenlandse rechtsvormen op grond van de Wet conflictenrecht corporaties (WCC). Volgens deze WCC is zij immers niet alleen van toepassing op de bekende rechtsvormen,

---

9 Zie art. 1690 - 1702 BW (oud).

10 Art. 1 lid 2 Verordening EESV (213 7185) en Art. 3 lid 1 Uitvoeringswet, Wet van 28 juni 1985, *Stb.* 245.

11 Zie bijvoorbeeld over de juridische kwalificatie van de Ambachtsheerlijkheid Cromstrijen, die sinds 1492 bestaat, mijn oratie: ‘Een Nieuwe Rechtsvormgeving, Enkele gedachten over de modernisering van de infrastructuur van rechtsvormen binnen het ondernemingsrecht’, Utrecht 2007.



maar ook op andere als zelfstandige eenheid of organisatie naar buiten optredende lichamen en samenwerkingsverbanden (art. 1 WCC). Voor onderhavige bijdrage is relevant te vermelden dat het incorporatierecht (zoals gecodificeerd in de WCC) ook bepaalt of ‘een corporatie rechtspersoonlijkheid bezit, drager is van rechten en verplichtingen en of zij bevoegd is rechtshandelingen te verrichten en in rechte op te treden (art. 3 sub a WCC). Kortom, de belangrijkste kenmerken van rechtspersoonlijkheid worden beheerst door het vennootschapsstatuut.

De onmogelijkheid voor private partijen om een rechtsfiguur van eigen aard rechtspersoonlijkheid toe te kennen wordt wel als een te starre rechtsopvatting van de wetgever beschouwd.<sup>12</sup> Daar staat tegenover – en wat mij betreft geeft dat de doorslag – dat zij wel de voor het handels- en rechtsverkeer zo belangrijke rechtszekerheid biedt.

### 3. De onderscheiden rechtsgevolgen van rechtspersoonlijkheid

Wij hebben hiervoor gezien dat het in feite niet meer relevant is welke rechtsgevolgen door de rechtstheoretici worden toegekend aan rechtspersoonlijkheid. Molengraaff hoeft zich niet meer om te draaien in zijn graf, omdat hij miskend wordt! De wetgever bepaalt immers welke bevoegdheden aan een rechtspersoon worden toegekend of aan haar worden onthouden. In art. 2:5 BW stelt is dan ook door de wetgever: ‘Een rechtspersoon staat, wat het vermogensrecht betreft, met een natuurlijk persoon gelijk, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit.’ Hiermede is de rechtssubjectiviteit van de rechtspersoon een gegeven, althans waar het betreft het vermogensrecht. Uit de wet of uit rechtspraak kan echter het tegendeel voortvloeien. Uit de wet blijkt dat de gelijkstelling tussen de rechtspersoon en de natuurlijk persoon beperkt is tot het vermogensrecht. Duidelijk zal zijn dat het familierecht niet op een rechtspersoon van toepassing is, al kan anders uit de wet voortvloeien.<sup>13</sup> Ook in het burgerlijk procesrecht en het strafrecht is de gelijkstelling tussen de natuurlijk persoon en de rechtspersoon aanvaard. Zelfs fundamentele rechten, zoals het recht van hoor en wederhoor en diverse in het EVRM neergelegde mensenrechten lenen zich voor toepassing op rechtspersonen.<sup>14</sup> Daarnaast zijn er ook specifieke regelingen in de wet waarin de rechtsbevoegdheid van een rechtspersoon wordt beperkt, zoals die van een vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid (art. 2:30 lid 1 BW), het (persoonsgebonden) recht van gebruik en

---

12 O.a. door Raaymakers, die hiervan in vele geschriften blijkt geeft.

13 Zie bijvoorbeeld de mogelijkheid dat de rechter de voogdij kan opdragen aan een stichting als bedoeld in de Wet op de jeugdzorg (art. 1: 302 en volgende BW).

14 Zie Toelichting bij art. 2:5 BW van M.J. Kroeze in: Barbara Bier, M.J. Ginneken, M.J. Kroeze, e.a., *SDU Commentaar Ondernemingsrecht (2008/2009)*, Den Haag: SDU 2008; en Asser-Maeijer, *Vertegenwoordiging en Rechtspersoon* II-1, nr. 72.

bewoning (art. 3:226 BW) en de beperking van de vestiging van het recht van vruchtgebruik ten behoeve van een rechtspersoon voor maximaal 30 jaren (art. 3:203 lid 3 BW). Andere voorbeelden zijn een arbeidsovereenkomst die vanwege haar persoonlijk karakter nou eenmaal niet past bij een rechtspersoon (aangezien zij altijd via haar organen handelt) en een rechtspersoon die krachtens de wet geen commissaris van een andere rechtspersoon kan zijn (art. 2:140/250 lid 1 BW).

Andere algemene kenmerken dan wel rechtsgevolgen van het zijn van privaatrechtelijke rechtspersoon geeft de wetgever niet. Voor een aantal rechtsvormen geldt dat de leden of aandeelhouders beperkt aansprakelijk zijn. Dit is echter geen algemene regel. De (oud)leden van een coöperatie B.A. of coöperatie W.A. (art. 2:56 BW) dan wel de (oud)bestuurders van een vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid wordt krachtens de wet een zekere aansprakelijkheid opgelegd. Beperking van aansprakelijkheid is dus geen specifiek kenmerk of rechtsgevolg van rechtspersoonlijkheid (zie ook het EESV in dit verband).<sup>15</sup> Voor het onderscheid dat er rechtsvormen zijn waarbij de verbintenissen uitsluitend rusten op de rechtspersoon (NV, BV en dergelijke) en rechtsvormen waarbij de personen die de rechtspersoon binden hoofdelijk aansprakelijk zijn (bijvoorbeeld de vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid), is wel het begrip ‘onvolkomen’ rechtspersoonlijkheid gehanteerd.<sup>16</sup>

De vraag is wat de gevolgen zijn indien een rechtspersoon, als rechtsfiguur, door overeenkomst ontstaat. Zo werd de NV, waaraan bij de Wet van 1928 rechtspersoonlijkheid werd toegekend, lange tijd beschouwd als een contractuele rechtsbetrekking die door overeenkomst ontstond. Zij werd ook wel een ‘gekwalficeerde maatschap’ genoemd, die niet alleen intern, maar ook extern ten opzichte van derden werking heeft. Dit hybride karakter – zowel een overeenkomst die intern en extern werkt als het zijn van rechtspersoon – is in de 19<sup>e</sup> en 20<sup>e</sup> eeuw reeds als rechtsprincipe aanvaard en geldt naar huidig recht bijvoorbeeld nog steeds in België voor alle vennootschapsvormen.<sup>17</sup>

Wij kunnen vaststellen dat iedere rechtspersoon rechtssubject is, maar dat de rechtsbevoegdheid kan verschillen. De omvang wordt immers door de wetgever bepaald en deze kan redenen hebben om bepaalde bevoegdheden toe te kennen of juist aan een rechtspersoon te onthouden. Ook andere rechtsgevolgen van het zijn van rechtspersoon kunnen op die wijze verschillen, bijvoorbeeld doordat de wetgever een zekere aansprakelijkheid oplegt aan (oud) bestuurders of (oud) leden van

---

15 Zie art. 24 EESV-Verordening.

16 Zie Van der Heijden/Van der Grinten, *Handboek voor de Naamloze en de Besloten vennootschap*, 1992, nrs. 52 en 60.

17 Zie het Belgische Wetboek van Vennootschappen, Boek I, Titel I (Vennootschap en Rechtspersoonlijkheid).

een rechtspersoon. Kortom, de rechtspersoon is er in verschillende soorten en maten.

Men kan zich nog de vraag stellen of er ook een algemeen internationaal kenmerkend beginsel ten grondslag ligt aan ‘rechtspersoonlijkheid’. Ik beperk mij hier tot het onderzoek hierover van Kraakman c.s. in ‘The Anatomy of Corporate Law’<sup>18</sup> waarin ‘legal’ personality als volgt wordt gedefinieerd: ‘The core element of legal personality (as we use the term here) is what the civil law refers to as ‘separate patrimony’. This is the ability of the firm to own assets that are distinct from the property of other persons, such as the firm’s investors, and that the firm is free not only to use and sell but – most importantly – pledge to creditors. Elsewhere we have termed this asset-pledging effect of legal personality ‘affirmative asset partitioning’ to emphasize that it involves shielding the assets of the entity – the corporation – from the creditors of the entity’s managers and owners.’

#### **4. Het rechtskarakter van de rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap**<sup>19</sup>

##### *4.1 Rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap volgens titel 7.13 BW*

In navolging van diverse ons omringende landen heeft de wetgever er voor gekozen aan een openbare vennootschap optioneel rechtspersoonlijkheid toe te kennen. Art. 802 lid 1, eerste volzin van titel 7.13 BW luidt:

‘1. Een openbare vennootschap is rechtspersoon indien dit in de overeenkomst van vennootschap is bepaald en de overeenkomst, althans hetgeen daarvan in de eerste en tweede zin van lid 3 is omschreven, is opgenomen in een akte die wordt verleden ten overstaan van een in Nederland gevestigde notaris.’

Een openbare vennootschap kan derhalve met en zonder rechtspersoonlijkheid bestaan. Een stille vennootschap (art. 801 lid 2) komt niet in aanmerking voor rechtspersoonlijkheid. De voordelen van de rechtspersoonlijkheid zijn volgens de Memorie van Toelichting ‘uitsluitend gelegen op het terrein van het goederenrecht,

---

18 R.R. Kraakman, P. Davies, H. Hansmann, G. Hertig, K.J. Hopt, H. Kanda, E.B. Rock, *The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 6-8.

19 Zie hierover en over andere persoonsgebonden ondernemingsvormen, zoals de Flex-BV: M.J.G.C. Raaijmakers, ‘De plaats van het personenvennootschapsrecht in de structuur van het ondernemingsrecht’, in: M.J.G.C. Raaijmakers, G.J.H. van der Sangen, P.H.J. Essers, *Herziening persoonsgebonden ondernemingsvormen: enkele kanttekeningen bij het wetsvoorstel tot invoering van titel 7.13 BW*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 1-57.

maar zij hebben daarmee toch niet een geringere betekenis'.<sup>20</sup> Ook in het kader van de Invoeringswet heeft de wetgever nogmaals verduidelijkt dat er sprake is van een specifiek karakter van de rechtspersoonlijkheid van de OVR of een CVR: 'Behalve dat daardoor een OVR en CVR als rechtssubject worden erkend, is zij er vooral om de goederenrechtelijke aspecten van de samenwerking te vereenvoudigen.'<sup>21</sup> De rechtssubjectiviteit van een OVR en CVR blijkt in het bijzonder uit het van overeenkomstige toepassing verklaren van art. 5 van Boek 2 BW (zie art. 802 lid 2, eerste volzin): 'Een rechtspersoon staat wat het vermogensrecht betreft, met een natuurlijk persoon gelijk, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit.' Hiervoor is al aan de orde gesteld dat op grond van dit art. 2:5 BW aan een rechtspersoon rechtssubjectiviteit toekomt en dat hij daarmee drager van eigen rechten en plichten is. De bevoegdheid drager te zijn van rechten en plichten, rechtshandelingen te verrichten en in rechte op te treden, moet echter in dit kader wel onderscheiden worden van het karakter van de rechtspersoonlijkheid. Een rechtsfiguur kan rechtspersoonlijkheid hebben en daarmee rechtssubject zijn, maar niettemin wat betreft de kenmerken verschillen van andere rechtspersonen. Dit is wat betreft de openbare vennootschap dan ook het geval. Zij is een rechtspersoon van eigen aard.

#### 4.2 Bijzonder karakter van rechtspersoonlijkheid van de OVR of CVR

Als rechtssubject is de OVR of CVR op het eerste gezicht niet anders te behandelen dan de rechtspersonen in Boek 2 BW. Daarop is immers ook art. 2:5 BW van toepassing. De wetgever heeft aangegeven dat de rechtspersoonlijkheid (echter vooral) bedoeld is om de goederenrechtelijke aspecten van een samenwerking in een OV te vereenvoudigen. Hierna zal ik – niet limitatief – aan de orde stellen welke bijzondere kenmerken de OVR (of CVR) heeft ten opzichte van de Boek 2 rechtspersonen:

##### 4.2.1 Geen toepasselijkheid Titel 1 Boek 2 BW.

Op de rechtspersonen zoals die in Boek 2 BW geregeld zijn, zijn de Algemene bepalingen van Titel 1 BW van toepassing. Dit geldt niet voor de openbare vennootschap die rechtspersoon is. Titel 1 van Boek 2 is daarop slechts van toepassing voor zover Titel 7.13 BW daarnaar verwijst.<sup>22</sup> Voor een OVR gaat overigens wel het voor rechtspersonen gebruikelijke begrip 'zetel' (art. 802 lid 3) gelden. Voor

---

<sup>20</sup> Zie *Kamerstukken II* 2002-2003, 28 746, nr. 3, p. 5.

<sup>21</sup> Zie *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 065, nr. 3, p. 2.

<sup>22</sup> Toepasselijke bepalingen zijn de artt. 4 lid 4, 2<sup>o</sup> tot en met 4<sup>o</sup> volzin, 10 lid 4, 22, 23 leden 3 en 6 en 23b lid 3 Boek 2 BW.

dit begrip kan daarmee aangesloten worden bij de regelingen daarover in Boek 1 (art. 1:10 BW), Boek 2 BW en de WCC.

#### 4.2.2 Regelend recht, tenzij

Het uitgangspunt van Boek 2 BW is dat het van dwingend recht is (art. 2:25 BW). Een aantal bepalingen in Boek 2 BW laat overigens ruimte voor afwijking of aanvulling in de statuten bijvoorbeeld op grond van zinsneden als ‘voor zover de statuten niet anders bepalen’ ‘voor zover de statuten deze bevoegdheid niet beperken of uitsluiten’ of ‘bij de statuten kan worden bepaald dat etc.’ Statutaire bepalingen of besluiten die in strijd zijn met het dwingend karakter van Boek 2 BW zijn nietig,<sup>23</sup> tenzij uit de wet iets anders voortvloeit. Anders dan in het oorspronkelijke wetsvoorstel waar gekozen werd voor dwingend recht (art. 804 BW), is in de huidige tekst van het wetsvoorstel uitgegaan van regelend recht voor de vennootschap ongeacht of die rechtspersoon is of niet. In titel 7.13 is echter wel een aantal bijzondere bepalingen opgenomen die hetzij van dwingend recht zijn dan wel een dwingendrechtelijk karakter hebben. De mate van dwingend recht is in de gekozen opzet echter zeer onderscheiden. Soms is in het geheel geen afwijking mogelijk, soms is afwijking niet mogelijk ten nadele van bepaalde personen of afwijking slechts mogelijk in bepaalde gevallen dan wel indien aan bepaalde vormvereisten is voldaan.<sup>24</sup>

#### 4.2.3 Contractuele samenwerkingsvorm

In de loop van de 20<sup>e</sup> eeuw is de opvatting, dat de NV (en later ook de BV) als een gekwalificeerde maatschap zou moeten worden beschouwd, gewijzigd. Daaruit is de institutionele rechtsopvatting ontstaan op grond waarvan de rechtsvorm losstaat van haar oprichters en haar aandeelhouders. De in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen worden gezien als autonoom georganiseerde entiteiten die door eigen rechtsregels van specifieke aard worden geregeerd (statuten). De personenvennootschap onderscheidt zich, ook na invoering van titel 7.13 BW, van de institutionele vennootschappen van Boek 2 door het feit dat de samenwerking wordt beheerst door een overeenkomst. Er is sprake van een contractuele samenwerkingsvorm. Om die reden heeft de wetgever er ook voor gekozen om de personenvennootschap te regelen in Boek 7 BW (Bijzondere overeenkomsten). Het algemene en bijzondere contractenrecht blijft de basis voor de regeling van de personenvennootschap,

---

<sup>23</sup> Zie art. 2:14 BW juncto art. 3:40 BW.

<sup>24</sup> *Kamerstukken II* 2002-2003, 28 746, nr. 5, p. 5.

ook al heeft zij gekozen voor rechtspersoonlijkheid. Om die reden is de OVR wel gekarakteriseerd als een rechtsfiguur met een hybride karakter.<sup>25</sup>

Naar huidig recht kan men de vennoten van een personenvennootschap identificeren met de vennootschap die zij zijn aangegaan. Wanneer een vennoot uit de vennootschap treedt is een vennootschap daarmee ontbonden. Naar nieuw recht, ongeacht of er sprake is van rechtspersoonlijkheid, staat de continuïteitsgedachte voorop. Titel 7.13 gaat – in navolging van het Ontwerp-Van der Grinten – uit van de grondgedachte dat een wisseling van vennoten mogelijk is zonder dat dit het bestaan of de identiteit van de vennootschap in het gedrang brengt (art. 818 BW). Met dit continuïteitsbeginsel wordt de persoonlijke positie van de individuele vennoot achtergesteld bij de positie van het institutionele samenwerkingsverband. Naast dit loskomen van volledige identificatie van de vennoten met de vennootschap zelf, komt daar bovenop de rechtspersoonlijkheid. Indien daarvoor gekozen wordt kan men verdere vraagtekens stellen bij de vereenzelviging. Intern hebben de vennoten immers een overeenkomst van samenwerking gesloten, maar extern treden zij op als zelfstandige eenheid, als rechtssubject. Het tweeslachtige karakter van de OVR, dat overigens ook reeds voorkomt bij het EESV, komt hierin duidelijk naar voren.

#### 4.2.4 Geen gelijkstelling rechtspersoonlijkheid

Het bijzondere karakter van de OVR blijkt ook uit art. 804 BW. Omdat voor de praktijk onduidelijk was of, indien in wettelijke bepalingen werd gesproken over ‘rechtspersonen’, daar ook de OVR onder viel is in art. 804 BW de volgende bepaling opgenomen:

‘In wettelijke bepalingen buiten deze titel wordt met ‘rechtspersonen’ niet mede bedoeld op openbare vennootschappen met rechtspersoonlijkheid, voor zover niet anders blijkt.’

Uitgangspunt van de wetgever is dat het begrip ‘vennootschap’ bepalend is en blijft om de personenvennootschap te kwalificeren. Indien het rechtspersoonlijkheidskarakter van een personenvennootschap in een bepaalde wettelijke regeling relevant is, zal dit derhalve uitdrukkelijk moeten zijn aangegeven. Zo wordt de OVR voor de heffing van de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting in beginsel als fiscaal transparant gezien. Er wordt als het ware door de rechtspersoonlijkheid heen gekeken.

---

<sup>25</sup> Zie *Kamerstukken II* 2002-2003, 28 746, nr. B, p. 3 (Advies Raad van State en nader rapport).

#### 4.2.5 Goederenrecht

Na verkrijging van rechtspersoonlijkheid is een openbare vennootschap, als rechtspersoon, gerechtigd tot het vennootschappelijke vermogen. Het grote voordeel daarvan is goederenrechtelijk van aard. Immers bij toe- en uittreden van vennoten is geen afzonderlijke levering van de goederen van de vennootschap vereist, aangezien deze blijven toebehoren aan de rechtspersoon. In de praktijk is het een regelmatig voorkomend verschijnsel dat verzuimd wordt aandacht te besteden aan de levering van goederen aan de toetredende vennoot of door de uitgetreden vennoot conform de daarvoor geldende wettelijke vereisten. Bij een CV worden om die reden veelal goederen verkregen door de beherend vennoot en dan ook te zijne name gesteld, terwijl de goederen economisch toebehoren aan alle vennoten gezamenlijk. Een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid kan bovendien zelfstandig contracten sluiten en andere rechtshandelingen aangaan zonder dat ieder van de vennoten daarbij partij is. Zij is voorts zelfstandig bevoegd, mits op rechtsgeldige wijze vertegenwoordigd en onverminderd de hoofdelijk aansprakelijkheid van de vennoten, haar goederen te vervreemden en daarover te beschikken, uiteraard onverminderd eventuele (contractuele) instemmingsvereisten van de vennoten. Ook is duidelijker dat de rechtspersoon als zodanig bevoegd is zekerheden te verschaffen ter zake van het vennootschapsvermogen. Verbonden met het gemengde karakter van de OVR – contract en rechtspersoon – is het bijzondere ‘aandeel in de vennootschap die rechtspersoon is’ (art. 807 BW). De vennoten hebben immers geen rechtstreeks onverdeeld aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap bij een OVR. Op de kenmerken van dit bijzondere vermogensrecht ga ik hier niet nader in.

#### 4.2.6 Hoofdelijke verbondenheid

De vennoten van een openbare vennootschap zijn, ongeacht of deze rechtspersoonlijkheid heeft of niet, evenals naar huidig recht hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap (art. 813 lid 1 BW). Een disculpatiemogelijkheid bestaat voor een tekortkoming bij de nakoming van een opdrachtovereenkomst (art. 813 lid 2 BW). Het uitgangspunt van hoofdelijke verbondenheid staat haaks op de beperking van aansprakelijkheid van (oud) leden of aandeelhouders bij de meeste Boek 2 rechtspersonen en blijft daarmee een van de meest kenmerkende verschillen tussen de onderscheiden rechtsvormen. Het gaat mij echter te ver om te spreken van ‘onvolkomen’ rechtspersoonlijkheid, zoals in België, nu aansprakelijkheidsbeperking niet bepalend is voor het hebben van rechtspersoonlijkheid.

#### 4.3 *Constitutieve vereisten voor rechtspersoonlijkheid bij oprichting OV/CV*

Rechtspersoonlijkheid kan door een OV (of CV) worden verkregen onmiddellijk vanaf de oprichting – het aangaan – van de OV, maar ook tijdens het bestaan van de OV kan daartoe worden besloten. Hieronder zal ik eerst bespreken aan welke vereisten dient te worden voldaan bij oprichting of het aangaan van een OVR.

Om rechtspersoonlijkheid te verkrijgen gelden de volgende constitutieve vereisten (art. 802 lid 1 en lid 3, eerste en tweede volzin):

1. In de vennootschapsovereenkomst die in notariële vorm moet zijn opgemaakt moet zijn bepaald dat de openbare vennootschap rechtspersoon is. Zonder deze uitdrukkelijke bepaling zal er sprake zijn van een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid.
2. De overeenkomst van vennootschap dient in een notariële akte te zijn opgenomen. Indien er geen notariële akte is dan bestaat een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid. Door het vereiste te stellen van een notariële akte conformeert de wetgever zich aan de overige in Boek 2 geregelde rechtspersonen, met uitzondering van de vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid. Ook voor het Europees Economisch Samenwerkingsverband (EESV) is overigens geen notariële akte vereist.<sup>26</sup> Uit art. 802 lid 1 volgt verder dat niet de gehele overeenkomst in een notariële akte behoeft te worden opgenomen. De wetgever is van mening dat derden als gevolg van de inschrijfplicht in het Handelsregister, slechts kennis moeten kunnen nemen van de hoofdzaken van de vennootschap en niet van alle afspraken tussen de vennoten.
3. In de vennootschapsovereenkomst zullen in ieder geval moeten worden vermeld de zetel, de naam en het doel van de vennootschap. Een OVR heeft derhalve altijd een zetel die in de akte moet worden vermeld. De zetel moet in Nederland zijn gelegen. De zetel is ook de woonplaats van de vennootschap, hetgeen onder meer relevant is voor de procesbevoegdheid. Daarnaast dient in de vennootschapsovereenkomst van de OVR als minimumeis een regeling te worden opgenomen met betrekking tot de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de vennoten, de winst- of verliesdeling, het boekjaar, alsmede de ontbinding of voortzetting van de vennootschap daaronder begrepen, uittreding, opvolging en toetreding.

---

<sup>26</sup> Zie Verordening (EEG) nr. 2137/85 van de Raad van 25 juli 1985 tot instelling van Europees Economische Samenwerkingsverbanden (EESV) en de uitvoeringswet verordening tot instelling van Europees Economische Samenwerkingsverbanden (Wet van 28 juni 1989, *Stb.* 245, zoals laatstelijk gewijzigd bij wet van 8 februari 1996, *Stb.* 181).



De eerste vraag die zich laat stellen is hoe diepgaand deze onderwerpen moeten worden geregeld teneinde te voldoen aan het wettelijk voorschrift. Dit geldt in het bijzonder voor de onderwerpen winst- of verliesdeling en ontbinding of voortzetting van de vennootschap. Gezien de strekking van de bepaling dat ‘voor derden tenminste de hoofdzaken van de vennootschap kenbaar zijn’ lijkt het op het eerste gezicht voldoende dat de grote lijnen van deze onderwerpen in de akte zijn opgenomen, tenzij anders uit de wet blijkt. Een dergelijke afwijking in de wet betreft de winst- en verliesdeling. Zo zal iedere afwijking van de wettelijke winst- en verliesdeling (gelijk delen in winst en verlies) steeds ‘bij de overeenkomst van vennootschap’ zelf vereist zijn (art. 815 lid 1). Dit betekent in dit voorbeeld dat een dergelijke regeling volledig in de overeenkomst, en derhalve in de notariële akte zal moeten zijn opgenomen. Kortom, het zal afhangen van het onderwerp hoe diepgaand deze in de akte moet worden vastgelegd. Een andere vraag is wat de gevolgen zijn indien een of meer van de genoemde onderwerpen, al dan niet abusievelijk, niet in de akte zijn opgenomen. Naar de letter van de wet kan de enige conclusie zijn dat er geen rechtspersoonlijkheid ontstaat. De Minister heeft echter opgemerkt dat het er alleen om gaat of ‘hetgeen de overeenkomst inhoudt omtrent de in lid 3 genoemde onderwerpen is opgenomen in de notariële akte’. Indien partijen niets hebben geregeld omtrent een van deze onderwerpen is er geen rechtsgevolg. De vennootschap verkrijgt dan gewoon rechtspersoonlijkheid door de akte.<sup>27</sup>

#### *4.4 Verrijging van rechtspersoonlijkheid door bestaande openbare vennootschap*

##### *4.4.1 Constitutieve vereisten voor de verkrijging van rechtspersoonlijkheid*

Naar nieuw recht kan ook een bestaande OV of CV opteren voor rechtspersoonlijkheid. Dit is bijzonder aangezien er geen andere rechtsvormen zijn waar dit mogelijk is.

Volgens art. 832 lid 1 kan een bestaande openbare vennootschap (OV of CV) rechtspersoonlijkheid verkrijgen en daarmee een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid (OVR of CVR) worden. Voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid dient aan dezelfde constitutieve vereisten als hiervoor besproken te worden voldaan (zie art. 832 lid 2). Dit betekent dat de (mondelinge of onderhandse) overeenkomst van vennootschap door middel van een notariële akte wordt gewijzigd en daarin wordt bepaald dat de vennootschap rechtspersoon is. De vennootschap is dan rechtspersoon vanaf het moment dat de notaris de notariële akte heeft verleden.

---

<sup>27</sup> *Kamerstukken II 2006-2007, 31 065, nr. 8, p. 13.*

#### 4.4.2 Inbreng goederen in rechtspersoon

Een additionele voorwaarde die geldt voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid door een bestaande openbare vennootschap is dat: 'alle goederen behorend tot de vennootschappelijke gemeenschap blijkens die akte onverwijld worden ingebracht in de rechtspersoon' (art. 832 lid 2 onderdeel c). De in de akte opgenomen (obligatoire) verplichting tot onverwijld inbreng van de goederen is derhalve toereikend om rechtspersoonlijkheid te verkrijgen. De rechtspersoonlijkheid vervalt ook niet indien er uiteindelijk niet zou worden ingebracht. De wetgever heeft gekozen voor inbreng, dat wil zeggen een overdracht onder bijzondere titel en, althans voor wat betreft de goederen van de gemeenschap (anders dan voor de bestaande rechtsverhoudingen, waarover hierna), helaas niet voor een overgang onder algemene titel. De inbreng hoeft niet te geschieden op het moment van de akte tot verkrijging van rechtspersoonlijkheid. Voldoende is dat de inbreng onverwijld (derhalve zo spoedig mogelijk) plaatsvindt. Daarnaast eist titel 7.13 dat *alle* goederen van de vennootschappelijke gemeenschap moeten worden ingebracht. Het doel hiervan is zo veel mogelijk te voorkomen dat naast de vennootschap die verder als rechtspersoon door het leven gaat, nog een vennootschappelijke gemeenschap in een zelfde vennootschappelijk verband zou blijven bestaan. Dit zou tot onnodige en te vermijden complicaties leiden.<sup>28</sup>

Naar mijn mening is dit wel een erg rigide standpunt. In de praktijk kan het immers wenselijk zijn dat de vennoten bepaalde goederen (bijvoorbeeld huisartsen die een praktijkpand buiten hun samenwerking in de vorm van een OVR wensen te houden) niet inbrengen in een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid, maar wel een gemeenschap verkiezen ten aanzien van deze goederen. Directe toepassing van art. 832 maakt dit onmogelijk. Wel kunnen de vennoten voorafgaand aan de verkrijging van de rechtspersoonlijkheid de vennootschap 'splitsen' in twee separate vennootschappen waarvan er dan een als (stille) vennootschap de betrokken goederen verkrijgt. De vennootschapscrediteuren krijgen overigens gelijke verhaalsmogelijkheden als voordien, thans op de in de rechtspersoon ingebrachte goederen. Ook voor de positie van de vennoten is het veelal uiteraard van belang dat alle goederen worden ingebracht, aangezien daarmee geen verandering komt in de economische deelgerechtigdheid van de vennoten. Van de inbreng van de goederen moet blijken uit de notariële akte. Vervolgens dienen deze goederen te worden geleverd (vgl. art. 832 lid 3). Alle vennoten (deelgenoten) in de (oorspronkelijke) gemeenschap zullen hun medewerking moeten verlenen aan de overdracht aan de rechtspersoon. Ter verduidelijking: de levering is geen constitutief vereiste, enkel de verplichting tot inbreng van alle goederen. Uit lid 4

---

28 Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 065, nr. 3, p. 63.

van art. 832 blijkt immers dat er nog een vennootschappelijke gemeenschap aanwezig kan zijn na het ontstaan van de rechtspersoonlijkheid. Dit is dan een gevolg van het feit dat nog niet alle goederen daadwerkelijk zijn geleverd aan de rechtspersoon, bijvoorbeeld omdat aan bepaalde leveringsformaliteiten moet worden voldaan door inschrijving in een openbaar register, verkrijging van toestemming voor overdracht van een vergunning, specifieke leveringseisen in het buitenland of bijvoorbeeld door toepasselijkheid van de Wet voorkeursrecht gemeenten.

#### *4.5 Verhaal schulden na verkrijging rechtspersoonlijkheid*

Zoals hiervoor al aangegeven doet de verkrijging van rechtspersoonlijkheid niets af aan de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers van de vennootschap. Behalve op het vermogen van de vennootschap kunnen de crediteuren zich verhalen op de privé-vermogens van de (gewone) vennoten. Het vermogen van de vennootschap bestaat echter – veelal alleen tijdelijk – uit vermogen dat wel en vermogen dat nog niet is geleverd aan de rechtspersoon. Om die reden is in de wet een specifieke beschermingsmaatregel opgenomen. Volgens art. 832 lid 4 eerste volzin kunnen na het ontstaan van de rechtspersoonlijkheid alle schulden van de vennootschap worden verhaald op de goederen van de vennootschappelijke gemeenschap voor zover nog aanwezig, en op de goederen van de rechtspersoon. De vennootschapscrediteuren kunnen zich derhalve zowel verhalen op de goederen van de rechtspersoon als op de nog niet aan de rechtspersoon geleverde goederen. Voor zover de vennootschapscrediteuren geen verhaal zouden hebben op het vermogen van de vennootschap (toebehorend aan de gemeenschap of de rechtspersoon) kunnen zij zich uiteraard wenden tot de vennoten die immers hoofdelijk verbonden zijn voor de verbintenissen van de vennootschap op grond van art. 813.

#### *4.6 Omzetting van OVR in BV*

Een novum in Titel 7.13 is ook dat een openbare vennootschap die rechtspersoon is zich kan omzetten in een BV en omgekeerd (artt. 834 en 835). Bij een dergelijke omzetting eindigt het bestaan van de vennootschap van de rechtspersoon niet. Zij bestaat voort in een andere rechtsvorm. Voor deze bijdrage is verder niet relevant aan welke voorwaarden voldaan dient te worden om de rechtsvorm om te zetten in die van een BV en vice versa. Wel is relevant dat de personenvennootschap, ook al heeft deze rechtspersoonlijkheid, wordt omgezet in een kapitaalvennootschap en daarmee het vennootschapscontract in statuten. In goederenrechtelijke zin verandert het bestaan van de rechtspersoon niet. De activa en passiva, rechten en verplichtingen, rechtsverhoudingen en dergelijke blijven toebehoren aan de rechtspersoon. Het bijzondere karakter van de rechtspersoon verandert echter wel. Zoals we

gezien hebben is het karakter van de ‘Boek 2 rechtspersoon’ totaal anders dan die van de openbare vennootschap die rechtspersoonlijkheid heeft. De hiervoor besproken verschillen ter zake van de rechtspersoonlijkheid komen dan duidelijk naar voren. Op de BV is immers wel titel 1 Boek 2 van toepassing, er is geen sprake meer van identificatie van de vennoten met de vennootschap, in plaats van een contract gelden er statuten en - last but not least - de aandeelhouders zijn (in beginsel) niet aansprakelijk voor tekorten van de vennootschap.

## 5. Conclusie

Per 1 januari 2009 zal, naar verwachting, titel 7.13 BW in werking treden. Een belangrijke noviteit daarvan is dat vennoten van een openbare vennootschap zelf kunnen bepalen of zij voor rechtspersoonlijkheid kiezen. Deze rechtspersoonlijkheid heeft echter wel een zeer bijzonder karakter. Er is immers ook bij een OV/CV die heeft geopteerd voor rechtspersoonlijkheid sprake van een contractuele samenwerkingsvorm, al is er geen strikte vereenzelviging tussen de vennoten en de vennootschap. Het bijzondere karakter wordt ook aangegeven door de plaatsing in Boek 7 (bijzondere overeenkomsten) in plaats van in Boek 2 (rechtspersonen). Dit betekent tevens dat de algemene bepalingen van Boek 2 niet van toepassing zijn, tenzij daar specifiek naar wordt verwezen. Het gevolg daarvan is tevens dat het uitgangspunt blijft dat er sprake is van regelend recht, met een groot aantal uitzonderingen overigens, in plaats van dwingend recht. Bovendien zijn de vennoten van een openbare vennootschap, ook al heeft deze rechtspersoonlijkheid, in beginsel hoofdelijk aansprakelijk (zie art. 813). Tenslotte wordt in de wet uitdrukkelijk (art. 804 lid 2) vastgesteld dat de OVR een bijzonder karakter heeft. In alle wettelijke bepalingen buiten Titel 7.13 wordt met rechtspersonen immers niet bedoeld op de OVR of CVR, tenzij uitdrukkelijk anders blijkt. Het (contractuele) ‘vennootschaps’-karakter blijft vooropstaan.

De opmerking van Molengraaff dat een nauwkeurige omschrijving van de term ‘rechtspersoon’ vele woorden vereist, is, zoals blijkt uit deze bijdrage, doet nog steeds opgeld. De OVR of CVR is echter meer dan een metafoor, een verschijnsel. We kunnen vaststellen dat de rechtsontwikkeling met betrekking tot de rechtspersoon nog niet is afgesloten, zij het in casu niet op basis van de rechtswetenschap, maar door toekenning door de wetgever.? De OVR of CVR zal mijns inziens, gezien de rechtszekerheid die aan de praktijk geboden wordt, een belangrijke rol gaan vervullen in het Nederlandse vennootschapsrecht.

## **CONTRACTEN- EN AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT**



# Over de ‘ondergang’ van het handelsrecht\* en eerherstel voor de tekstuele uitleg van commerciële contracten

M.C. Bijl\*\*

## 1. Inleiding

Het eerste deel van de vraag die Molengraaff in zijn beroemde preadvies van 1883 beantwoordde, luidt: ‘Is het noodzakelijk of wenselijk tussen handelsrecht en burgerlijk recht te onderscheiden?’<sup>1</sup> Om beantwoording van deze vraag draait het ook in deze bijdrage. De discussie of naast het burgerlijk recht een afzonderlijk handelsrecht noodzakelijk is, begon bijna anderhalve eeuw geleden, en is, zoals wij hierna zullen zien, nog altijd niet ten einde. Waar deze discussie zich in de 19<sup>de</sup> eeuw echter met name toespitste op de vraag of men een formeel onderscheid moest blijven maken tussen kooplieden en niet-kooplieden, en handelsdaden en niet-handelsdaden, is in de literatuur de laatste jaren vooral veel gediscussieerd over de noodzaak en wenselijkheid van differentiatie binnen ons algemene contractenrecht.

In deze bijdrage zal ik eerst kort ingaan op de achtergrond van deze discussie, welke zijn eerste hoogtepunt vond in de preadviezen van Molengraaff en Hartogh en de daaruit volgende formele afschaffing van het handelsrecht. Daarbij sta ik uiteraard uitvoerig stil bij de gedachten van Molengraaff. Vervolgens werp ik een blik op de ontwikkeling van het huidige, algemene contractenrecht, en dan met name op de uitleg van overeenkomsten. Op enkele specifiek handelsrechtelijke bepalingen na kent Nederland sinds de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek nog maar één privaatrechtelijke codificatie. Is daarmee het doel dat Molengraaff voor ogen stond, de afschaffing van het onderscheid tussen handelsrecht en burgerlijk recht, nu bereikt? Ik sta in dat kader stil bij de ontwikkelingen in de rechtspraak van de Hoge Raad in de laatste jaren op het gebied van uitleg van

---

\* Verwijzing naar de titel van het proefschrift van R.J.Q. Klomp: *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.

\*\* Mw.Mr. M.C. Bijl is als promovenda verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

1 W.L.P.A. Molengraaff, ‘Is het wenschelijk ten aanzien van conventioneel pandrecht een onderscheid te maken tussen burgerlijk en handelsrecht?’, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1883, I, p. 251-377; de pagina’s 251-260 zijn tevens opgenomen in: M.W. ter Horst e.a. (red.), *Molengraaffbundel: Keuze uit de verspreide geschriften van Mr. W.L.P.A. Molengraaff*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 3-13.

commerciële contractsbepalingen. De vraag is of het uitlegcriterium dat de Hoge Raad in het Haviltex-arrest formuleerde wel rekbaar genoeg is om aan de specifieke noden van het handelsverkeer tegemoet te komen. Tot slot werp ik nog een blik terug op Molengraaff om te bezien welke lessen te leren zijn uit wat hij 125 jaar geleden heeft opgeschreven. Hebben we in Nederland het handelsrecht werkelijk ten grave gedragen of blijft het onderscheid tussen burgerlijk recht en handelsrecht toch van belang?

## 2. Het handelsrecht in de 19<sup>de</sup> eeuw

Het Nederlandse Wetboek van Koophandel werd in 1838 tegelijk met het oude Burgerlijk Wetboek ingevoerd. Evenals het Burgerlijk Wetboek bevatte het regels op het gebied van het privaatrecht. Het belangrijkste onderscheid lag besloten in de begrippen ‘kooplieden’ (art. 2 WvK) en ‘daden van koophandel’ (art. 3 en 4 WvK). Om vast te stellen of men de toepasselijke bepaling diende te zoeken in het Burgerlijk Wetboek, dan wel in het Wetboek van Koophandel, moest worden bepaald of men met ‘kooplieden’ en ‘daden van koophandel’ te maken had. Alles hing dus af van wat onder ‘daden van koophandel’ moest worden verstaan. Uit art. 3 WvK volgde dat de essentie van het koopmanschap bestond in het kopen om te verkopen.<sup>2</sup>

In de tweede helft van de negentiende eeuw is veel geschreven en gesproken over de verhouding tussen het Wetboek van Koophandel en het Burgerlijk Wetboek. Het uitgangspunt is daarbij altijd art. 1 van het Wetboek van Koophandel geweest: *‘Het Burgerlijk Wetboek is, voor zoo verre daarvan bij dit Wetboek niet bijzonderlijk is afgeweken, ook op de in dit Wetboek behandelde onderwerpen toepasselijk’*. Wijzend op deze bepaling bestempelden sommigen het Wetboek van Koophandel als *lex specialis* van het Burgerlijk Wetboek. Het Wetboek van Koophandel werd beschouwd als een verzameling bijzondere regels die in zaken van koophandel derogeerden aan de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek.<sup>3</sup> Het handelsrecht werd aldus geacht deel uit te maken van het burgerlijk recht.

Anderen legden juist de nadruk op de bijzondere regelingen die het Wetboek van Koophandel bevatte en beschouwden het handelsrecht als zelfstandig rechtsgebied. De Utrechtse hoogleraar handels- en zeerecht A.C. Holtius:

---

2 Klomp 1998, p. 32.

3 Klomp 1998, p. 39 e.v.



‘Wij hebben hier met beginselen te doen afwijkende van de gemeene regelen van het Burgerlijk Regt, of daar aan onbekend gebleven. Het Handelsregt heeft ook wel eenen anderen oorsprong, en eenen anderen werkkring.’<sup>4</sup>

Deze juristen waren van mening dat het handelsrecht, gezien zijn oorsprong,<sup>5</sup> een wezenlijk ander karakter had dan het burgerlijk recht. In het handelsrecht zou het in de eerste plaats gaan om in de praktijk gegroeide gebruiken, waarmee men in het handelsverkeer snel en flexibel uit de voeten kon en waarbij bovendien rekening kon worden gehouden met de bijzondere omstandigheden van het geval.

### 3. Molengraaff en het handelsrecht

In de periode 1870-1883 vindt een omslag plaats in de heersende opvattingen over de positie van het handelsrecht.<sup>6</sup> In toenemende mate vroeg men zich af wat de toegevoegde waarde was van een aparte handelsrechtelijke codificatie. De preadviezen van W.L.P.A. Molengraaff en A.F.K. Hartogh voor de vergadering van de Nederlandsche Juristen-Vereeniging in 1883 zijn in dat opzicht illustratief.<sup>7</sup> Beide preadviseurs concludeerden dat het handelsrecht geen aanspraak kon maken op een zelfstandige status.<sup>8</sup> Op het preadvies van Molengraaff ga ik in het hiernavolgende nader in.

Het is opmerkelijk dat Molengraaff ruim de helft van zijn preadvies besteedt aan alleen het herformuleren van de vraag. Het begrip handelsrecht in de vraagstelling was hem te algemeen en moest naar zijn mening in twee aparte categorieën worden opgesplitst. Hij kwam uit op de volgende twee deelvragen:<sup>9</sup>

‘Is het wenschelijk of noodzakelijk, aan sommige rechtshandelingen, op grond dat zij zouden zijn handelsdaden, bizondere van het gemeene burgerlijk recht afwijkende rechtsgevolgen, zoo van materieelen als formeelen aard te verbinden? (zoogenaamde objectieve handelsdaden).’

---

4 A.C. Holtius en B.J.L. de Geer van Jutfaas, *Voorlezingen over handels- en zeeregt van A.C. Holtius*, vol. 1: Handelsregt, Utrecht: Kemink en Zoon 1861, p. 3.

5 Beoefenaren van de wetenschap van het handelsrecht richtten zich, volgens Holtius, niet op de traditionele rechtsbronnen van het burgerlijk recht, zoals het *Corpus Iuris Civilisi* en het *Corpus iuris canonici*, maar veeleer op de in de Middeleeuwen ontstane gewoonten en gebruiken tussen handelssteden en de door West-Europese heersers opgestelde wetten uit die periode (Zie ook Klomp 1998, p. 42).

6 Klomp 1998, p. 55.

7 Zie Molengraaff 1883, p. 251 e.v.; en A.F.K. Hartogh, ‘Is het wenschelijk ten aanzien van conventioneel pandrecht een onderscheid te maken tusschen burgerlijk en handelsrecht?’, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1883, I, p. 180-250.

8 Klomp 1998, p. 206.

9 Molengraaff 1883, p. 255.

En:

‘Is het wenschelijk of noodzakelijk, aan de rechtshandelingen die verricht worden door eene zekere categorie van personen, op grond dat deze zouden zijn kooplieden, bizondere van het algemeene recht afwijkende rechtsgevolgen van materieelen of formeelen aard te verbinden (zoogenaamde subjectieve daden van koophandel) en deze personen bizondere verplichtingen (boekhouding, inschrijving in het handelsregister) op te leggen?’

Zijn preadvies zag daarmee op dat gedeelte van het handelsrecht dat bestaat uit de wettelijke bepalingen die speciaal hadden te gelden voor kooplieden en voor de rechtsbetrekkingen voortspruitende uit handelingen die door de wetgever, om welke reden dan ook, tot handelsdaden waren bestempeld. Het ging hem om de bepalingen die een equivalent hadden in het burgerlijk recht. Molengraaff pleitte voor de afschaffing van het onderscheid tussen kooplieden en niet-kooplieden. En ook het onderscheid tussen handelsdaden en niet-handelsdaden kon wat hem betreft verdwijnen. Hij zag geen enkele reden om de bepalingen die op dit onderscheid zagen niet in het algemene burgerlijke recht te laten opgaan en beantwoordde beide deelvragen van zijn preadvies dus met ‘neen’.

Beplette hij daarmee nu afschaffing van het handelsrecht? Wie dat dacht, zal zich wel even achter de oren hebben gekrabd toen deze zelfde Molengraaff nog geen twee jaar later hoogleraar handelsrecht (en burgerlijk procesrecht) werd in Utrecht. Molengraaff zelf zag daar ook de ironie wel van in, hetgeen hij aan het begin van zijn oratie duidelijk naar voren liet komen:

‘Heden zal door mij, met het uitspreken van deze rede, eene betrekking aanvaard worden, die als hoofdplicht oplegt het doceeren juist van dat door mij ten doode gedoemde handelsrecht...’ En even later: ‘Wellicht zult gij in deze handelingen iets tegenstrijdigs zien;...’

Maar Molengraaff was dan ook geenszins voorstander van de afschaffing van het handelsrecht als zodanig. Dat legt hij in zijn oratie nog eens uit:

‘Dat het handelsrecht, in zijne uitgebreide beteekenis als recht van den handel, d.w.z. van den omzet van waren en al hetgeen daarmede in verband staat, geen reden van bestaan zou hebben, is (...) nimmer beweerd. Het zal, gelijk het altijd bestaan heeft, blijven bestaan, zoolang er handel is.’

Molengraaff was van mening dat het Wetboek van Koophandel wel degelijk enkele écht handelsrechtelijke bepalingen bevatte, die volgens hem zelfs een afzonderlijk

handelswetboek zouden rechtvaardigen.<sup>10</sup> Dat gold ook voor Hartogh, die in zijn preadvies stelde dat bepaalde onderdelen van het handelsrecht, zoals het wissel-, zee- en assurantierecht gebruik maken van eigen rechtsbeginselen en eigen vormen.<sup>11</sup> Welke specifieke bepalingen Molengraaff overigens op het oog had toen hij het had over het echte handelsrecht, wordt uit zijn preadvies niet duidelijk. Algemeen wordt aangenomen dat ook hij hier voornamelijk doelde op het vervoerrecht, zeerecht en met name het cheque- en wisselrecht.

#### 4. Naar één burgerlijk wetboek

Het is opvallend dat met de preadviezen van Molengraaff en Hartogh de discussie eigenlijk meteen was afgedaan. Na 13 jaar discussiëren was men er binnen de Nederlandse Juristen-Vereeniging kennelijk genoeg van overtuigd dat het onderscheid tussen het handelsrecht en het burgerlijk recht, zoals door de twee preadviseurs beschreven, moest verdwijnen. Alleen de Amsterdamse advocaat J.A. Levy deed nog een poging de preadviezen van Molengraaff en Hartogh ten principale te weerspreken. Hij pleitte al jaren voor een zelfstandig handelsrecht en bovendien was het zijn gewoonte om het nergens mee eens te zijn.<sup>12</sup>

Vanaf 1883 heeft men vervolgens gewerkt aan het slechten van de scheidswanden tussen burgerlijk recht en handelsrecht. Haast had men daarmee blijkbaar niet. Het heeft uiteindelijk meer dan 50 jaar geduurd voordat de wetgever alle verschillen uit de wetgeving had verwijderd, variërend van aanpassing van enkele wetsartikelen tot volledig nieuwe wetgeving. Een voorbeeld hiervan betreft het schrappen van het derde boek van het Wetboek van Koophandel, dat gewijd was aan het faillissement van kooplieden. In plaats hiervan kwam de Faillissementswet (1893/1896),<sup>13</sup> die zowel voor kooplieden als voor niet-kooplieden gold.

Met de invoering van de ‘Wet tot opheffing van de onderscheiding tusschen handelsdaden en niet-handelsdaden en kooplieden en niet-kooplieden’ (1934/1935)<sup>14</sup> was de eenmaking van het handelsrecht en het burgerlijk recht zo goed als voltooid, al is formeel pas sprake van voltooiing zodra het gehele Wetboek van Koophandel is opgegaan in het Burgerlijk Wetboek. Wat volgde was het Nieuw Burgerlijk Wetboek project van Meijers, waartoe hij in 1947 bij Koninklijk

---

10 W.L.P.A. Molengraaff, *Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1885, ook opgenomen in: *Molengraaffbundel* 1978, pp. 29-30.

11 Hartogh 1883, p. 181-182.

12 Klomp 1998, p. 107.

13 De nieuwe faillissementswet is min of meer geheel aan Molengraaff toe te schrijven en vrijwel onveranderd van kracht.

14 Wet van 2 juli 1934, *Staatsblad* 347.

Besluit<sup>15</sup> opdracht kreeg. Hij nam ‘en passant’ ook de incorporatie van het Wetboek van Koophandel in het NBW op zich en beide wetboeken zijn inmiddels, op enkele écht handelsrechtelijke onderwerpen na<sup>16</sup>, zo goed als samengevoegd in één nieuwe codificatie van het Burgerlijk Wetboek.

Is daarmee dan het doel van Molengraaff bereikt? Is het door hem omschreven onderscheid tussen handelsdaden en niet-handelsdaden en kooplieden en niet-kooplieden echt verdwenen? Of is het handelsrecht toch meer dan de toepassing van het algemene contractenrecht op kooplieden en zal er bij de interpretatie van de bepalingen van het algemene contractenrecht rekening gehouden moeten worden met de handelsrechtelijke achtergrond van een rechtsbetrekking?

### 5. Is het handelsrecht toch iets bijzonders?

Voorspelbaarheid van het (burgerlijk) recht en rechtszekerheid zijn gebaat bij eenheid, aldus Hartlief.<sup>17</sup> Van Boom brengt daar mijns inziens terecht tegen in dat geconstateerd moet worden dat bij algemene regelingen in ons vermogensrecht toch steeds weer de *hoedanigheid* van de betrokken personen een bijzondere inkleuring aan de norm geeft, waardoor de algemene regel als het ware een vrucht afwerpt in de vorm van een bijzondere regel, gecodificeerd of niet.<sup>18</sup> Zo ontstaan er binnen het kader van de algemene regel verschillende uitwerkingen voor verschillende personen.<sup>19</sup> Opvallend is dat deze differentiatie zich vooral op een ander gebied van het burgerlijk recht heeft voorgedaan, namelijk het consumentenrecht.

Men zal wanneer over handelsrecht gesproken wordt niet snel meer denken aan consumentenkoop. In de tijd van Molengraaff werd echter ook de consumentenkoop tot het handelsrecht gerekend. Een handelsdaad was immers elke handeling die een ‘omzet van waren bewerkstelligde, elke handeling verricht met het doel of strekkende om een voor gebruik of verbruik vatbaar artikel te brengen van den producent naar den consument’. Vanaf de herziening van het Wetboek van Koophandel en het Burgerlijk Wetboek viel ook deze categorie van het handelsrecht

---

15 25 april 1947, no. 20.

16 Het Wetboek van Koophandel bevat in het eerste boek nog bepalingen over uiteenlopende onderwerpen als de vennootschap onder firma, tussenpersonen, wisselbrieven en cheques. Enkele titels zijn nog gewijd aan diverse specifieke verzekeringen. Het tweede boek bestaat uit bepalingen over rechten en verplichtingen op het gebied van de scheepvaart.

17 T. Hartlief, ‘Vrijheid en bescherming in het contractenrecht’, *Contracteren* 2003/1, p. 5 e.v.

18 W.H. van Boom, ‘Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht’, *RM Themis* 2003, p. 299. Van Boom noemt het voorbeeld van de consument tegenover de professional; in de context van deze bijdrage denk ik uiteraard aan professionals onderling.

19 Van Boom 2003, p. 302.

echter onder het ‘gewone’ burgerlijke recht en binnen de algemene regelingen van het vermogensrecht. Inmiddels is er, onder invloed van Europa, een wildgroei aan (bijzonder) consumentenrecht ontstaan, waarmee het grotendeels weer buiten het algemene vermogensrecht is geplaatst.

De *hoedanigheid* van de betrokken personen zorgt dus opnieuw voor onderscheid. Gold dat ten tijde van Molengraaff voor de ‘koopman’, nu geldt dat dus in de eerste plaats voor de ‘consument’, tegenover de ‘professional’. Het heeft in toenemende mate echter ook te gelden voor de ‘professional’ tegenover de ‘professional’. Waar ik naar wil kijken in het licht van Molengraaff’s preadvies, zijn de recente ontwikkelingen op het gebied van de uitleg van met name commerciële contractsbepalingen. Wat is de invloed van de hoedanigheid van de betrokken personen als commerciële contractspartijen (de ‘kooplieden’ uit de tijd van Molengraaff) op de aan te leggen uitlegcriteria?

## 6. Haviltex

Dat Molengraaff zich nooit heeft gebogen over de vraag of commerciële contracten anders zouden moeten worden uitgelegd dan contracten tussen niet-commerciële partijen is niet vreemd. In het oude BW waren de criteria voor uitleg immers helder geformuleerd.<sup>20</sup> De hoofdregel liet weinig onduidelijkheid: *‘Indien de bewoordingen eener overeenkomst duidelijk zijn, mag men daarvan door uitlegging niet afwijken’*.<sup>21</sup> Het uitgangspunt was aldus de taalkundige uitleg. De tekst van de overeenkomst was doorslaggevend. Alleen wanneer een contractsbepaling zó onduidelijk was dat met een strikt taalkundige uitleg geen bevredigend resultaat kon worden bereikt, mocht men een breder uitleg criterium hanteren. Dit luisterde echter zeer nauw: alleen wanneer naar de bedoeling van partijen *moest* worden gezocht om tot een eenduidige uitleg van de bepaling te komen, diende de taalkundige uitleg te wijken.<sup>22</sup>

Wellicht geïnspireerd door het nieuwe BW, dat al sinds 1961 klaar lag en waaruit de uitlegbepalingen geschrapt waren, gaat de Hoge Raad in het Haviltex-arrest<sup>23</sup> ‘om’. Blijkens de Toelichting Meijers was het niet meer aan de wetgever om zich over uitlegperikelen te buigen. Er deden zich ‘bij de huidige stand van de rechtswetenschap geen rechtsvragen voor, die beantwoording door de wetgever vereisten’.<sup>24</sup> De uitleg van overeenkomsten is daarmee geheel aan de rechtspraak en de rechts-

---

20 Afd. 4.2 van het vierde boek oud-BW (art. 1378-1387).

21 Artikel 1378 oud-BW.

22 Artikel 1379 oud-BW.

23 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635.

24 T.M. Parl. Gesch. Boek 6 (1981), p. 916.

wetenschap overgelaten, die overigens bij het opsporen van de beginselen volgens welke de uitleg moet plaatsvinden, inspiratie kunnen ontleen aan enige algemene wetsbepalingen, met name de artikelen 6:248 en 3:35.<sup>25</sup> Met zijn kernoverweging in het Haviltex-arrest creëerde de Hoge Raad een standaardnorm voor de uitleg van contractsbepalingen die de verschillende uitlegmethodes in zich verenigde. Niet een zuiver taalkundige uitleg, maar de zin die partijen in de gegeven omstandigheden *over en weer* redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, moest in aanmerking worden genomen bij de invulling van eventuele leemten in het contract.<sup>26</sup> Er moet, met andere woorden, worden gezocht naar de gemeenschappelijke partijbedoeling. Daarmee formuleerde de Hoge Raad een subjectief uitlegcriterium.

In het handels- en ondernemingsrecht zit doorgaans echter niemand te wachten op een rechter die eigen interpretatie geeft aan contractsbepalingen – en daartoe ook de vrijheid heeft – en als zodanig afwijkt van de letter van het contract. Het handelsverkeer is juist ten eerste gebaat bij rechtszekerheid, en een hoge mate van rechtszekerheid wordt nu eenmaal het beste verkregen door objectieve, grammaticale uitleg van contractsbepalingen. Daarbij is een terughoudende toepassing van de redelijkheid en billijkheid op zijn plaats. De Haviltex-formule met daarin besloten het subjectieve over-en-weer criterium stelde (commerciële) contractanten dus niet op voorhand gerust.<sup>27</sup> Grosheide noemde het een formule die, gebaseerd op het verkeerde uitgangspunt dat woorden altijd uitleg behoeven, zo diffuus is geformuleerd, dat daaraan geen enkele voorspellende werking bij de uitleg van een overeenkomst kan worden toegeschreven.<sup>28</sup> Steeds vaker wordt er dan ook verzocht dat toepassing van de Haviltex-formule als zodanig het handelsverkeer bedreigt. Men laat zich daarbij inspireren door de vele transacties met Engelse en Amerikaanse partijen, in wier belevingswereld de grammaticale uitleg van contracten al sinds jaar en dag voorop staat.<sup>29</sup> Zij staan nogal onbegrijpend tegenover de Nederlandse redelijkheidstoets en de alle-omstandigheden-van-het-geval benadering. Leg het een Amerikaanse contractant maar eens uit, dat wij in Nederland de contractsvrijheid ook zeer hoog in het vaandel hebben staan, maar dat de Nederlandse rechter na rijp beraad heeft besloten om een contractsbepaling anders dan naar de

---

25 Asser-Hartkamp 4-II, 2005, p. 279.

26 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (Ermes/Haviltex)

27 H.N. Schelhaas, 'Pacta sunt servanda bij commerciële contracten. Over redelijkheid e& billijkheid en objectieve uitleg bij handelscontracten', *NTBR*, 2008/4, p. 157.

28 W.F. Grosheide, 'Lees maar, er staat wat er staat', *Contracteren*, 2000/4, p. 107.

29 Zie daarover Grosheide 2000, p. 100 e.v.

letter te interpreteren, of zelfs geheel buiten toepassing zal laten op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Ook binnen de Nederlandse Haviltex-norm moet daarom ruimte zijn voor uitleg aan de hand van de tekst en structuur van het contract. Tjittes spreekt in dat kader van een objectieve Haviltex-norm.<sup>30</sup> Een dergelijke tekstuele uitleg ligt met name voor de hand wanneer het gaat om een commercieel contract gesloten tussen professionele partijen. Niet voor niets spreken zulke professionele partijen soms expliciet af dat hun contract tekstueel moet worden uitgelegd.<sup>31</sup> In het handelsverkeer wordt sterk gehecht aan zekerheid van een overeengekomen risicoverdeling.<sup>32</sup> Uitleg van een overeenkomst aan de hand van alle feiten en omstandigheden van het geval brengt meer onzekerheid met zich mee dan taalkundige uitleg, en maakt het van tevoren inschatten van de risico's van een transactie buitengewoon ingewikkeld. De laatste jaren begint deze opvatting ook in de Nederlandse rechtspraak steeds vastere voet aan de grond te krijgen en op de subjectieve uitlegmethode uit het Haviltex-arrest zijn inmiddels objectieve nuanceringen aangebracht.<sup>33</sup>

## 7. Geen daden, maar woorden; terug naar de tekst

Het arrest *Matatag/De Schelde*<sup>34</sup> is een vroeg voorbeeld van de keuze voor een terughoudende toetsing van contractsbepalingen door de Hoge Raad, al betrof het in casu niet zozeer de uitleg van contractsbepalingen als wel de toetsing van bepalingen aan de redelijkheid en billijkheid. Scheepswerf De Schelde beriep zich, na ontstane schade, op een exoneratiebeding in zijn algemene voorwaarden, waartegen rederij Matatag met een beroep op de redelijkheid en billijkheid in het geweer kwam. De Hoge Raad overwoog echter:

‘Bij een overeenkomst van de onderhavige aard, gesloten tussen bedrijven als hiervoor aangeduid, kan immers niet gezegd worden dat het 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.’

---

30 Tjittes 2007, p. 419.

31 Tjittes 2007, p. 420.

32 Tjittes 2007, p. 421.

33 Schelhaas 2008, p. 157.

34 HR 31 december 1993, *NJ* 1995, 389.

De Hoge Raad achtte van doorslaggevend belang dat het hier een contractuele verhouding tussen twee ondernemers betrof. De ene ondernemer behoeft geen juridische bescherming jegens de andere<sup>35</sup> en een beroep op een contractsbeding zal naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet spoedig onaanvaardbaar worden geacht.<sup>36</sup> Deze opvatting strookt mijns inziens ook met de behoefte van het handelsverkeer aan rechtszekerheid in het contractenrecht. Terecht merkt Hartlief op: ‘Het schrikbeeld is een rechter die beter dan partijen weet wat goed voor hen is.’<sup>37</sup> Ten aanzien van de beperkte rol van de redelijkheid en billijkheid komt daar nog bij dat in een handelsrelatie sprake is van een gelijkwaardiger machtspositie dan wanneer een consument betrokken is bij een contract.<sup>38</sup>

Enige maanden voor het Schelde-arrest werd door de Hoge Raad al de zogenaamde CAO-norm<sup>39</sup> toegevoegd aan de Haviltex-formule, welke een uitleg inhoudt die is gebaseerd op objectief kenbare feiten en gegevens, zoals de tekst, systematiek of gepubliceerde toelichting op een CAO. Van belang is hier dat het in dit soort gevallen altijd gaat om overeenkomsten die derden raken en dat daarom een uniforme uitleg van belang is, aangezien deze derden niet hebben deelgenomen aan de onderhandelingen en aldus een gemeenschappelijke partijbedoeling ontbreekt. Aan deze omstandigheid verbond de Hoge Raad de volgende consequentie:

‘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.’<sup>40</sup> ‘Naarmate de overeenkomst naar haar aard meer is bestemd de rechtspositie te beïnvloeden van een (potentieel groot) aantal toekomstige partijen en andere derden die niet bij de totstandkoming zijn betrokken, resp. derden die de bedoeling van de contracterende partijen niet kunnen kennen, wegen de aan objectieve aanknopingspunten ontleende argumenten (waaronder de taalkundige betekenis van de gebruikte bewoordingen) bij de uitleg zwaarder.’<sup>41</sup>

Zo beschouwd is de objectieve CAO-norm dus geen uitzondering op de subjectieve Haviltex-norm en vormt zij daarmee ook geen tegenstelling. Tussen deze twee uitlegmethoden bestaat een vloeiende overgang, aldus de Hoge Raad, die met deze

---

35 R.P.J.L. Tjittes, ‘Enige opmerkingen over de beperkte rol van de redelijkheid en billijkheid in het ondernemerscontractenrecht’, *Contracteren*, 2001/2, p. 34.

36 Tjittes 2001, p. 35.

37 T. Hartlief, ‘Hoe soft is ons contractenrecht?’, *NJB* nr. 33, 21 september 2007, p. 2067.

38 Schelhaas 2008, p. 151.

39 HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 193 (Gerritse/HAS).

40 *Idem*.

41 Asser-Hartkamp 4-II, 2005, p. 287.



overweging in het standaard-arrest *DSM/Fox*<sup>42</sup> een nuance aanbracht op de Haviltex-formule.<sup>43</sup> Een pensioenfonds en een werknemer verschillen van mening over de uitleg van een anti-cumulatiebepaling in het pensioenreglement. In cassatie komt het aan op de vraag of hier de objectieve CAO-norm of de subjectieve Haviltex-formule moet worden toegepast. De Hoge Raad concludeert dat hier de CAO-norm de aangewezen uitlegmethode is. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat een taalkundige uitleg niet alleen bij de CAO-norm van groot belang is, maar ook bij de Haviltex-formule. Dit is een belangrijke overweging, aangezien deze gedachte bij de Haviltex-formule behoorlijk ondergesneeuwd was geraakt door de nimmer aflatende zoektocht naar de gemeenschappelijke partijbedoeling. Sinds het Haviltex-arrest was het immers zo dat aan de zuiver taalkundige uitleg van contractsbepalingen nauwelijks meer werd gedacht. Het was inmiddels bijna ‘not done’ om naar de tekst te kijken.

De in de literatuur regelmatig aangehaalde uitspraak van Scholten dat woorden nooit duidelijk zijn<sup>44</sup>, is vaak gebruikt als argument om de taalkundige uitleg terzijde te schuiven. Daarmee werd Scholten groot onrecht aangedaan, aangezien voorbij gegaan werd aan de toevoeging verderop in zijn betoog:

‘Wil dit alles nu zeggen dat aan de betekenis der woorden in het algemeen spraakgebruik in interpretatiekwesities geen gewicht toekomt? Natuurlijk neen. Het allermeeste, maar niet uitsluitend.’<sup>45</sup>

Scholten zei daarmee dus niet meer en niet minder dan dat aan de betekenis der woorden in het algemeen spraakgebruik het meeste maar niet het uitsluitende gewicht toekomt.<sup>46</sup> Eenzelfde lot bleek ook *Haviltex* beschoren. Ook de Hoge Raad heeft niet de bedoeling gehad de taalkundige uitleg volledig af te zweren. Met *DSM/Fox* keerde het tij en bleek dat ook de klassieke Haviltex-formule wel degelijk ruimte biedt voor een meer tekstuele dan contextuele uitleg. Dat dit met name te gelden heeft bij de uitleg van commerciële contractsbepalingen zal niemand verbazen.

---

42 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493.

43 Zie daarover ook: S. Bartels en I. Giesen, ‘Wisseling van de wacht in de standaardrechtspraak. Aan de hand van Haviltex, Fox en het Bloemendaalse slooppand’, in: M. de Cock Bunning, J. Brinkhof, E.H. Hondius (red.), *Contracteren internationaal* (Opstellen aangeboden aan prof. mr F.W. Grosheide bij gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Utrecht), Den Haag: Boom 2006, p. 59-71.

44 P. Scholten, ‘Uitlegging van testamenten’, *WPNR* 1909/2058, p. 310.

45 Scholten 1909, p. 310.

46 Grosheide 2000, p. 106.

Volgens Tjittes is de Hoge Raad met *DSM/Fox* een andere koers gaan varen.<sup>47</sup> Ik vraag mij af of dit wel zo is. Het is een gegeven dat woorden vaak voor meerdere uitleg vatbaar zijn.<sup>48</sup> Dat mag echter niet worden omgekeerd in die zin dat de tekst nooit beslissend kan zijn. In de praktijk zal dat juist geregeld het geval zijn.<sup>49</sup> Ook in de maatstaf van het Haviltex-arrest ligt reeds besloten dat de mate waarin gewicht wordt toegekend aan de taalkundige betekenis van de bepalingen van een contract resp. aan de betekenis die partijen zelf aan de bewoordingen (mogen) toekennen, afhangt van de omstandigheden van het geval.<sup>50</sup> Met zijn uitspraak in *DSM/Fox* heeft de Hoge Raad mijns inziens dus alleen rechtgezet wat krom was.

## 8. Pacta mercatoria sunt servanda

Specifiek ten aanzien van commerciële contracten heeft de Hoge Raad in 2007 nog een aantal belangrijke arresten gewezen.<sup>51</sup> Een met zorg gesloten commercieel contract moet *in beginsel* taalkundig worden uitgelegd; afwijkende uitleg is slechts onder bijzondere omstandigheden mogelijk. Dat is de conclusie van de Hoge Raad in de arresten *Meyer Europe/Pontmeyer*<sup>52</sup> en *Derksen/Homburg*<sup>53</sup> en daarmee zijn we, voor wat betreft de uitleg van commerciële contractsbepalingen, terug bij de artt. 1378-1379 Oud-BW.

In het Pontmeyer-arrest was de uitleg van een bepaling in een overnameovereenkomst (een '*share purchase agreement*') aan de orde. Het uitleggeschil kwam neer op de vraag of de woorden '*as of April 1, 1998*' in artikel 8 van de overnameovereenkomst moesten worden gelezen als 'from' (vanaf), zoals verdedigd door Pontmeyer, of als '*as per/as at*' (bestaande op), zoals gesteld door Meyer Europe. Het Hof koos voor de eerste uitleg als de taalkundig meest voor de hand liggende. In cassatie achtte de Hoge Raad daarbij tevens 'in het bijzonder' van belang dat het contract een '*entire agreement clause*' bevatte, die bepaalde dat voorafgaande verklaringen en beloften geen deel uitmaakten van de overeenkomst. Daarmee gaven partijen inderdaad in feite zelf al aan dat zij de vóór het sluiten van de

---

47 Tjittes 2007, p. 417.

48 H.N. Schelhaas, 'De uitleg van overeenkomsten ná DSM/Fox', *MvV* februari 2006, nr. 2, p. 26.

49 Asser-Hartkamp 4-II, 2005, p. 287.

50 Asser-Hartkamp 4-II, 2005, p. 287.

51 Zie o.a. C.E. Drion en E. van Wechem, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2008, p. 933 e.v. en E. van Wechem, 'Het regent weer Haviltex', *Contracteren* 2007/3, p. 70-71.

52 HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 575.

53 HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 576.

overeenkomst gemaakte afspraken buiten beschouwing wensten te laten en aldus een taalkundige uitleg prefereerden.<sup>54</sup>

In het arrest *Derksen/Homburg* draaide het om de uitleg van artikel 8a van een vaststellingsovereenkomst waarmee de Derksen-groep en de Homburg-groep een samenwerkingsverband beëindigden. Ook hier bestond verschil van mening over de betekenis van een contractsbepaling. De Hoge Raad kwam tot de conclusie dat het Hof in casu vrij stond een taalkundige uitleg te hanteren, en verwees daarbij naar zijn uitspraak in *Meyer Europe/Pontmeyer*. In *Derksen/Homburg* achtte de Hoge Raad tevens van belang dat het ging om een zuiver commerciële vaststellingsovereenkomst. Ook dat lijkt mij terecht, aangezien een dergelijke overeenkomst niet alleen in het handelsverkeer, maar ook in het 'gewone' contractenrecht, nu juist specifiek gericht is op het verschaffen van zekerheid.<sup>55</sup>

Uit de twee bovengenoemde arresten volgt een aantal voorwaarden waaraan een contract moet voldoen om, in ieder geval op voorhand, uit te kunnen gaan van een taalkundige uitleg. De Hoge Raad noemt de aard van de transactie (het betrof een commercieel contract); de omvang en gedetailleerdheid van het contract; en de wijze van totstandkoming van het contract (in het onderhavige geval werden beide partijen bijgestaan door gespecialiseerde advocaten). Daarbij dient te worden aangetekend dat uit geen van beide arresten volgt dat een dergelijk contract taalkundig *moet* worden uitgelegd. Zoals de Hoge Raad in *DSM/Fox* al duidelijk naar voren bracht is *Haviltex* nog steeds de norm, maar moet in uitlegsituaties zoals die zich in bovengenoemde arresten voordeden *in beginsel* worden uitgegaan van een taalkundige interpretatie. 'Tegenbewijs' ten aanzien van een andere uitleg blijft mogelijk.<sup>56</sup>

De Hoge Raad blijft echter voorzichtig en benadrukte in het arrest *Vodafone/ETC*<sup>57</sup> dat er van een harde grammaticale uitlegregel geen sprake is. De casus was als volgt. ETC koopt van Libertel (later Vodafone) tienduizenden prepaid belpakketten en verdient daar via een slimme constructie met een 0900-nummer veel geld aan ten koste van Vodafone. Vodafone is hier niet van gediend en neemt maatregelen om een stokje te steken voor deze truc. Vervolgens start Vodafone een procedure tegen ETC wegens wanprestatie - het oneigenlijk gebruik van de telecommunicatiediensten van Vodafone. In reconventie eist ook ETC schadevergoeding. Zowel de rechtbank als het Hof hebben ETC in het gelijk gesteld. Weliswaar stelde het

---

54 Zie ook de noot van R.P.J.L. Tjittes onder dit arrest: *JOR* 2007/166, nr. 10.

55 Zie ook weer de noot van R.P.J.L. Tjittes onder dit arrest: *JOR* 2007/198, nr. 7.

56 Zie ook de noot van M.H. Wissink onder HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 576, nr. 4.

57 HR 19 oktober 2007, *RvdW* 2007, 882 en *JOR* 2008/23 (*Vodafone/ETC*), m. nt. Tjittes.

Hof eerst vast dat de wijze waarop ETC van de diensten van Vodafone gebruik heeft gemaakt niet kwalificeert als ‘communicatief gebruik’ conform de toepasselijke algemene voorwaarden van Vodafone. Vervolgens overwoog het Hof echter dat uit de algemene voorwaarden nergens blijkt dat een ander gebruik dan gebruik voor communicatie ongeoorloofd is.

De Hoge Raad vernietigde de uitspraak van het hof en overwoog dat naast hetgeen partijen uitdrukkelijk met elkaar zijn overeengekomen, ook de redelijkheid en billijkheid hun rechtverhouding beheerst. De door het hof toegepaste taalkundige uitleg van de algemene voorwaarden – welke inderdaad tot een onrechtvaardig aandoende uitkomst leidde – werd dus van de hand gewezen, ondanks het feit dat beide partijen ‘professionals’ waren. De Hoge Raad overwoog dat het hof ook had moeten onderzoeken of ETC, mede in verband met de aard en strekking van de overeenkomst, had moeten begrijpen dat zij zich van het oneigenlijke gebruik van de belpakketten diende te onthouden.

Deze van de hiervoor besproken arresten afwijkende benadering wordt wel verklaard vanuit het gegeven dat er bij algemene voorwaarden niet is voldaan aan de in *Meyer Europe/Pontmeyer* en *Derksen/Homburg* geformuleerde criteria.<sup>58</sup> Het betrof in *Vodafone/ETC* immers geen zorgvuldig tussen partijen uitonderhandeld contract, maar algemene voorwaarden. Een kenmerk van algemene voorwaarden is dat ten minste één der partijen helemaal niet aanwezig is bij de totstandkoming daarvan.<sup>59</sup> Maar ETC stelde in casu dan ook – mijns inziens terecht – dat de algemene voorwaarden volgens de CAO-norm<sup>60</sup> moesten worden uitgelegd. De taalkundige uitleg zou voorop moeten staan, *juist* omdat één der partijen niet bij de totstandkoming van de voorwaarden aanwezig is geweest. Van een subjectieve gemeenschappelijke partijbedoeling die zijn weerslag heeft gekregen in de contractsbepalingen kan dan feitelijk geen sprake zijn.<sup>61</sup>

De Hoge Raad gooide het in casu evenwel over een andere boeg. Drion en Van Wechem spreken in dit kader van ‘normatief haviltexen’.<sup>62</sup> Ik vraag mij echter af of de Hoge Raad hier überhaupt wel aan *Haviltex* is toegekomen.<sup>63</sup> Een taalkundige uitleg van de algemene voorwaarden kon in casu tot geen andere uitleg leiden dan die van het hof en ETC. De algemene voorwaarden bevatten nu eenmaal geen

---

58 Zie bijv. de noot van R.P.J.L. Tjittes onder dit arrest: *JOR* 2008/23, nr. 3.

59 Tjittes 2008, nr. 3.

60 HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 193.

61 Zie ook: Schelhaas 2008, p. 160.

62 Drion/Van Wechem 2008, p. 938.

63 Zie daarover ook F.W. Grosheide en C.E. Drion, ‘Enerzijds, anderzijds’, *Contracteren*, 2008/2, p. 30-32.

verbodsbepaling voor niet-communicatief gebruik. Daar kon ook de Hoge Raad niet omheen. Wat ETC eventueel had moeten begrijpen uit de met Vodafone gemaakt afspraken verbindt de Hoge Raad vervolgens echter niet aan de contextuele uitleg (*Haviltex*) van de bepalingen van de overeenkomst en de algemene voorwaarden, maar rechtstreeks aan de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dat is aldus geen kwestie van uitleg, maar uitsluitend de toepassing van art. 6:2 lid 1 jo. 6:248 lid 1.<sup>64</sup>

Voor een dergelijk vergaand ingrijpen door de redelijkheid en billijkheid zou mijns inziens slechts zeer beperkt ruimte moeten zijn waar het commerciële contracten betreft. Het zij hier nog maar eens herhaald: het handelsverkeer is gebaat bij rechtszekerheid. Daarbij past als gezegd een terughoudend gebruik door de rechter van de redelijkheid en billijkheid. In *Vodafone/ETC* bracht de taalkundige uitleg van de algemene voorwaarden een uitgesproken onrechtvaardig resultaat. Dat de Hoge Raad via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid de weg vrij heeft willen maken voor een bevredigender uitkomst is begrijpelijk. Ik zou hier echter willen benadrukken dat deze uitspraak eerder uitzondering dan regel is. Grosheide heeft zulks eerder al luid en duidelijk verwoord:

‘Een correctie op grond van de redelijkheid en billijkheid moet slechts dan mogelijk zijn wanneer door vast te houden aan de letterlijke betekenis van een woord of bepaling, absurde of volstrekt onredelijke uitkomsten zouden worden bereikt. En dan nog moet worden gezocht naar een uitkomst die zoveel mogelijk blijft bij datgene wat partijen blijkens de wél duidelijke bewoordingen van een overeenkomst met elkaar hebben afgesproken en niet worden opgestegen naar een abstract, objectief billijkheidsoordeel.’<sup>65</sup>

## 9. Conclusie

Met de recente arresten van de Hoge Raad op het gebied van uitleg van contractsbepalingen is een trend ingezet die in de richting lijkt te gaan van een differentiatie van commerciële contracten ten opzichte van ‘gewone’ contracten. Deze trend houdt, zoals gezegd, niet in dat een taalkundige uitleg volgens de Hoge Raad *moet* bij commerciële contracten. *Haviltex* regeert nog steeds, maar sinds *DSM/Fox* wordt meer en meer waarde gehecht aan de letter van het contract, vooral waar het handelscontracten betreft. Het handelsverkeer is nu eenmaal gebaat bij een zo voorspelbaar mogelijke, en dus objectieve of grammaticale uitleg van contractsbepalingen. Waar het commerciële contracten betreft moet daarom zo veel mogelijk worden vastgehouden aan de letter van het contract. In die zin is het handelsrecht

---

64 Zie ook Grosheide/Drion 2008, p. 31-33 waarin Grosheide zich op een vergelijkbaar standpunt stelt. Zie voor een tegengestelde visie evenwel Drion in dezelfde bijdrage.

65 Grosheide 2000, p. 107

dus niet ten onder gegaan.<sup>66</sup> Ook Tjittes is van mening dat de rechtsverhouding tussen ondernemers onderling wel degelijk een bijzondere is, die mede wordt beheerst door eigen normen van handel en bedrijf.<sup>67</sup> Het is daarom goed dat ook de Hoge Raad meer en meer oog krijgt voor de behoeften van de internationale handel. Wat mij betreft voert in handelscontracten de grammaticale uitleg altijd de boventoon. Dat sluit aan bij de behoeften uit de praktijk. De eerdergenoemde *'entire agreement clauses'* zijn daar een goed voorbeeld van.

Van een zelfstandig, van het burgerlijk recht gescheiden handelsrecht zal het hoogstwaarschijnlijk nooit meer komen. Het handelsrecht is inmiddels voorzien van een stevig burgerlijkrechtelijk fundament. Geleidelijk aan wordt aan de specifieke behoeften van het handelsverkeer, zo blijkt uit het voorgaande, echter wel weer meer aandacht geschonken. En zo zien we dat 125 jaar na Molengraaff's beroemde preadvies het tij weer enigszins is gekeerd. Om met de woorden van Klomp te spreken in de concluderende paragrafen van zijn proefschrift over de ondergang van het handelsrecht, moet het de 'ironie van de geschiedenis' wel zijn dat zovele jaren later de vragen waar men in de tijd van Molengraaff van verlost dacht te zijn, nu weer zo actueel blijken.<sup>68</sup> Maar de gevolgen van Molengraaff's pleidooi voor de afschaffing van het onderscheid tussen het handelsrecht en het burgerlijk recht, of beter de afschaffing van 'handelsdaden' en 'kooplieden' in de Nederlandse wetgeving zijn tot op de dag van vandaag zichtbaar en dus grotendeels nog actueel.

Molengraaff's wil is nog altijd wet. Het onderscheid tussen handelsrecht en burgerlijk recht is in die zin echt verdwenen. Maar dat betekent niet dat daarmee voor alle contracten dezelfde beginselen op dezelfde wijze moeten blijven gelden. Ik kan mij ook niet voorstellen dat Molengraaff dat in gedachten had toen hij zijn preadvies schreef. Bovendien was de taalkundige uitleg in die tijd het uitgangspunt. Molengraaff lijkt mij een pragmatisch man te zijn geweest; hij was wars van legisme en had altijd oog voor de noden van het handelsverkeer. Het is dan ook niet ondenkbaar dat hij, had hij nog geleefd, al in de jaren tachtig van de vorige eeuw de handelsrechtelijke noodklok had geluid, om nu opgelucht te kunnen ademhalen.

---

66 Schelhaas 2008, p. 160.

67 Tjittes 2001, p. 31.

68 Klomp 1998, p. 199.

# Molengraaff en de kunst van delen

*A.L.M. Keirse\**

## 1. Ter introductie

Evenals veel andere rechtsbeoefenaren van zijn tijd kwam Molengraaff in de eerste helft van de twintigste eeuw voor de vraag te staan welke verdeelsleutel moest worden aangelegd bij een wederzijdse verantwoordelijkheid voor schade. Het was immers in het jaar 1916 dat de Hoge Raad met het traditionele stelsel van alles of niets brak. De ontwikkeling van ons recht van toedeling van verantwoordelijkheid aan één persoon naar verdeling daarvan over meerdere partijen die daarmee werd ingezet, houdt vandaag de dag nog immer aan. De vraag die in deze bijdrage centraal staat, is of we ook in deze tijd lering kunnen trekken uit het betoog van Molengraaff die op dit punt een uitgesproken mening had.

## 2. Tijdsbeeld

### 2.1 *Het traditionele stelsel van alles of niets*

Gedurende vele eeuwen hield de rechtswetenschap in Europa het verbintenissenrecht gevangen in het keurslijf van alles of niets, waarvan de oorsprong in het Romeinse *formula* stelsel is te vinden. De rechter kon slechts veroordelen, dan wel vrijspreken; ofwel de schadelijder droeg de geldelijke gevolgen van een schade zelf, ofwel kon hij deze geheel op een ander afwentelen.

Daarmee bleef ook de toepassing van het leerstuk van eigen schuld gedurende vele eeuwen beperkt tot het geven van een antwoord op de vraag wie van beide partijen in een gegeven geval de schade behoorde te dragen. Was dat de dader die de benadeelde schade had berokkend? Of was dat de benadeelde die was tekortgeschoten in de zorg voor diens eigen belang en zo zelf aan het ontstaan of de omvang van de schade had bijgedragen? Een Salomonsoordeel kwam daar niet aan te pas; voor een verdeling van de schade over beide partijen, bleken de geesten nog niet rijp. Zo heeft, in overeenstemming met wat in het Romeinse recht werd aangenomen, vele eeuwen gegolden dat iemand die mede door eigen toedoen schade leed, in beginsel geen recht op schadevergoeding had. Dit was onder omstandigheden anders als de fout van de dader veel ernstiger dan die van de

---

\* Prof.Mr. A.L.M. Keirse is hoogleraar burgerlijk recht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

benadeelde was, in welk geval laatstgenoemde de geleden schade integraal vergoed kreeg. Dat het steeds alles of niets was, stond evenwel buiten kijf.

## 2.2 De evolutie naar een gedeelde draaglast

Zelfs nadat in de achttiende eeuw van natuurrechtelijke zijde kritiek kwam op de alles of niets benadering<sup>1</sup> duurde het nog geruime tijd voordat deze weinig genuanceerde benadering algemeen plaats maakte voor een andere. Het leerstuk van eigen schuld heeft in deze ontwikkeling een voorttrekkersrol gespeeld. Na verloop van tijd achtte men het noch redelijk dat eigen schuld van de benadeelde invloed op de aansprakelijkheid van de dader ontbeert, noch dat eigen schuld de aansprakelijkheid doet vervallen. Zoals het rechtvaardig is, dat hij die zichzelf schade berokkent, deze zelf moet dragen, en het rechtvaardig is, dat degene die onrechtmatig een ander schade berokkent, deze moet vergoeden, zo is het ook rechtvaardig, dat waar de schade is terug te voeren op toedoen van dader én benadeelde, de schadelast over beiden wordt verdeeld.

De opvatting dat waar dader en benadeelde elk voor een schadedeel verantwoordelijk zijn, de schade tussen hen dient te worden verdeeld, kwam eerst terecht in één van de natuurrechtelijke codificaties, het Oostenrijkse *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) van 1811.<sup>2</sup> Het Franse recht kent tot op heden geen wettelijke bepaling inzake eigen schuld, maar in de Franse rechtspraak is het principe van alles of niets in 1875 losgelaten.<sup>3</sup> De idee van schadedeling bij eigen schuld verscheen vervolgens in het Zwitserse wetboek dat in 1883 onder de titel *Schweizerisches Obligationenrecht* (OR) in werking trad.<sup>4</sup> De nieuwe leer kreeg ook in Duitsland stevig voet aan de grond toen op 1 januari 1900 het Duitse

---

1 De Duitse filosoof en aanhanger van het natuurrecht Christian Wolff (1679-1754) komt de eer toe als eerste het traditionele Romeinsrechtelijk beginsel van alles of niets opzij te hebben gezet. C. Wolff, *Jus Naturae methodo scientifica pertractatum*, Halae Magdeburgicae: 1742, Pars secunda, § 628-632, Pars quarta, § 591; *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, Halle 1754; herdruk Hildesheim 1980, § 283.

2 § 1304 ABGB (1811): ‘Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt; so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnismäßig; und, wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen läßt, zu gleichen Teilen.’

3 Cass. Req. 8 februari 1875, *DPO* 1875.1.320. Zie onder meer B. Weyts, *De fout van het slachtoffer in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Antwerpen), Antwerpen: Intersentia 2003, nr. 377.

4 Art. 51 OR (1883): ‘(I) Art und Größe des Schadensersatzes wird durch richterliches Ermessen bestimmt im Würdigung sowohl der Umstände als der Größe der Verschuldung. (II) Ist auch dem Beschädigten ein Verschulden beizumessen, so kann der Richter die Ersatzpflicht nach Verhältnis mäßigen oder gänzlich von derselben entbinden.’



*Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) gelding kreeg.<sup>5</sup> Het Belgische Hof van Cassatie besliste in 1936 tot het principe van de aansprakelijkheidsverdeling.<sup>6</sup> In de Italiaanse rechtsleer en rechtspraak is de idee van schadedeling naar verhouding van wederzijdse schuld eveneens meer en meer aanvaard en uiteindelijk in de *Codice civile Italiano* (CcIt) van 1942 gesanctioneerd.<sup>7</sup> Griekenland volgde in 1946 met de inwerkingtreding van artikel 300 *Astikos Kodikas*. Ook hier werd de rechter de vrijheid geboden om bij eigen schuld aan het ontstaan of de omvang van de schade, van geval tot geval, tot een concrete schadedeling te komen.<sup>8</sup> Met de *Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945* werd ten slotte ook in het Anglo-Amerikaanse recht de weg naar een schadedeling over partijen geopend.<sup>9</sup> Het Nederlandse recht is bij deze ontwikkeling van alles of niets naar tussen alles en niets niet achtergebleven; de Hoge Raad ging in 1916 om.

### 2.3 HR 4 februari 1916, NJ 1916, 450: ‘Going Dutch’

Nederland is aldus relatief laat overstag gegaan. Geheel in de ban van het alles of niets beginsel bracht de Nederlandse doctrine en rechtspraak de kwestie van eigen schuld oorspronkelijk in verband met het bestaan, en niet met de omvang van aansprakelijkheid. Eerst op 4 februari 1916 brak de Hoge Raad met dit stelsel.

Het was een treurige zaak. Een voorbijganger stak op een openbare weg te Amsterdam rails voor het rangeren van spoortreinen over. Hij werd gegrepen door

5 § 254 BGB (1900): ‘(1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist.’

6 Hof van Cassatie 2 april 1936, *Pasicrise Belge* 1936, I, 209; *La Belgique judiciaire* 1936, 392. Zie ook Weyts, 2003, nr. 377.

7 Art. 1227 CcIt (1942): ‘(1) Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l’entità delle conseguenze che ne sono derivate. (2) Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza.’

8 Art. 300 *Astikos Kodikas* (1946): ‘Hat der Beschädigte bei der Entstehung des Schadens oder bei dessen Umfang aus eigenem Verschulden mitgewirkt, so kann das Gericht eine Entschädigung ablehnen oder ihren Betrag mindern. (...)’

9 *Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945*, section 1(1): ‘Where any person suffers damage as the result partly of his own fault and partly of the fault of any other person or persons, a claim in respect of that damage shall not be defeated by reason of the fault of the person suffering the damage, but the damages recoverable in respect thereof shall be reduced to such extent as the court thinks just and equitable having regard to the claimant’s share in the responsibility for the damage.’ Deze Engelse *Act* was ook van toepassing in Schotland en kreeg navolging in Ierland, Australië en Nieuw-Zeeland. In veel staten van de Verenigde Staten bleef de oude *all-or-nothing approach of the common law* langer gehandhaafd. Daar waar de nieuwe leer werd ingevoerd, gebeurde dat aanvankelijk steeds door wetgeving.

een rangeertrein van de Hollandsche IJzeren Spoorwegmaatschappij die juist op dat moment passeerde. De arm van de voorbijganger werd zodanig verminkt dat deze moest worden afgezet. De schade was door schuld aan weerszijden veroorzaakt, nu de spoorwegmaatschappij geen voorzorgsmaatregelen had genomen door te waarschuwen of de weg af te sluiten, en de voorbijganger zonder op te letten het spoor was overgestoken. In overeenstemming met de toen heersende leer wees de rechtbank de vordering van de voorbijganger tot schadevergoeding af. Het hof kwam evenwel tot de beslissing de schade gelijkelijk over partijen te verdelen, waarop de Hoge Raad dit oordeel als volgt sanctioneerde:

‘Dat art. 1401 BW aan hem door wiens schuld schade is veroorzaakt den plicht tot vergoeding daarvan oplegt, welk wetsvoorschrift den rechter die over de feiten oordeelt niet verbiedt doch veeleer noopt, om ingeval van schade ontstaan door onrechtmatige daden (verzuimen) van meer personen den vergoedingsplicht af te meten naar de mate waarin ieders schuld heeft medegewerkt tot het veroorzaken dier schade.’

Een tijdgenoot van Molengraaff, Meijers, sprak in zijn annotatie van ‘een alleszins billijke beslissing, maar waartoe men moeielijk kan komen, zonder gebruik te maken van een – overigens zeer toe te juichen – vrije rechtshantering’.<sup>10</sup> Hoewel een wettelijke grondslag vooralsnog ontbrak, is het, sedert dit arrest, constante jurisprudentie dat eigen schuld van de benadeelde in de regel tot een verminderde aansprakelijkheid van de dader leidt. Eerst sinds 1992 is het beginsel van schadedeling met de invoering van het Nieuw BW in artikel 6:101 gecodificeerd.

#### *2.4 Moderne tijden: het is evenredigheid en evenwichtigheid wat de klok slaat*

Sinds aldus het leerstuk van eigen schuld in de negentiende en twintigste eeuw is geëvolueerd, heeft de verdelingsgedachte veld gewonnen. De belangstelling voor de tussenoplossing, waar aanvankelijk slechts een alles of niets benadering mogelijk was, is aanzienlijk toegenomen. Sterker nog, gesignaleerd wordt dat de proportionele benadering een niet meer te stuiten opmars heeft ingezet.<sup>11</sup> Enkele trefwoorden zijn rechterlijke matiging, redelijkheid en billijkheid en proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een en ander sluit aan bij de zoektocht naar

---

10 Meijers, annotatie bij HR 4 februari 1916 (Hollandsche IJzeren Spoorwegmaatschappij/Morré), *WPNR* 2425 (1916), p. 302.

11 Aldus onder meer J.B.M. Vranken, *Algemeen deel\*\**, Deventer: Kluwer 1995, nr. 137; W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.G.A. Linssen, *Tussen ‘Alles’ en ‘Niets’; van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 1 e.v.; A.L.M. Keirse, ‘Het ‘alles of niets’-denken naar de geschiedenis verbannen’, *AV&S* 2005, 2, p. 3-16; J. Spier in zijn conclusie voor HR 17 februari 2006, *NJ* 2006, 378 (Royal cs. vs. Universal Pictures), onder 4.38.1.

rechtvaardigheid in het individuele geval dat het verbintenissenrecht de afgelopen decennia kenmerkt.

### 3. Zoektocht naar het evenwichtige midden

Tussenoplossingen waarbij nadeel over partijen wordt verdeeld, in plaats van exclusief aan één van beiden wordt toegerekend, zijn niet van problemen verstoken. Terwijl de zoektocht bij een alles of niets benadering gewoonlijk beperkt blijft tot het vinden van de grens tussen het geoorloofde en het ongeoorloofde, vragen tussenoplossingen om meerdere grensbepalingen. Door het stellen van grenzen tussen wit en grijs en grijs en zwart moet allereerst het gebied worden afgebakend waarbinnen een tussenoplossing in de rede ligt. Dit grijze gebied tussen alles en niets kent vervolgens vele tinten; wil men een tussenoplossing aanvaarden, dan moet men kunnen aangeven hoeveel van het nadeel bij wie moet komen te liggen. Er moet met andere woorden een verdeelsleutel worden bepaald. Voor deze ordeningsvraag stelde het recht destijds ook Molengraaff.

### 4. Schadeverdeling bij eigen schuld

#### 4.1 De gevraagde afweging

Toen de Hoge Raad in navolging van de rechtsstelsels van andere West-Europese landen binnen het kader van het leerstuk van eigen schuld de omslag van alles of niets naar *tussen* alles en niets inzette, kwam de vraag op naar welke maatstaf de schade over dader en benadeelde moest worden verdeeld. Met deze vraag is veel geworsteld.

De Hoge Raad sprak in zijn arrest van 1916 van het afmeten van de vergoedingsplicht 'naar de mate waarin ieders schuld heeft medegewerkt tot het veroorzaken dier schade'. Werd hier aan graden van schuld of graden van causaliteit gedacht? De latere arresten van de Hoge Raad, in hun onderlinge samenhang beschouwd, bieden op dit punt evenmin uitsluitel.<sup>12</sup> Zij wekken de indruk dat de vraag naar welke maatstaf moet worden verdeeld geen punt van afzonderlijke overweging vormde. De doctrine voorzag in deze leemte.

#### 4.2 Molengraaff en andere oude meesters

De rechtsgeleerden hebben het belang van een eenduidige en toepasbare verdeelsleutel voor de rechtspraktijk niet onderschat. Gebrek aan uniformiteit terzake

---

<sup>12</sup> Zie hierover A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht; over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 196-197.

blijkt evenwel de rode draad te zijn in de rechtsleer en rechtspraktijk hier te lande en daarbuiten.<sup>13</sup> Tal van verdelingsmaatstaven zijn voorgesteld. De verdeling naar de mate van wederzijdse causaliteit en de verdeling naar de mate van wederzijdse schuld zijn de twee meest genoemde. Maar ook zijn andere maatstaven voorgestaan, waaronder mengvormen van de causaliteits- en schuldafweging.

Molengraaff betoogde dat alleen de mate van wederzijdse veroorzaking bepalend moet zijn voor de schadeverdeling.<sup>14</sup> Later sloten Wolfsbergen, Cleveringa en Dorhout Mees zich daarbij aan.<sup>15</sup> Volgens hen moeten de storende gedragingen van dader en benadeelde in de mate waarin ze tot het ontstaan van de geleden schade hebben bijgedragen tegen elkaar worden afgewogen. Molengraaff verwierp de afweging naar de mate van schuld door erop te wijzen dat civielrechtelijk de graad van schuld irrelevant is. Het zou volkomen onlogisch en inconsequent zijn om bij schuld aan weerszijden de schadelast te verdelen in verhouding tot ieders schuld, terwijl bij schuld uitsluitend aan de zijde van de dader, de omvang van de schadevergoedingsplicht niet varieert naar de graad van schuld, maar afgemeten wordt naar de mate waarin hij de schade heeft veroorzaakt. In de woorden van Molengraaff zelf:

‘De aansprakelijkheid is in beginsel onafhankelijk van den omvang, het gewicht, de beteekenis, i.e.w. van de schakeering der schuld; hoe groot of klein, hoe zwaar of licht, hoe ernstig of onbeduidend de schuld ook is, altijd moet de toegebrachte schade ten volle, voor het geheel worden goed gemaakt.

In strijd met dit beginsel zou het zijn, ingeval twee schepen schuld hebben, de aansprakelijkheid voor de schade te bepalen naar evenredigheid van de grootte der begane fouten mitsdien deze te laten afhangen juist van eene omstandigheid, welke voor den omvang der aansprakelijkheid in het algemeen onverschillig is. Rationeel daarentegen is het, wanneer men niet ieder der verantwoordelijke personen voor de geheele schade aansprakelijk wil stellen, ieders aansprakelijkheid te bepalen evenredig aan den invloed, welchen de aan boord van zijn schip begane fout op den omvang der schade heeft gehad. Naarmate de begane fouten hebben bijgedragen tot de schade, behooren

---

13 Zie voor enige rechtsvergelijking hierna § 6.

14 W.L.P.A. Molengraaff, *Kort begrip van het nieuwe Nederlandsche zeerecht*, Haarlem: Bohn 1928, p. 286.

15 A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1946, p. 215; R.P. Cleveringa, *Zeerecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1961, p. 787; T.J. Dorhout Mees 1961, *Kort begrip van het Nederlands handelsrecht*, Haarlem: Bohn 1961, p. 665. Vergelijk ook H.R. Ribbius, *De omvang van de te vergoeden schade bij niet-nakoming van verbintenissen en bij onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Leiden: Eduard IJdo 1906, p. 203 en *Asser/Losecaat Vermeer/Rutten* 1956, p. 214.

degenen die voor de fouten verantwoordelijk zijn, tot vergoeding dier schade verplicht te zijn.<sup>16</sup>

Daartegenover stonden zij die de mate van schuld aan weerszijden de enige juiste verdelingsmaatstaf achtten. Van Oven stond de afweging naar verwijtbaarheid voor.<sup>17</sup> Vigelius pleitte voor verdeling van de schade naar gelang het schuldverband.<sup>18</sup> Rutten stelde een afweging van de ernst van de wederzijds begane fouten voor.<sup>19</sup> Schut betoogde dat de mate waarin ieder de schade persoonlijk had kunnen vermijden, beslissend is, daar de vermijdbaarheid de schuld bepaalt.<sup>20</sup> De voorstanders van de schuldafweging prezen hun methode aan door te stellen dat afweging van causaliteit een onmogelijke opgave is. De causaliteit van verschillende samenwerkende oorzakelijke factoren zou niet tegen elkaar kunnen worden afgewogen, omdat causaliteit niet in graden kan worden gemeten. ‘Een oorzaak die harder meewerkt aan het gevolg dan een andere is een logisch monstrum’, aldus het herhaaldelijk aangehaalde oordeel van Vigelius. ‘Als geen van beide oorzaken kan worden weggedacht, zonder dat het gevolg wegvalt, dan doen zij geen grein in ‘werkzaamheid’ voor elkaar onder.’<sup>21</sup> Hiertegen kan evenwel worden ingebracht, dat *condiciones sine quibus non* als zodanig weliswaar steeds een gelijke bijdrage leveren, maar dat het relatieve belang van de verschillende oorzaken in het tot stand komen van de schade niet steeds equivalent is.<sup>22</sup>

Weer anderen leerden, dat de schade naar meer dan één maatstaf moet worden verdeeld. Hierbij viel de nadruk nu eens op de schuld dan weer op de veroorzaking als belangrijkste factor. Scholten stelde dat de mate waarin de aansprakelijkheid wordt verminderd, in de eerste plaats moet worden bepaald door de verhouding van schuld van dader en benadeelde, maar dat daarnaast ook een afweging van de mate waarin ieders daad tot de schade heeft bijgedragen, behoort plaats te vinden.<sup>23</sup> Ook Wertheim meende dat de afweging naar de mate van schuld haar aanvulling vindt

---

16 Molengraaff 1928, p. 286. De aandachtige lezer merkt op dat Molengraaff hier veeleer ziet op medeschuld dan eigen schuld. Het onderscheid tussen beide leerstukken was destijds nog niet uitgekristalliseerd, zoals ook blijkt uit het hiervoor geciteerde arrest van de Hoge Raad van 4 februari 1916. Zie ook noot 37.

17 A. van Oven, *De uniforme werking van het Brusselsche Aanvaringstractaat* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1938, p. 203.

18 C.C. Vigelius, ‘De elementen van art. 1401 BW’, in: J. Versteeg e.a., *Rechtskundige opstellen* (Meijers-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1935, p. 860.

19 L.E.H. Rutten, ‘Medeschuld’, *VR* 1954-1, p. 4.

20 G.H.A. Schut, ‘Het begrip Medeschuld’, *NJB* 1959-3, p. 50.

21 Vigelius 1935, p. 860.

22 Zie Keirse 2003, p. 199 e.v.

23 P. Scholten, ‘Eigen schuld’, *WPNR* 2666 (1921), p. 46.

in een afweging van causaliteit.<sup>24</sup> Hij stond een onderlinge schadeverdeling overeenkomstig het nut van de preventie aan weerszijden voor. De evenredigheid van het nut der preventie wordt vooral bepaald door de grootte van de schuld. Maar ook is rekening te houden met de mate waarin beide gedragingen tot de schade hebben bijgedragen. Immers, iemand moge nog zo ongewenst hebben gehandeld, indien de kans op het volgen van een bepaalde schade slechts gering is, dan wordt het nut der preventie tegenover hem belangrijk verzwakt. Ekering achtte het afmeten van de mate van schuld naar haar aandeel in de schadeveroorzaking, de aangewezen weg om tot aansprakelijkheidsvermindering te komen.<sup>25</sup>

#### 4.3 De keuze van de Nederlandse wetgever voor een tweeledige maatstaf

Op het moment dat de wetgever met de invoering van het Nieuw BW aan zet was, had de gedachte dat niet één maatstaf alleenrecht behoort te krijgen, veld gewonnen.<sup>26</sup> Het is dan ook niet verwonderlijk dat bij de codificatie van het leerstuk van eigen schuld uiteindelijk voor een tweeledige verdelingsmaatstaf is gekozen. In het oorspronkelijk wetsvoorstel, daterend uit de beginjaren zestig, ontbreekt nog een concrete verdeelsleutel, maar wordt de toerekening naar redelijkheid voorgestaan:

‘Wanneer de schade mede is te wijten aan een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt, voor zover dit redelijk is, de vergoedingsplicht gematigd of vervalt deze geheel.’

Gelukkig is er vervolgens de voorkeur aan gegeven om deze redelijkheidsmaatstaf een concretere vorm te geven:

‘Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate

---

24 W.F. Wertheim, *Aansprakelijkheid voor schade buiten overeenkomst* (diss. Leiden), Leiden: Eduard IJdo 1930, p. 87.

25 J.H. Ekering, *Motorrijtuig en aansprakelijkheid naar Nederlandsch Burgerlijk Recht* (diss. Amsterdam), Amsterdam: H.J. Paris 1941, p. 136.

26 Dat bij de schadeverdeling verschillende maatstaven tegelijk moeten worden aangelegd is in de tweede helft van de twintigste eeuw verdedigd door J.M.M. Maeijer, *Matiging van schadevergoeding* (diss. Nijmegen), Breda: Louis Vermijs 1962, p. 202-203; H.J. Hommes, ‘Enige beschouwingen over juridische causaliteit, toerekening, recht- en onrechtmatigheid, schuld en risico II’, *RM Themis* 1965, p. 217; G.J. Scholten, ‘Anticiperende interpretatie, een nieuwe interpretatie-methode?’, *WPNR* 5032 (1969), p. 122; A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck, *Eigen schuld* (diss. Leiden), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1971, p. 244 en P. Neleman, ‘Enkele opmerkingen over ‘eigen schuld’ (bespreking van: A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck, *Eigen schuld* (diss. Leiden), Groningen 1971), *VR* 1973-9, p. 266.

waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.<sup>27</sup>

Hier wordt een afweging van de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, als hoofdregel voor de schadedeling vooropgesteld. Het is dus in de eerste plaats de causaliteit en niet de mate van schuld die beslissend is. Dit zou de instemming van Molengraaff kunnen hebben gekregen. Wel is aan de hoofdregel een bepaling toegevoegd, die het mogelijk maakt van de causale verdeling af te wijken, indien de billijkheid dit eist wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval. Toepassing van dit correctief kan leiden tot een andere verdeling, maar ook tot algehele opheffing of instandhouding van de vergoedingsplicht.

## **5. De ten troon verheffing van de causaliteit**

### *5.1 Causaliteits- versus schuldafweging*

Om het aandeel van iedere partij in de schade te bepalen reikte Molengraaff, als gezegd, een causale maatstaf aan. Artikel 6:101 BW doet primair hetzelfde. Dit is mijns inziens een juiste keuze. Een maatstaf die het uitsluitend zoekt in een schuldverhouding zou als algemene regel tekort schieten. Zo werd ook de ten troon verheffing van de causaliteit in de Parlementaire Geschiedenis gemotiveerd.<sup>27</sup> Te bedenken valt immers dat artikel 6:101 BW op alle vergoedingsplichten van toepassing is. Daaronder zijn er vele waarvoor geen verwijtbaarheid aan de dader is vereist.

Waar verwijtbaarheid aan de zijde van de aangesprokene ontbreekt, bijvoorbeeld omdat men van doen heeft met een kwalitatieve aansprakelijkheid, rijst niet alleen de vraag naar de inhoudelijke invulling van de schuldafweging, maar moet ook de waarde van een dergelijke afweging betwijfeld worden. Bij een schuldafweging richt men zich namelijk op de partijen en hun gedrag, terwijl de aangesprokene in geval van een kwalitatieve aansprakelijkheid juist op grond van zijn hoedanigheid wordt aangesproken en de beoordeling van de verwijtbaarheid van zijn gedrag op zich zonder betekenis is. Hier zij opgemerkt dat de rollen overigens ook in zoverre omgedraaid kunnen zijn, dat een aanname van 'eigen schuld' van de benadeelde ook op risicofactoren in plaats van schuldfactoren gebaseerd kan zijn, terwijl er dan mogelijk aan de zijde van de dader van een schuldaansprakelijkheid sprake is.

---

<sup>27</sup> MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 352.

In ieder geval kunnen we constateren dat de schuldafweging niet symmetrisch is; niet in alle gevallen worden met het schuld criterium gelijksoortige omstandigheden aan beide zijde vergeleken. Aldus vergelijkt men soms appels met peren. Ook in ander opzicht worden de schuld van de dader en de schuld van de benadeelde als ongelijksoortige begrippen betiteld.<sup>28</sup> Van onrechtmatig handelen ten aanzien van de eigen belangen kan geen sprake zijn,<sup>29</sup> en eigen schuld zou daarmee iets geheel anders zijn dan schuld van degene die rechtsbelangen van een ander onrechtmatig schendt. Aan de dader is een bepaalde schadeveroorzakende gebeurtenis toe te rekenen die zonder recht heeft plaatsgevonden. Door zijn gedrag is schade toegebracht aan belangen terzake waarvan de belanghebbende het recht had te eisen dat ze zouden worden gerespecteerd. Als we het toedoen van de dader los van het gedrag van de benadeelde bezien, is duidelijk dat de dader de grens van zijn handelingsvrijheid heeft overschreden en dat de bescherming van de rechtsbelangen van anderen nu op de voorgrond treedt. Het toedoen van de benadeelde daarentegen, is van een geheel andere orde. Terwijl de dader onvoldoende zorg heeft betracht ten aanzien van *andermans* belang, of anderszins verantwoordelijk is voor de aantasting van dat belang, heeft de benadeelde slechts onvoldoende zorg in acht genomen ten aanzien van zijn *eigen* belang. Als we het gedrag van de benadeelde isoleren, dan moeten we constateren dat aan deze zijde niets onrechtmatig is geschied.

Laten we bovendien het hiervoor geciteerde argument van Molengraaff niet vergeten. Waarom bij de beperking van aansprakelijkheid wegens eigen schuld een criterium als maatstaf aanleggen dat gewoonlijk niet de mate van aansprakelijkheid bepaalt? We staan voor de vraag een verdeelsleutel te formuleren op basis waarvan kan worden afgebakend wie welk gedeelte moet dragen van een schade waarvan de omvang zowel door onrechtmatig toedoen van de dader als door eigen toedoen van de benadeelde is bepaald. Voor de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding is in de regel de schade zoals de benadeelde die *in concreto* als gevolg van de fout van de dader lijdt, beslissend. De ernst van de fout van de dader of diens verwijtbaarheid is daarbij in beginsel van geen belang. Het ligt daarom in de rede om zich ook bij de beperking van de vergoedingsplicht wegens eigen schuld te richten op de schadelijke gevolgen en niet op een vergelijking van de tekortkomingen zelf. De klemtoon dient te liggen op de schade zoals die wordt geleden en de mate waarin dader en benadeelde daaraan in causale zin hebben bijgedragen.

Een causale verdeelsleutel doet aldus recht aan het uitgangspunt van het schadevergoedingsrecht dat de vergoedingsplicht van de dader wordt afgebakend aan de hand van zijn oorzakelijke bijdrage aan de schade. Maar er is meer. Het causale criterium is symmetrisch. Met een causaal verdelingscriterium worden

---

28 Ribbius 1906, p. 193-194; Wolfsbergen 1946, p. 215.

29 Zie Keirse 2003, p. 16-17.



immers soortgelijke grootheden langs beide zijden vergeleken. De afweging van de causale bijdrage van dader en benadeelde is steeds mogelijk, ongeacht de aard van de aansprakelijkheid van de dader of de aard van de normschending door de benadeelde. De causale maatstaf is, mits op juiste wijze geconcretiseerd, ook gradueel, waardoor er meer of minder schade kan worden afgewenteld op beide partijen. Kortom, een causaliteitsafweging kent bovengenoemde bezwaren die bij een schuldafweging gelden, niet.

Overigens is een afweging van de wederzijdse schuld in het huidige stelsel van artikel 6:101 BW niet uitgesloten. De toepassing van de primaire, causale verdeelsleutel van artikel 6:101 BW zal weliswaar veelal tot een evenredig, evenwichtig en aldus ook billijk resultaat leiden. Maar dit hoeft niet altijd het geval te zijn. Dan vraagt het rechtsgevoel om een correctie. Dit zal bewerkstelligd moeten worden met behulp van de in artikel 6:101 BW neergelegde billijkheidscorrectie; wanneer in een concreet geval het resultaat van een causale schadedeling niet bevredigt, moet door een afweging van de concrete omstandigheden van het geval een andere verdeling worden gerealiseerd. In dit verband komt de onderlinge schuldverhouding gewicht toe, evenals de (mogelijk uiteenlopende) ernst van de wederzijdse normschendingen en de aard van de gedragingen van dader en benadeelde. Daarnaast kunnen de aard en de ernst van de opgetreden schade en de aard en de inhoud van de rechtsverhouding van partijen het billijkheidsoordeel inkleuren. Tevens kunnen de hoedanigheid, de maatschappelijke positie, de leeftijd alsmede de lichamelijke en geestelijke ontwikkeling van partijen een rol spelen. Het billijkheidsargument biedt daarnaast de mogelijkheid om ook met de vermogensposities en de verzekeringsposities van partijen rekening te houden. Toepassing van het correctief kan tot iedere gewenste schadedeling leiden, variërend van een geheel verval tot een volledige instandhouding van de op de dader rustende vergoedingsplicht.

### *5.2 Causaliteits- of schuldafweging, kan het praktisch beschouwd wat schelen?*

Men heeft wel geprobeerd de kool en de geit te sparen door op te merken dat het verschil tussen een causaliteits- en schuldafweging in de praktijk verwaarloosbaar is;<sup>30</sup> de toepassing van beide criteria op eenzelfde schadegeval leidt in de regel toch tot een identieke verdeling van de schade. Inderdaad, menigmaal zal een verdeling naar de mate waarin ieders handelen aan het veroorzaken van de schade heeft meegewerkt en een verdeling naar de mate van verwijtbaarheid van beide handelingen tot gelijke resultaten leiden. Hoe groter de kans dat bepaald gedrag schade tot gevolg zal hebben, des te groter het verwijt dat men in de regel aan de aldus handelende persoon kan maken.

---

30 Zie ook Weyts, 2003, nr. 478.

Dit is echter niet steeds het geval. De nauwelijks de box ontwassen peuter die plotseling vlak voor een auto de straat oprent, draagt zonder twijfel causaal bij aan het daarop volgende ongeval. Van verwijtbaarheid is evenwel geen sprake. In het geval de benadeelde onder invloed van een geestelijke stoornis handelt, kunnen de maten van veroorzakingswaarschijnlijkheid en verwijtbaarheid eveneens sterk uiteen lopen.

Maar ook in andere gevallen dan die van verminderde toerekeningsvatbaarheid kan het een groot verschil maken of wordt afgewogen naar de mate van veroorzaking of naar die van verwijtbaarheid. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Laat op de avond rijdt een man in zijn auto op een slingerende, niet al te brede, onverlichte buitenweg in bebost gebied. Als plotseling een ree de weg op rent, reageert de man alert en komt vlak voor de ree tot stilstand. Een achterliggende vrachtauto komt juist op dat moment de bocht uit en botst tegen de auto. De auto is zwaar beschadigd. Weegt men de wederzijdse mate van veroorzaking af, dan zal de eigenaar van de auto een deel van zijn schade niet vergoed krijgen, ook al is van verwijtbaarheid zijnerzijds niet of nauwelijks sprake.

Meer algemeen gesteld kan een kleine onachtzaamheid, zoals een lichte verkeersfout, ingrijpende gevolgen hebben, terwijl de schadelijke gevolgen van een grove fout, zoals het onder invloed deelnemen aan het verkeer, soms tot een schrammetje beperkt blijven.

### *5.3 Op zoek naar consistentie*

De in paragraaf 5.1 genoemde argumenten kunnen ook worden aangehaald om bij andere, meer moderne proportionele figuren de causaliteit als primaire leidraad voor de verdeling van verantwoordelijkheid te verkiezen. Het doel van de proportionele benadering in het aansprakelijkheidsrecht is het vinden van een evenwicht tussen de qua werking tegengestelde gezichtspunten 'een ieder draagt de eigen schade' en 'berokken een ander geen schade'. De causaliteitsfactor is bij uitstek geschikt om een compromis te vinden tussen deze twee adagia. Steeds wanneer er meerdere relevante oorzaken aan te wijzen zijn, is de glijdende schaal van veroorzakingswaarschijnlijkheid bruikbaar. Bovendien is het juist bij de vraag naar proportionaliteit, die niet onomstreden is, van belang dat de antwoorden systeem-consistentie laten zien. Dit vormde in ieder geval voor Molengraaff reden om voor een verdeling te kiezen naar gelang de causale bijdrage van de betrokken partijen.

Men bedenke hierbij wel dat er buiten het aansprakelijkheidsrecht proportionele figuren zijn waarmee naar evenredigheid tussen andere elementen wordt gestreefd, bijvoorbeeld tussen het belang van de ene partij bij uitoefening van een bevoegd-

heid versus het belang van de wederpartij bij niet uitoefening daarvan.<sup>31</sup> De in het aansprakelijkheidsrecht gezochte proportionaliteit betreft toerekening naar rato van schade of aansprakelijkheid aan meerdere partijen, terwijl het bij proportionele figuren in het contractenrecht veeleer gaat om het vinden van evenredigheid tussen alle belangen in het geding.<sup>32</sup> Ligt een maatstaf die het zoekt in de afweging van causaliteit bij de eerstgenoemde verschijningsvorm van proportionaliteit in de rede, dit lijkt voor belangenproportionaliteit in het contractenrecht minder het geval te zijn.

Toch moet dit onderscheid om twee redenen niet worden overschat. Ten eerste kan causaliteit ook bij de proportionele benadering in het contractenrecht een rol spelen bij de zoektocht naar evenredigheid. Zo voorziet artikel 7:930 BW in een wettelijke regeling die als sanctie op een schending van de mededelingsplicht door een verzekeringnemer de uitkering uit verzekering naar proportionaliteit van causaliteit aanpast.<sup>33</sup> Voor het geval de niet of onjuist meegeedeelde feiten van geen belang zijn voor de beoordeling van het risico zoals zich dat heeft verwezenlijkt, is bepaald dat de bedongen uitkering ondanks een schending van de mededelingsplicht onverkort geschiedt. Zijn zij wel van belang en zou de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken een hogere premie hebben bedongen of de verzekering tot een lager bedrag hebben gesloten, dan vervalt de uitkering niet volledig, maar wordt deze verminderd naar evenredigheid van hetgeen de premie meer of de verzekerde som minder zou hebben bedragen.

Voorts valt bijvoorbeeld te verdedigen dat er ook binnen het contractenrecht ruimte is om naar analogie met het arrest *Nefalit/Karamus*<sup>34</sup> een risico gedeeltelijk aan een partij toe te delen naar rato van de kans dat een causaal verband tussen het gedrag van deze partij en de verwezenlijking van dat risico bestaat.<sup>35</sup> Gedacht kan worden aan het aldus gedeeltelijk buiten toepassing laten van een vervalbeding. Dit vraagt om enige toelichting. Voor het succesvol inroepen van een in een verzekeringsovereenkomst opgenomen vervalbeding dat is bedoeld als garantie voor preventieve maatregelen, zoals bijvoorbeeld het gebruik van brandveilig materiaal, eist de Hoge Raad enig causaal verband tussen het verzuim van de verzekeringne-

---

31 In navolging van Giesen en Tjong Tjin Tai kan in dit verband een onderscheid worden gemaakt tussen de zogenaamde toerekeningsproportionaliteit en belangenproportionaliteit. Zie I. Giesen en T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht. Een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 7 e.v.

32 De belangen over en weer zijn meer dan eens breder dan alleen het materiële nadeel, zodat ook andere factoren op de afweging van invloed zijn. Aldus Giesen en Tjong Tjin Tai 2008, p. 8.

33 Zie ook Giesen en Tjong Tjin Tai 2008, p. 19.

34 HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328, *JAR* 2006, 100.

35 Aldus Giesen en Tjong Tjin Tai 2008, p. 20.

mer en het verwezenlijkte risico.<sup>36</sup> Ontbreekt hiertussen elk causaal verband, dan is een beroep op het vervalbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Welnu, als het ontbreken van het vereiste causaal verband niet met zekerheid kan worden vastgesteld, terwijl anderzijds de causaliteitsonzekerheid zo groot is dat algeheel verval van de aanspraak uit verzekering onaanvaardbaar zou zijn, vormt een gedeeltelijke uitkering naar rato van de kans dat er een causaal verband bestaat, een goed compromis.

De tweede, zeker zo belangrijke reden om het genoemde onderscheid te relativeren betreft de mogelijkheid van een billijkheidscorrectie na een primaire causale schadedeling in het aansprakelijkheidsrecht. Aldus kan, onafhankelijk van de vraag of men primair te doen heeft met een toerekeningsvraag of belangenproportionaliteit, steeds een uitkomst worden gerealiseerd door afweging van alle in het geding zijnde belangen. In het kader van de (analoge toepassing van de) in artikel 6:101 BW neergelegde billijkheidscorrectie kan immers een scala van factoren in de weegschaal van Vrouwe Justitia worden gelegd.

## 6. De verdeelkunst

Bij het vooropstellen van een causale verdeelsleutel had Molengraaff het eigenlijk niet mogen laten. Er bestaat namelijk ook behoefte aan een richtsnoer op grond waarvan de omvang van de causale bijdrage van de dader en de benadeelde in concreto kan worden bepaald. Dienaangaande merkte Molengraaff slechts op:

‘De verhouding, waarin de betrokken reeders aansprakelijk zijn, moet door den rechter worden vastgesteld, zonder dat hij, die de schadevergoeding vordert, haar behoeft aan te geven. Deze zou daartoe ook niet in staat zijn, daar de bedoelde verhouding eerst kan worden vastgesteld na een onderzoek der feiten en afhankelijk is van de waardeering dier feiten door den rechter. Komt de rechter tot het besluit, dat de verhouding niet kan worden vastgesteld, dan zijn de reeders der schepen aansprakelijk voor gelijke deelen. Hetzelfde geldt uit den aard der zaak, als de rechter van oordeel is, dat de schuld van de eischende en die van de gedaagde zijde van gelijke beteekenis zijn.’<sup>37</sup>

Deze vingerwijzing van Molengraaff heeft grote subjectiviteit en rechtsonzekerheid als valkuilen. Toegegeven zij dat de concrete afweging van de omstandigheden aan beide zijden en de aan de hand daarvan toe te passen verdeling van de schade een kwestie van waardering is. Maar dat sluit de formulering en ordening van relevante gezichtspunten geenszins uit.

---

36 HR 27 oktober 2000, *NJ* 2001, 120 (Bicak/Aegon). Vergelijk HR 19 mei 1995, *NJ* 1995, 498 (Modalfa/Schermer).

37 Molengraaff, 1928, p. 287. Dit citaat illustreert dat Molengraaff medeschuld en eigen schuld op één lijn stelde, hetgeen in zijn tijd min of meer gebruikelijk was. Zie ook noot 16.

Dat de rechtspraak daarom verlegen is, heeft de geschiedenis inmiddels geleerd. Zo is gebleken dat de onzekerheden over de methode van schadeverdeling bij eigen schuld geenszins zijn verdwenen met de introductie van artikel 6:101 BW. In de doctrine en rechtspraak worden aan de daarin neergelegde meervoudige maatstaf verschillende betekenissen gehecht. Bedacht zij hierbij dat causaliteit geen eenduidig begrip is. Er heerst onduidelijkheid over het criterium waarmee de mate van een causale bijdrage kan worden vastgesteld.<sup>38</sup> Het oordeel van Spier bijvoorbeeld is vernietigend:

‘Het aan de jurisprudentie ontleende overzicht toont aan dat het huidige stelsel niet werkt. Zo de rechters zich al van de maatstaf van artikel 6:101 BW bewust zijn, kunnen zij er klaarblijkelijk niet mee uit de voeten. Zelden maken zij een juiste afweging.’<sup>39</sup>

Ook in de ons omringende landen heeft men moeite met de concrete invulling van de toepasselijke verdeelsleutel. In het Duitse recht is, gelijk bij ons, de vergelijking van de causale bijdrage van de partijen als primaire maatstaf vooropgesteld. De Duitse wetgever stelt in § 254 I BGB:

‘Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist.’

Door het *Bundesgerichtshof* wordt deze maatstaf uitgelegd als volgt:

‘Der BGH legt – der Rechtsprechung des RG folgend – § 254 I BGB dahin aus, daß bei der Abwägung in erster Linie das Maß der Verursachung maßgeblich ist, in dem die Beteiligten zur Schadensentstehung beigetragen haben (...). Es kommt danach für die Haftungsverteilung entscheidend darauf an, ob das Verhalten des Schädigers oder das des Geschädigten den Eintritt des Schadens in wesentlichen höherem Maße wahrscheinlich gemacht hat.’<sup>40</sup>

Een analyse van de Duitse rechtspraak leert evenwel dat deze invulling van het causaliteitscriterium door het hoogste rechtscollege voor de feitenrechters onvol-

---

38 Zie hierover nader Keirse 2003, p. 198 e.v.

39 J. Spier, ‘De causale maatstaf van art. 6:101 BW’, in: A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck e.d., *Eigen schuld bij onrechtmatige daad*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 20.

40 BGH 20 Januar 1998, *NJW* 1998, 1137, 1138. Zie ook BGH 29 Januar 1969, *NJW* 1969, 789; BGH 30 September 1982, *NJW* 1983, 622; BHG 28 Oktober 1993, *NJW* 1994, 379.

doende leidraad vormt. Bijgevolg wordt ook in de Duitse rechtsliteratuur verzocht dat het loterijkarakter hier de boventoon voert.<sup>41</sup>

In de Franse *Code Civil* of het Belgische Burgerlijk Wetboek zoekt men vergeefs naar een expliciete bepaling inzake het leerstuk van de eigen schuld; het leerstuk is in het Franse en Belgische recht door rechtspraak en doctrine ontwikkeld. Het Franse Hof van Cassatie heeft de zwaarte van de fout als verdeelsleutel vooropgesteld.<sup>42</sup> In de rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie is daarentegen een verschuiving zichtbaar van het criterium van de zwaarte van de fout naar een causale verdeelsleutel; de laatste jaren schrijft dit hoogste rechtscollege de bijdrage van partijen aan het ontstaan van het schadegeval en het veroorzaken van de schadelijke gevolgen als verdelingscriterium voor.<sup>43</sup> In beide landen beschikken de feitenrechters evenwel over een ruime discretionaire bevoegdheid om in een concreet geval een verdeling uit te spreken. Van die beoordelingsvrijheid wordt in ruime mate gebruik gemaakt. De Franse en Belgische feitenrechters passen vaak een ander verdelingscriterium toe dan is voorgeschreven of verdelen de schade op grond van billijkheidsoverwegingen.<sup>44</sup> Die rechters die wel het causale verdelingscriterium hanteren, verschaffen vervolgens weinig inzicht in hun beoordelingswijze. Zij beperken zich meestal tot de overweging dat de ene partij in grotere mate heeft bijgedragen aan het ontstaan en de omvang van de schade dan de andere partij.<sup>45</sup> Het gebrek aan precisering wordt in de Belgische en Franse literatuur als een gemis ervaren.<sup>46</sup>

Engeland neemt hier in zoverre een bijzondere plaats in dat aldaar weinig belang aan richtlijnen voor de schadedeling wordt gehecht. In het Engelse recht vormt een billijke verdeling van de schadelast de doelstelling. Het gevolg is dat de toepasselijke verdeelsleutel wordt bepaald op grond van de concrete omstandigheden van het geval.<sup>47</sup> Daarbij pleit de Engelse rechtsleer met betrekking tot

---

41 W. Rother, 'Die vorwiegende Verursachung', *VersR* 1983, p. 793 e.v.; K.A. Klauser, 'Abwägungsgrundsätze zur Schadensverteilung bei Mitverschulden und Mitverursachung', *NJW* 1962, p. 369.

42 Zie o.a. Cass. Fr. Civ. 24 maart 1930, *Gaz. Pal.* 1930, 1, 881.

43 Zie Weyts 2003, nr. 448 e.v. en de daar genoemde jurisprudentie.

44 Zie Weyts 2003, nrs. 473 en 482.

45 Weyts 2003, nr. 482 wijst bijvoorbeeld op Rb. Hasselt 13 november 1995, *De Verz.* 1997, 317; Rb. Brussel 9 juni 1998, *R.G.A.R.* 2000, nr. 13205.

46 Zie R.O. Dalcq en G. Schamps, 'Examen de jurisprudence (1980-1986), la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle', *R.C.J.B.* 1995, p. 703 en Weyts 2003, nr. 482 en 485.

47 Overigens ziet men ook hier steeds de wederzijdse causaliteit en de zwaarte van de over en weer gemaakte fouten als de belangrijkste wegingsfactoren terugkomen.

de keuze voor een bepaalde verdeelsleutel en de modaliteiten van de verdeling voor een zeer ruime onaantastbare bevoegdheid van de feitenrechters.<sup>48</sup>

De laatste jaren is overigens in de besproken continentale rechtstelsels wel de nodige vooruitgang geboekt wat betreft de concretisering van de verdeelsleutel bij eigen schuld. Niet alleen in Nederland, maar ook in de ons omringende landen is de aandacht voor de uitwerking van de verdelingsmaatstaf zowel in rechtspraak als doctrine aanzienlijk toegenomen.<sup>49</sup> Een bespreking van de op dit punt behaalde resultaten laat ik hier echter achterwege; het valt immers buiten het bestek van deze bijdrage die enkel op de lessen van Molengraaff ziet.<sup>50</sup>

## 7. Besluit

De aangehaalde discussies hier te lande en daarbuiten laten zien dat het geen sinecure is om bij de keuze voor een proportionele benadering een eenduidige verdelingsmaatstaf te formuleren waarmee de praktijk uit de voeten kan. Hierop dient men vandaag de dag bedacht te zijn, nu nieuwe proportionele figuren aan het recht ontspruiten. Let wel, deze complicatie behoort mijns inziens niet als argument te worden aangegrepen om dan maar voor een alles of niets benadering te kiezen en de schade geheel voor rekening van één van beide partijen te laten. Laat evenwel een eerste les zijn dat er voor een eenduidige toepassing in de praktijk behoefte bestaat aan een graduele en symmetrische maatstaf die met behulp van nadere richtsnoeren voldoende is geconcretiseerd.

Dat deze les nog onvoldoende is geleerd, is eenvoudig te illustreren. Hoewel proportionele oplossingen de laatste decennia op continue belangstelling van de juridische gemeenschap mogen rekenen, geldt dit geenszins voor de daarbij aan te leggen verdelingsmaatstaf. Ondanks de vele hectoliters inkt die recentelijk over

48 Zie J.G. Fleming, *The law of torts*, Sydney: Law Book Company 1983, p. 246; W.V.H. Rogers, *Winfield and Jolowicz on tort*, London: Sweet & Maxwell 2006, no. 6-53.

49 Ik beperk mij hier tot een verwijzing naar het Duitse *Habilitationsschrift* van Looschelders, de Belgische dissertatie van Weyts en mijn eigen proefschrift: D. Looschelders, *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 1999; Weyts 2003; Keirse 2003. Het blijkt een lange weg van de aanvaarding van een proportionele benadering in het kader van het leerstuk van eigen schuld tot een eenduidige uitwerking daarvan in de praktijk. Tevreden is men overigens tot op heden niet. Zie onder meer A.L.M. Keirse, 'Rechterlijke werkzaamheid en het oordeel over eigen schuld', *AV&S* 2006-6, p. 185-192; T. Hartlief, 'Ernstig letsel en eigen schuld: billijkheid of smartengeld?', *NJB* 2007-42, p. 2672-2675; I. Giesen, 'Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Gedrag en privaatrecht*, Den Haag: BJu 2008, p. 197.

50 Binnen het bestek van deze bijdrage kom ik evenmin toe aan beantwoording van de belangwekkende vraag of de gevonden modaliteiten van de verdelingsmaatstaf bij eigen schuld ook leidraad kunnen vormen bij de ontwikkeling van verdelingscriteria bij andere proportionele figuren. Daartoe zal ik mij evenwel op korte termijn in ander verband zetten.

de proportionele benadering vloeiden, komen overpeinzingen over de te hanteren verdeelsleutel er in de rechtsliteratuur bekaaid vanaf.<sup>51</sup> Ook de rechtspraak bezint zich onvoldoende op de bij de verdeling aan te leggen criteria. Zo komt men meer dan eens rechterlijke beslissingen tegen die, temeer daar nadere motivering ontbreekt, weinig inzicht geven in hoe tot een bepaald percentage is gekomen. Met regelmaat komt het gevoelen op dat een konijn uit de hoge hoed wordt getoverd.

De geschiedenis lijkt zich aldus te herhalen; immers, uit het bovenstaande vloeit voort dat tussen de aanvaarding van een proportionele benadering in het kader van het leerstuk van eigen schuld – die in de tijd van Molengraaff plaats vond – en de eenduidige uitwerking daarvan in de rechtspraktijk een lange en moeizame weg ligt – welke Molengraaff wellicht niet had kunnen bevroeden. Hierop sluit een tweede les aan; bij de aanvaarding van nieuwe proportionele figuren hoeven we niet opnieuw het wiel uit te vinden, maar moeten we integendeel op zoek gaan naar gemene delers. Met consistentie is het recht immers gediend. Dat hield ook Molengraaff ons al voor.

---

51 Zie evenwel J.M. Barendrecht, 'Eigen schuld: consistentie en verdelingsmaatstaven', in: Van Boom, Jansen & Linssen 1997, p. 153 e.v. en 'Verdeling van verantwoordelijkheid als het fout gaat; Volendam en Aandelenlease als voorbeelden', *NJB* 2004-42, p. 2180 e.v.



## Vergoeding van naasten: bittere ironie én bittere waarheid

R. Rijnhout\*

### 1. Molengraaff over het beperkte onrechtmatige daadsbegrip: bittere ironie

In de 19<sup>e</sup> eeuw vormden ongeschreven zorgvuldigheidsnormen geen grondslag voor het aannemen van een onrechtmatige daad krachtens artikel 1401 Oud Burgerlijk Wetboek (Oud BW).<sup>1</sup> Zo leidde oneerlijke concurrentie in beginsel niet tot aansprakelijkheid. Molengraaff uitte zijn onvrede daarover:

‘Mij dunkt, een land waar werkelijk, zooals het hier besproken vonnis doet voorkomen, dergelijke overwegingen in de wet steun vonden zou op den naam van een beschaafd land geen aanspraak kunnen maken, daar zou men van rechtspraak en rechtsorde niet anders kunnen spreken dan bij wijze van bittere ironie. Gelukkig zijn er echter nog redenen om aan te nemen dat de fout niet schuilt in onze wet, maar veeleer bij hare uitleggers, wier enge opvatting de toepasselijkheid van artikel 1401 B.W. binnen veel te nauwe grenzen beperkt.’<sup>2</sup>

Met het *Lindenbaum/Cohen*-arrest<sup>3</sup> greep de Hoge Raad in: ook de maatschappelijke onbetamelijkheid geldt voortaan als grondslag voor aansprakelijkheid. Met de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (BW) wordt deze rechtersregel wet. Mede onder invloed van Molengraaff heeft deze grote verandering plaatsgevonden. Met deze bijdrage wil ik ook oproepen tot een verandering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. De problematiek waarover ik spreek is echter een andere. Het betreft de fundamentele verandering van het stelsel van vergoeding van schade van derden in personenschadezaken.

---

\* Mw. R. Rijnhout LL.M. is als promovenda verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Ik bedank Ivo Giesen, Esther Engelhard en Marian Joseph voor hun commentaar op eerdere versies.

1 Zie echter G.E. van Maanen, *De Zutphense Juffrouwen en de ontrouwe bediende van Lindenbaum*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995.

2 W.L.P.A. Molengraaff, ‘De “oneerlijke concurrentie” voor het forum van den Nederlandschen rechter, tevens eene bijdrage tot de uitlegging van art. 1401 B.W. en van de Wet op de handels- en fabrieksmerken’, in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887, p. 373-435.

3 HR 31 januari 1919, *W.* 1919, p. 161, m.nt. WLPAM.

Het schadevergoedingsrecht geeft in artikel 6:107-108 BW aan, aan welke derden<sup>4</sup> in personenschadezaken vergoeding toekomt.<sup>5</sup> De vergoeding van de schade van derden is beperkt tot de in de wet genoemde schadeposten. De volledige vergoeding van de schade van derden blijft dus uit (paragraaf 2). De artikelen 6:107-108 BW lijken daarnaast een zelfstandig beroep op het onrechtmatige daadsrecht uit te sluiten. Met andere woorden, een beroep op artikel 6:162 BW door derden is óók niet mogelijk wanneer er wel een onrechtmatige daad is gepleegd tegenover een ander dan het directe letselschadeslachtoffer of de overledene. Dit leidt tot lastige situaties, omdat de Hoge Raad in sommige zaken wel tot een onrechtmatige daad geconcludeerd zou kunnen hebben.<sup>6</sup> In uiterste omstandigheden lijkt hij dit zelfs te doen, waarover in paragraaf 4.2 meer.

Ook de wetgever is ‘bezig’ met de uitbreiding van de werking van artikel 6:107-108 BW, maar hij doet dit gefragmentariseerd. Ieder wetsvoorstel of concept wetsontwerp heeft betrekking op een deelonderwerp, waardoor het bredere perspectief uit het oog verloren wordt (paragraaf 4.3). Mijns inziens raken daardoor de discussies over deze deelproblemen niet de kern.

De vraag, die ten grondslag ligt aan al deze uitbreidingspogingen door zowel de Hoge Raad als de wetgever, is welke ‘indirecte’ slachtoffers beschermingswaardig zijn in het licht van de doeleinden van het aansprakelijkheidsrecht. Het zou te ambitieus zijn om in deze bijdrage deze vraag te beantwoorden.<sup>7</sup> Daarom concentreer ik mij op de vraag waarom naasten in personenschadezaken uitgesloten zijn van een beroep op het onrechtmatige daadsrecht, en of dit uitgangspunt houdbaar is.<sup>8</sup>

---

4 Met derden of indirecte slachtoffers bedoel ik (in deze bijdrage) personen die ten gevolge van een ongeval van een ander schade lijden. Men kan hierbij denken aan familieleden, vrienden, werkgevers, maten in een maatschap en private en publiekrechtelijke verzekeraars. Ik ga dus uit van een feitelijke opvatting van het begrip ‘derden’. De discussie over de feitelijke of normatieve opvatting van het begrip ‘derden’ laat ik, voor nu, buiten beschouwing. In deze bijdrage besteed ik uitsluitend aandacht aan de positie van naasten (dus: familieleden en vrienden) in het aansprakelijkheidsrecht. Met derdenschade bedoel ik de schade die derden (in de zin van deze bijdrage) lijden.

5 Naast de regeling in het schadevergoedingsrecht hebben (sommige) sociale verzekeraars een bij (specifieke) wet toegekend regresrecht. Verder heeft de particuliere verzekeraar een vorderingsrecht krachtens subrogatie (art. 7:962 BW).

6 HR 12 december 1986, *NJ* 1987, 958, m.nt. CJHB (*Rockwool/Poly*); Zie Hof Amsterdam, te kennen uit HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734, m.nt. ARB (*Baby Joost*). Zie echter paragraaf 4.2.

7 Deze vraag staat centraal in mijn proefschrift. De onderzoeksresultaten worden naar verwachting in augustus 2010 gepubliceerd.

8 Ik heb twee redenen om de nadruk in deze bijdrage te leggen op de vergoeding van schade van naasten. Ten eerste hebben de ontwikkelingen op wetgevingsniveau vooral betrekking op de uitbreiding van de vorderingsrechten van naasten uit art. 6:107-108 BW (paragraaf

Ter beantwoording van deze vraag start ik in paragraaf 2 met een beschrijving van het huidige stelsel, waarna ik in paragraaf 3 de ontstaansgeschiedenis van de beginselen van de wettelijke constructie behandel. Vervolgens besteed ik in paragraaf 4 aandacht aan de uitzonderingen die de Hoge Raad heeft gecreëerd op het huidige stelsel, evenals aan de pogingen tot uitbreiding van de wetgever. In paragraaf 5 komen de voor- en nadelen van de uitsluiting van derden van het aansprakelijkheidsrecht aan de orde. En in paragraaf 6 doe ik een eerste suggestie voor de wijze waarop het stelsel hervormd kan worden. Ten slotte keer ik in paragraaf 7 terug naar de hoofdvraag en roep ik op tot verandering. Daarvoor keer ik terug naar de woorden van Molengraaff.

## 2. Naastenschade: geen volledige vergoeding, maar garantie

Wanneer aansprakelijkheid vaststaat, behoort de benadeelde in de situatie gebracht te worden waarin hij zou hebben verkeerd zonder het normschendend handelen. Bij vergoeding aan derden in personenschadezaken is dit anders. Het BW bepaalt namelijk specifiek welke derde wat kan vorderen (art. 6:107-108 BW). Voor naasten geldt dat zij op grond van artikel 6:107 BW de verplaatste schade van het directe slachtoffer kunnen vorderen. Men kan hierbij denken aan de kosten van de medische behandeling die door ouders ten behoeve van hun kind zijn gemaakt.<sup>9</sup> Daarnaast biedt artikel 6:108 BW bij overlijden van het slachtoffer aan een gelimiteerde groep naasten een vorderingsrecht voor de kosten van de lijkbezorging en het verlies van levensonderhoud.<sup>10</sup> Deze zelfstandige vorderingsrechten hebben drie kenmerken of consequenties.

Ten eerste hebben de voornoemde artikelen een limitatief karakter: er is bepaald welke derden welke schade kunnen vorderen. Andere derden of andersoortige kostenposten komen niet voor vergoeding in aanmerking.<sup>11</sup>

---

4.3). Ten tweede gaan de uitzonderingen die op rechtspraakniveau zijn gemaakt door de Hoge Raad op het exclusieve stelsel over schade die door naasten is geleden (paragraaf 4.2).

9 Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1280.

10 Art. 6:107a BW biedt aan de werkgever een verhaalsrecht voor het doorbetaald nettoloon bij ziekte. Momenteel ligt er een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ter uitbreiding van dit vorderingsrecht. *Kamerstukken II* 2005/06, 30034, nr. 77. Zie E.F.D. Engelhard, 'Naar een nieuw criterium voor de vergoeding van derden: het voorontwerp Inkomensschade en het wetsvoorstel Re-integratiekosten', *VR* 2008, p. 1-6. Kritisch is ook S.D. Lindenbergh, 'Tweemaal werkgeversregres: civiel plafond of niet?', *AV&S* 2006, p. 177.

11 Mon. Nieuw BW B37 (Bouman/Tilanus), p. 29. Het limitatieve karakter van de wet wordt ook wel een gesloten stelsel genoemd. Over gesloten en open stelsel zie het rechtsvergelijkende onderzoek onder redactie van M. Bona, P. Mead en S.D. Lindenbergh, *Personal injury compensation in Europe Series: Fatal accidents & secondary victims*, St Albans: xpl publishing 2005.

Het limitatieve karakter van deze bepalingen is niet vreemd wanneer men bedenkt dat de grondslag voor dit zelfstandige vorderingsrecht van de derde een afgeleide is. Het tweede kenmerk van deze regeling is namelijk dat het vorderingsrecht wordt gebaseerd op de aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste. Het is niet vereist dat er ook aansprakelijkheid bestaat tegenover de naaste.<sup>12</sup> Artikelen 6:107 en 108 BW houden dus niet alleen een beperking in (limitatief karakter), maar deze bepalingen vormen tevens een uitbreiding op het schadevergoedingsrecht.<sup>13</sup> Stel dat ‘de derde’ geen succesvolle actie uit onrechtmatige daad zou hebben op de schadeveroorzaker, dan komt hem wel een vordering uit artikel 6:107-108 BW toe. Er bestaat dus altijd een ‘garantie’<sup>14</sup> op vergoeding van de schade genoemd in deze bepalingen, ook wanneer daar vanuit het aansprakelijkheidsrecht geen zelfstandige grondslag voor bestaat.<sup>15</sup>

De keerzijde van deze medaille is dat, doordat het vorderingsrecht van derden in personenschadezaken afgeleid en limitatief is, een zelfstandig beroep op het onrechtmatige daadsrecht (los van de artikelen 6:107-108 BW) uitgesloten lijkt te zijn.<sup>16</sup> Dit wordt ook wel de exclusiviteit van artikel 6:107-108 BW genoemd en houdt een beperking in van de verhaalsmogelijkheden voor derden. Zoals reeds betoogd in de inleiding, vraag ik mij af of dit uitgangspunt terecht is.

### 3. Het Oud en Nieuw BW: beiden een exclusiviteitsregel?

Het idee dat ten grondslag ligt aan de uitsluiting van derden (en dus naasten) in personenschadezaken van het onrechtmatige daadsrecht dateert uit de tijd van de invoering van het Oud BW. De wetgever meende dat het onwenselijk was om de beoordeling van de kring van gerechtigden en de te vergoeden schadeposten bij letsel en overlijden over te laten aan de rechter. Artikel 1401 Oud BW – de voorloper van artikel 6:162 BW – liet namelijk onverlet wie mocht vorderen. Wanneer sprake was van een fout, schade en causaal verband kwam de schadelijder een

---

12 J. Spier et al, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2006, p. 284. Bij wanprestatie geldt deze regel ook, Asser-Hartkamp 4-I, nr. 474.

13 Vgl. T. Hartlief, ‘Wie heeft er recht op vergoeding van personenschade’, *TVP* 2006, p. 100.

14 Met het begrip ‘garantie’ bedoel ik niet de juridische betekenis die daaraan kan worden gegeven (zie bijvoorbeeld art. 7:6a BW). Ik doel op de zekerheid dat een vorderingsmogelijkheid bestaat.

15 In deze zin lijkt ook Drion te concluderen, J. Drion, ‘Schadevergoeding wegens het veroorzaken van eens anders dood’, in: *Preadvieszen betreffende aansprakelijkheid wegens het veroorzaken van de dood van een ander naar Belgisch en Nederlands recht* (Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1956, p. 48.

16 Spier et al 2006, p. 284; T. Hartlief, ‘Affectieschade: vergoeden of erkennen? De rol van het vermogensrecht bij het verwerken van het leed van naasten’, *NTBR* 2003, p. 73.

vorderingsrecht toe. Deze algemene regeling zou leiden tot een diversiteit van uitkomsten in individuele geschillen, omdat de gevoelens van de rechterlijke macht uiteen zouden lopen.<sup>17</sup> Besloten werd tot de invoering van artikel 1406 en 1407 Oud BW, waarin werd bepaald welk slachtoffer bij overlijden en letsel welke vergoeding kon krijgen. Met de wettelijke regeling werd dus beoogd rechtszekerheid te scheppen en willekeur te voorkomen.<sup>18</sup> De letter van de wet bepaalde dat in letselschadezaken uitsluitend het directe slachtoffer een vorderingsrecht toekwam. Wanneer het directe slachtoffer was overleden, was dit logischerwijs anders (art. 1406 Oud BW).

Het feit dat artikel 1406-1407 Oud BW een limitatieve opsomming inhield, was een argument om te concluderen dat daarmee een beroep op het algemene onrechtmatige daadsrecht uitgesloten was. Volgens de Hoge Raad was artikel 1406-1407 Oud BW een *lex specialis* ten opzichte van het algemene onrechtmatige daadsrecht (art. 1401 en 1402) en deze *lex specialis* derogeerde aan de werking van de algemene onrechtmatige daadsregeling.<sup>19</sup>

Dat in een overlijdenssituatie een naaste een zelfstandig vorderingsrecht toe moest komen, stond bij de invoering van het Nieuwe BW niet ter discussie (art. 6:108 BW). Er zou echter (ook) geen bepaling ten gunste van derden in letselschadezaken opgenomen worden. De wetgever was van mening dat de beoordeling van deze vorderingen moest overgelaten worden aan het algemene onrechtmatige daadsrecht en de werking van het relativiteitsbeginsel.<sup>20</sup> Later meende hij echter dat de onzekerheid die daarmee ontstond onwenselijk was. Het is echter onduidelijk welke onzekerheid de wetgever bedoelde.<sup>21</sup> Besloten werd in ieder geval tot de

---

17 J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen Nederlandsche Wetboeken, de beraadslagingen deswege gehouden Tweede Kamer der Staten-Generaal, V. Deel. Burgerlijk Wetboek. Art. 1269-2030*, Utrecht: Robert Natan, Akademie-Boekhandelaar 1838, p. 8588.

18 Getwijfeld kan worden of deze bepalingen inderdaad voldoende duidelijkheid brachten. J.H. Jonkers Nieboer, *De schadevergoeding bij onrechtmatig lichamelijk letsel*, Den Haag: N.V. Boekhandel Vh. Gebr. Belinfante 1935, p. 156-157.

19 Vgl. HR 28 maart 1874, W. 3577; HR 12 januari 1906, W. 8323; HR 6 december 1907, W. 8630; HR 28 februari 1908, W. 8672; HR 3 januari 1931, W. 12255, m.nt. SB, *NJ* 1931, p. 348, m.nt. EMM; HR 2 april 1936, *NJ* 1936, 752, m.nt. EMM (*Crasborn/Liverpool*); HR 27 juni 1941, *NJ* 1942, 188, m.nt. PS; HR 10 januari 1958, *VR* 1958, 16, m.nt. P; HR 15 februari 1963, *NJ* 1964, 423, m.nt. DJV, *VR* 1963, 43, m.nt. P; HR 2 november 1979, *NJ* 1980, 77, m.nt. GJS (*Vader Versluis*); HR 8 april 1983, *NJ* 1984, 717, m.nt. CJHB (*Van der Heijden/Holland*). De exclusiviteitsregel geldt ook in het nieuwe BW: HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734, m.nt. ARB (*Baby Joost*) en in indirecte bewoordingen: HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 (*Taxibus*). Recentelijk: Hof 's-Hertogenbosch 5 februari 2008, *JA* 2008, 44, m.nt. Rijnhout.

20 Parl. Gesch. Boek 6, p. 607-608.

21 Hartlief 2006, 103.

invoering van artikel 6:107 BW ter vergoeding van de verplaatste schade van het directe slachtoffer aan een derde.<sup>22</sup>

Alhoewel de wetgever dit niet expliciet zegt, lijkt uit deze ontstaansgeschiedenis van artikelen 6:107-108 BW voort te vloeien dat de exclusiviteitsregel ook voor het Nieuwe BW geldt. Het was een bewuste keuze om zowel een limitatief vorderingsrecht voor derden bij letsel als bij overlijden op te nemen. Ik wil dit uitgangspunt echter ter discussie stellen. Een letterlijke interpretatie van artikel 6:162 en 163 BW, in samenhang met artikel 6:107-108 BW, dwingt immers niet tot die conclusie. Zo is de beperking uit artikel 1407 Oud BW, dat alleen het directe slachtoffer in letselschadezaken een vorderingsrecht heeft, niet overgenomen in het nieuwe BW. De exclusiviteitsregel wordt dus 'ingelezen' in het nieuwe BW, terwijl deze voortvloeit uit de structuur van het Oud BW dat thans niet meer bestaat.

#### 4. Veranderende tijden?

##### 4.1 *Het restrictieve stelsel: onbevredigend*

Ervan uitgaande dat de exclusiviteitsregel voortvloeit uit de gedachte dat uitsluitend het directe slachtoffer een vorderingsrecht heeft voor de volle omvang van zijn schade, moet men zich mijns inziens afvragen of deze gedachte nog wel stand *kan* houden anno 2008. Het restrictieve stelsel van vergoeding van schade van naasten in personenschadezaken lijkt onbevredigend. Een illustratie daarvan zijn de uitzonderingen die de Hoge Raad daarop maakte sinds de aanvang van de 21<sup>ste</sup> eeuw (paragraaf 4.2). Daarnaast doet de wetgever sinds 2003 een poging om de beperkte verhaalsmogelijkheden uit artikel 6:107 en 108 BW uit te breiden (paragraaf 4.3). In paragraaf 4.4 concludeer ik dat de tijden inderdaad veranderd zijn.

##### 4.2 *De uitzonderingen van de Hoge Raad*

De Hoge Raad zit gevangen in het systeem van de wet.<sup>23</sup> Sinds de invoering van het nieuwe BW heeft hij echter wel twee mogelijkheden gevonden om het restrictieve stelsel enigszins op te rekken. Zo tornde de Hoge Raad aan het begrip 'verplaatste schade' en ten tweede vond hij een mogelijkheid om de volledige schade van een naaste te compenseren.

---

22 In eerste instantie werd een regeling voorgesteld met een bredere werkingssfeer, maar door de operatie Stofkam is art. 6:107 BW sterk beperkt, Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1288-1289.

23 Vranken onder HR 8 juni 2003, *NJ* 2003, 504 (*Krüter*).

Allereerst geeft de Hoge Raad in het *Johanna Kruidhof*-arrest een ruime interpretatie aan het begrip verplaatste schade.<sup>24</sup> Niet alleen concreet gemaakte kosten ten behoeve van het directe slachtoffer worden vergoed, maar ook kosteloos verlies van tijd. Voortaan vindt een abstracte schadebegroting plaats: de bespaarde kosten van de professionele hulp worden vergoed.<sup>25</sup>

Ten tweede vond de Hoge Raad in twee situaties een mogelijkheid om de exclusieve werking van artikel 6:107-108 BW te omzeilen door toch de schade van een naaste te vergoeden krachtens artikel 6:162 BW. Alvorens deze arresten te behandelen, moet opgemerkt worden dat verdriet om het letsel of overlijden van een ander (affectieschade) naar Nederlands recht niet vergoedbaar is.<sup>26</sup>

De exclusiviteitsregel wordt door de Hoge Raad in het *Oogmerk*-arrest omzeild.<sup>27</sup> De feiten zijn als volgt: een vader vermoordt zijn zoon met het vooropgezette doel zijn ex-vrouw, en tevens de moeder, immaterieel nadeel toe te brengen. Zijn poging is succesvol: de moeder lijdt als gevolg van de moord aan een depressie. De Hoge Raad overweegt dat artikel 6:106 lid 1 onder a BW een grondslag biedt voor de vergoeding van de schade van de moeder. Het oogmerk om derden schade toe te brengen door het – fysiek? – kwetsen van anderen is voldoende om (vanuit normatief oogpunt) als direct slachtoffer te gelden.

De norm neergelegd in artikel 6:106 lid 1 onder a BW vormt dus de grondslag voor een claim van (feitelijk) derden krachtens artikel 6:162 BW, waardoor een uitzondering wordt gemaakt op het exclusieve stelsel van vergoeding van derden-

---

24 HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, m.nt. ARB.

25 Zie Bloembergen onder het *Johanna Kruidhof*-arrest. (*NJ* 1999, 564, nr. 3). De naaste moet dan wel voorzien in de *noodzakelijke* verpleging en verzorging. Later overweegt de Hoge Raad in het *Krüter*-arrest dat kosteloos verlies van tijd uitsluitend wordt vergoed wanneer het *normaal en gebruikelijk* is om een professional in te schakelen. HR 8 juni 2003, *NJ* 2003, 504, m.nt. JBMV (*Krüter*), r.o. 3.4. Er bestaat veel kritiek op de maatstaf uit het *Krüter*-arrest. Vranken betoogt onder het arrest dat het vereiste van normale en gebruikelijke professionele zorg irreëel is. Zie ook: Commentaar Lavrijssen bij HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 504, *AV&S* 2004, p. 123; Commentaar Engelhard bij HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 504, *NTBR* 2004, p. 49; T. Hartlief, 'Keuzevrijheid in het personenschaderecht', *NJB* 2004, p. 1835; S.D. Lindenbergh, 'Verzorging en vergoeding, zichtbare schade op een lastig kruisvlak', *TVP* 2006, p. 107.

26 Parl. Gesch. Boek 6, p. 388-389.

27 HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216, m.nt. JBMV.

schade.<sup>28</sup> Bovendien wordt met deze uitspraak ook feitelijk een mogelijkheid gecreëerd voor de vergoeding van verdriet om naasten (affectieschade).<sup>29</sup>

De tweede uitzondering op het exclusieve stelsel wordt gemaakt in het *Taxibus*-arrest (shockschade).<sup>30</sup> Shockschade is in theorie geen schade die volgt uit het letsel of overlijden van een naaste (affectieschade), maar schade die een zelfstandige oorzaak heeft.<sup>31</sup> Deze oorzaak moet gevonden worden in een rechtstreekse confrontatie met het ongeval of de ernstige gevolgen daarvan. De Hoge Raad beoordeelt de vordering van de naaste niet langs de normale weg van artikel 6:162 BW, maar stelt een aantal criteria waaraan voldaan moet zijn om (ook) tot de conclusie te komen dat het gedrag onrechtmatig is jegens een ander dan de direct gekwetste. De criteria luiden als volgt:

- i) er moet sprake zijn van letsel of overlijden door de overtreding van een veiligheids- of verkeersnorm jegens het directe slachtoffer;
- ii) de benadeelde moet het ongeval hebben waargenomen of direct geconfronteerd zijn met de ernstige gevolgen;
- iii) er moet geestelijk letsel zijn ontstaan; en
- iv) dit geestelijk letsel moet een erkend psychisch ziektebeeld zijn.

---

28 In het licht van de genoegdoeningfunctie van art. 6:106 BW vindt Jansen het vreemd dat opzet 'bij de beantwoording van de onrechtmatigheidvraag, het voorportaal van de aansprakelijkheid' in beginsel buiten beschouwing wordt gelaten. De objectieve invulling van het onrechtmatigheidsbegrip staat aan de werking van artikel 6:106 lid 1 onder a BW in de weg, K.J.O. Jansen, 'Het subjectieve element van de onrechtmatigheid. Over de structuur van art. 6:162 BW', *NTBR* 2007, p. 223-224. Dit is echter niet het geval in zowel het *Oogmerk* als het *Vonk*-arrest. In het laatstgenoemde arrest wordt overwogen dat de opzet om een verzekeraar te benadelen, ook een zelfstandig onrechtmatige daad jegens hem oplevert, HR 24 januari 1930, *NJ* 1930, p. 299, m.nt. EMM (*Vonk*). In deze arresten lijkt de intentie van de dader het gedrag onrechtmatig te maken.

29 E.F.D. Engelhard, *Regres* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2003, p. 280 en 380; E.F.D. Engelhard, 'Uitleg en verdere ontwikkeling van de *Taxibus*-criteria conform recente klinische inzichten', *Vermogensrechtelijke Analyses* 2008 (nog ongepubliceerd).

30 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, m.nt. JBMV.

31 Kritisch: W. van Tilburg, 'Affectieschade, shockschade en compensatie: de visie van een psychiater' *VR* 2004, p. 7-12; A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 136-138; E.F.D. Engelhard & I.M. Engelhard, 'Schokschade', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, *Gedrag en privaatrecht*, Den Haag: BJu 2008, p. 227-244; Engelhard 2008 (*VrA* nog ongepubliceerd).



De relativiteitsproblematiek wordt met deze oplossing omzeild.<sup>32</sup> Daarnaast wordt – in theorie – geen affectieschade vergoed, omdat een direct verband wordt vereist tussen de schade van de derde en het ongeval (de rechtstreekse confrontatie).<sup>33</sup> De oorzaak van de schade is dus niet het overlijden van het directe slachtoffer, maar het ongeval. Het lijkt dus alsof – door het ontbreken van een causaal verband tussen het overlijden en de schade van de naaste – geen sprake is van een ‘6:107-108 BW situatie’ en er dus ook geen strijd met de exclusiviteitsregel is. Mijns inziens is dit een fictie, omdat zonder het ongeval er ook geen schade zou zijn geweest. Het ongeval is een letselschadezaak en dus doet zich wel een ‘6:107-108 BW situatie’ voor.<sup>34</sup>

De uitzondering uit het *Taxibus*-arrest wordt momenteel in de lagere rechtspraak op de proef gesteld.<sup>35</sup> Betoogd wordt dat minder strenge eisen gesteld mogen worden aan de rechtstreeksheid van de confrontatie met het ongeval, of de ernstige gevolgen daarvan, wanneer de normschending ernstiger is. Lindenbergh stelt dat de Hoge Raad shockschade ‘in het algemeen’ uitsluitend vergoedbaar acht bij een confrontatie met de gevolgen van het ongeval. Wanneer geen sprake is van enige vorm van confrontatie wordt de schade ‘in het algemeen niet, maar soms – kennelijk – wel’ vergoed.<sup>36</sup> Volgens deze auteur kan buiten de gevallen die de Hoge Raad als ‘in het algemeen’ kwalificeert, aansluiting worden gezocht bij de aard van de normschending. Het is daardoor volgens Lindenbergh denkbaar dat het confrontatie-vereiste in direct verband staat met de ernst van de normschending; des te ernstiger de normschending, des te minder eisen aan de rechtstreeksheid van de confrontatie gesteld zouden mogen worden.

Engelhard stelt voorop dat het vereiste van een ‘directe’ confrontatie weinig ruimte biedt voor vergoeding van slachtoffers die (de nasleep van) het ongeval niet

---

32 Uitgebreid over de relativiteitsproblematiek: A-G Strikwerda in zijn conclusie voor HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 (*Taxibus*), nr. 17.

33 Door dit rechtstreekse verband tussen het ongeval en de geconfronteerde is het shockschadeslachtoffer een (vanuit normatief oogpunt) primair slachtoffer, echter vanuit feitelijk oogpunt is het nog steeds een secundair benadeelde: zonder het ongeval van een ander zou het geen schade hebben gehad.

34 Anders is dit wanneer het letsel van de direct gekwetste louter een toevallige causale schakel is. Bouman & Tilanus- van Wassenaer geven hierbij als voorbeeld dat A een aanrijding heeft met B, waarbij B letsel oploopt ten gevolge waarvan hij de macht over zijn stuur verliest. B heeft vervolgens een aanrijding met C en C lijdt zaakschade. Het letsel van B mag in deze situatie geen obstakel zijn voor de vorderingsmogelijkheden van C, Mon. NBW B37 (Bouman/Tilanus), p. 31. Deze situatie doet zich echter niet voor in het *Oogmerk-* en *Taxibus*-arrest.

35 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 5 februari 2008, *JA* 2008, 44, m.nt. Rijnhout; Rb. Arnhem 16 april 2008, *JA* 2008, 76, m.nt. Rijnhout; Rb. Arnhem 21 mei 2008, LJN BD2057.

36 S.D. Lindenbergh, ‘Psychische schade door schrik’, *Trema* 2002, p. 338.

hebben gezien. Zij pleit echter voor een ‘minder categorische’ benadering: het recht op schadevergoeding van slachtoffers moet niet reeds uitgesloten zijn op de enkele grond dat ze het misdrijf of de nasleep niet hebben *gezien*. De aard van de norm moet voorop staan. ‘Die benadering heeft zowel vanuit het oogpunt van gedragsregulering (en rechtshandhaving) en het geschonden rechtsgevoel goede kaarten, en strookt zelfs met de benadering vanuit recent klinisch perspectief.’<sup>37</sup>

Ik wil mij in zoverre aansluiten bij de mening van Engelhard dat het confrontatie-vereiste geen ruimte biedt om bij ernstige normschendingen de eisen aan de rechtstreekse confrontatie te verminderen. Tenminste niet als we uitgaan van de exclusieve werking van artikel 6:107-108 BW. Juist de confrontatie-eis maakt dat er een verband bestaat tussen het ongeval en de – feitelijk – derde, waardoor er – althans in theorie – geen sprake is van een ‘6:107-108 BW situatie’.<sup>38</sup>

Net als Engelhard wil ik de discussie over de confrontatie-eis en de invloed van opzet op deze eis achter mij laten. De fundamentele vraag die moet worden beantwoord, is immers wie beschermd dient te worden door het aansprakelijkheidsrecht in personenschadezaken. De belangen van de naasten in het *Taxibus*- en het *Oogmerk*-arrest willen wij klaarblijkelijk beschermen onder het regime van artikel 6:162 BW. De uitkomsten in deze arresten zijn daarom mijns inziens niet onjuist.<sup>39</sup> Beiden geven echter slechts een eerste inzicht in wie wel en wie niet beschermingswaardig is. Ik verwacht daarom ook niet dat met deze arresten een einde is gekomen aan de discussie hierover.

#### 4.3 De wetgever: uitbreiding artikel 6:107 en 108 BW

Ook de wetgever rekt sinds 2003 het beperkte stelsel van artikel 6:107-108 BW op. Allereerst introduceerde hij een wetsvoorstel dat het mogelijk moet maken affectieschade te vergoeden. Daarnaast is er nog een wetsvoorstel op handen voor de vergoeding van inkomensderving van naasten.

Allereerst beoogt het Wetsvoorstel affectieschade de werking van artikel 6:107 en 108 BW uit te breiden door een gelimiteerde groep naasten een standaardbedrag

---

37 Engelhard 2008 (*VrA* nog ongepubliceerd). Engelhard & Engelhard 2008, p. 227-244.

38 Dogmatisch gezien klopt deze redenering, maar zoals ik al betoogde, is de constructie uit het *Taxibus*-arrest niet meer dan een fictie.

39 Afgezien van het feit dat in deze arresten in strijd zijn met de exclusiviteitsregel. Ik ben geen voorstander van dit beginsel (zie paragraaf 6), waardoor ik logischerwijs weinig problemen ermee heb dat in deze arresten wordt gedaan alsof geen sprake is van een ‘art. 6:107-108 BW situatie’.

toe te kennen bij overlijden of letsel van het directe slachtoffer.<sup>40</sup> Deze ‘vergoeding’ beoogt erkenning en genoegdoening te bieden aan degenen die deel uitmaken van de directe omgeving van de gekwetste. Compensatie van het leed dat naasten is aangedaan, is hooguit op de achtergrond een motief voor de vergoeding. Het leed is namelijk, volgens de wetgever, slechts op gebrekkige wijze door schadevergoeding weg te nemen.<sup>41</sup> Het wetsvoorstel is na kritische vragen over de behoefte van slachtoffers aan erkenning door geld vooralsnog niet geaccepteerd door de Eerste Kamer.<sup>42</sup>

Tijdens de parlementaire behandeling van het Wetsvoorstel affectieschade is het idee ontstaan om tevens een wetsvoorstel te ontwikkelen betreffende de vergoeding van inkomensderving van naasten door verpleging en verzorging van het directe slachtoffer. Dit zou de tweede uitzondering zijn op het beperkte wettelijke stelsel, omdat de vergoeding van materiële schade van derden bij letsel niet langer beperkt is tot vergoeding van de verplaatste schade van het directe slachtoffer, maar uitbreidt tot de eigen materiële schade van de naaste. De achterliggende gedachte is dat verpleegtaken van naasten respect en eerbiediging verdienen. Voorts leidt de keuze om zelf te gaan zorgen, tot verbetering van de levenskwaliteit bij het primaire slachtoffer. Ten slotte past dit binnen ‘het beleid dat erop gericht is om mensen zoveel mogelijk in hun eigen omgeving te laten ondersteunen, alsmede binnen het beleid (...) om mensen eigen verantwoordelijkheid te laten nemen’, aldus de

---

40 *Kamerstukken II 2002/03 28781*, nr. 3. Aanleiding voor het wetsvoorstel was de uitkomst in het *Baby Joost*-arrest, HR 8 september 2000, *NJ 2000*, 734, m.nt. ARB. Voor de discussie over de inhoud van het Wetsvoorstel affectieschade verwijs ik naar S.D. Lindenbergh, ‘Wetsvoorstel affectieschade kan veel simpeler’, *NJB 2005*, p. 841-843, met reactie N. Frenk en naschrift S.D. Lindenbergh, *NJB 2005*, p. 1295-1296; T. Hartlief, ‘Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?’, *NJB 2005*, p. 833-834; G. Suurmond & B.C.J. van Velthoven, ‘Vergoeding van affectieschade. Te weinig met het oog op de daders en te veel met het oog op de slachtoffers’, *NJB 2005*, p. 1934-1936; Verheij 2005, p. 205-211; E.M. van Orschouw, ‘Wetsvoorstel affectieschade: algemene erkenning of individuele veronachtzaming van het leed van nabestaande?’, *AV&S 2004*, p. 108-112; C. van Schoubroeck, ‘Affectieschade en shockschade: Belgische reglementering en praktijk’, *VR 2004*, p. 102-107; C.J.J.M. Stolker & R.P.J.L. Tjittes, ‘Smartegeld of erkenningsgeld’, *Themis 2003*, p. 308; T. Hartlief, ‘Affectieschade: vergoeden of erkennen?’, *NTBR 2003*, p. 79-82; C.C. van Dam, ‘Smartengeld voor affectieschade en shockschade’, in: *Smartengeldgids 2003*, p. 8; Vranken 2001, p. 835-840; S.D. Lindenbergh, ‘Schade van derden door verwonding of overlijden van een naaste’, *TPR 2002*, p. 1421-1473; A.J. Verheij, ‘Contouren wetsvoorstel vergoeding affectieschade’, *NJB 2001*, p. 1562-1569.

41 *Kamerstukken II 2002/03 28781*, nr. 3, p. 1-2.

42 *Handelingen I 2006/07*, 28781, 38-1853. Momenteel is de wetgever in afwachting van de uitkomsten van het – voortgezette – WODC onderzoek naar de behoeften van slachtoffers. *Kamerstukken II 2006/07 28781*, nr. 13 (herdruk). Vgl. Van Wees K.A.P.C. van Wees, ‘Het wetsvoorstel affectieschade in de ijskast’, *TVP 2006*, p. 124.

wetgever.<sup>43</sup> Wel benadrukt de minister dat terughoudendheid betracht moet worden bij de toekenning van schadevergoeding aan derden, gezien ‘het gevaar’ van ‘onvoorzien aansprakelijkheden voor in potentie omvangrijke claims.’<sup>44</sup>

Beide wetsvoorstellen zijn op twee manieren opvallend. Allereerst breiden zij de werking van artikel 6:107 en 108 BW uit. Ondanks dat geen aansprakelijkheid hoeft te bestaan (afgeleid vorderingsrecht) tegenover de naaste, komt hem wel een uitkering toe voor zijn eigen schade. Deze vergoeding dient ter erkenning van zijn verdriet en positie in het herstelproces van de direct gekwetste. Een zelfstandig beroep op het onrechtmatige daadsrecht lijkt echter nog steeds uitgesloten te zijn.<sup>45</sup> Ten tweede is opvallend dat deze uitbreiding gefragmentariseerd plaatsvindt. De wetgever breidt de wettelijke regeling uit ten gunste van bepaalde groepen derden. Het is onduidelijk waarom niet wordt nagedacht over de positie van andere derden, bijvoorbeeld van verzekeraars, maten, de uitvoerders van de Wet maatschappelijk ondersteuning, de fiscus, etc. Wat maakt dat naasten wel een garantie hebben tot vergoeding van bepaalde vormen van eigen schade en andere derden minder of niet? En waarom juist deze schade van deze naasten?<sup>46</sup>

#### 4.4 Tijden zijn veranderd

Het restrictieve stelsel wordt opgerekt. Ten eerste worden uitzonderingen gemaakt op de exclusieve werking van artikel 6:107-108 BW. Ten tweede worden pogingen gedaan om onder de noemer van erkenning deze vorderingsrechten uit te breiden. De Hoge Raad suggereert<sup>47</sup> en de doctrine roept op tot<sup>48</sup> een heroverweging van het

---

43 Kamerstukken II 2004/05, 28781, nr. 8, p. 4. De minister wijst ook op art. 8 EVRM (*family life*) en art. 1:247 BW.

44 *Kamerstukken II* 2004/05, 28781, nr. 8, p. 4. Ik besteed geen aandacht aan de inhoud van dit (nog niet gepubliceerde) wetsvoorstel. Voor meer informatie hierover verwijs ik naar het advies van de Raad voor de Rechtspraak Advies 2006, te raadplegen via <http://www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/936DB947-9026-4F5B-B9AE-2EEBE7066845/0/9718Brief%20inkomensschadenaasten.pdf>. Zie ook G.M. van Wassenae & S.V. Mewa, ‘Tweemaal slachtoffer worden door de een onjuiste afwikkeling van derdenschade, hoe kan dat worden voorkomen?’, *TVP* 2006, p. 129-133; Engelhard 2008 (*VR*), p. 1 e.v. Er wordt gewacht met de indiening van het Wetsvoorstel inkomensschade naasten totdat de resultaten van het WODC onderzoek naar de behoeften van slachtoffers bekend zijn.

45 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 7.

46 Zie hierover E.F.D. Engelhard, ‘Naar een nieuw criterium voor de vergoeding van derden: het voorontwerp Inkomensschade en het wetsvoorstel Re-integratiekosten’, *VR* 2008, p. 1-6.

47 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, m.nt. JBMV, r.o. 4.2 (*Taxibus*).

48 Hartlief 2006, p. 98-104; A.J. Verheij, ‘Onevenwichtige schadevergoedingsrecht m.b.t. de positie van derden’, *VR* 2005, p. 205-211; I. Giesen, ‘Baby Joost’, in: *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: BJu 2003, p. 15-30; C.C. van Dam, ‘Het Taxibus-arrest’, *VR*

stelsel. De centrale vraag daarbij is wie moet – naast het directe slachtoffer – wel worden beschermd en wie niet?<sup>49</sup>

### 5. Voor- en nadelen van de exclusiviteit

Dat de letter van de wet niet dwingt tot de aanname van de exclusiviteitsregel en er daarnaast pogingen worden gedaan om het systeem om te rekken, betekent nog niet dat de exclusiviteit van artikel 6:107-108 BW daarmee daadwerkelijk moet verdwijnen. Zowel de voor- als nadelen van deze regel komen in het onderstaande aan de orde.

Het eerste nadeel is de angst voor onbegrensde vergoedingsplichten.<sup>50</sup> Dit zou leiden tot verzwaarde aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker, ook wel een lawine van aanspraken genoemd.<sup>51</sup> Met deze uitbreiding zou ook de verzekeraarbaarheid van het aansprakelijkheidsrecht in het geding komen. Ten derde zou de rechter te zwaar belast worden. Niet alleen het aantal rechtzaken zou stijgen, maar de vragen over schadefactoren en causaliteit zouden ook lastig(er) zijn.<sup>52</sup> Door een stelsel waarbij de wet bepaalt wie wat mag vorderen, wordt volgens sommigen rechtszekerheid gecreëerd.<sup>53</sup> Ten slotte is ook wel het bezwaar opgeworpen dat monetaire vergoeding niet tot herstel bij het slachtoffer kan leiden en dat dit leidt tot een commercialisering van verdriet.<sup>54</sup> Dit zou een argument zijn om terughoudend te zijn bij de vergoeding van zogenaamde affectieschade.

Ondanks dat het huidige systeem als voordeel heeft dat het aantal claims en de hoogte daarvan enigszins gecontroleerd kunnen worden, lijkt het mij onwaarschijn-

---

2002, p. 205-209; J.B.M. Vranken, 'Contractuele breekijzers of de koninklijke weg', *WPNR* 2001, p. 835-840; C.C. van Dam, 'De ouders van Joost', *VR* 2001, p. 1-8; W.H. van Boom, 'Troostgeld voor naasten? Een ruimere blik is noodzakelijk', *AV&S* 2001, p. 95-98.

49 Zijn de uitzonderingen zoals gemaakt door de Hoge Raad dan incorrect? Mijns inziens niet, en dat alleen al omdat de Hoge Raad tenminste iets probeert. Dit geldt ook voor het wetsvoorstel Affectieschade en Inkomensderving naasten. Ondanks dat kritiek mogelijk is, wordt wel geluisterd naar de (ontevreden) geluiden over het wettelijke stelsel.

50 A-G Langemeijer voor HR 10 januari 1958, *NJ* 1958, 79. Vgl. H. Mulderije, 'Behoeft de wettelijke regeling van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid wegens het veroorzaken van dood of lichamelijk letsel, wijziging?', (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 1940-II), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1940, p. 150; Drion, 1956, p. 48-49; A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, p. 246, 297 en 305.

51 Bloembergen 1965, p. 245; *Kamerstukken II* 2002/03, 28781, nr. 3, p. 7.

52 Mulderije 1940, p. 150.

53 Drion 1956, p. 48.

54 Parl. Gesch. Boek 6, p. 389.

lijk dat een niet exclusief stelsel leidt tot een stortvloed aan vorderingen. Er moet namelijk sprake zijn van een onrechtmatige daad (de schending van een specifieke zorgplicht) jegens de derde, en dat is, zoals betoogd, niet ondenkbaar, maar zal zich in weinig situaties voordoen.<sup>55</sup>

Het tweede argument dat de wetgever aandraagt tegen de invoering van een niet exclusief systeem is de (gevreesde) onverzekerbaarheid van het aansprakelijkheidsrecht.<sup>56</sup> Onverzekerbaarheid is onwenselijk, omdat het bestaan van verzekeringsmogelijkheden ervoor zorgt dat het aansprakelijkheidsrecht werkt. Volgens Hartlief en Faure wordt de onverzekerbaarheid echter pas een probleem als het aansprakelijkheidsrecht zich zo grillig ontwikkelt dat risico-inschatting onmogelijk wordt.<sup>57</sup>

De afschaffing van de exclusiviteit van artikel 6:107-108 BW leidt tot nieuwe aansprakelijkheidsvragen en wellicht ook tot nieuwe aansprakelijkheden (de introductie van zorgplichten), maar dit betekent mijns inziens niet dat dit automatisch ook leidt tot onmogelijke premiecalculatie. Het is allereerst onduidelijk of het assortiment aan zorgvuldigheidsnormen daadwerkelijk zal uitbreiden. En als dit al het geval is, is het onduidelijk of de aanname van een schending van een zorgvuldigheidsnorm jegens een derde de regel of de uitzondering zal zijn.<sup>58</sup> En ten slotte

---

55 Zie bijvoorbeeld F.J. de Jong, 'Behoeft de wettelijke regeling van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid wegens het veroorzaken van dood of lichamelijk letsel, wijziging?', (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1940-II), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1940, p. 30. Het open systeem in België heeft ook niet gezorgd voor een stortvloed aan vorderingen, Van Schoubroeck 2004, p. 102-107. Algemener kan ook gewezen worden op R.J.J. Eshuis, *Claims bij de rechtbank*, Meppel: BJu 2003, p. 58-59. Zie ook A.T. Bolt & J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1996-I), Zwolle: Tjeenk Willink 1996. In welke situaties wel en in welke niet tot aansprakelijkheid jegens een derde kan worden geconcludeerd, is onduidelijk, omdat onderzoek daarnaar ontbreekt. Het proefschriftonderzoek dat ik momenteel verricht gaat in op deze vraag. De onderzoeksresultaten worden naar verwachting in september 2010 gepubliceerd.

56 *Kamerstukken II* 2002/03, 28781, nr. 3, p. 8.

57 M. Faure & T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer: Kluwer 2002, p. 144.

58 Wanneer men een vergelijking maakt met vergoeding van de schade van derden in gas- en leidingschadezaken lijkt het alsof de Hoge Raad geneigd is om 'snel' tot een succesvolle vordering krachtens artikel 6:162 BW te concluderen. HR 14 maart 1958, *NJ* 1961, 570, m.nt. GJS; *AA* 1958/59, p. 72 e.v., m.nt. JHB (*Stroomafnemer*); HR 1 juli 1977, *NJ* 1978, 84 (*Van Hees/Esbeek*); HR 2 oktober 1998, *NJ* 1998, 831 (*Nacap/Shellfish*). Echter, wanneer men de jurisprudentie inzake afgeleide schade van aandeelhouders bestudeert, wordt al snel duidelijk dat vergoeding van deze derdenschade uitzonderlijk is. Tot een daadwerkelijke vaststelling van de schending van een specifieke zorgvuldigheidsplicht jegens de aandeelhouder is het namelijk nog niet gekomen. Zie HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288, m.nt. Ma (*Poot/ABP*); HR 29 november 1996, *NJ* 1997, 178 (*Cri Cri*); HR 12 december 1997, *NJ*

is nog maar de vraag óf deze uitbreiding wel tot problemen met betrekking tot de verzekeraar zal leiden.

Ten derde wordt ook wel betoogd dat de rechterlijke macht te zwaar belast wordt in een niet exclusief stelsel.<sup>59</sup> Allereerst verwacht ik niet dat er een enorme toename van het aantal vorderingen zal zijn, omdat, zoals betoogd, een onrechtmatige daadsactie uitsluitend toekomt aan degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld (onrechtmatigheids- en relativiteitsvraag). De advocaat zal in zijn advies aan de naaste hiermee rekening moeten houden. Wanneer toch besloten wordt tot procederen, sluit ik niet uit dat dit gebeurt in een proefproces, zodat de stortvloed aan vordering uit zal blijven.

Voor wat betreft de moeilijkheidsgraad van de beoordeling wil ik benadrukken dat dit inherent is aan het gehele leerstuk van de onrechtmatige daad en het recht. Bovendien is de oordeelsvorming onder het huidige systeem ook niet eenvoudig gebleken, zoals blijkt uit het *Johanna Kruidhof*- en het *Krüter*-arrest.<sup>60</sup>

De moeilijkheidsgraad van de beslissingen in een niet-exclusief systeem en daarmee de onzekerheid die bestaat over de uitkomst van deze beoordeling, lijkt een rode draad te zijn in de argumenten tegen dit systeem. De onzekerheid over de richting waarin het aansprakelijkheidsrecht zich gaat ontwikkelen, is hier mijns inziens vooral een teken van onwetendheid over de mogelijkheden tot het creëren van specifieke zorgplichten. De doctrine kan deze onwetendheid (deels) wegnemen door studie daarnaar te verrichten.

De wens om commercialisering van verdriet tegen te gaan, is een vierde, maar mijns inziens achterhaald argument. Daarvoor sluit ik mij ten eerste aan bij Engelhard: ‘(...) commercialisering van leed vindt in feite plaats bij elke kwantificering van schade. Dat het in de onderhavige gevallen meer specifiek gaat om het leed van anderen, overtuigt me in het licht van het wetsvoorstel Affectieschade evenmin.’<sup>61</sup> Daaraan kunnen de uitkomsten in het *Taxibus*- en *Oogmerk*-arrest worden

---

1998, 348, m.nt. Ma (*Ventaz/FNV*); HR 14 juni 2000, NJ 2001, 685, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Van de Mosselaar en Lagero Europe*); HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 699, m.nt. Ma (*Heino/Krause*); HR 15 juni 2001, NJ 2001, 573, m.nt. Ma (*Chipsol*); HR 16 februari 2007, NJ 2007, 256, m.nt. Ma (*Tuinbeheer*); HR 2 november 2007, NJ 2008, 5, m.nt. JMMM (Maeijer) (*Kessock & Kessock-Leenders/SFT Bank*). In andere zin: HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662, m.nt. Ma (*Kip/Rabobank*).

59 *Kamerstukken II* 2002/03, 28781, nr. 3, p. 7.

60 Begrenzingvraagstukken zullen zich ook voor gaan doen bij de interpretatie van de hardheidsclausule in het Wetsvoorstel affectieschade.

61 Engelhard 2008 (*VrA* nog ongepubliceerd).

toegevoegd. Wat maakt dat immaterieel nadeel soms wel vergoed mag worden en soms niet, onder de noemer van ‘commercialisering van verdriet’?

Doorslaggevend voor het opheffen van de exclusiviteit van het systeem is mijns inziens dat de aansprakelijkheidsvraag altijd het *startpunt moet kunnen zijn* voor het wel of niet toekennen van vergoeding. Het komt mij vreemd voor dat aan de bovenstaande argumenten zoveel waarde wordt gehecht dat één groep slachtoffers uitgesloten wordt van het aansprakelijkheidsrecht. Deze uitsluiting komt mij bovendien nogal willekeurig voor, omdat derden in andersoortige zaken dan personenschadezaken wél een vorderingsrecht krachtens artikel 6:162 BW hebben. Wat rechtvaardigt dit onderscheid? Mag dit onderscheid wel gemaakt worden krachtens het gelijkheidsbeginsel?<sup>62</sup> De op handen zijnde wettelijke hervorming van artikel 6:107-108 BW wordt ingegeven door de erkenninggedachte. Erkenning van naasten houdt echter ook in dat hun zelfstandige positie in personenschadezaken wordt erkend.

## 6. Hoe dan wel? Een eerste poging

De hervorming van het beperkte stelsel van 6:107-108 BW kan volgens Hartlief plaatsvinden op twee manieren, te weten ofwel door de uitbreiding van artikel 6:107-108 BW, ofwel door de beperkte kring van gerechtigden af te schaffen en de ‘begrenzingvraag over te laten aan de algemene leerstukken der relativiteit en causaliteit’.<sup>63</sup>

Gezien het bovenstaande, ben ik van mening dat er geen onoverkomelijke bezwaren zijn tegen het volledig ‘open gooien’ van het systeem. Met andere woorden, het opheffen van de exclusiviteit. Ik twijfel echter of daarmee de artikelen 6:107-108 BW onnodig worden. In het bovenstaande stelde ik al dat deze artikelen niet alleen een beperking in zich dragen, maar ook een vorm van garantie. Zonder de garantie uit deze artikelen<sup>64</sup> kan ik mij voorstellen dat sommige derden minder goed af zijn dan onder het huidige recht. Er moet dan immers jegens de derde een onrechtmatige daad zijn gepleegd en dat zal niet altijd het geval zijn. Ik neig er daarom naar om deze regeling te behouden. Ik kan mij dan wel voorstellen

---

62 A.J. Verheij, ‘Vergoeding van affectieschade’, *NTBR* 1998, 330-331. Meer in het algemeen kan ook aansluiting gezocht worden bij het betoog van Hartlief. Deze auteur stelt zich de vraag of een eventuele toename van de claimcultuur onwenselijk is, Hartlief 2005, p. 830-834. Samen met Faure zegt hij dat de ‘[t]oename van het aantal claims (...) immers op zichzelf namelijk niets [zegt] over het al dan niet wenselijk zijn van claims.’ Faure & Hartlief 2002, p. 126. Bovendien werkt de overheid zelf, volgens deze auteurs, de stimulering van een claimcultuur in de hand door de afkalving van de sociale zekerheid (p. 134).

63 Hartlief 2006, p. 103.

64 En dus met de afschaffing daarvan.



dat een naaste zowel een beroep kan doen op het algemene onrechtmatige daadsrecht, als een afgeleid vorderingsrecht heeft krachtens artikel 6:107 of 108 BW. Dubbele vergoeding kan echter niet plaatsvinden. De rechter moet hiermee bij de begroting van de (feitelijk) ‘derdenschade’ uiteraard rekening mee houden.

### **7. Terug naar het gedachtegoed van Molengraaff: de rechter aan zet!**

De uiteindelijke beantwoording van de vraag naar de beschermwaardigheid van derden in personenschadezaken vereist dat de exclusiviteit van artikel 6:107-108 BW opgeheven wordt. Anders komen we niet toe aan de beoordeling van deze vraag. De letter van de wet dwingt ons niet tot een aanname van deze ‘regel’. En de Hoge Raad houdt zich er ook niet strikt aan in het *Taxibus*- en *Oogmerk*-arrest. Rechtsonzekerheid over de werking van een niet exclusief systeem lijkt het voorname bezwaar om terughoudend te zijn derden een eigen actie krachtens het algemene onrechtmatige daadsrecht toe te kennen.<sup>65</sup> Dit argument komt mij echter niet overtuigend voor zonder verdere studie daarnaar. Voorts is het sleutelwoord bij hervorming ‘vertrouwen.’ Vertrouwen in zowel de vestigings- als beperking-mechanismen van het aansprakelijkheidsrecht, als in de rechter die deze mechanismen interpreteert, toepast en vormt. In de woorden van Molengraaff:

‘Ongetwijfeld wordt bij onze opvatting zeer veel overgelaten aan de subjectieve mening, aan de appreciatie van den rechter, maar juist daarin zien wij niet het minste bezwaar. Integendeel het behoort o. e. het meest eigenaardig tot de taak van den rechter, om daar te beslissen waar alles afhangt van de appreciatie der omstandigheden; juist daar is de rechter het nuttigst werkzaam en ook het meest onmisbaar, waar wij de onpartijdige uitspraak van vroede mannen noodig hebben; willen of kunnen wij die uitspraak niet aan hem overlaten, vertrouwen wij die niet aan hem toe, wij deden waarlijk het beste door onze rechters af te schaffen.’<sup>66</sup>

En als we dan toch terug zijn bij de woorden van Molengraaff: het komt mij voor als bittere ironie dat naasten geen beroep kunnen doen op artikel 6:162 BW. Weg met de exclusiviteit! Verwelkom een nieuw *Lindenbaum/Cohen*!

---

65 *Kamerstukken II* 2002/03, 28781, nr. 3, p. 7. Het antwoord op de vraag hoe een niet exclusief systeem werkt, is (nog) niet te geven. Inspiratie kan gevonden worden in zaken waarin derden zaakschade of zuivere vermogensschade lijden. Het is echter gevaarlijk om deze casuïstiek één op één te kopiëren naar de vergoeding van derden in personenschadezaken, omdat andersoortige normen bepalen wie en wat wordt beschermd.

66 Molengraaff 1887, p. 393. De vraag of de rechterlijke macht (in plaats van de wetgever) het recht op deze manier mag vormen, wordt in dit betoog buiten beschouwing gelaten.



## **GOEDEREN- EN FAILLISEMENTSRECHT**



# Het (nog immer) negatieve stelsel van openbare registers en de daarbij behorende derdenbescherming

A.M. Steegmans\*

## 1. Inleiding

In 1903 verscheen het proefschrift van Thiel, genaamd ‘De goede trouw van derden en hare bescherming tegenover de handelingen van partijen’.<sup>1</sup> De reden dat deze bijdrage in een bundel over het werk van Molengraaff begint met het werk van de heel wat minder bekende Thiel is dat in Rechtsgeleerd Magazijn 1905 een uitgebreide boekbespreking van Molengraaff over het proefschrift van Thiel te lezen was.<sup>2</sup> Molengraaff vond dat het werk van Thiel bijzondere belangstelling verdiende, omdat aan de leidende beginselen van het burgerlijk recht over het algemeen weinig aandacht werd geschonken.<sup>3</sup>

In het tweede hoofdstuk van zijn dissertatie geeft Thiel aan waarom er volgens hem meer bescherming moet worden toegekend aan verkrijgers onder bijzondere titel van een recht op een registergoed. Molengraaff reageerde als volgt op dit hoofdstuk:

‘De door Schr. ontwikkelde denkbeelden zijn van grooten invloed op de beteekenis, die aan de openbare registers voor de zekerheid van eigendom en zakelijke rechten moet worden toegekend. Zijn ze juist te achten, dan hebben de openbare registers niet enkel een *negatieve*, maar tevens een zeer gewichtige *positieve* beteekenis, en wel deze, dat derden bij de door inschrijving in die registers openbaar gemaakte overeenkomsten deze mogen nemen, zooals zij er staan.’<sup>4</sup>

Deze opmerking van Molengraaff neem ik als uitgangspunt voor deze bijdrage. Aan de hand hiervan zal ik uiteen zetten dat de denkbeelden van Thiel in grote

---

\* Mw.Mr. A.M. Steegmans is als junior universitair docent notarieel recht verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

1 J.H. Thiel, *De goede trouw van derden en hare bescherming tegenover handelingen van partijen*, Amsterdam: Scheltema en Holkema's Boekhandel 1903.

2 W.L.P.A. Molengraaff, Boekbespreking J.H. Thiel, *De Goede trouw van derden en hare bescherming tegenover de handelingen van partijen*, Amsterdam 1903, *R.M.* 1905, p. 595-606, in: M.W. ter Horst et al (ed.), *Molengraaffbundel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 236 ev.

3 *Molengraaff bundel* 1978, p. 236.

4 *Molengraaff bundel* 1978, p. 242.

lijnen inderdaad juist zijn gebleken. Belangrijker echter is het antwoord op de vraag of de conclusie die Molengraaff aan de juistheid van deze denkbeelden verbond terecht is geweest.

Om dit vast te stellen, zal ik allereerst de relevante onderdelen uit het proefschrift van Thiel kort bespreken alsmede een aantal opmerkingen van Molengraaff naar aanleiding van het proefschrift. Vervolgens zal globaal worden bekeken welke ontwikkelingen in de jurisprudentie en de literatuur tot aan de inwerkingtreding van het huidige Burgerlijk Wetboek in 1992 hebben plaatsgevonden met betrekking tot de derdenbescherming van verkrijgers van een recht op een registergoed. Uitgebreider zal worden stilgestaan bij de inhoud van de toepasselijke derdenbeschermingsbepalingen die in 1992 in de wet zijn opgenomen. Tot slot zal ik aandacht besteden aan de ontwikkelingen die zich na de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek hebben voorgedaan ten aanzien van de bescherming van verkrijgers van een recht op een registergoed.

## 2. Het proefschrift van Thiel

De centrale vraag in Thiels proefschrift is ‘of en in hoeverre de vertrouwensleer ons burgerlijk recht beheerscht’.<sup>5</sup> Thiel bespreekt allereerst waar in de Nederlandse wet de goede trouw<sup>6</sup> beschermd wordt en wat de reikwijdte van deze bescherming is.<sup>7</sup> Hij besteedt vooral aandacht aan artikel 1910 (Oud) BW. De inhoud van artikel 1910 (Oud) BW luidde:

‘Nadere overeenkomsten, aangegaan bij eene afzonderlijke akte, in strijd met de oorspronkelijke, leveren alleen bewijs op tusschen de partijen, die tot zoodanige akte zijn toegetreden, en hunne erfgenamen of regthebbenden, doch zij kunnen niet tegen derden werken.’

Artikel 1910 (Oud) BW is afgeleid uit artikel 1321 CC.<sup>8</sup> Bij de invoering van het Wetboek van 1830 werd artikel 1321 CC nagenoeg letterlijk vertaald en opgenomen in artikel 1890 van het toenmalige Wetboek. Dit artikel 1890 werd bij de overgang naar het Burgerlijk Wetboek in 1938 verplaatst en kwam hernummerd

---

5 Thiel 1903, p 10.

6 Thiel maakt een verschil tussen passieve en actieve goede trouw en geeft na dit onderscheid aan dat zijn proefschrift draait om de passieve goede trouw. De passieve goede trouw is van toepassing indien er een rechtshandeling wordt verricht die ‘onder den invloed en op den grondslag eener verkeershandeling van een ander is verricht’. J.H. Thiel 1903, p. 7.

7 Thiel 1903, p. 13-25.

8 Thiel 1903, p. 28.

terug als artikel 1910 (Oud) BW.<sup>9</sup> Aan het oorspronkelijke artikel 1890 werd toegevoegd dat nadere overeenkomsten in strijd met een oorspronkelijke akte (ook wel contre-lettres genoemd) ook tussen 'regthebbenden' van partijen golden. Thiel geeft aan dat het niet de bedoeling van de wetgever was geweest om de reikwijdte van artikel 1910 (Oud) BW te beperken in die zin dat onder 'derden' niet meer de verkrijgers onder bijzondere titel zouden vallen.<sup>10</sup> Volgens Thiel wilde de wetgever slechts een verduidelijking aanbrengen. Het gevolg was echter dat er toch een wijziging had plaatsgevonden, waardoor onder 'derden' nu alleen derden in strikte zin werden bedoeld.<sup>11</sup>

In het tweede hoofdstuk komt aan de orde 'van welken invloed de in het voorgaande ontwikkelde betekenis van artikel 1910 B.W. is voor door inschrijving van openbaar gemaakte titels van aankomst en overdracht van eigendom en zakelijk rechten op onroerend goed'.<sup>12</sup>

Thiel meende dat niet alleen akten waarin opzettelijk een onjuist feit werd vermeld onder artikel 1910 (Oud) BW moesten vallen, maar ook akten waarin door de schuld van partijen of door toeval een onjuist feit werd vermeld.<sup>13</sup> Bovendien zag artikel 1910 (Oud) BW volgens Thiel niet alleen op akten waarvan de wet de publicatie uitdrukkelijk verlangt, maar ook op akten en andere stukken die door partijen geheel vrijwillig werden gepubliceerd.<sup>14</sup>

Om als verkrijger van een recht op een registergoed gebruik te kunnen maken van de bescherming van artikel 1910 (Oud) BW moest aan een aantal eisen worden voldaan. Allereerst moest de verkrijger te goeder trouw zijn.<sup>15</sup> De verkrijger was alleen te goeder trouw indien hij bij het kennismaken van de door andere partijen opgemaakte akte voldoende zorgvuldig en met voldoende kennis had gehandeld. Of er voldoende ijver was getoond, moest naar objectieve maatstaf worden beoor-

---

9 Thiel 1903, p. 29.

10 Thiel 1903, p. 100.

11 Idem. Ook Opzoomer en Levy waren deze mening toegedaan. Zie C.W. Opzoomer (bewerkt door J.A. Levy), *Het Burgerlijk Wetboek verklaard* (twaalfde deel), Den Haag: Gebr. Belinfante 1892, p. 108 en 109-110. Over het gevolg van het toevoegen van het woord 'regthebbenden' aan artikel 1910 voor het nut van het artikel was Thiel het echter niet eens met Opzoomer en Levy. Thiel zet in hoofdstuk twee van zijn proefschrift uiteen waarom volgens hem verkrijgers onder bijzondere titel ook onder 'derden' van artikel 1910 (Oud BW) kunnen J.H. Thiel 1903, p. 170-184.

12 Thiel 1903, p. 170.

13 Thiel 1903, p. 54.

14 Thiel 1903, p. 122.

15 Thiel 1903, p. 41.

deeld.<sup>16</sup> Bovendien werd de verkrijger alleen beschermd door artikel 1910 (Oud) BW als hij, als derde, een rechtshandeling had verricht die direct afhankelijk was van de meerzijdige rechtshandeling die de andere partijen in hun akte hadden opgenomen.<sup>17</sup> Dit hield bijvoorbeeld in dat de verkrijger niet werd beschermd door een vonnis dat in de openbare registers was ingeschreven.<sup>18</sup> Tenslotte moest de verkrijger die een recht op een registergoed verkreeg dit recht om baat hebben verkregen om van de bescherming van artikel 1910 (Oud) BW gebruik te kunnen maken.<sup>19</sup>

Met betrekking tot de openbare registers gaf Thiel aan dat deze een dubbel karakter hadden.<sup>20</sup> De inschrijving in de openbare registers was in de eerste plaats een ‘uiterlijk-formeele’ voorwaarde voor overdracht of vestiging van een zakelijk recht.<sup>21</sup> Of de ingeschreven persoon ook daadwerkelijk rechthebbende was van bijvoorbeeld een perceel hing af van de deugdelijkheid van de ingeschreven titel. Over deze deugdelijkheid was echter niets uit de openbare registers af te leiden. Ook bleek uit de openbare registers niets over de bevoegdheid van bijvoorbeeld een eigenaar van een perceel om zijn recht te vervreemden.<sup>22</sup> Vanuit dit oogpunt was de betekenis van de inschrijvingen zuiver negatief.<sup>23</sup> De openbare registers verklaarden alleen welke handelingen, die voor de eigendomstoestand van het goed van betekenis waren, hadden plaatsgevonden.<sup>24</sup>

Voor ingeschreven meerzijdige rechtshandelingen, zoals een transportakte, gold volgens Thiel dat de openbare registers ook een positieve betekenis hadden in die zin dat de verkrijgers van een recht op een registergoed ‘die de openbaar gemaakte overeenkomst te goeder trouw nemen tot grondslag voor eene handeling onder bezwarenden titel, daardoor een recht verkrijgen, hetwelk uit den inhoud dier overeenkomst niet meer is aan te tasten’.<sup>25</sup>

---

16 Thiel 1903, p. 80-81.

17 Thiel 1903, p. 84-85.

18 Thiel 1903, p. 170.

19 Thiel 1903, p. 252.

20 Thiel 1903, p. 254.

21 Thiel 1903, p. 252-253. Deze verplichting was voor de overdracht van eigendom opgenomen in artikel 671 (Oud) BW en voor de overdracht danwel vestiging van erfdiensbaarheden, opstal, erfpacht, grondrenten, vruchtgebruik en hypotheek in respectievelijk de artikelen 743, 760, 767, 784, 807 en 1224 (Oud) BW.

22 Thiel 1903, p. 253.

23 Thiel 1903, p. 254.

24 Thiel 1903, p. 255.

25 Thiel 1903, p. 253-254.



De bescherming van de verkrijgers van een recht op een registergoed met betrekking tot gegevens uit de openbare registers berustte enkel op het vertrouwen dat werd gewekt door de mededelingen van partijen in de ingeschreven akten. De bewaarder van de openbare registers was alleen een werktuig en controleerde deze gegevens niet.<sup>26</sup> Mede daardoor kon niet met zekerheid worden gezegd dat de gegevens in de openbare registers juist waren.

### 3. Ontwikkelingen tot de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992

Een integraal overzicht van de ontwikkelingen met betrekking tot het stelsel van de openbare registers en de derdenbescherming tussen het begin van de vorige eeuw en 1992 is uiteraard niet in een paar regels te geven. In verband met de omvang van deze bijdrage zal ik echter met enkele opmerkingen moeten volstaan. De inhoud van artikel 1910 (Oud) BW heeft tot de inwerkingtreding van het Burgerlijk Wetboek in 1992 gegolden. Het artikelnummer is echter vervallen bij wet van 3 december 1987 en de inhoud is (met een aantal tekstuele aanpassingen) bij genoemde wet verplaatst naar artikel 1376a (Oud) BW.<sup>27</sup> Na 1992 is de inhoud van artikel 1376a (Oud) BW niet meer teruggekeerd.

Als één van de belangrijkste ontwikkelingen op het gebied van de derdenbescherming kan de uitspraak van de Hoge Raad van 9 februari 1940 worden beschouwd.<sup>28</sup> De Hoge Raad besliste dat artikel 1910 (Oud) BW alle gevallen omvatte waarin partijen voorwendden een overeenkomst te zijn aangegaan en dat in een schriftelijk stuk hadden vastgelegd. Daarbij was het niet van belang of zij in werkelijkheid een andere of zelfs helemaal geen overeenkomst waren aangegaan en of zij de werkelijke overeenkomst schriftelijk hadden vastgelegd. Bovendien bepaalde de Hoge Raad dat een rechtsopvolger onder bijzondere titel kon worden aangemerkt als een derde-verkrijger die zich op artikel 1910 (Oud) BW kon beroepen.

In de literatuur en rechtspraak is onduidelijk gebleven in welke, andere dan bovenstaande gevallen, een verkrijger van een recht op een registergoed een beroep op artikel 1910 (Oud) BW kon doen. De onenigheid in de literatuur betrof onder andere de vraag of de verkrijger te goeder trouw ook een beroep kon doen op artikel 1910 (Oud) BW indien hij uit was gegaan van een overdracht die was ingeschreven in de openbare registers, maar die ongeldig bleek te zijn door een

---

26 Thiel 1903, p. 256.

27 Ik zal in deze bijdrage artikelnummer 1910 blijven gebruiken.

28 HR 9 februari 1940, *NJ* 1940/302 (Kok/Hersteld Apostolische Zendingsgemeente).

titelgebrek.<sup>29</sup> Uit een uitspraak van het Hof 's-Gravenhage uit 1976 lijkt te volgen dat de verkrijger in dat geval inderdaad een beroep op de beschermingsbepaling kon doen.<sup>30</sup>

Voor een geslaagd beroep op artikel 1910 (Oud) BW was volgens de toen heersende leer vereist dat de verkrijger die te goeder trouw handelde, door een rechtshandeling om baat een recht op een registergoed onder bijzondere titel verkreeg.<sup>31</sup> In beginsel kon de verkrijger niet als te goeder trouw worden aangemerkt zonder een daadwerkelijk onderzoek in de openbare registers.<sup>32</sup> De bescherming kon alleen worden ingeroepen tegen degene die voor de onjuiste inschrijving had zorggedragen.<sup>33</sup>

Er is weinig rechtspraak over artikel 1910 (Oud) BW verschenen. Meerdere schrijvers hebben de verklaring daarvoor gezocht bij de reches die de notaris verricht bij bijvoorbeeld het passeren van een transportakte.<sup>34</sup> Een notaris die de opdracht krijgt om een transportakte op te stellen voor bijvoorbeeld de levering van een registergoed zal een reche in de openbare registers uitvoeren. Door deze reche beschikt de notaris ten eerste over de akte waarmee de vervreemder het registergoed in eigendom heeft gekregen. Met die akte is hij onder andere in staat om de gegevens te controleren die partijen hem hebben aangedragen.<sup>35</sup> Daarnaast

---

29 Konings geeft mijns inziens overtuigend aan dat artikel 1910 (Oud) BW niet beschermt tegen een gebrek in de transportakte, omdat artikel 1910 (Oud) BW een geldige akte eist waarop derden hun rechtshandelingen baseren. Artikel 1910 beschermt slechts tegen onjuiste of onvolledige *inhoud* van een dergelijke akte. P.G.H.T. Konings, *De openbare registers ten hypotheekantore* (Ars notariatus XLV), Deventer: Kluwer 1990, p. 150.

30 Hof 's-Gravenhage 13 februari 1976, *NJ* 1979/248. Nieskens-Isphording en Van der Putt-Lauwers zijn een andere mening toegedaan. Zie B.W.M. Nieskens-Isphording en A.E.M. van der Putt-Lauwers, 'De derdenbescherming in boek 3 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 1981/5565, p. 318. Breederveld geeft echter aan dat de verkrijger wel een beroep op derdenbescherming kan doen bij een titelgebrek. Zie B. Breederveld, 'Derdenbescherming bij registergoederen naar huidig en toekomstig recht', *Advocatenblad* 1989/2, p. 42.

31 Konings 1990, p. 149. Zie ook C.L. De Vries Lentsch-Kostense, 'Verkrijging en verlies van goederen; (bezitloos) pand, retentierecht en recht van reclame', in: M.M. Olthof et al (ed.), *Capita Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Zwolle: Tjeenk Willink 1982, p. 422.

32 B. Breederveld 1989, p. 42. Er was echter ook een ruimere leer waarin werd aangenomen dat een verkrijger ook te goeder trouw kon zijn indien deze was uitgegaan van een verklaring of een gedraging. Zie De Vries Lentsch-Kostense 1982, p. 406, die hiervoor onder andere verwijst naar het proefschrift van Thiel.

33 Onduidelijk was of de bescherming ook ingeroepen kon worden tegen degene die, nadat hij van de onjuistheid op de hoogte was geraakt, voor rectificatie kon zorgdragen, maar dat had nagelaten. Zie De Vries Lentsch-Kostense 1982, p. 435.

34 Zie o.a. B. Breederveld 1989, p. 42 en P.G.H.T. Konings 1990, p. 154.

35 Konings 1990, p. 154.

is hij door deze recherche op de hoogte van de beperkte rechten die op het registergoed rusten. Door het onderzoek in andere openbare registers, waaronder bijvoorbeeld het faillissementsregister, het curatele register en het huwelijksgoederenregister, controleert de notaris de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder. Deze recherches voorkomen dat er onjuistheden in de openbare registers terecht komen. Wel wil ik hierbij aantekenen dat de notaris in de meeste gevallen de gegevens in de akte waarmee de vervreemder het recht op het registergoed heeft verkregen niet op juistheid toetst. Een mogelijke fout in de akte kan op die manier in de openbare registers blijven voorkomen.

Een tweede verklarende factor voor het geringe aantal rechtszaken waar in de literatuur op wordt gewezen is dat de hypotheekbewaarder<sup>36</sup> zich in de loop van de jaren steeds minder lijdelijk was gaan opstellen ten aanzien van de gegevens die hij in de openbare registers overschreef.<sup>37</sup>

De behoefte aan derdenbescherming hangt samen met het stelsel van de openbare registers. Bij een zuiver positief stelsel hoeft een verkrijger van een recht op een registergoed niet beschermd te worden, omdat alle gegevens die uit de openbare registers zijn af te leiden als juist mogen worden beschouwd. De eventuele behoefte aan het beschermen van een verkrijger van een recht op een registergoed speelt pas bij een negatief stelsel, waarbij er niet vanuit mag worden gegaan dat de openbare registers alle gegevens juist weergeven. Bij de inwerkingtreding van artikel 1910 (Oud) BW kenden we een negatief stelsel van openbare registers. Aan het eind van de negentiende eeuw en het begin van de vorige eeuw is er gediscussieerd over de vraag of het negatieve stelsel behouden moest blijven of dat er moest worden overgestapt naar een positief stelsel.<sup>38</sup> Scholten gaf omtrent deze discussie aan dat men erkende dat de gevallen waarin het toen bestaande negatieve stelsel tot onbillijkheden aanleiding gaf, altijd uitzonderingen zouden blijven.<sup>39</sup> Met ander woorden: het negatieve stelsel overleefde de discussie. Tot de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek is het vraagstuk omtrent het stelsel van de openbare registers niet meer opgelaaid. Wel is het negatieve karakter van de openbare

36 Na 1992 verandert de naam van deze functie in: bewaarder van het Kadaster en de openbare registers.

37 Konings 1990, p. 154. Na 1992 is er geen sprake meer van overschrijven, maar van inschrijven.

38 Konings 1990, p. 137.

39 A.G. Lubbers, 'Overdracht van onroerend goed naar het BW sinds 1838', in: J.J.A. de Groot et al (ed.); *De levering van onroerend goed: vijf opstellen over de overdracht van onroerend goed vanaf het Romeinse Recht tot het Nieuw Burgerlijk Wetboek* (Ars Notariatus XXXII), Deventer: Kluwer 1985, p. 77, waarin hij verwijst naar P. Scholten, *C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht* (Deel 2, Zakenrecht), 5<sup>e</sup> druk, Zwolle: Tjeenk Willink 1913.

registers langzaam afgezwakt door bijvoorbeeld de steeds grotere mate van derdenbescherming voor verkrijgers van een recht op een registergoed.

#### 4. De bescherming na de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992

Het huidige Burgerlijk Wetboek kent een veel groter aantal bepalingen dat verkrijgers van een recht op een registergoed beschermt dan het ene artikel 1910 in het Oud Burgerlijk Wetboek. Voor deze bijdrage beperk ik mij tot de artikelen 3:24 tot en met 26 en 88 BW.<sup>40</sup> Aan de hand van de bespreking van de inhoud van deze artikelen bekijk ik of de door Thiel beschreven denkbeelden ook in het huidige Burgerlijk Wetboek zijn terug te vinden. Daarnaast geef ik een beknopt overzicht van de discussies die in de literatuur zijn ontstaan naar aanleiding van de inwerkingtreding van deze artikelen en de verschenen rechtspraak.

Een verkrijger van een recht op een registergoed wordt door genoemde artikelen tegen een aantal onvolkomenheden van de openbare registers beschermd. Allereerst is van belang te constateren dat bij alle toepasselijke beschermingsbepalingen alléén een verkrijger van een in de openbare registers inschrijfbaar recht op een registergoed beschermd wordt. De huurder wordt niet door de genoemde bepalingen beschermd vanwege het feit dat een huurovereenkomst een niet inschrijfbaar persoonlijk recht is.<sup>41</sup>

##### 4.1 Artikel 3:24 BW

Artikel 3:24 lid 1 BW beschermt de verkrijger van een recht op een registergoed tegen feiten die niet waren ingeschreven in de openbare registers op het moment dat het recht van de verkrijger wordt ingeschreven, maar die wel vatbaar waren voor inschrijving.<sup>42</sup> De verkrijging van het recht moet gebaseerd zijn op een bijzondere titel, zo volgt uit het eerste lid van het artikel. Het is echter niet van belang of het gaat om een verkrijging om niet of om baat.<sup>43</sup> Uit de Memorie van Antwoord blijkt verder ook dat er slechts bescherming plaatsvindt voor de verkrijger die door middel van een rechtshandeling heeft verkregen. Iemand die een

---

40 Ik geef de wetsartikelen aan met de huidige nummering.

41 Artikel 3:17 lid 2 BW.

42 J.C. van Straaten, *Kadaster, openbare registers en derdenbescherming* (Serie Recht en Praktijk 59), Deventer: Kluwer 1992, p. 185.

43 Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW, *Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer: 1981, p. 347. Schoordijk vraagt zich af of de argumentatie van de minister om verkrijgers om niet ook te beschermen juist is. H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B.W. (Titel 1 t/m 5, titel 11)*, Deventer: Kluwer 1986, p. 64.

registergoed verkrijgt door verjaring wordt niet beschermd.<sup>44</sup> De verkrijger van het recht op het registergoed kan de bescherming tegen iedereen inroepen. Het is namelijk niet van belang of degene die zich op het niet ingeschreven feit beroept zelf voor deze inschrijving zorg had kunnen dragen.<sup>45</sup>

De verkrijger wordt niet beschermd indien hij het feit kende, bijvoorbeeld omdat de vervreemder hem schriftelijk van het feit op de hoogte heeft gesteld.<sup>46</sup> De minister heeft aangegeven dat de verkrijger zijn onderzoek naar de rechtstoestand van een registergoed mag beperken tot een onderzoek van de openbare registers.<sup>47</sup> Om de bescherming van artikel 3:24 BW te verkrijgen hoeft de verkrijger echter niet te bewijzen dat hij de openbare registers ook daadwerkelijk heeft geraadpleegd.<sup>48</sup>

Na de inwerkingtreding van artikel 3:24 BW is er discussie ontstaan over de reikwijdte van het artikel. Zo speelt onder andere de vraag in de literatuur of artikel 3:24 BW van toepassing is in de volgende situatie: A draagt een registergoed over aan B onder een ontbindende voorwaarde. De ontbindende voorwaarde wordt samen met de transportakte ingeschreven in de openbare registers. Het is een voorwaarde die slechts één keer kan worden vervuld, bijvoorbeeld het terugkeren van A in Nederland na een verblijf in het buitenland. De voorwaarde wordt vervuld, maar dit wordt niet ingeschreven in de openbare registers. B draagt het registergoed na het in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde over aan C.<sup>49</sup> De minister lijkt aan te geven dat C alleen wordt beschermd indien het in vervulling gaan van de voorwaarde aan een bepaald tijdstip is verbonden en dat tijdstip bij de raadpleging van de registers door C reeds is gepasseerd.<sup>50</sup> C zou in dat geval geen bescherming verkrijgen indien bovenstaande situatie zich voordoet. Een enkeling vraagt zich of die aanname juist is.<sup>51</sup> De meeste schrijvers zijn echter

---

44 Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW 1981, p. 132-133.

45 Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW 1981, p. 133-134.

46 Zie verder de Memorie van Antwoord op de Invoeringswet waar het al dan niet 'kennen' wordt besproken in combinatie met artikel 3:37 lid 3. Parlementaire Geschiedenis Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen, Deventer: Kluwer 1990, p. 1098.

47 Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW 1981, p. 134.

48 Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW 1981, p. 132. Daarnaast is het niet van belang dat de verkrijger het niet ingeschreven recht eventueel had kunnen kennen door een onderzoek buiten het onderzoek van de openbare registers om. Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW 1981, p. 134.

49 Voorbeeld ontleend aan B.W.M. Nieskens-Ispording, 'Artikel 3:24 en de reeds vervulde voorwaarde', *WPNR* 1992/6062, p. 652. Zie ook B.W.M. Nieskens-Ispording, 'Van nieuw BW naar BW', *Advocatenblad* 1992/14, p. 432.

50 Parlementaire Geschiedenis Invoering Boeken 3, 5 en 6 1990, p. 1100.

51 Nieskens-Ispording 1992/6062, p. 652.

van mening dat C in dit geval geen bescherming verdient. Daarvoor wordt onder andere als reden aangegeven dat C rekening heeft moeten houden met het in vervulling gaan van de voorwaarde.<sup>52</sup> C verkrijgt een recht onder ontbindende voorwaarde en is rechthebbende, totdat A zich op het in vervulling gaan van de voorwaarde beroept. De reikwijdte van artikel 3:24 BW is niet groot genoeg om C in bovenstaand geval bescherming te verlenen.<sup>53</sup> Een tweede reden waarom C geen bescherming zou verdienen is dat C door raadpleging van de registers de beschikingsbevoegdheid van B niet zomaar had mogen aannemen. Nu C de beschikingsbevoegdheid niet verder heeft onderzocht, is hij nalatig geweest en wordt niet beschermd.<sup>54</sup> Ik ben ook van mening dat C het in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde tegen zich moet laten werken, maar om een andere reden. Zoals reeds vermeld mag het onderzoek dat C moet verrichten worden beperkt door de raadpleging van de openbare registers. Daar vloeit uit voort dat C weet dat hij een recht op een registergoed onder ontbindende voorwaarde verkrijgt. Het in vervulling gaan van de voorwaarde brengt hem niet in een positie die hij niet had kunnen voorzien en waar hij tegen moet worden beschermd.

Sommige schrijvers zijn voorstander van het zo ver mogelijk inperken van de werking van artikel 3:24 BW. Zo geeft Wiersma bijvoorbeeld aan dat een beroep op artikel 3:24 BW niet tot gevolg kan hebben 'dat aan de verkrijger van een registergoed bevoegdheden toekomen die zijn rechtsvoorganger niet kon doen gelden en die niet kunnen worden gegrond op artikel 3:25'.<sup>55</sup> Hij maakt hierop één uitzondering. Indien er sprake is van een niet ingeschreven ontbindende voorwaarde kan er wel een beroep op artikel 3:24 BW worden gedaan, waardoor er alleen in dat geval een doorbreking van de *nemo plus* regel plaatsvindt.<sup>56</sup> Als historisch argument hiervoor geeft Wiersma aan dat artikel 1910 (Oud) BW slechts zag op drie situaties en dat de wetgever niet de bedoeling heeft gehad om die uit te breiden.<sup>57</sup> De drie situaties waren volgens hem de verkrijging van een recht op een registergoed waarna de koop tussen de twee rechtsvoorgangers van de verkrijger teniet gaat door ontbinding wegens wanprestatie, ten tweede de verkrijging van een

---

52 J.C. van Straaten, 'Bescherming van verkrijgers tegen reeds vervulde ontbindende voorwaarden en het huurbeding in de vorm van een kwalitatieve verplichting', *WPNR* 1993/6091, p. 319.

53 Van Straaten 1993, p. 319.

54 H.W. Wiersma, 'De al dan niet ingeschreven vervulling van een ontbindende voorwaarde en artikel 3:24', *WPNR* 1993/6091, p. 321.

55 H.W. Wiersma, 'Derdenbescherming met mate; over de reikwijdte van artikel 3:24 lid 1', *WPNR* 1994/6136, p. 345.

56 Wiersma 1994, p. 345. De *nemo plus* regel houdt in dat niemand meer rechten kan overdragen dan dat hij zelf heeft.

57 Wiersma 1994, p. 346.

recht op een registergoed waarna de titel van voorgaande verkrijging wordt vernietigd door een wilsgebrek en ten slotte de bovengenoemde niet ingeschreven ontbindende voorwaarde. De beperking tot deze drie situaties is echter nergens uit af te leiden.<sup>58</sup> Het tweede argument van Wiersma voor het inperken van de werking van artikel 3:24 BW betreft een maatschappelijk argument, namelijk dat er niet van een rechthebbende van een recht op een registergoed kan worden verlangd dat hij feiten inschrijft die voor de rechtstoestand van een registergoed van belang zijn, maar waarvan de inschrijving geen constitutief vereiste is voor het beoogde rechtsgevolg. Ik ben van mening dat nu blijkt wat het effect van het niet inschrijven van dergelijke feiten is, rechthebbenden in de praktijk uiteindelijk zullen inzien dat de inschrijving van groot belang is en daardoor vaker tot inschrijving zullen overgaan.<sup>59</sup> Bovendien heeft de minister aangegeven dat van de rechthebbende kan worden gevegd dat hij inschrijfbaar feiten ook daadwerkelijk inschrijft.<sup>60</sup> Mijns inziens is de beperking die Wiersma aan artikel 3:24 BW wil verbinden niet terecht en wordt een derde beschermd tegen alle niet ingeschreven feiten, mits aan de voorwaarden van artikel 3:24 BW wordt voldaan. In het beperkte aantal rechterlijke uitspraken waarin artikel 3:24 BW tot op heden aan de orde is gekomen wordt deze opvatting bevestigd.<sup>61</sup>

#### 4.2 Artikelen 3:25 en 26 BW

De artikelen 3:25 en 26 BW zien op de bescherming van een verkrijger van een recht op een registergoed indien er op het tijdstip van de verkrijging een *onjuist feit* met betrekking tot dat registergoed in de registers was ingeschreven. Artikel 3:25 BW beschermt tegen onjuiste feiten in een authentieke akte die door een ambtenaar met kracht van authenticiteit werden vastgesteld. De overige onjuiste feiten vallen onder artikel 3:26 BW. De vereisten waaraan moet zijn voldaan om de bescher-

58 De Hoge Raad noemt bijvoorbeeld in genoemd arrest van 9 februari 1940 juist heel algemene eisen waaraan moet worden voldaan om van de bescherming van artikel 1910 (Oud) BW gebruik te kunnen maken.

59 Zo ook K.F.M. Berger, 'De derdenbescherming van artikel 3:24 lid 1 BW', *WPNR* 1994/6159, p. 815.

60 Parlementaire Geschiedenis Invoering Boeken 3, 5 en 6, 1990, p. 1105.

61 Zie bijvoorbeeld een uitspraak van Hof 's-Hertogenbosch van 10 februari 2004 (LJN AO4903) waarin de bescherming van artikel 3:24 BW van toepassing wordt verklaard op een niet ingeschreven beslag. Bij een uitspraak van de Rechtbank Haarlem van 2 januari 2008 (LJN BC3250) wordt de bescherming van artikel 3:24 BW van toepassing verklaard op een niet ingeschreven besluit van een Vereniging van Eigenaren. Een uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden laat tenslotte zien dat de bescherming van artikel 3:24 BW ook kan worden ingeroepen tegen een niet ingeschreven toestemming die op grond van artikel 5:50 BW kan worden gegeven om ramen binnen twee meter van de erfgrans te hebben (Rechtbank Leeuwarden, 16 april 2008, LJN BC9825).

ming van de artikelen 3:25 en 26 BW in te kunnen roepen verschillen niet veel van de vereisten van artikel 3:24 BW. Ik bespreek om die reden hieronder slechts één verschil in de bescherming die artikel 3:26 BW biedt in verhouding tot de bescherming van artikel 3:24 en 25 BW.

In tegenstelling tot de artikelen 3:24 en 25 BW kan de bescherming tegen een onjuist feit, zoals in artikel 3:26 BW bedoeld, niet tegen een ieder worden ingeroepen, maar alleen tegen degenen die redelijkerwijze voor overeenstemming van de registers met de werkelijkheid hadden kunnen zorgdragen.<sup>62</sup> Een verkrijger wordt niet beschermd op grond van artikel 3:26 BW indien de werkelijk rechthebbende de onjuiste inschrijving zelf teweeg heeft gebracht, zonder dat hij de onjuistheid kende of behoorde te kennen.<sup>63</sup> Wellicht dat in die situatie het hierna te bespreken artikel 3:88 BW nog bescherming kan bieden. Mocht dat niet het geval zijn, dan is met dit gemelde geval de grens bereikt van de bescherming die men aan de verkrijger kan geven op grond het negatieve stelsel, aldus de minister.<sup>64</sup>

Onduidelijk is of een beroep op artikel 3:26 BW mogelijk is, indien een ingeschreven stuk dat ten tijde van de inschrijving geldig was, later een fout is gaan bevatten. Deze onduidelijkheid speelt met name op het gebied van de inschrijving van een verkrijging door verjaring. Indien A meent dat hij door verjaring een gedeelte van het perceel van B in eigendom heeft verkregen, kan A deze verkrijging in laten schrijven in de openbare registers.<sup>65</sup> Indien A dit niet doet, kan verdedigd worden dat A heeft nagelaten om een fout in de openbare registers te herstellen. A heeft namelijk niet aangegeven in de openbare registers dat het oorspronkelijke perceel van B niet meer geheel van B is. Als B zijn perceel vervolgens levert aan C, hoeft C in dat geval geen rekening te houden met de verkrijging door A. Hij wordt beschermd op grond van artikel 3:26 BW. Een aantal schrijvers geeft aan dat C in dit geval niet beschermd wordt, omdat artikel 3:26 BW volgens hen alleen beschermt tegen inschrijvingen die op het moment van inschrijving al een fout bevatten.<sup>66</sup> Omdat het stuk waarmee B de eigendom heeft verkregen tijdens de inschrijving juist was (de onjuiste beschrijving van het perceel is pas ontstaan nadat A door verjaring een gedeelte van het perceel heeft verkregen), speelt artikel 3:26 BW niet. Als onderbouwing voor deze opvatting wordt ondermeer genoemd dat

---

62 De mogelijkheden om een in de openbare registers ingeschreven onjuist feit ongedaan te maken zijn beschreven in de artikelen 35 en 42 Kadasterwet.

63 Van Straaten 1992, p. 204-205.

64 Parlementaire Geschiedenis Invoering Boeken 3, 5 en 6 1990, p. 1105-1106.

65 Artikel 3:17 lid 1 sub i BW.

66 Van Straaten 1992, p. 203. Zie ook H.W. Heyman, 'Inschrijving van verjaring', *WPNR* 1999/6373, p. 733.



indien artikel 3:26 BW ook op genoemde situatie zou zien, de grens tussen artikel 3:26 en 3:24 BW zou vervagen.<sup>67</sup> Volgens Verstappen wordt deze opvatting inmiddels algemeen aangenomen.<sup>68</sup> Er zijn in de literatuur weliswaar tegengeluiden hoorbaar die de toepassing van artikel 3:26 BW in bovenstaande situatie wel mogelijk achten, maar daarbij wordt direct aangegeven dat men niet geheel zeker is van zijn zaak.<sup>69</sup> Ik sluit me aan bij de heersende leer. Een extra argument voor deze opvatting is een opmerking van de minister naar aanleiding van het ontwerp van artikel 3:26 BW. De minister geeft aan dat van een verkrijger van een registergoed niet verwacht mag worden dat hij ook na zijn verkrijging ‘blijft nagaan of ten aanzien van het registergoed geen nieuwe onjuiste inschrijvingen plaatsvinden of dat aanvankelijk juiste inschrijvingen ook juist zijn gebleven’.<sup>70</sup> Uit deze opmerking is mijns inziens af te leiden dat alleen een inschrijving die ten tijde van de inschrijving onjuist is onder artikel 3:26 BW valt. Een verkrijger van een recht op een registergoed hoeft niet te blijven controleren of de inschrijving nog steeds juist is. Daaruit kan worden geconcludeerd dat A niet hoeft te vrezen voor artikel 3:26 BW indien hij de openbare registers niet aan de werkelijke situatie aanpast.<sup>71</sup>

#### 4.3 Artikel 3:88 BW

Met betrekking tot artikel 3:88 BW geven verschillende auteurs aan dat dit artikel de vervanging van artikel 1910 (Oud) BW is.<sup>72</sup> Artikel 3:88 BW beschermt een verkrijger van een registergoed tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder indien die beschikkingsonbevoegdheid voortvloeit uit de ongeldigheid van een vroegere overdracht.<sup>73</sup> De ongeldigheid mag echter niet het gevolg zijn van de beschikkingsonbevoegdheid van de toenmalige vervreemder. Stel de beschik-

67 Heyman 1999, p. 733.

68 L.C.A. Verstappen, ‘De notariële verklaring van verjaring; de notaris als rechter?’, *WPNR* 2005/6641.

69 Zie bijvoorbeeld W.M. Kleijn, ‘Inschrijving van voltooide verjaring van onroerende zaken’, *JBN* 1998/9 en W. Louwman, ‘Het standpunt van de bewaarder inzake de inschrijving van verjaring’, *JBN* 1998/50.

70 Parlementaire Geschiedenis Invoering Boeken 3, 5 en 6 1990, p. 1105.

71 Er is tot nu toe één rechterlijke uitspraak geweest waarin artikel 3:26 BW en verjaring aan de orde kwamen. In deze uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 2 april 2008 (LJN BC9317) is, op basis van de wetsgeschiedenis, bepaald dat artikel 3:26 BW niet ziet op fouten in de kadastrale registratie.

72 Zie onder andere: B.W.M. Nieskens-Ispording, ‘Van nieuw BW naar BW’, *Advocatenblad* 1992/14, p. 401, Schoordijk 1986, p. 296. Echter ook artikel 3:24 BW wordt als opvolger genoemd, zie daarvoor de toelichting van Meijers, *Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW* 1981, p. 130 en H.W. Wiersma, ‘Derdenbescherming op maat’, *WPNR* 1992/6068, p. 788.

73 Artikel 3:88 heeft haar tweede lid gekregen naar aanleiding van de Implementatiewet bescherming cultuurgoederen tegen illegale uitvoer. Zie *Kamerstukken I* 1994/1995, 23 657.

kingsonbevoegde A levert een registergoed aan B, die dit registergoed vervolgens doorlevert aan C. De titel van overdracht tussen A en B wordt vernietigd op grond van bedrog door B. De vraag is of C nu wordt beschermd op grond van 3:88 BW. Ervan uitgaande dat C te goeder trouw is, kan worden verdedigd dat artikel 3:88 BW van toepassing is.<sup>74</sup> De ongeldigheid van de overdracht tussen A en B vloeit immers niet alleen voort uit de beschikkingsonbevoegdheid van A, maar ook uit een ongeldige titel. Toch geeft de minister voor deze situatie aan:

‘M.a.w., reeds het feit dat de ongeldigheid van de vroegere overdracht *mede* – zij het niet uitsluitend – het gevolg was van de onbevoegdheid van de toenmalige vervreemder (A), is voldoende om latere verkrijgers (C en diens opvolgers) de bescherming van het eerste lid niet deelachtig te doen worden. Dit is ook met de strekking van de slotwoorden van het eerste lid – handhaving in beginsel van het negatieve stelsel – in overeenstemming.’<sup>75</sup>

#### 4.4 *Verhouding artikelen 3:24 tot en met 26 en 88 BW*

Indien ter verkrijging van bescherming een beroep op elk van de drie de artikelen 3:24 tot en met 26 BW mogelijk zou zijn, dan is de verkrijger van het recht op het registergoed vrij om te bepalen op welk artikel hij zich beroept.<sup>76</sup> Minder duidelijk is dit in de situatie dat er een beroep op één van deze drie artikelen mogelijk is naast een mogelijk beroep op artikel 3:88 BW. Vooral de verhouding tussen de artikelen 3:24 en 88 BW staat in de literatuur ter discussie.<sup>77</sup> Hierbij draait het bijvoorbeeld om de vraag waartegen C wordt beschermd in de volgende situatie. A levert een registergoed aan B. B levert het registergoed door aan C. Voordat de levering aan C plaatsvindt, stelt A een rechtsvordering in tot vernietiging van de koopovereenkomst tussen hem en B. A schrijft de dagvaarding niet in. Algemeen wordt aangenomen dat C op grond van artikel 3:24 BW wordt beschermd tegen het

---

74 Het is van belang om te constateren dat C te goeder trouw moet zijn. Dit wil zeggen dat C aan de eisen van artikel 3:11 BW moet voldoen (Parlementaire Geschiedenis Invoering Boeken 3, 5 en 6 1990, p. 1057). Deze eisen zijn zwaarder dan de minimumeisen die in de artikelen 3:24 tot en met 26 BW worden gesteld. C kan dan ook niet volstaan met ‘slechts’ de raadpleging van de openbare registers. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Arnhem, 26 juni 2007 (LJN BB1602), Het is niet van belang, net als bij de artikelen 3:24 tot en met 26 BW, of C het registergoed om niet of om baat heeft verkregen.

75 Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW 1981, p. 347.

76 Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW 1981, p. 142.

77 Zie voor de verhouding tussen de artikelen 3:26 en 3:88 BW onder andere E.B. Rank-Berenschot, ‘Problemen van samenloop bij de bescherming van verkrijgers van registergoederen’, in: E.H. Hondius et al (ed.), *Quod Licet* (Kleijn Bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 325 e.v. en A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Ars Notariatus 120), Deventer: Kluwer 2006, p. 269.

feit dat de dagvaarding tot vernietiging niet is ingeschreven. Sommige schrijvers gaan nog een stap verder en zijn van mening dat C op grond van de niet ingeschreven dagvaarding zowel de bescherming van artikel 3:24 als artikel 3:88 BW kan inroepen indien de overeenkomst tussen A en B daadwerkelijk wordt vernietigd.<sup>78</sup> Een argument hiervoor is dat nergens in de parlementaire geschiedenis te vinden is dat één van de artikelen bij samenloop voorrang heeft.<sup>79</sup> Tegen deze opvatting kan worden ingebracht dat veel sneller aan de voorwaarden van artikel 3:24 BW is voldaan dan aan die van artikel 3:88 BW, waardoor de betekenis van artikel 3:88 BW uiterst klein zou worden. Om die reden is ook de opvatting dat er geen sprake is van een keuze tussen de twee artikelen, maar dat C bescherming kan ontleen aan beide bepalingen gezamenlijk in de literatuur terug te vinden.<sup>80</sup> Daarbij wordt betoogd dat artikel 3:24 BW geen zelfstandige bepaling is en in casu alleen ter invulling van de gestelde eisen van artikel 3:88 BW kan gelden.<sup>81</sup> Tenslotte wordt door een aantal juristen gesteld dat artikel 3:24 BW weliswaar bescherming kan bieden tegen de niet ingeschreven dagvaarding, maar dat deze bescherming niet tot gevolg heeft dat C ook de uiteindelijke vernietiging niet tegen zich hoeft te laten werken.<sup>82</sup> C zal moeten bewijzen dat hij niet van de vernietigingsgrond op de hoogte was en daar ook niet van op de hoogte behoorde te zijn. Indien hij tot dat bewijs in staat is, zal hij worden beschermd door artikel 3:88 jo. 3:11 BW.<sup>83</sup> Ik sluit me hierbij aan in die zin dat ik denk dat per situatie goed moet worden bekeken waartegen een verkrijger van een recht op een registergoed wil worden beschermd. Afhankelijk daarvan zal aan de hand van het toepasselijke wetsartikel moeten worden gezien of er ook daadwerkelijk bescherming kan plaatsvinden. In bovenstaand geval wil C beschermd worden tegen het feit dat de overeenkomst tussen A en B is vernietigd en C van een beschikkingsonbevoegde heeft verkregen. Artikel 3:24 BW beschermt daar niet tegen. Het geeft alleen aan dat C geen rekening hoeft te houden met de uitgebrachte dagvaarding. C zal in dit geval alleen bescherming tegen de vernietiging kunnen verkrijgen op grond van artikel 3:88 BW.

78 W.Th. Braams, 'Rechtsvraag inzake de verhouding tussen de art. 3.4.2.3b (3:88) en 3.1.2.7. (3:24) Nieuw BW', *Kwartalbericht Nieuw BW* 1990/3, p. 80.

79 Braams 1990, p. 81.

80 Tratnik, 'Reactie op de rechtsvraag inzake de verhouding tussen artikel 3:24 en 3:88', *Kwartalbericht Nieuw BW* 1991/1, p. 18.

81 Tratnik 1991, p. 18. Zie ook Rank-Berenschot 1992, p. 338.

82 Rank-Berenschot 1992, p. 338. Zie ook Van Straaten 1992, p. 211.

83 Rank-Berenschot 1992, p. 338.

#### 4.5 Artikelen 3:24 tot en met 26 en 88 BW en de opvattingen van Thiel

Na ruim vijftien jaar lijken de huidige beschermingsbepalingen voor verkrijgers van een recht op een registergoed vooral tot theoretische vraagstukken te leiden.<sup>84</sup> Er is weinig lagere rechtspraak aanwezig over de artikelen 3:24 tot en met 26 en 88 BW. Mijns inziens kunnen ook nu de recherches die de notaris verricht in de openbare registers en de rol van de bewaarder als redenen hiervoor worden genoemd. Ook de voortschrijdende technologie kan genoemd worden. Immers, door de steeds modernere technieken die worden gebruikt bij de inschrijving van de stukken in de openbare registers wordt de kans op menselijke fouten teruggedrongen. De openbare registers worden als gevolg daarvan steeds nauwkeuriger, waardoor een beroep op de beschermingsbepalingen minder vaak nodig zal zijn. Ik kom hier in paragraaf 5 op terug.

In zijn proefschrift pleitte Thiel voor een brede bescherming van verkrijgers te goeder trouw van een recht op een registergoed. Met betrekking tot de werking van artikel 1910 (Oud) BW is de Hoge Raad in zijn arrest van 9 februari 1940 voor een groot deel meegegaan in de opvattingen van Thiel. De overige specifieke opvattingen van Thiel kunnen niet meer op juistheid worden getoetst nu daarover geen rechtspraak is verschenen en de inhoud van artikel 1910 (Oud) BW inmiddels niet meer van toepassing is. Wel ben ik van mening dat Thiels basisidee dat een verkrijger te goeder trouw van een recht op een registergoed een zeer grote bescherming verdient is terug te vinden in de huidige beschermingsbepalingen. Deze bescherming is zelfs nog uitgebreider dan de bescherming die Thiel in gedachten had. Waar Thiel bijvoorbeeld vooral pleitte voor bescherming tegen onjuiste vermeldingen in de openbare registers, is onder andere door artikel 3:24 BW de omvang van de bescherming van derden uitgebreid met bescherming tegen niet ingeschreven stukken. Ook wordt de derde niet meer alleen beschermd tegen onjuiste vermeldingen in een akte waarin een rechtshandeling van partijen is opgenomen, maar ook tegen onjuiste vermeldingen in andere in de openbare registers ingeschreven documenten. Tenslotte is de eis dat de verkrijger om baat moet hebben verkregen vervallen.

### 5. Het stelsel van de openbare registers sinds 1992

Bij het ontwerp van het huidige Burgerlijk Wetboek was één van de vragen of het negatieve stelsel ten aanzien van de openbare registers gehandhaafd diende te

---

<sup>84</sup> Dit werd bij de inwerkingtreding van ons huidig Burgerlijk Wetboek al voorspeld door bijvoorbeeld De Haan. Zie L.C.A. Verstappen en B.C.M. Waaijer, 'Kadaster, openbare registers en rechtspraak', *WPNR* 1991/6027, p. 827.

blijven.<sup>85</sup> De minister antwoordde hierop dat het geen aanbeveling verdiende om over te gaan op een geheel ander systeem van grondboekhouding.<sup>86</sup> Wel gaf de minister aan dat er ‘verbeteringen behoren te worden aangebracht uit hoofde van de bescherming van rechten van derden te goeder trouw door in- of overschrijving van bepaalde gegevens, die voor ontstaan en tenietgaan van rechten van belang zijn’.<sup>87</sup>

Het negatieve stelsel van de openbare registers bestaat nog steeds, maar de vraag kan worden gesteld hoe lang dit stelsel nog behouden blijft. Door de verbeteringen die zijn ingevoerd in het huidige Burgerlijk Wetboek heeft het negatieve karakter al flink aan betekenis ingeboet. Niet alleen de specifieke beschermingsbepalingen voor verkrijgers van een recht op een registergoed worden als verbetering genoemd. De lijdelijke functie van de bewaarder is bijvoorbeeld afgezwakt, doordat de bewaarder op grond van artikel 3:19 BW een akte mag weigeren die niet aan bepaalde wettelijke eisen voldoet of waarbij de wettelijke vereisten voor inschrijving niet zijn vervuld.<sup>88</sup> Ook stelt de Staat zich financieel garant op het moment dat iemand zijn recht verliest op grond van bepaalde beschermingsbepalingen zonder dat dit aan deze persoon te wijten is.<sup>89</sup> Tenslotte kunnen er veel meer rechtsfeiten worden ingeschreven dan onder het regime van het oude Burgerlijk Wetboek mogelijk was en is de verkrijging van een verklaring voor recht mogelijk waarbij een recht op een registergoed wordt vastgesteld.<sup>90</sup> Deze mogelijkheden zorgen ervoor dat de volledigheid en juistheid van de openbare registers zijn toegenomen.

De discussie of er nog meer toegewerkt moet worden naar de uitkomsten die een positief stelsel biedt wordt inmiddels weer gevoerd. Een voorbeeld hiervan is het verschijnen van het preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht in 2003, genaamd: ‘Naar een meer positief stelsel van grondboekhouding?’. Daarin wordt aangegeven dat het goed is dat er in Nederland is gekozen voor de handhaving van het negatieve stelsel, maar dat het beoogde resultaat van een positief stelsel niette-

85 Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW 1981, p. 107.

86 Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW 1981, p. 109.

87 Idem. De redenen waarom werd vastgehouden aan het negatieve stelsel zijn te vinden in het voorlopig verslag van de vaste Commissie voor privaatrecht uit de Tweede Kamer. Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW 1981, p. 108.

88 Artikel 3:20 lid 1 BW. Van Velten 2006, p. 280. Zie ook H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 84.

89 Artikel 3:30 BW. F.J.H. Mijnsen en P. de Haan, *C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht* (Deel 3, Goederenrecht), 15<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2006, nr. 383. Zie ook Van Velten 2006, p. 280.

90 Artikel 3:27 BW. Snijders en Rank-Berenschot 2007, p. 84. Zie ook Mijnsen en De Haan 2006, nr. 370.

min aantrekkelijk is.<sup>91</sup> Er worden enkele mogelijkheden gegeven om de uitkomsten die een positief stelsel biedt nog meer te benaderen. Zo wordt bijvoorbeeld het uitbreiden van artikel 3:88 BW genoemd in die zin dat ook indien de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder voortvloeit uit de beschikkingsonbevoegdheid van een voormalig vervreemder, de verkrijger te goeder trouw beschermd zou moeten worden. Daarnaast worden de koppeling van de openbare registers aan alle overige bestaande registers en het uitbreiden van de bescherming van de goede trouw naar de kadastrale registratie als opties gegeven.<sup>92</sup> De kadastrale registratie wordt bijgehouden en bewerkt door de bewaarder van het Kadaster<sup>93</sup> en vormt de toegang tot de openbare registers.<sup>94</sup> De minister heeft bij het ontwerp van de beschermingsbepalingen aangegeven dat de bescherming van de verkrijger van een recht op een registergoed zich niet uitstrekt tot de gegevens die zijn opgenomen in de kadastrale registratie.<sup>95</sup> Na de invoering van het huidig Burgerlijk Wetboek en de Kadasterwet en de verbeterde technologie is de betrouwbaarheid van deze registratie echter zodanig toegenomen, dat de bescherming op grond van deze gegevens nu een mogelijkheid zou kunnen worden.<sup>96</sup> Temeer nu de verdere ontwikkeling ter vergroting van de betrouwbaarheid van de kadastrale registratie en de openbare registers gestaag vordert, zoals blijkt uit een recent artikel van Klaasse en Louwman.<sup>97</sup> Naast een beschrijving van activiteiten die worden ondernomen om de betrouwbaarheid van de kadastrale registratie en de openbare registers te vergroten, pleiten Klaasse en Louwman er in hun artikel voor om de lijdelijke rol van de bewaarder te verminderen in die zin dat de bewaarder bevoegd wordt om een onjuiste inschrijving te weigeren indien hij de indruk heeft dat de rechtshandeling is verricht door een onbevoegde, of de rechtshandeling om andere redenen twijfelachtig is.<sup>98</sup> Dit zou een uitbreiding betekenen van de weigeringsmogelijkheden die de bewaarder op dit moment heeft.<sup>99</sup>

---

91 A.A. van Velten, 'Bescherming bij overdracht van onroerende zaken', in: J. de Jong et al (ed.); *Naar een meer positief stelsel van grondboekhouding?* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2003, p. 47.

92 Van Velten 2003, p. 47-48.

93 Volledige naam: Dienst voor het Kadaster en de openbare registers.

94 Zie artikel 48 lid 1 Kadasterwet.

95 Parlementaire Geschiedenis Invoering Boeken 3, 5 en 6 1990, p. 1063.

96 Zie ook J.A. Zevenbergen, 'Het Oostenrijkse stelstel van grondboekhouding: enkele lessen', in: J. de Jong et al (ed.); *Naar een meer positief stelsel van grondboekhouding?* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2003, p. 63.

97 Z. Klaasse en W. Louwman, 'Vergroting juridische betrouwbaarheid Kadaster', *WPNR* 2007/6728.

98 Klaasse en Louwman 2007.

99 Artikel 3:19 lid 1 BW.

Een aantal auteurs gaat nog een stap verder en pleit voor een fundamentele wijziging, te weten de omkeer van een negatief naar een positief stelsel.<sup>100</sup> Wel wordt daarbij aangegeven dat voor de haalbaarheid van deze wijziging meer onderzoek zal moeten worden verricht. Er zijn verschillende ideeën over het antwoord op de vraag hoe het positieve stelsel wordt bereikt. Huijgen baseert de vormgeving van het positieve stelsel op artikel 3:86 lid 1 BW in die zin dat dat artikel gaat gelden als beschermingsbepaling voor de verkrijging van een recht op een registergoed. Alle huidige toepasselijke derdenbeschermingsbepalingen, te weten 3:24 tot en met 26 en 88 BW, kunnen vervolgens worden afgeschaft, aldus Huijgen.<sup>101</sup> Mijnsen en De Haan geven aan dat er volgens hen nog één stap moet worden gezet naar een positief stelsel.<sup>102</sup> Deze stap houdt in het uitbreiden van de bescherming van een verkrijger te goeder trouw van een recht op een registergoed naar de kadastrale registratie.<sup>103</sup> Volgens Luijten is een actievere rol voor de bewaarder de sleutel tot een positief stelsel, met daarbij de opmerking dat het huidige stelsel in dat geval anders zal moeten worden opgezet.<sup>104</sup> Ik vraag me af of het voordeel van het omzetten naar een positief stelsel, te weten, dat ervan uit mag worden gegaan dat alles wat in de registers is vermeld juist is, opweegt tegen de nadelen die met deze omzetting gepaard gaan. Het huidige negatieve stelsel met positieve elementen functioneert in de praktijk blijkbaar prima, gezien het zeer geringe aantal rechterlijke uitspraken. Zoals gezegd worden ook nu weer de werkzaamheden van de notaris en de bewaarder als redenen van dit goede functioneren aangegeven.<sup>105</sup> De meeste theoretische discussies zijn inmiddels meer dan tien jaar oud en worden nog zelden aangevuld met nieuwe argumenten en discussies.<sup>106</sup> Het is bovendien maar zeer vraag is of de toch omvangrijke juridische en praktische werkzaamheden die met het omzetten naar een positief stelsel gepaard zullen gaan opwegen tegen het feit dat ons huidige stelsel met wellicht nog enkele verbeteringen tot hetzelfde resultaat zal leiden. Het belang van continuïteit van het

100 W.G. Huijgen, 'Naar een meer positief stelsel van grondboekhouding?', *WPNR* 2003/6532.

101 Huijgen 2003. Als gevolg van het door Huijgen voorgestelde nieuwe stelsel zal bovendien de titel van overdracht van een registergoed altijd in een notariële akte moeten worden opgenomen.

102 Mijnsen en De Haan 2006, nr. 384.

103 Mijnsen en De Haan 2006, nr. 384. Deze mogelijkheid wordt op den duur reëel geacht.

104 Verstappen en Waaijer 1991, p. 828. Zie ook J.A. Zevenbergen, 'Nederlandse stelsel van grondboekhouding, een "geprivatiseerde" vorm van een positief stelsel', *WPNR* 1996/6240, p. 731.

105 Mijnsen en De Haan 2006, nr. 361, Snijders en Rank-Berenschot 2007, p. 85, G.T. de Jong, 'Openbare Registers', in: W.H.M. Reehuis en A.H.T. Heisterkamp et al (ed.), *Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht* (deel 3 Goederenrecht), Deventer: Kluwer 2006, p. 35 en J.A. Zevenbergen 1996, p. 731.

106 Met uitzondering wellicht van de discussie omtrent de inschrijving van een notariële verklaring inzake verjaring en de werking van artikel 3:26 BW.

huidige systeem ten opzichte van het invoeren van een nieuw systeem speelt hierbij een grote rol.<sup>107</sup>

## 6. Conclusie

Kan worden gezegd dat de conclusie van Molengraaff correct was, nu de denkbeelden van Thiel grotendeels juist zijn bevonden? Deze conclusie kan naar de huidige stand van zaken nog niet worden getrokken, maar er zullen niet nogmaals honderd jaar verstrijken voordat blijkt dat Molengraaff gelijk gaat krijgen. Het zijn echter niet alleen de opvattingen van Thiel omtrent de omvangrijke derdenbescherming die tot een zodanige conclusie leiden. Ook de volledigheid en nauwkeurigheid van de openbare registers door de technologische vooruitgang en de samenwerking tussen notaris en bewaarder kunnen als reden worden aangegeven. Bovendien kunnen de volledigheid en nauwkeurigheid door verschillende verbeteringen alleen maar toenemen. De bewaarder kan een actievere rol krijgen bij het beoordelen van de inhoud van de in te schrijven stukken en de bescherming van een verkrijger van een recht op een registergoed kan van toepassing worden op de kadastrale registratie. Deze ontwikkelingen zullen er uiteindelijk toe leiden 'dat derden bij de door inschrijving in die registers openbaar gemaakte overeenkomsten<sup>108</sup> deze mogen nemen, zoals zij er staan'.<sup>109</sup>

---

107 Zo ook W. Snijders, Boekbespreking (J. Zevenbergen, *Systems of Land Registrations, Aspects and Effects*, diss. Delft 2002), *WPNR* 2003/6533.

108 En andere ingeschreven stukken.

109 *Molengraaff bundel* 1978, p. 242.



## Plaatst Nederland zich alsnog ‘aan de spits der moderne rechtsontwikkeling’?

*P.M. Veder\**

### 1. Inleiding

In deze bundel waarin de actualiteit van het gedachtegoed van Molengraaff wordt besproken, mogen enkele bespiegelingen over het faillissementsrecht niet ontbreken. De naam van Molengraaff is immers onlosmakelijk verbonden met de Faillissementswet die thans onderwerp is van een herzieningsoperatie. Als adjunct-secretaris en later lid van de in 1879 ingestelde Staatscommissie die was belast met de herziening van het Wetboek van Koophandel van 1838, vervulde hij een sleutelrol bij de totstandkoming van de Faillissementswet.<sup>1</sup> In 1884 nam de Staatscommissie de herziening van het derde boek van het Wetboek van Koophandel (‘Van de voorzieningen in geval van onvermogen van kooplieden’) ter hand. Het op 28 februari 1887 door de Staatscommissie gepresenteerde ‘Ontwerp eener Wet op het Faillissement en de Surséance van betaling, met toelichting’, waarmee de basis werd gelegd voor de huidige Faillissementswet, was in belangrijke mate het werk van Molengraaff.<sup>2</sup>

De Staatscommissie stelde voor de op dat moment bestaande regeling van het faillissement in het Wetboek van Koophandel behoorlijk op de schop te nemen, want:

---

\* Prof.Mr. P.M. Veder is hoogleraar burgerlijk recht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en secretaris van de Commissie Insolventierecht.

1 Bij KB van 5 oktober 1883 werd hij benoemd tot adjunct-secretaris van de Staatscommissie. Bij KB van 24 februari 1885 werd hij benoemd tot lid.

2 Bij de beraadslagingen in de Eerste Kamer over het wetsontwerp op 25 september 1893 merkte M.J. Pijnappel, lid van de Tweede Kamer en tevens lid van de Staatscommissie, hierover het volgende op: ‘In de eerste plaats mag ik daaromtrent opmerken dat, hoewel ik deel heb uitgemaakt van de Staatscommissie van wie dit wetsontwerp afkomstig is, toch de eer van dat werk uitsluitend toekomt aan professor Molengraaff te Utrecht. Van hem de leidende beginselen; van hem het eerste ontwerp dat in de Staatscommissie is gebracht; van hem voor het meerendeel de redactie van de wijzigingen, die het ontwerp in den loop der behandeling ondergaan heeft; van hem de Memorie van Toelichting. Aan hem dus ook alle eer voor dit werk der Staatscommissie’. Zie ook M. Polak, ‘Molengraaff en het faillissementsrecht’, *RM* 50 (1931), p. 386 e.v.

‘Bezat Nederland in 1838 eene faillietenwet, die in vele opzichten de meeste buitenlandse wetten op dit stuk overtrof, thans zou die lofspraak te eenenmale misplaatst zijn. En geen wonder. Vijftig jaren van voortschrijdende rechtsontwikkeling zijn aan haar voorbij gegaan; de resultaten van eene even zoolange ervaring en toetsing aan de behoeften der praktijk, door dagelijksche toepassing verkregen, liggen nog ongebruikt. Bovendien is dit tijdperk van stilstand ten onzent juist samengevallen met een tijdperk van levendige ontwikkeling en vooruitgang in onze nabuurstaten.’<sup>3</sup>

Na een uiteenzetting van de beginselen die ten grondslag liggen aan de door de Staatscommissie voorgestelde regeling van het faillissement volgt nog een sneer naar de wetgever:

‘Hiermede zijn in breede trekken de grondbeginselen aangewezen waarop het Ontwerp rust, en die tot leidraad hebben gestrekt bij het vaststellen zijner verschillende bepalingen. Dat eene consequente toepassing dier beginselen aanleiding gaf tot belangrijke afwijkingen van de bestaande wet, kan geen verwondering wekken, wanneer men in in het oog houdt dat de voorschriften van het Wetboek van Koophandel de duidelijke sporen dragen dat de wetgever van 1838 geen helder inzicht had in de natuur van het faillissement, dat hij althans de kunst niet voldoende verstond zijne gedachten op eene duidelijke, ondubbelzinnige wijze uit te drukken.’<sup>4</sup>

Molengraaff heeft het beter gedaan dan de wetgever van 1838. De Faillissementswet van 1893 wordt ook ruim een eeuw na haar inwerkingtreding nog alom geprezen. Molengraaff heeft bij de herziening van het insolventierecht aan het einde van de negentiende eeuw een stevig fundament gelegd waarop ook thans nog veilig kan worden gebouwd.<sup>5</sup> De Commissie Insolventierecht, ingesteld bij Koninklijk Besluit van 3 april 2003 (Stcrt. 76) om de regering en de beide kamers der Staten-Generaal te adviseren over wetgeving op het terrein van het insolventierecht, heeft dat ook gedaan. Het door haar op 1 november 2007 – 120 jaar na het verschijnen van het Ontwerp van de Staatscommissie – aan de Minister van Justitie aangeboden Voorontwerp voor een nieuwe Insolventiewet vormt weliswaar het resultaat van een grondige herziening van het insolventierecht, maar handhaaft tegelijkertijd belangrijke onderdelen van de bestaande wetgeving. Haar voorstellen

---

3 S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave van Van der Feltz, I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 6.

4 Van der Feltz, I, p. 8.

5 Molengraaff meende overigens al 16 jaar na inwerkingtreding van de Faillissementswet dat het tijd was voor een herziening (zie het ‘Voorbericht’ bij de tweede druk van zijn boek ‘De Faillissementswet’ uit 1914). Hij waarschuwde: ‘wordt daartoe niet tijdig overgegaan, dan zal de Faillissementswet eertlang bedreigd worden door hetzelfde lot, dat onze Wetboeken van Burgerlijk en Handelsrecht heeft getroffen: dat van onherstelbare veroudering.’

zijn geen vrucht van nieuwe theorieën en vele uitgangspunten van de huidige Faillissementswet zijn, na herijking, gehandhaafd.<sup>6</sup>

Eén van de punten waarop het Voorontwerp fundamenteel afwijkt van de huidige Faillissementswet betreft de daarin opgenomen voorzieningen voor grensoverschrijdende insolventies (voor zover niet onderworpen aan Europese regelgeving of verdragen). Bepalingen op het terrein van het internationale insolventierecht zijn zo goed als afwezig in de Faillissementswet. Dat lag niet aan Molengraaff en de Staatscommissie. Zij hadden de regering juist uitgenodigd zich (ook) op dat punt ‘aan de spits [te] stellen der moderne rechtsontwikkeling’<sup>7</sup> en een krachtig pleidooi gehouden voor het opnemen van bepalingen in de Faillissementswet die de erkenning van buitenlandse faillissementen mogelijk maakten. De regering nam de voorstellen van de Staatscommissie op dit punt echter niet over en gaf er de voorkeur aan de materie aan verdragen en ontwikkeling in de rechtspraak over te laten. Dat is een gemiste kans geweest en het heeft het Nederlandse recht op dit punt de afgelopen honderd jaar niet veel verder gebracht. Thans ligt een nieuwe mogelijkheid voor om te breken met het inmiddels echt achterhaalde maar in Nederland nog steeds geldende territorialiteitsbeginsel op grond waarvan buitenlandse faillissementen niet mede het in Nederland gelegen vermogen van de schuldenaar omvatten.

## 2. Een gemiste kans: het Ontwerp van 1887

De vraag of en, zo ja, op welke wijze en in welke mate werking kan of moet worden toegekend aan in het buitenland uitgesproken faillissementen was ook ten tijde van het opstellen van het Ontwerp van 1887 onderwerp van discussie.<sup>8</sup> Volgens de Staatscommissie kon een faillissement, als gerechtelijk beslag op het vermogen van de schuldenaar, ‘uit den aard der zaak’ slechts territoriale werking hebben en derhalve ‘slechts rechtsgeldig bestaan binnen de grenzen van het land van den rechter die de faillietverklaring uitspreekt.’<sup>9</sup> Enkel de wetgever kon volgens de Staatscommissie de uit de territoriale werking van faillissementen voortvloeiende beperkingen ongedaan maken en de wetgever was daartoe volgens haar ook genoodzaakt gelet op de eisen van het internationale handelsverkeer. In haar

---

6 Toelichting, p. 136 (vgl. de Algemene Beschouwingen van het Ontwerp van 1887, Van der Feltz, I, p. 7). In deze bijdrage wordt gebruik gemaakt en verwezen naar het Voorontwerp en de Toelichting zoals afgedrukt in S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet, Voorontwerp Insolventiewet*, Deventer: Kluwer 2007.

7 Van der Feltz, II, p. 467.

8 Zie bijvoorbeeld D. Josephus Jitta, *Het vonnis van faillietverklaring in het internationaal privaatrecht*, Leiden: Somerwil, 1880; Ph. Kleintjes, *Het faillissement in het internationaal privaatrecht*, 's-Gravenhage: Van Langenhuisen 1890.

9 Van der Feltz, II, p. 466.

Ontwerp omarmde de Staatscommissie het door haar als (enig) juist aanvaarde beginsel van de universaliteit en eenheid van het faillissement en nam zij bepalingen op die tot uitdrukking brachten dat ook in het buitenland uitgesproken faillissementen in Nederland zouden worden erkend.<sup>10</sup> De Staatscommissie merkte hierover het volgende op:

‘Dit beginsel, het kan moeilijk ontkend worden, steunt op een volkomen juist en rationeelen grondslag. Het uitgangspunt is dit: het vermogen van den schuldenaar is geen verzameling van evenveel boedeltjes als er rijken zijn binnen welke grenzen zich bestanddeelen van dit vermogen bevinden, maar één boedel, één geheel, één onderpand voor al zijne schuldeischers, geen uitgezonderd, en waar zij zich ook mogen ophouden. Die eenheid van den boedel vordert eenheid van executie. De bestaande toestand, waarin die eenheid van executie aan een kwalijk begrepen souveriniteitsbeginsel is opgeofferd, toont dit voldingend aan; hij geeft aanleiding tot conflicten en onbillijkheid. De eerbiediging van ieders rechten is niet mogelijk, de *paritas creditorum* is niet te handhaven, wanneer het faillissement niet ook buiten de grenzen van het land, waar het is uitgesproken, kan werken. De noodzakelijkheid van de erkenning der eenheid van het faillissement dringt zich in de praktijk zelfs zoo gebiedend op, dat de jurisprudentie in die landen, welke wetten op dit punt geen speciale voorschriften inhouden, steeds meer en meer in die richting zich beweegt. Hier en daar heeft de rechter, gehoor gevende aan de dringende eischen van het verkeer, in zijne uitspraken die eenheid reeds openlijk erkend. Waar die feiten zoo luide spreken, is het plicht van den wetgever te volgen. Dat alle executierecht uit zijn aard territoriaal recht is, kan alleen een theoretisch bezwaar zijn, dat behoort te wijken voor eene juiste opvatting van de rechtsgemeenschap, waarin de beschaafde natiën tot elkander staan. Ook is het in elk geval de daad van den nationalen wetgever, die gezag verleent aan de beslissing van den buitenlandschen rechter.’<sup>11</sup>

Tegen deze achtergrond stelde de Staatscommissie voor een drietal bepalingen betreffende de werking in Nederland van in het buitenland uitgesproken faillissementen op te nemen. De kernbepaling was artikel 211:

‘De in het buitenland door de aldaar bevoegde macht uitgesproken faillietverklaring wordt in Nederland erkend. Zij heeft ten aanzien van rechten en rechtshandelingen, waarop de Nederlandsche wet toepasselijk is, dezelfde gevolgen als eene in Nederland uitgesproken faillietverklaring zoude hebben.’<sup>12</sup>

---

10 Zie met betrekking tot de begrippen territorialiteit, universaliteit, eenheid en pluraliteit: P.M. Veder, *Cross-Border Insolvency Proceedings and Security Rights*, Deventer: Kluwer, 2004, p. 85 e.v. (met verdere verwijzingen).

11 Van der Feltz, II, p. 467.

12 Van der Feltz, II, p. 467.

De schuldenaar die in het buitenland failliet was verklaard zou aldus ook in Nederland geacht worden failliet te zijn. Ook de in Nederland gelegen goederen van die schuldenaar zouden als gevolg van deze bepaling aan het buitenlandse faillissementsbeslag zijn onderworpen. Dit zou anders zijn als naar Nederlands recht de Nederlandse rechter tot het uitspreken van het faillissement van de schuldenaar bevoegd was.<sup>13</sup> De rechtsgevolgen van het faillissement voor rechtsbetrekkingen van de schuldenaar zouden in het voorstel van de Staatscommissie zijn onderworpen aan Nederlands recht voor zover Nederlands recht in het algemeen die rechtsbetrekking beheerste.<sup>14</sup> Publiciteit was wel een vereiste voor de werking van een buitenlands faillissement in Nederland. Het voorstel van de Staatscommissie hield in dat een buitenlands faillissement in beginsel eerst werking in Nederland had – en aan derden kon worden tegengeworpen – vanaf de dag van aankondiging van dat faillissement in de Staatscourant.<sup>15</sup>

De Staatscommissie spoorde de wetgever aan uitdrukkelijk de territoriale benadering van faillissementen opzij te zetten en het beginsel van de universaliteit en eenheid van het faillissement te omarmen:

‘De Nederlandsche wetgever zal zich door het sanctioneeren van dit beginsel, wat het faillietenrecht betreft, aan de spits stellen der moderne rechtsontwikkeling, en aan het internationale rechtsidee in deze materie de juiste wettelijke uitdrukking geven.’<sup>16</sup>

De regering dacht daar aan het einde van de negentiende eeuw echter anders over en heeft de voorstellen van de Staatscommissie niet overgenomen in het uiteindelijke wetsvoorstel. Zij werd daarin gesteund door de Raad van State en het parlement. De Raad van State achtte de tijd nog niet rijp voor een wettelijke verankering van de – overigens door haar wel als wenselijk bestempelde – ‘erkenning der rechts-

---

13 Art. 212 Ontwerp: ‘De bepalingen van het voorgaande artikel gelden niet, indien volgens de Nederlandsche wet de Nederlandsche rechter tot het uitspreken der faillietverklaring bevoegd is.’ (Van der Feltz, II, p. 468).

14 Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat de Staatscommissie bijvoorbeeld van oordeel was dat de vraag of en, zo ja, in hoeverre de schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn in Nederland gelegen vermogen had verloren, naar Nederlands recht diende te worden beantwoord (zie Van der Feltz, II, p. 468).

15 Art. 213 Ontwerp: ‘Bij de toepassing van het tweede lid van artikel 211 geldt als tijdstip van den aanvang van het in het buitenland uitgesproken faillissement, de dag waarop de faillietverklaring hier te lande is openbaar gemaakt door middel eener aankondiging in de Nederlandsche Staatscourant. De faillietverklaring kan niet worden tegengeworpen aan dengene, die aantoonde dat zij, niettegenstaande de voorgeschreven bekendmaking, in zijne woonplaats niet bekend kon zijn. Hij, aan wien de faillietverklaring niettemin bekend was, kan zich op deze bepalingen niet beroepen.’ (Van der Feltz, II, p. 468)

16 Van der Feltz, II, p. 467.

geldigheid van in den vreemde uitgesproken faillietverklaringen' en wees erop dat art. 211 van het Ontwerp zou medebrengen dat 'ook eene in Turkije of Tunis uitgesproken faillietverklaring hier te lande rechtskracht zoude hebben.'<sup>17</sup> In de Tweede Kamer kon men de lijn van de regering op dit punt tot op zekere hoogte goedkeuren,

'immers het beginsel, in art. 211 van het ontwerp dier commissie nedergelegd, zou total van moeilijkheden aanleiding kunnen geven en ons dwingen tot de erkenning van faillietverklaringen in schier alle oorden der aarde, met de meest verschillende maatschappelijke toestanden en de meest onderscheidene wettelijke bepalingen.'<sup>18</sup>

In het parlementaire debat overheerste de gedachte dat het niet aan de Nederlandse wetgever was om een dergelijke grote stap te zetten en op unilaterale basis werking toe te kennen aan in het buitenland uitgesproken faillissementen. De materie zou beter kunnen worden geregeld in verdragen.

Daarmee heeft de wetgever aan het einde van de negentiende eeuw een kans voorbij laten gaan om te besluiten tot een – ook toen al<sup>19</sup> – voor de praktijk wenselijke toekenning van werking in Nederland aan buitenlandse faillissementen.

### **3. Nederland loopt uit de pas**

Molengraaff moet het hebben betreurd dat de regering de voorstellen van de Staatscommissie kennelijk te ver gingen. Het gevolg van het niet opnemen van de door de Staatscommissie voorgestelde bepalingen was in zijn opvatting (en die van de Staatscommissie) immers dat aan een buitenlands faillissement geen werking toekwam ten aanzien van het in Nederland gelegen vermogen van de failliet (terwijl de praktijk daar wel om vroeg). Het door hem omarmde ideaal van de universaliteit en eenheid van het faillissement werd daardoor niet – voor Nederland – gerealiseerd. Nu de wet niet anders bepaalde, gold volgens Molengraaff (en de Staatscommissie) dat:

'de buitenlandsche faillietverklaring ten opzichte van het in Nederland aanwezige vermogen des schuldenaars geenerlei gevolg heeft. Het faillissement toch is eene algemeene vermogens-executie, een algemeen gerechtelijk beslag; de faillietverklaring: de beschikking des rechters, waarmede het beslag, de executie, wordt ingeleid, waardoor het wordt gelegd. Dit karakter van het faillissement brengt mede, dat het niet kan werken buiten de grenzen van het Rijk, welks rechter het heeft uitgesproken, tenzij en voorzoo-

---

17 Van der Feltz, II, p. 290.

18 Van der Feltz, II, p. 291.

19 Van der Feltz, II, p. 467.

verre de wetgever van eenig land aan het buitenlandsch faillissement gevolgen verbindt. Zoolang het waar blijft, dat een rechter geen bevelen kan geven, dus ook niet eene executie kan bevelen, i.e.w. geen autoriteit kan uitoefenen buiten de grenzen van het Rijk, welks regeering hem heeft aangesteld, zal het ook waar blijven, dat het faillissement niet anders kan hebben dan eene territoriale werking.

(...)

Het beginsel van de universaliteit van het faillissement, volgens hetwelk de faillietverklaring werkt ook buiten de grenzen van het land, alwaar zij is uitgesproken, gaat veel verder; het laat feitelijk de buitenlandsche autoriteit, die de faillietverklaring uitspreekt, beslag leggen en executeeren in Nederland. Zoolang de Nederlandsche wet dit niet uitdrukkelijk toestaat, is geen andere slotsom geoorloofd, dan deze: dat de buitenlandsche faillietverklaring niet raakt het deel van het vermogen van den schuldenaar, dat zich hier te lande bevindt.<sup>20</sup>

Het buitenlandse faillissement en de daarin benoemde curator konden als feit echter niet worden ontkend:

'Moet den buitenlandschen curator alle bemoeienis met het hier te lande zich bevindende vermogen van den schuldenaar worden ontzegd, daaruit volgt geenszins, dat hij zich hier niet als curator zou kunnen gedragen en niet als zoodanig zou moeten worden erkend, voor zooveel betreft het vermogen dat zich in het land der faillietverklaring bevindt.'<sup>21</sup>

Deze analyse van Molengraaff geeft (helaas) nog steeds de hoofdlijnen van het geldende commune Nederlandse internationale insolventierecht weer. Verdragen of andere Nederland bindende internationale regelingen die een regeling bevatten van de grensoverschrijdende gevolgen van insolventieprocedures zijn er, met uitzondering van het Nederlands-Belgisch Executieverdrag van 1925, het (slechts zeer beperkt relevante) Nederlands-Duits executieverdrag van 1962 en, veel later, de EG-Insolventieverordening en de richtlijnen inzake sanering en liquidatie van verzekeringsondernemingen resp. kredietinstellingen, niet gekomen.<sup>22</sup> Anders dan

---

20 W.L.P.A. Molengraaff, *De Faillissementswet*, 's-Gravenhage: Boekh. vh. Gebr. Belinfante, 1898, p. 502/503.

21 W.L.P.A. Molengraaff, *De Faillissementswet*, tweede druk 1914, p. 627. Zie ook de Memorie van Toelichting bij het Ontwerp van de Staatscommissie, Van der Feltz, II, p. 466.

22 Verdrag van 28 maart 1925 betreffende de territoriale rechterlijke bevoegdheid, betreffende het faillissement en betreffende het gezag en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen, van scheidsrechterlijke uitspraken en van authentieke akten (*Stb.* 1929, 405); Verdrag van 30 augustus 1962 betreffende de wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen en andere executoriale titels in burgerlijke zaken (*Trb.* 1963, 50); Verordening (EG) van de Raad van de Europese Unie van 29 mei 2000 (Nr. 1346/2000) betreffende insolventieprocedures (PbEG L 160 van 30 juni 2000, p. 1 e.v.); Richtlijn nr. 2001/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 19 maart 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van verzekeringsondernemingen (PbEG L 110

bijvoorbeeld de Duitse Bundesgerichtshof deed in 1985<sup>23</sup>, heeft de Hoge Raad voor het *commune internationale insolventierecht* geen afstand genomen van het territorialiteitsbeginsel als het gaat om de vraag welke werking in Nederland moet worden toegekend aan buitenlandse faillissementen.

Een gedetailleerde weergave en analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad op het terrein van de erkenning van buitenlandse insolventieprocedures gaat het bestek van deze bijdrage te buiten. Ik heb deze jurisprudentie in mijn proefschrift geanalyseerd en volsta hier kortheidshalve met een weergave van de belangrijkste conclusie van die analyse.<sup>24</sup> Mijns inziens kan uit de rechtspraak van de Hoge Raad (sinds 1888) de conclusie worden getrokken dat hij in overeenstemming is met hetgeen Molengraaff opmerkte naar aanleiding van de keuze van de wetgever geen bepaling op te nemen in de Faillissementswet die voorzag in de erkenning van buitenlandse faillissementen. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat een in het buitenland uitgesproken faillissement (en een daarin benoemde curator) weliswaar wordt erkend in Nederland maar slechts met territoriale werking in die zin dat een dergelijk buitenlands faillissement zich niet uitstrekt tot het in Nederland gelegen vermogen van de schuldenaar. Het in Nederland gelegen vermogen van de schuldenaar is in zekere zin ‘geïsoleerd’ van de gevolgen van het buitenlandse faillissement.

In 1996 werd deze territoriale werking van buitenlandse faillissementen – of liever gezegd, het gebrek aan werking in Nederland – door de Hoge Raad nog bevestigd in zijn arrest inzake Coppoolse/De Vleeschmeesters, waar hij overwoog:

‘Voor zover niet bij een Nederland bindend verdrag anders is bepaald, heeft een in een ander land uitgesproken faillissement territoriale werking, niet alleen in die zin dat het daar op het vermogen van de gefailleerde rustende faillissementsbeslag niet mede omvat zijn in Nederland aanwezige baten (HR 2 juni 1967, NJ 1968, 16), maar ook in die zin dat de rechtsgevolgen die door het faillissementsrecht van dat andere land aan een faillissement worden verbonden, in Nederland niet kunnen worden ingeroepen voor zover zij ertoe zouden leiden dat onvoldane crediteuren zich niet meer kunnen verhalen

---

van 20 april 2001. P. 28 e.v.), in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd bij Wet van 21 februari 2004 (*Stb.* 86); Richtlijn nr. 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 4 april 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen (PbEG L 125 van 5 mei 2001, p. 15 e.v.), in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd bij Wet van 7 april 2005 (*Stb.* 208).

23 BGH 11 juli 1985, ZIP 1985, p. 944.

24 Veder 2004, p. 222 e.v.



op – tijdens of na afloop van het faillissement – in Nederland aanwezige vermogensbestanddelen van de (voormalige) gefailleerde.<sup>25</sup>

De precieze reikwijdte en uitwerking van het in de jurisprudentie vastgelegde territorialiteitsbeginsel is in de literatuur overigens onderwerp van discussie. Het gaat dan in het bijzonder om de vraag of daaruit niet alleen volgt dat schuldeisers van de failliet zich ondanks een in het buitenland uitgesproken faillissement kunnen blijven verhalen op het in Nederland gelegen vermogen van de schuldenaar maar of daaruit bijvoorbeeld ook volgt dat de overige gevolgen van een faillissement, zoals het verlies van beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar en de daarmee corresponderende bevoegdheden van de buitenlandse curator, evenmin gelden ten aanzien van het in Nederland gelegen vermogen van de schuldenaar. Er bestaat weinig verschil van mening over in de Nederlandse literatuur dat het wenselijk zou zijn dat buitenlandse curatoren de krachtens buitenlands insolventierecht aan hen toekomende bevoegdheden in beginsel ook kunnen uitoefenen ten aanzien van in Nederland gelegen activa. Het is echter maar zeer de vraag in hoeverre dat in overeenstemming is met het territorialiteitsbeginsel zoals dat door de Hoge Raad is verwoord in onder meer zijn arrest inzake *De Vleeschmeesters*.<sup>26</sup>

Er wordt ook wel verdedigd dat uit het arrest inzake *Gustafsen q.q./Mosk*<sup>27</sup> dat de Hoge Raad iets meer dan een jaar na zijn arrest inzake *Coppoolse/De Vleeschmeesters* wees, kan worden afgeleid dat de Hoge Raad ‘om’ is, althans een veel beperktere uitleg van het territorialiteitsbeginsel voorstaat dan door mij (in overeenstemming met de gedachten van Molengraaff) is verdedigd.<sup>28</sup> Hoe zeer een dergelijke ontwikkeling ook wenselijk zou zijn en hoe zeer daarvoor mede gelet op de (door de Hoge Raad in zijn arrest van 1997 ook gememoreerde) internationale ontwikkelingen aanleiding bestaat, ik vraag mij af of die conclusie uit het arrest mag worden getrokken. De Hoge Raad neemt in zijn arrest inzake *Gustafsen q.q./Mosk* niet uitdrukkelijk afstand van het territorialiteitsbeginsel. Bovendien is het arrest *Gustafsen q.q./Mosk* goed verenigbaar met de door de Hoge Raad in zijn arrest inzake *De Vleeschmeesters* nog gesanctioneerde territoriale werking van buitenlandse faillissementen. Het territorialiteitsbeginsel zoals het is geformuleerd in het *Vleeschmeesters*-arrest staat niet aan een beroep van een buitenlandse curator op

---

25 HR 31 mei 1996, *NJ* 1998, 108.

26 Zie hierover onder meer P.M. Veder, ‘De positie van de curator in grensoverschrijdende faillissementen’, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Deventer: Tjeenk Willink 1996, p. 291 e.v. en Veder 2004, p. 222 e.v.

27 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1999, 316.

28 Zie Th. M. de Boer in zijn noot onder het arrest in de *NJ* en, aarzelend, J. Israël, *Grensoverschrijdend insolventierecht*, Zutphen: Paris, 2006, p. 24 e.v.

de pauliana-bepalingen van de buitenlandse lex concursus in de weg.<sup>29</sup> De Hoge Raad hoefde ook niet ‘om’ te gaan om tot zijn oordeel inzake Gustafsen q.q./Mosk te komen. Het ging in die zaak immers om het ongedaan maken van een vermogensverschuiving ten laste van vermogen van de schuldenaar dat zonder de paulianeuze handeling in kwestie in Duitsland gelegen zou zijn (een betaling ten laste van een Duitse bankrekening van de schuldenaar).<sup>30</sup> Het territorialiteitsbeginsel staat volgens mij, hoe betreurenswaardig ook, na het arrest Gustafsen q.q./Mosk nog steeds overeind.

Maar wat er ook zij van de in de literatuur gevoerde discussie over de exacte reikwijdte en uitwerking van het door de Hoge Raad gehanteerde territorialiteitsbeginsel, duidelijk is dat Nederland internationaal gezien uit de pas loopt. Waar de Hoge Raad als het gaat om een in Nederland uitgesproken faillissement aanneemt dat dat faillissement ook het in het buitenland gelegen vermogen van de schuldenaar omvat,<sup>31</sup> wordt door hem slechts in zeer beperkte mate in Nederland effect toegekend aan buiten Nederland uitgesproken insolventies. Deze benadering staat in schril contrast met de internationale ontwikkelingen van de afgelopen decennia. Sinds het begin van deze eeuw heeft de regeling van de grensoverschrijdende gevolgen van insolventies binnen de EU ingrijpende wijzigingen ondergaan als gevolg van de inwerkingtreding op 31 mei 2002 van de EG-Insolventieverordening en de omzetting van de richtlijnen inzake de sanering en liquidatie van verzekeringsondernemingen, respectievelijk kredietinstellingen. Verscheidene EU lidstaten hebben de afgelopen jaren ook voor niet door de EG-Insolventieverordening beheerste insolventies wetgeving ingevoerd die is geënt op de EG-Insolventieverordening. Voorts kan worden gewezen op een vijftiental landen dat – voor zover het EU lidstaten betreft, in aanvulling op de EG-Insolventieverordening – wetgeving heeft geïmplementeerd die is gebaseerd op de UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency van 1997, recentelijk nog Australië, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten. Bovendien kan niet worden gezegd dat de rechtspraak van de Hoge Raad van de afgelopen eeuw heeft bijgedragen aan de ontwikkeling van een coherent systeem van commuun internationaal insolventierecht. De Hoge Raad heeft slechts enkele piketpalen geslagen.<sup>32</sup> Over allerlei vragen die in het kader van grensoverschrijdende insolventies kunnen rijzen, bijvoorbeeld op het terrein van

---

29 Zie onder meer H.L.E. Verhagen en P.M. Veder, ‘De “Pauliana” in het Nederlandse internationaal privaatrecht’, *NIPR* 2000/1, p. 4, Veder 2004, p. 229/230, B. Wessels, *International insolvency law*, par. 10164.

30 Vgl. Veder 2004, p. 229/230.

31 HR 15 april 1955, *NJ* 1955, 542 (Comfin).

32 B. Wessels, ‘Internationaal insolventierecht in het Voorontwerp’, in: J.A. van de Hel e.a. (red.), *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2008, p. 284.

het toepasselijk recht, bestaat onduidelijkheid. Daarmee is het thans geldende Nederlandse commune internationaal insolventierecht niet alleen gebaseerd op achterhaalde gedachten maar leidt het bovendien tot voor de praktijk ongewenste rechtsonzekerheid.

#### **4. Een nieuwe kans: titel 10 van het Voorontwerp**

Ruim 120 jaar na de poging van de Staatscommissie is het echt tijd voor een heroriëntatie van het Nederlandse commune internationaal insolventierecht. De Commissie Insolventierecht doet in haar Voorontwerp voorstellen die ertoe strekken een einde te maken aan de hiervoor kort beschreven verouderde en weinig zekerheid biedende stand van zaken. De Commissie beoogt met haar voorstellen voor een titel 10 'Internationaal insolventierecht' een efficiënte en doeltreffende afwikkeling van insolventieprocedures met grensoverschrijdende gevolgen buiten de EU te bevorderen. Voorts wordt rechtszekerheid nagestreefd ten aanzien van de regels die gelden bij de afwikkeling van dergelijke internationale gevallen en ten aanzien van het daarop toepasselijke recht. Daarnaast is titel 10 gericht op een verbetering van het systeem van onderlinge informatie-uitwisseling en samenwerking tussen bewindvoerders en rechters die in Nederland en daarbuiten betrokken zijn bij insolventieprocedures met grensoverschrijdende gevolgen.

Bij het ontwerpen van titel 10 heeft de Commissie Insolventierecht zich georiënteerd op thans beschikbare en elders in de wereld gebruikte stelsels. In het bijzonder heeft de Commissie daarbij gekeken naar de EG-Insolventieverordening en de UNCITRAL Model Law. Voor beide teksten geldt dat zij, hoewel verschillend van opzet en inhoud, een internationaal aanvaardbare regeling geven voor de benadering van de grensoverschrijdende gevolgen van insolventieprocedures. De Commissie heeft uiteindelijk gekozen voor het opstellen van een eigen regeling die een mengvorm behelst van de UNCITRAL Model Law en de EG-Insolventieverordening.<sup>33</sup>

Op het punt van de erkenning van buitenlandse insolventies is gekozen voor aansluiting bij de UNCITRAL Model Law. Dat betekent dat erkenning van een buitenlandse insolventie steeds een toetsing door de Nederlandse rechter vereist. De Nederlandse rechter dient te beoordelen of (i) het verzoek tot erkenning een buitenlandse insolventie betreft als omschreven in artikel 10.1.2. onder a, (ii) of het verzoek is gedaan door de bewindvoerder in die insolventie, een schuldeiser of de schuldenaar en (iii) of de schuldenaar het centrum van zijn voornaamste belangen heeft in de staat waar de insolventie is uitgesproken. Erkenning wordt geweigerd

---

33 Vgl. Veder 2004, p. 243 e.v.

indien de buitenlandse rechter niet naar internationaal aanvaardbare normen bevoegd was de insolventie uit te spreken of voor zover de gevolgen van erkenning kennelijk in strijd zouden zijn met de openbare orde. Erkenning van een buitenlandse insolventie in Nederland betekent niet automatisch dat die buitenlandse insolventie tevens het in Nederland gelegen vermogen van de schuldenaar omvat. Dat is slechts het geval indien de buitenlandse insolventie in Nederland wordt erkend als buitenlandse hoofdinsolventie.<sup>34</sup>

Ten aanzien van het op de insolventieprocedure en haar gevolgen toepasselijke recht, oriënteert het Voorontwerp zich zoveel mogelijk op de EG-Insolventieverordening, in het bijzonder de artikelen 4-15 daarvan. Als hoofdregel geldt dat op de insolventie en de procedurele en materiële gevolgen daarvan het recht van toepassing is van de staat waar de insolventverklaring is uitgesproken. Het Voorontwerp voorziet evenals de EG-Insolventieverordening in een aantal uitzonderingen op die hoofdregel. Bij de formulering van die uitzonderingen is zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de tekst van de EG-Insolventieverordening. Door met betrekking tot het toepasselijk recht uit te gaan van de in de EG-Insolventieverordening neergelegde regeling wordt gewaarborgd dat de insolventie en haar gevolgen steeds door hetzelfde recht worden beheerst, ongeacht of de EG-Insolventieverordening van toepassing is. Dit komt de rechtszekerheid en de praktische hanteerbaarheid ten goede. De EG-Insolventieverordening is inmiddels ruim 6 jaar van kracht en de rechtspraak heeft daar de nodige ervaring mee opgedaan. Het biedt voorts als voordeel dat de Nederlandse rechter gebruik kan maken van de uitleg die het Hof van Justitie van de EG (en andere buitenlandse rechters) aan de EG-Insolventieverordening geven. Vanzelfsprekend is de uitleg van het Hof van Justitie niet bindend in gevallen die niet door de EG-Insolventieverordening worden bestreken, maar een efficiënte en doeltreffende afwikkeling van insolventieprocedures met grensoverschrijdende gevolgen, waarbij ook gevolgen aan de orde kunnen zijn die niet door de EG-Insolventieverordening worden bestreken, is echter gebaat bij een op de uitleg van het Hof afgestemde interpretatie. Aan de noodzaak van rechtszekerheid in het rechtsverkeer en de voorspelbaarheid van rechterlijke beslissingen op het terrein van grensoverschrijdende insolventiekwesties zou afbreuk worden gedaan indien onverklaarbare verschillen zouden ontstaan al naar gelang de vraag of de verordening al dan niet van toepassing is.

---

<sup>34</sup> Art. 10.3.2 Voorontwerp. Een buitenlandse insolventie wordt erkend als buitenlandse hoofdinsolventie als de Nederlandse rechter tot het oordeel komt dat de insolventie is uitgesproken in de staat waar de schuldenaar het centrum van zijn voornaamste belangen heeft.

Naast de gekozen systematiek van rechterlijke erkenning en het overnemen van de in de EG-Insolventieverordening opgenomen bepalingen inzake toepasselijk recht, voorziet titel 10 in bepalingen die informatie-uitwisseling en samenwerking tussen rechters en bewindvoerders in de verschillende, parallel lopende procedures regelen. Dergelijke bepalingen zijn onmisbaar in een systeem waarin ten opzichte van één debiteur meerdere insolventieprocedures kunnen worden geopend. Coördinatie van dergelijke parallelle procedures is noodzakelijk voor een efficiënte en doeltreffende afwikkeling van de insolventie van de schuldenaar. In gevallen waarin verwevenheid bestaat tussen een Nederlandse insolventie en een buitenlandse insolventie van dezelfde schuldenaar dienen zowel de bewindvoerder als de rechter(-commissaris) in een Nederlandse insolventie mede acht te slaan op de belangen die met de buitenlandse insolventie worden gediend. De Nederlandse insolventie kan niet als volkomen geïsoleerd van de buitenlandse insolventie worden afgewikkeld.

Ik ben ervan overtuigd dat de Commissie Insolventierecht met titel 10 een regeling heeft ontworpen die 'goed werkbaar is en een vergelijking met recent gewijzigde stelsels in landen die belangrijke handelspartners van Nederland zijn (Verenigde Staten, Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Japan) zeer wel kan doorstaan'.<sup>35</sup>

## 5. Afronding

De Nederlandse wetgever had zich aan het einde van de negentiende eeuw aan de spits van de moderne rechtsontwikkeling kunnen plaatsen door in de Faillissementswet te verankeren dat de gevolgen van een in het buitenland uitgesproken faillissement zich in beginsel ook zouden kunnen uitstrekken tot het in Nederland gelegen vermogen van de failliet. De wetgever wilde daar toen echter niet aan. Molengraaff wees reeds op de gevolgen van die keuze van de wetgever en uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat hij gelijk heeft gehad. Dat leidt tot de teleurstellende conclusie dat nu, 112 jaar na inwerkingtreding van de Faillissementswet, het Nederlandse commune internationaal insolventierecht volledig uit de pas loopt met de ontwikkelingen in de wereld om ons heen en niet de mate van duidelijkheid en rechtszekerheid biedt die voor de praktijk wenselijk en noodzakelijk is. Het is te hopen dat de voorstellen van de Commissie Insolventierecht op het terrein van het internationale insolventierecht een beter lot zijn beschoren dan de voorstellen van de Staatscommissie in 1887.

---

35 Toelichting, p. 435. Titel 10 van het Voorontwerp is onder meer besproken door: T.M. Bos, 'Internationale Insolventieprocedures in het Voorontwerp Insolventiewet', *WPNR* 2008 (6760), p. 535; J. Israël, 'Titel 10: Internationaal insolventierecht', *TvI* 2008, 26, p. 168; Wessels 2008, p. 283 e.v.



# **HANDELSRECHT**





## Vervaltermijn bij koop: van Molengraaff tot heden

*S.A. Kruisinga\**

### 1. Inleiding

Wanneer na aankoop van een stuk grond blijkt dat de bodem ernstig verontreinigd is, zal dit een teleurstelling betekenen voor de koper. Hetzelfde geldt wanneer een aangeschaft apparaat defect blijkt te zijn. De betreffende koper zal overwegen een vordering in te stellen jegens de verkoper tot vergoeding van de geleden schade of tot ontbinding van de koopovereenkomst. De vraag rijst of de koper in een dergelijk geval mag treuzelen met het doorgeven van zijn klacht aan de verkoper. Wat is rechtens in een dergelijk geval? In zijn 'Inleiding tot het Nederlandsche handelsrecht' geeft Molengraaff<sup>1</sup> hierover de volgende uiteenzetting.

'De koper doet verstandig, dadelijk bij de levering der goederen of anders zoo spoedig mogelijk, nadat hij ze onder zich heeft gekregen, te onderzoeken, of ze aan de overeenkomst voldoen, althans dit te doen alvorens de goederen te gebruiken of te verwerken of daarover te beschikken, daar de rechtspraak herhaaldelijk heeft beslist, dat in het gebruiken of verwerken door den koper van in ontvangst genomen goederen of in het beschikken daarover goedkeuring of aanvaarding van die goederen is gelegen, alsook dat de koper het recht tot klagen over hetgeen geleverd is, verliest ten gevolge van het laten verlopen van een vaak zeer korten termijn, waarbinnen hij het geleverde behoort te onderzoeken. Reeds menig koper, die te goed vertrouwen stelde in de nauwgezetheid van zijn verkoper, heeft dit tot zijn schade ondervonden.'

In deze bijdrage zal dit citaat van Molengraaff geplaatst worden in het huidig tijdsgewricht. Alleereerst zal daartoe de regeling inzake verborgen gebreken en de daarbij behorende vervaltermijn in het oud BW besproken worden (par. 2). Vervolgens zal de vervaltermijn in het huidig BW (par. 3) en in het Weens Koopverdrag (par. 4) aan de orde komen. Ter afsluiting zal worden stilgestaan bij het toepassingsgebied en het karakter van een dergelijke vervaltermijn (par. 5 en 6).

---

\* Mw.Mr. S.A. Kruisinga LL.M. is als universitair hoofddocent handelsrecht verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

1 W.L.P.A. Molengraaff, *Inleiding tot het Nederlandsche handelsrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1922, p. 68-69.

## 2. Vervaltermijn bij verborgen gebreken in het oud BW

In de tijd dat W.L.P.A. Molengraaff in Utrecht hoogleraar was – aan het einde van de negentiende en het begin van de twintigste eeuw - bepaalde art. 1540 BW dat de verkoper ervoor moest instaan dat geen sprake was van (ernstige) verborgen gebreken.<sup>2</sup> De koper kon de verkoper aansprakelijk stellen wanneer sprake was van verborgen gebreken in het verkochte. Een rechtsvordering ter zake van verborgen gebreken moest op grond van art. 1547 BW ‘door den koper aangelegd worden binnen eenen korten tijd, overeenkomstig den aard dier gebreken, en met inachtneming der gebruiken van de plaats alwaar de koop gesloten is’. De termijn in art. 1547 BW was een vervaltermijn die zag op het instellen van de rechtsvordering en was dus niet een klachttermijn, maar een dagvaardingstermijn.<sup>3</sup>

Wanneer de termijn om te dagvaarden zou aanvangen, was niet exact bepaald. In een geschil over de verkoop van een – beweerdelijk - aan tuberculose gestorven koe overwoog de Hoge Raad<sup>4</sup> dat deze termijn niet aanvangt op de dag van de levering, maar ‘op het tijdstip waarop òf het gebrek zich openbaart òf zich verschijnselen voordoen, die zouden rechtvaardigen een bijzonder onderzoek, hetwelk het verborgen gebrek zou hebben moeten openbaren’. Na ontdekking van het gebrek moest de koper binnen een korte tijd de verkoper dagvaarden. Juist het feit dat deze regeling inzake verborgen gebreken aan een dergelijke, zeer korte termijn gebonden was, op straffe van verval van rechten, heeft ertoe geleid dat de Hoge Raad het toepassingsgebied van de verborgen gebrekenregeling sterk heeft ingeperkt, omdat deze ‘in plaats van overeenkomstig haar strekking in de eerste plaats de koper te beschermen, hoofdzakelijk tot een beschermende regeling voor de verkoper is geworden’.<sup>5</sup>

## 3. Vervaltermijn in geval van non-conformiteit in het huidig BW

Met de invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek is de regeling voor verborgen gebreken komen te vervallen. Art. 7:17 lid 1 BW bepaalt dat het afgeleverde aan de overeenkomst moet beantwoorden. Dit wordt de eis van conformiteit genoemd.

---

2 Art. 1540 BW luidde: ‘(d)e verkooper is gehouden tot vrijwaring wegens verborgene gebreken van het verkochte goed, die hetzelfde ongeschikt maken tot het gebruik waartoe het bestemd is, of die dat gebruik in dier voege verminderen, dat, bijaldien de koper de gebreken gekend had, hij het goed, of in het geheel niet, of niet dan voor eenen minderen prijs, zoude gekocht hebben’.

3 Vgl. Asser-Hijma 5-I, Deventer: Kluwer 2007, p. 350.

4 HR 13 december 1918, *NJ* 1919, p. 169.

5 Vgl. o.m. HR 3 april 1970, *NJ* 1970, 252 en Parlementaire Geschiedenis, Boek 7, Deventer 1991, p. 156 (VV I).

Het begrip ‘niet beantwoorden aan de overeenkomst’ omvat blijkens de memorie van toelichting<sup>6</sup> ‘ieder verschil (...) tussen de zaak die het onderwerp van de overeenkomst uitmaakt en de afgeleverde zaak’. Het afgeleverde moet bovendien de eigenschappen bezitten die de koper, mede gelet op de aard van de zaak, op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag, aldus art. 7:17 lid 2 BW, verwachten dat de zaak de 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. Een koper die een vordering wil instellen op grond van non-conformiteit mag naar huidig recht niet te lang wachten met het melden van de geconstateerde gebreken bij de verkoper. Wacht de koper hier te lang mee, dan vervalt zijn recht een beroep te doen op de non-conformiteit.

De koper verliest het recht een beroep te doen op de non-conformiteit van het geleverde indien hij niet ‘binnen bekwame tijd’ nadat hij de non-conformiteit heeft ontdekt, of had behoren te ontdekken, de verkoper hiervan in kennis stelt (art. 7:23 lid 1 BW). In de Parlementaire Geschiedenis<sup>7</sup> wordt bij art. 7:23 BW de volgende toelichting gegeven.

‘De vermelding van het ogenblik waarop de koper redelijkerwijze de afwijking had moeten ontdekken, belast hem met een zo spoedig mogelijk ingesteld onderzoek (...). Het zal van de omstandigheden afhangen, met name van de mate van waarneembaarheid van de afwijking, op welk ogenblik de koper deze had moeten ontdekken. Zo zijn er afwijkingen die een oppervlakkig onderzoek gelijk men van de koper bij de aflevering mag verlangen, aan het licht moet brengen; andere kunnen slechts door het gebruik van de zaak blijken.’

Onder omstandigheden kan voor beantwoording van de vraag of de afgeleverde zaak aan de overeenkomst beantwoordt een onderzoek door een deskundige nodig zijn. In beginsel zal de koper de bevoegdheid hebben eerst het advies van een deskundige in te winnen. Is het betreffende onderzoek tijdrovend, dan kan het zijn dat de koper de verkoper intussen niet in het ongewisse mag laten.<sup>8</sup> Uit een recent arrest van de Hoge Raad blijkt dat de koper het onderzoek in de zin van art. 7:23 lid 1 BW moet instellen en uitvoeren ‘met de voortvarendheid die gelet op de omstandigheden van het geval in redelijkheid van hem kan worden gevergd. In dat verband kunnen onder meer van belang zijn de aard en waarneembaarheid van het

---

6 Parlementaire Geschiedenis, Boek 7, Deventer 1991, p. 118 (TM).

7 Parlementaire Geschiedenis, Boek 7, Deventer 1991, p. 146 (TM).

8 Parlementaire Geschiedenis, Boek 7, Deventer 1991, p. 157 (MvA I).

gebrek, de wijze waarop dit aan het licht treedt, en de deskundigheid van de koper'.<sup>9</sup>

Zoals gezegd moet de koper zodra hij de non-conformiteit heeft ontdekt, of had behoren te ontdekken, op straffe van verval van zijn rechten zijn klachten 'binnen bekwame tijd' tot de verkoper richten. Uit de *Parlementaire Geschiedenis*<sup>10</sup> blijkt dat de koper dit moet doen 'binnen zo korte tijd als in de gegeven omstandigheden in verband met zijn onderzoeksplicht van hem kan worden gevergd'. Dit is een stringente benadering. Uit het eerdergenoemde arrest van de Hoge Raad<sup>11</sup> blijkt dat de vraag of binnen bekwame tijd is geklaagd, moet worden beantwoord onder afweging van alle betrokken belangen en met inachtneming van alle relevante omstandigheden, waaronder het antwoord op de vraag of de verkoper nadeel lijdt door de lengte van de in acht genomen klachttermijn. De Hoge Raad overweegt nadrukkelijk dat daarbij niet een vaste termijn kan worden gehanteerd, ook niet als uitgangspunt.

De precieze duur van de termijn hangt dus af van de omstandigheden van het geval. Hierbij kan met name gedacht worden aan de aard van het gekochte en de deskundigheid, de onderlinge verhouding en de juridische kennis van beide partijen.<sup>12</sup> In een procedure betreffende de verkoop van een stuk grond is het Gerechtshof 's-Gravenhage<sup>13</sup> gevraagd te beoordelen of de koper tijdig heeft geklaagd over de verontreiniging van de bodem. Uit een in juni 2003 verstrekt rapport blijkt dat sprake is van ernstige bodemverontreiniging. De kopers hebben vervolgens opdracht gegeven tot nader onderzoek; ze hebben een saneringsonderzoek/-plan laten opstellen en hebben dit ingediend bij de Provincie met het oog op de voorgenomen sanering; eerst daarna is de geconstateerde verontreiniging gemeld bij de verkoper. Het Hof overweegt dat art. 7:23 BW ertoe strekt 'te bewerkstelligen dat de verkoper van een zaak zo snel mogelijk op de hoogte wordt gesteld van beweerde gebreken aan het geleverde, zodat hij zijn belangen afdoende kan behartigen'. Een tijdige mededeling aan de verkoper had deze de gelegenheid gegeven om invloed uit te oefenen op de aard, de omvang en de wijze van uitvoering van het nadere onderzoek en op de uitgangspunten van het saneringsonderzoek/-plan. Het Hof oordeelt dat de koper niet tijdig heeft geklaagd, nu hij op 16 juni 2003 bekend was met de bodemverontreiniging en hiervan pas op 6 november 2003 mededeling heeft gedaan aan de verkoper.

---

9 HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 636 (Pouw/Visser).

10 *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 7, Deventer 1991, p. 152 (MvA II).

11 HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 636 (Pouw/Visser).

12 *Kamerstukken II* 2000/2001, 27 809, nr. 3, p. 10 (MvT).

13 Gerechtshof 's-Gravenhage 25 mei 2007, NJF 2007, 339.

Ook een recent vonnis van de rechtbank Leeuwarden<sup>14</sup> illustreert de werking van art. 7:23 lid 1 BW. Deze zaak betreft de verkoop van de aandelen in een BV. Deze BV heeft een pand in eigendom dat als hotel wordt gebruikt. De koper heeft de aandelen in april 2005 verkregen en constateert in juli 2005 enige gebreken aan het hotel; vervolgens verbouwt de koper het hotel gedurende enige maanden. Tijdens de verbouwing worden nog meer gebreken geconstateerd. Op 25 april 2006 maakt de koper melding van de geconstateerde gebreken. De rechtbank oordeelt dat dit niet 'binnen bekwame tijd' in de zin van art. 7:23 lid 1 BW is en wijst de vorderingen van de koper af. De rechtbank overweegt hierbij dat onder meer de aard van de verbouwing van belang is. Hierdoor is immers niet meer zichtbaar of de gebreken in verband staan met de gewenste cosmetische ingrepen of dat de onroerende zaak op zichzelf niet in goede staat verkeerde.

Als uitzondering op deze fatale termijn geldt de situatie dat het niet beantwoorden van de zaken aan de overeenkomst betrekking heeft op feiten die de verkoper kende of behoorde te kennen doch die hij niet heeft meegedeeld aan de koper (art. 7:23 lid 1 BW). In een dergelijk geval moet de kennisgeving binnen bekwame tijd na de daadwerkelijke ontdekking van het gebrek geschieden. In geval van opzet van de verkoper loopt de termijn niet zolang de koper zijn rechten niet kan uitoefenen als gevolg daarvan (art. 7:23 lid 3 BW). Van opzet van de verkoper kan sprake zijn wanneer de verkoper bepaalde gebreken desbewust verborgen heeft gehouden voor de koper of opzettelijk nagelaten heeft deze mede te delen aan de koper.<sup>15</sup>

Indien de koper niet aan zijn verplichting krachtens art. 7:23 lid 1 BW voldoet, verliest hij alle rechten terzake van de tekortkoming. Wat is de ratio van een dergelijke regeling? Uit de Parlementaire Geschiedenis<sup>16</sup> blijkt dat de bepaling in art. 7:23 lid 1 BW de verkoper beschermt tegen late en daardoor moeilijk te betwisten klachten. Een vergelijkbare bepaling als art. 7:23 BW in het algemeen verbintenissenrecht is art. 6:89 BW. Over deze bepaling is in de Parlementaire Geschiedenis<sup>17</sup> opgemerkt dat deze 'berust op de gedachte dat een schuldenaar erop moet kunnen rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en dat hij indien dit niet het geval blijkt te zijn, zulks eveneens met spoed aan de schuldenaar mededeelt'. De verkoper mag duidelijk niet te lang in een onzekere positie verkeren.<sup>18</sup>

---

14 Rb. Leeuwarden 19 maart 2008, LJN: BC 8078.

15 Parlementaire Geschiedenis, Boek 7, Deventer 1991, p. 147 (TM).

16 Parlementaire Geschiedenis, Boek 7, Deventer 1991, p. 146 (TM).

17 Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, Deventer 1991, p. 316-317 (TM).

18 Arbitraal vonnis 22 december 1999, *JOR* 2000, 139.

Overigens is art. 7:23 lid 1 BW ook van toepassing indien de verkoper de zaak opnieuw aan de koper aflevert nadat hij daaraan herstelwerkzaamheden heeft verricht op verzoek van de koper. De Hoge Raad<sup>19</sup> overweegt dat de verkoper immers ook bescherming verdient tegen late en daardoor moeilijk te betwisten klachten over de door hem verrichte herstelwerkzaamheden, op dezelfde gronden die gelden in het geval van een eerste aflevering.

#### 4. Vervaltermijn in geval van non-conformiteit in het wereldkooprecht

Dat Molengraaff belangstelling had voor eenvormig recht en de opbouw van wereldrecht blijkt uit zijn bijdrage in *De Gids* getiteld 'De dageraad van het wereldrecht'. Hierin merkt hij op dat het denkbeeld van een wereldrecht het meest volledig wordt verwezenlijkt, wanneer het plaatselijk verschillend recht door eenvormig recht wordt vervangen.<sup>20</sup> Hij zag hiervoor slechts beperkte mogelijkheden:

'(u)it den aard der zaak (...) is de aanwending van het middel van gemeenschappelijke wetgeving slechts binnen enge grenzen mogelijk. Alleen bij stamverwante, in overeenkomstige politieke of economische omstandigheden verkeerende staten zal deze hoogste vorm van samenwerking op wetgevend gebied belangrijke deelen van het privaatrecht kunnen omvatten.'

Bijna een eeuw later is het toch gelukt om eenvormig wereldkooprecht te creëren. In 1988 is het Weens Koopverdrag (hierna: CISG) voor een aantal landen in werking getreden.<sup>21</sup> Dit verdrag bevat bepalingen van materieel recht die van toepassing zijn op koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, die zijn gesloten tussen partijen die in verschillende staten gevestigd zijn (art. 1 CISG).

Dit verdrag bevat ook een regeling voor non-conformiteit in art. 35 CISG. Zowel deze bepaling als art. 7:17 BW<sup>22</sup> zijn ontleend aan het LUVI, het verdrag betreffende eenvormig kooprecht uit 1964. Art. 35 CISG bepaalt dat de verkoper zaken dient af te leveren die voldoen aan de in de overeenkomst gestelde eisen. In beginsel beantwoorden zaken slechts dan aan de overeenkomst indien zij de

---

19 HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 634 (Amsing/Dijstra-Post); vgl. ook HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 636 (Pouw/Visser).

20 W.L.P.A. Molengraaff, 'De dageraad van het Wereldrecht', *De Gids* 1899 III, p. 100, in: M.W. ter Horst, B. Wachter en J. Wiarda (red.), *Molengraaffbundel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1978, p. 713.

21 Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken (*Trb.* 1981, 184; Nederlandse vertaling *Trb.* 1986, 61).

22 *Kamerstukken II* 1981, 16 979, nr. 3, p. 33 (MvT).

eigenschappen bezitten die nodig zijn zowel voor een normaal gebruik daarvan als voor een bijzonder gebruik van de zaken dat bij de overeenkomst is voorzien. Op grond van art. 39 CISG verliest de koper het recht een beroep te doen op de non-conformiteit van het geleverde indien hij niet binnen een ‘redelijke termijn’ nadat hij de non-conformiteit heeft ontdekt, of had behoren te ontdekken, de verkoper hiervan in kennis stelt.

Het tijdstip waarop deze redelijke termijn begint te lopen wordt beïnvloed door art. 38 CISG. Dit bepaalt dat de koper de afgeleverde zaken moet keuren of doen keuren binnen een, gelet op de omstandigheden, zo kort mogelijke termijn. Honnold<sup>23</sup> merkt hierover op:

‘(o)f course, the buyer is bound only to discover those defects that a normal examination would reveal. (...) Thus, examination at the point of destination would normally show the number of containers and the apparent condition of goods that are open to inspection, but the contents of sealed containers and the inner workings of machinery may not be discoverable until later’.

De duur van de termijnen van de artt. 38 en 39 CISG wordt mede bepaald door de aard van de zaken, de aard van het gebrek, de relevante handelsgebruiken en de vordering die de koper wil instellen.<sup>24</sup> Wanneer een koper het geleverde zonder voorbehoud in ontvangst neemt en gebruikt of doorverkoopt, maar de verkoper pas later op de hoogte stelt van enige non-conformiteit, zal het moeilijk zijn om vast te stellen of de vordering van de koper terecht is.<sup>25</sup> Daarom worden de termijnen in de zin van artt. 38 en 39 CISG in dergelijke omstandigheden veelal stringent bemeten. Een voorbeeld hiervan vormt een arrest van het Hof Arnhem.<sup>26</sup> Deze uitspraak heeft betrekking op de koop van een partij potgrond door een bedrijf dat gespecialiseerd is in het stekken en opkweken van coniferen. De potgrond wordt in mei/juni 2002 geleverd. In juli 2002 neemt de koper contact op met de verkoper omdat de coniferen met de geleverde potgrond groeistoornissen vertoonden (bruine naalden en afstervende topjes). Het Hof oordeelt dat de koper de termijn in art. 39

---

23 J. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Den Haag: Kluwer Law International 1999, p. 280.

24 I. Schwenzer, in: P. Schlechtriem en I. Schwenzer (red.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 467, 469. Vgl. ook A.U. Janssen en A.U. Schimansky, ‘De eenvormige interpretatie van de keurings- en kennisgevingstermijn in het kader van het Weens Koopverdrag (CISG) door de nationale gerechten – Een illusie?’, *NBTR* 2003/8, p. 442-447.

25 J. Honnold 1999, p. 278.

26 Gerechtshof Arnhem 18 juli 2006, LJN:AY5784; vgl. ook Gerechtshof ’s-Hertogenbosch 2 januari 2007, LJN:AZ6352.

lid 1 CISG niet in acht heeft genomen en overweegt dat bij de vaststelling van de lengte van de klachttermijn in het bijzonder van belang is dat de koper de potgrond na aankomst op zijn bedrijf vrijwel onmiddellijk verwerkt,

‘hetgeen (tegen)bewijslevering ter zake van het ontbreken van een tekortschieten of ontbreken van causaal verband kan bemoeilijken. Dit noopt tot spoedig klagen. (...) De klachtplicht van artikel 39 Weens Koopverdrag beoogt de geschetste moeilijkheden (bewijsproblemen, het treffen van maatregelen met het oog op verdere leveranties) te voorkomen, waarbij niet relevant is of zich die problemen daadwerkelijk hebben voorgedaan.’

Voldoet de koper niet aan art. 39 lid 1 CISG, dan verliest hij in beginsel al zijn vorderingen. Wat is de ratio van deze stringente regeling? Uit het Secretariat’s Commentary<sup>27</sup> bij art. 39 CISG blijkt dat het doel van de kennisgeving is om de verkoper te informeren wat hij moet doen om het gebrek te herstellen, de verkoper de gelegenheid te geven een eigen keuring van de zaken te verrichten en bewijs te vergaren. Art. 39 lid 2 CISG bepaalt dat de koper het recht om een beroep te doen op het feit dat de zaken niet aan de overeenkomst beantwoorden in ieder geval verliest na verloop van twee jaar na de feitelijke afgifte van de zaken aan de koper. Als uitzondering op deze fatale termijn geldt, net als in het BW, de situatie dat het niet beantwoorden van de zaken aan de overeenkomst betrekking heeft op feiten die de verkoper kende of behoorde te kennen doch die hij niet heeft meegedeeld aan de koper (art. 40 CISG).

##### **5. Toepassingsgebied van de vervaltermijn: samenloop van conformiteit en dwaling**

Na het verstrijken van de vervaltermijn zal de koper mogelijk alsnog een andere vordering willen instellen. Dit kan een vordering tot schadevergoeding zijn op grond van onrechtmatige daad of een actie tot vernietiging van de overeenkomst op grond van dwaling. De vraag rijst of dit nog mogelijk is wanneer de genoemde vervaltermijn reeds is verstreken. Naar oud BW kon de koper ook uit onrechtmatige daad ageren wanneer de zaak een verborgen gebrek had, indien de verkoper onzorgvuldig had gehandeld.<sup>28</sup>

Ook de vordering op grond van dwaling kon worden ingesteld indien sprake was van verborgen gebreken. Anticiperend op het nieuw BW overwoog de Hoge Raad in het arrest Van Geest/Nederlof:

---

<sup>27</sup> Te raadplegen op [www.cisg.law.pace.edu](http://www.cisg.law.pace.edu).

<sup>28</sup> HR 19 februari 1993, *NJ* 1994, 290.



‘(d)e verborgen gebrekenregeling, die ertoe strekt de koper een bijzondere bescherming te geven, beantwoordt als gevolg van latere ontwikkelingen niet meer aan die strekking en vervalt dan ook in titel 7.1 NBW. Met deze ontwikkelingen strookt niet dat de verkoper tegen wie de koper een vordering uit dwaling instelt, aan deze zou kunnen tegenwerpen dat de dwaling een verborgen gebrek betreft en de regels betreffende verborgen gebreken daarom aan toewijzing van de dwalingsvordering in de weg staan’.<sup>29</sup>

Naar oud BW was het dus mogelijk om na het verstrijken van de genoemde vervaltermijn alsnog een vordering in te stellen tot vernietiging van de koopovereenkomst op grond van dwaling.

Al bij de Parlementaire behandeling van art. 7:23 BW kwam de vraag aan de orde of de in deze bepaling vermelde vervaltermijn ook van belang is voor een vordering op grond van dwaling, bedrog of onrechtmatige daad. De Minister van Justitie<sup>30</sup> antwoordde daarop dat ‘het voorschrift van lid 1 van belang is voor iedere vordering en ieder verweer van de koper gegrond op het niet beantwoorden van het afgeleverde aan de overeenkomst, dus ook voor een verweer of vordering op grond van dwaling’. In geval van samenloop is het immers, aldus de Minister, ongewenst dat de koper, die geen ontbinding op grond van wanprestatie meer kan bewerkstelligen, op grond van dezelfde klacht toch hetzelfde resultaat langs de weg van vernietiging op grond van dwaling zou kunnen bereiken.<sup>31</sup>

In drie recente arresten heeft de Hoge Raad<sup>32</sup> bevestigd dat de vervaltermijn in art. 7:23 lid 1 BW ook geldt voor een vordering op grond van onrechtmatige daad of dwaling indien de vordering feitelijk is gebaseerd op het niet beantwoorden van de zaken aan de overeenkomst. Hijma<sup>33</sup> maakt zich zorgen over de situatie waarin de verkoper ernstige gebreken provisorisch herstelt en hierdoor later grote schade ontstaat. In een dergelijk geval moet de kennisgeving in beginsel binnen bekwame tijd na de ontdekking van het gebrek geschieden. Als uitzondering op de fatale termijn geldt immers de situatie dat het niet beantwoorden van de zaken aan de overeenkomst betrekking heeft op feiten die de verkoper kende of behoorde te

---

29 HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251 (Van Geest/Nederlof).

30 Parlementaire Geschiedenis, Boek 7, Deventer 1991, p. 146-147 (TM).

31 Parlementaire Geschiedenis, Boek 7, Deventer 1991, p. 152 (MvA II).

32 HR 23 november 2007, *RvdW* 2007, 996 (Ploum/Smeets en Geelen) (art. 7:23 lid 1 BW is van toepassing op een vordering op grond van onrechtmatige daad); HR 21 april 2006, *NJ* 2006, 272 (Inno-Sluis) (art. 7:23 lid 2 BW is van toepassing op een vordering op grond van onrechtmatige daad) en het eerdergenoemde arrest HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 636 (Pouw/Visser) (art. 7:23 lid 1 BW is van toepassing op een vordering op grond dwaling).

33 J. Hijma, ‘Verjaring bij nonconformiteit en onrechtmatige daad’, *WPNR* 6675 (2006). Vgl. ook Asser-Hijma 5-I, Deventer: Kluwer 2007, nr. 549.

kennen doch die hij niet heeft meegedeeld aan de koper (art. 7:23 lid 1 BW). De wetgever is de koper in een dergelijk geval dus tegemoet gekomen.

Het probleem hierbij is met name dat een verschuiving van de bewijslast optreedt. De koper heeft in de geschetste situatie dus langer de tijd om zijn klachten tot de verkoper te richten, mits hij kan bewijzen dat de verkoper de gebreken kende of behoorde te kennen. Het is te hopen dat in dergelijke gevallen het criterium 'behoorde te kennen' ruim wordt uitgelegd. Het Hof 's-Gravenhage<sup>34</sup> overweegt zelfs dat art. 7:23 lid 1 BW ook kan worden ingeroepen indien en voor zover de vordering is gebaseerd op onrechtmatige daad, dwaling en bedrog. De ratio is steeds de rechtszekerheid voor de verkoper. De vraag rijst of de termijn ook moet gelden in geval van bedrog. Ik meen van niet. Wanneer vaststaat dat sprake is geweest van bedrog kan het niet de bedoeling zijn een dergelijke termijn toe te passen.

Indien de CISG van toepassing is, is de genoemde vervaltermijn in art. 39 CISG ook van toepassing bij het instellen van andere vorderingen die feitelijk gebaseerd zijn op het niet beantwoorden van de zaken aan de overeenkomst. Hoewel de CISG niet van toepassing is op de geldigheid van overeenkomsten (art. 4 CISG) wordt toch algemeen aanvaard dat de termijn in art. 39 CISG ook geldt voor andere vorderingen die feitelijk gebaseerd zijn op het niet beantwoorden van het afgeleverde aan de overeenkomst.<sup>35</sup> Zo is bijvoorbeeld de actie tot vernietiging wegens dwaling, van een internationale koopovereenkomst waarop de CISG van toepassing is, niet toelaatbaar voor zover de dwaling betrekking heeft op het gekochte.<sup>36</sup>

## 6. Dwingend recht?

In 1920 overwoog de Hoge Raad<sup>37</sup> dat art. 1547 BW een bepaling is in het belang van de openbare orde. Deze bepaling moet daarom ambtshalve door de rechter worden toegepast. Het is niet een verjaringstermijn waarvan afstand gedaan kan worden wanneer deze is verstreken, maar een fatale termijn binnen welke gebruik gemaakt moet worden van het recht, op straffe van verval van recht. De termijn in

---

34 Hof 's-Gravenhage van 25 april 2007, NJF 2007, 288. Vgl. ook Rb. Utrecht 8 augustus 2007, LJN: BB1417 en Rb. Leeuwarden 19 maart 2008, LJN: BC8078.

35 Vgl. S.A. Kruisinga, *(Non-)conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?*, diss. Utrecht 2004, p. 187-213.

36 M. Bijl en J.W. Bitter, 'Dwaling en het Weens Koopverdrag', *MvV* 2007/9, p. 195-200.

37 HR 4 juni 1920, W. 10632.

art. 1547 BW was dus een vervaltermijn die niet bij overeenkomst kon worden verlengd.<sup>38</sup>

Ook nu weer rijst de vraag of art. 7:23 lid 1 BW een bepaling van dwingend recht is. Bij een consumentenkoop kan van deze bepaling niet ten nadele van de koper worden afgeweken (art. 7:6 BW). In internationale verhoudingen kunnen partijen een concrete klachttermijn afspreken. Art. 6 CISG staat partijen toe dit verdrag geheel of gedeeltelijk uit te sluiten. Het staat partijen derhalve vrij om de termijn in art. 39 CISG te verlengen of te verkorten. Voor alle andere koopovereenkomsten waarop Nederlands recht van toepassing is, rijst de vraag of art. 7:23 lid 1 BW een dwingendrechtelijk karakter heeft.

Voor art. 6:89 BW heeft de Hoge Raad<sup>39</sup> aangenomen dat de rechter het al dan niet voldoen aan de klachtplicht niet ambtshalve mag toetsen: er dient door een van partijen een beroep op te worden gedaan. Het lijkt aannemelijk dat hetzelfde geldt voor art. 7:23 BW. Drion<sup>40</sup> vindt hierin steun voor de gedachte dat art. 7:23 lid 1 BW niet een bepaling van openbare orde is. Een dwingendrechtelijk karakter voor art. 7:23 BW juicht hij dan ook niet toe. Tjittes<sup>41</sup> meent dat art. 7:23 lid 1 BW geen vervaltermijn van openbare orde betreft. Daarvoor is zijns inziens immers het bestaan van een openbaar belang vereist dat daartoe noopt. Bij art. 7:23 lid 1 BW zijn echter alleen de belangen van partijen in het geding. De klachttermijn kan daarom zijns inziens contractueel verkort of verlengd worden. Dit laatste wordt ook door anderen onderschreven.<sup>42</sup>

In een arbitraal vonnis wordt overwogen dat art. 7:23 BW een bepaling van regelend recht is, zij het dat partijen de termijnen niet mogen verlengen.<sup>43</sup> Fixering van de keurings- en klachttermijn in een termijn van twee jaar na de overdrachtsdatum werd door dit tribunaal wel als geoorloofd aangemerkt. Mijns inziens lost deze vraag zich op door het toestaan van het concretiseren van de termijn door partijen. Er lijkt overeenstemming te zijn in de rechtspraak en literatuur dat het toegestaan

---

38 Vgl. ook Asser-Hijma V-I, p. 350.

39 HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 80.

40 C.E. Drion, 'Wie niet klaagt, die niet wint; op weg naar een klaagcultuur?', *NJB* 2008, p. 375.

41 R.P.J.L. Tjittes, 'De klacht- en onderzoeksplicht bij ondeugdelijke prestaties', *RM Themis* 2007/1, p. 15.

42 W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken*, Deventer: Kluwer 2003, p. 85; P.J. van Uchelen, 'Artikel 7:17 BW en garanties in het overnamecontract', *Ondernemingsrecht* 2003/1, p. 17; Asser-Hijma 5-I, Deventer: Kluwer 2007, nr. 553; Hof 's-Hertogenbosch 17 december 2002, *JOR* 2003, 54.

43 Arbitraal vonnis 22 december 1999, *JOR* 2000, 139, r.o. 7.5.

is om een concrete termijn af te spreken. Bij een dergelijke, afgesproken termijn zal het lastig zijn om vast te stellen of een deze concrete termijn langer of korter is dan wat in een bepaald geval onder 'binnen bekwame tijd' moet worden verstaan. Mijns inziens is er geen reden deze vraag te onderzoeken indien beide partijen hebben ingestemd met de betreffende termijn. Een oplettende koper zou een te korte termijn niet moeten aanvaarden. Het verlengen van de termijn lijkt mij niet bezwaarlijk, nu de verkoper immers ook een garantie zou kunnen geven.

## **7. Conclusie**

De koper moet direct bij aflevering, of anders zo spoedig mogelijk daarna, onderzoeken of het geleverde aan de overeenkomst beantwoordt. In zijn 'Inleiding tot het Nederlands handelsrecht' waarschuwt Molengraaff de koper dat hij dit in ieder geval moet doen voordat hij de zaken gebruikt, verwerkt of deze doorverkoopt. Doet de koper dit niet, dan bestaat de gereede kans dat hij de verkoper niet tijdig kan informeren over de geconstateerde gebreken. De koper moet immers binnen een korte termijn zijn klachten melden bij de verkoper. Doet de koper dit niet, dan verliest hij het recht een beroep te doen op een dergelijk gebrek en kan hij dus op deze grondslag geen vordering meer instellen.

Zowel naar Nederlands recht als op grond van het Weens Koopverdrag geldt dit nog steeds. De klachttermijn voor de koper is nog steeds betrekkelijk kort. Bovendien vervallen na afloop van deze termijn in het algemeen alle rechten van de koper. Ook een mogelijke vordering op grond van dwaling of onrechtmatige daad zal hierop kunnen stranden indien deze vordering feitelijk gebaseerd is op het niet beantwoorden van de zaken aan de overeenkomst. Molengraaff heeft dus niets teveel gezegd.

## Transportverzekering van middels documenten verhandelbare zaken

*Ph.H.J.G. van Huizen\**

### 1. Inleiding

De transportverzekering is door de eeuwen heen onmisbaar gebleken voor het internationale handelsverkeer, maar anders dan in het Wetboek van Koophandel is in Boek 7 Titel 7 BW geen bijzondere plaats meer ingeruimd voor de transportverzekeringsovereenkomst. De moeder van alle verzekeringen wordt in Boek 7 Titel 17 aldus stiefmoederlijk behandeld. Elders heb ik reeds gewezen op het gemis van transportverzekeringsrechtelijke regels in Boek 7 Titel 17 BW,<sup>1</sup> nu de transportverzekering in belangrijke mate bijdraagt tot een efficiënt handelsverkeer. Twee bepalingen in Boek 7 Titel 17 BW getuigen nog van de handelsverkeer dienende functie van de transportverzekering.

Ingevolge art.7:932 lid 3 BW dient de verzekeraar des verlangd bij verlies van de polis (of van een ander tot bewijs van de verzekeringsovereenkomst dienend bewijsstuk, zoals een verzekeringscertificaat) een nieuwe polis af te geven. In geval van een polis aan toonder of order en bij een verzekering van zaken die door middel van documenten plegen te worden verhandeld kan de verzekeraar, als voorwaarde voor het doen van een uitkering aan de houder van een nieuw bewijsstuk, verlangen dat door de houder gedurende de tijd dat de verzekeraar tot betaling kan worden gedwongen zekerheid wordt gesteld. In art.7: 949 BW is bepaald dat bij een polis aan toonder of order, dan wel bij een verzekering van zaken die door middel van documenten plegen te worden verhandeld de houder als verzekerde geldt, mits het verzekerde belang bij hem rust.

Het belang van beide bepalingen ligt besloten in de gelijkstelling van een verzekering van zaken die door middel van documenten plegen te worden verhandeld met een polis aan order of toonder. In de tijd van Molengraaff kende een dergelijke verzekeringsovereenkomst reeds een clause op grond waarvan de verzekeraar niet alleen de verzekeringnemer, maar ook een derde 'die het anders geheel of ten

---

\* Prof.Mr. Ph.H.J.G. van Huizen is als hoogleraar handelsrecht verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en advocaat te Rotterdam.

1 Ph.H.J.G. van Huizen, *Het transportverzekeringsbedrijf*, dissertatie, 1988, Rotterdam, p. 42 e.v.

dele zou mogen aangaan<sup>2</sup> dekking verleende. Molengraaff wijst erop dat deze clause hetzelfde doel vervult als het stellen van de polis aan order of toonder, 'daar zij, de individuele bepaaldheid van den verzekerde opheffende, dezen vervangbaar maakt. De verzekerde wordt daardoor in staat gesteld, zijn rechten over te dragen aan den gene die hem in het belang opvolgt.' Het is gebruikelijk dat dergelijke polissen door middel van (blanco) endossement aan de rechtsopvolger worden overgedragen.<sup>3</sup> Deze handelwijze vindt haar oorsprong in de Engelse transportverzekeringspraktijk en Artikel 50 van de Marine Insurance Act 1906. Het blijft evenwel een polis op naam, met dien verstande dat de houder van de polis zich legitimeert, zoals bij een order- of toonderpolis, als verzekerde. Daarmee kwalificeert hij zich tevens als uitkeringsgerechtigde, mits hij aantoont dat hij een belang had bij het behoud van de verloren gegane zaken. Hoewel dit een weerslag is van een in de literatuur algemeen aanvaarde opvatting, zou ik in het licht van het Hoge Raad-arrest *ms Aghios Nektarios*<sup>4</sup> de opvatting willen verdedigen dat een houder van een order- of toonderpolis of van een polis tot dekking van door middel van documenten verhandelbare zaken zich niet alleen legitimeert als verzekerde, maar tevens als uitkeringsgerechtigde en dat de verzekeraar met de betaling aan hem bevrijdend heeft betaald, tenzij hem feiten en omstandigheden bekend zijn die in een andere richting wijzen. Het is evenwel aan de verzekeraar om aan te tonen dat de houder niet materieel is gelegitimeerd, dus geen verzekerd belang heeft.

## 2. Verzekerbbaar belang

De verzekeringnemer/verzekerde kan met alle middelen de verzekeringsovereenkomst bewijzen, alsook de inhoud daarvan. Daarmee heeft echter de verzekeringnemer/verzekerde zich nog niet gelegitimeerd als uitkeringsgerechtigde. Hij zal moeten aantonen dat bij hem het verzekerd belang berust. Hiervoor is nodig dat de verzekerde aantoont dat door intreden van het risico (de schade) zijn vermogen is geraakt en dat deze schade is gedekt onder de verzekeringsovereenkomst.

In art. 250 (oud) WvK werd bepaald dat indien hij ten behoeve van wie een verzekering is gesloten 'ten tijde der verzekering geen belang in het verzekerde

---

2 W.L.P.A. Molengraaff, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandse Handelsrecht*, derde deel, Haarlem: Bohn 1955, p. 633.

3 Bij een (blanco) endossement volstaat de verzekeringnemer met het plaatsen van zijn handtekening op de polis zonder vermelding van de naam van zijn rechtsopvolger, anders dan bij een (gewoon) endossement. Bij een blanco geëndosseerde polis kan de verkrijger de polis middels terhandstelling aan zijn rechtsopvolger overdragen, zoals bij een toonderpolis. Wanneer de naam van een verkrijger van de polis wel wordt vermeld, dan is deze polis te vergelijken met een orderpolis.

4 HR 10 januari 1969, *NJ* 1969, nr 190.

voorwerp heeft, de verzekeraar niet gehouden is tot uitkering over te gaan'. Oorspronkelijk is wel verdedigd dat daarin de eis lag besloten dat de verzekerde bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst een verzekeraar belang diende te hebben. Dorhout-Mees<sup>5</sup> heeft erop gewezen dat deze opvatting kennelijk was ingegeven door het oude wantrouwen tegen de wedverzekering. Hij achtte dit niet in overeenstemming met de praktijk. Volgens Dorhout-Mees moest art. 250 (oud) WvK gelezen worden alsof er staat 'ten tijde der schade'. Deze opvatting geldt als de heersende leer, waarbij Dorhout-Mees zich kennelijk heeft laten inspireren door Art. 6 van de Marine Insurance Act, dat als volgt luidt:

'The assured must be interested in the subject matter insured at the time of the loss, though he need not be interested when the insured is affected.'

Overigens gold deze regel als een uitzondering op de regel, die was neergelegd in de Life Assurance Act 1774 die, anders dan haar naam suggereert, ook van toepassing was op indemniteitscontracten.<sup>6</sup> Ingevolge Art. 3 van deze wet dient de verzekerde een belang te hebben op het tijdstip van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst:

'And ... in all cases where the insured hath interest in such life or lives, event or events, no greater sum shall be recovered or received from the insurer or insurers than the amount of value of the interest of the insured at such life or lives or other event or events.'

Met de zinsnede 'event or events' wordt tot uitdrukking gebracht dat deze wet tevens zag op andere dan levensverzekeringen. Uitdrukkelijk wordt in Art. 4 van de Life Insurance Act 1774 bepaald:

'... that nothing herein contained shall extend or be construed to extend to insurance bona fide made by any person or persons or ships, goods or merchandises, but every such insurance shall be as valid and factual in the law as if this Act had not been made.'

Zoals gezegd, geldt het in Art. 6 van de Marine Insurance Act tot uitdrukking gebrachte beginsel in Nederland voor alle schadeverzekeringen. Opmerkelijk is dat Boek 7, Titel 17 geen bepaling hieraan wijdt. Dit betekent niet dat de ontwerpers van Boek 7, Titel 17 geen oog hebben gehad voor dit vraagstuk. Zo kan men in de

---

5 T.J. Dorhout Mees, *Schadeverzekeringsrecht*, 4<sup>e</sup> druk, Zwolle: Tjeenk Willink 1967, nr. 124.

6 R.M. Colinvaux, *Law of insurance*, Londen: Sweet & Maxwell 2006, 4-03. Tegenwoordig wordt evenwel aangenomen dat deze wet niet (meer) op indemniteitscontracten ziet, behoudens de ongevalverzekering. Zie hierover reeds mijn dissertatie, p. 72 e.v.

Parlementaire Geschiedenis lezen<sup>7</sup> dat het belang ten tijde van het intreden van het risico aanwezig moet zijn of, zo kan met name bij transportverzekeringen uit de overeenkomst volgen, ten tijde van het vaststellen van de schade. Deze laatste gedachte is ingegeven door de containerisering van het vervoer. Geconstateerd moet worden dat het schier onmogelijk is geworden om het tijdstip van het verwezenlijken van het (transport)risico te kunnen vaststellen, althans dat niet eerder dan bij het lossen van de container kan worden vastgesteld dat de daarin vervoerde zaken zijn beschadigd. Hieruit zou kunnen worden geconcludeerd dat bij een goederentransportverzekering als tijdstip geldt het tijdstip van het afleveren van de zaken door de vervoerder aan de ontvangstgerechtigde. Bij andere verzekeringen is het tijdstip van risico-overgang beslissend.

Daarbij zij men erop bedacht dat de onderliggende rechtsverhouding, bijvoorbeeld de koopovereenkomst, in dezen haar doorwerking kan hebben. Dit kan zich voordoen wanneer de goederen onderweg worden verkocht en de opvolgende koper met terugwerkende kracht het transportrisico vanaf het moment van laden voor zijn rekening krijgt, krachtens de tussen partijen overeengekomen koopcondities. In dat geval gaat de koper met terugwerkende kracht vanaf verscheping het risico van het verlies en beschadiging van de gekochte goederen dragen en heeft hij vanaf dat moment met terugwerkende kracht een (verzekerbare) belang onder een goederentransportverzekering. Interessant is dat, anders dan het Weens Koopverdrag, het oude Verdrag houdende een eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende zaken, met een dergelijke risicoverdeling rekening hield. In art. 99 lid 1 van dit verdrag is bepaald:

‘Wordt een zaak verkocht die op dat tijdstip over zee wordt vervoerd, dan draagt de koper het risico vanaf het tijdstip dat de zaak aan de vervoerder is afgegeven.’

Sommige moderne auteurs hebben nog steeds moeite met de door Dorhout-Mees geformuleerde regel dat voldoende is dat het belang bij het intreden van het risico aanwezig is. Zo heeft Van Schilfgaarde<sup>8</sup> de opvatting<sup>9</sup> verdedigd dat een verzekeringsovereenkomst nietig is wanneer bij het sluiten van de overeenkomst geen uitzicht bestaat op het verkrijgen van een verzekerbare belang. Wery,<sup>10</sup> en Mendel

---

7 *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, nr. 3, p. 21-22

8 *AA*, 1972, p 497 e.v.

9 Onder de Marine Insurance Act 1906 geldt evenzo deze eis. Zie hierover Sir J. Arnould, *Arnould's Law of Marine insurance and average*, London: Stevens & sons 1981, deel 1, nr. 390.

10 P.L. Wery, *Hoofdzaken Verzekeringsrecht*, 8<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 1995.



als bewerker van Wery's Hoofdzaken Verzekeringsrecht,<sup>11</sup> zeggen het hem na. Ook zij menen dat bij het aangaan van een verzekering het belang aanwezig moet zijn, omdat het belang een geldigheidsvereiste voor de overeenkomst is en in ons systeem aan een dergelijke eis moet zijn voldaan bij het aangaan van de rechtshandeling. Overigens erkennen zij dat de meeste schrijvers het voldoende achten dat het belang bestaat ten tijde van het intreden van het risico.

De door Wery en Mendel voorgestane opvatting zou onaanvaardbare gevolgen hebben bij allerlei in de praktijk gebruikelijke verzekeringen, zoals verzekering van een inboedel, 'onverschillig of de goederen reeds tijdens het sluiten der verzekering aanwezig waren', of een transportverzekering van alle zaken die verzekerde gedurende een bepaalde tijd zal verschepen en die hij wellicht nog moet fabriceren of inkopen. Mendel meent evenwel dat deze overeenkomsten niet worden geraakt door de nietigheid, omdat het volgens hem erom gaat dat voor de verzekerde de mogelijkheid van schade als gevolg van een toekomstig onzeker voorval bestaat. Anders gezegd, voldoende is dat er sprake is van een uitzicht op het verkrijgen van een belang, aldus Wery en Mendel. Beide schrijvers gaan mijns inziens daarbij voorbij aan een behoefte van het handelsverkeer. Een efficiënt handelsverkeer heeft belang bij een verzekeringsovereenkomst, waarbij belangen van derden worden verzekerd, wier identiteit ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst nog onbekend is en waarbij ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst die derde nog geen belang hoeft te hebben bij te verzekeren zaken. Zo is het handelsverkeer er bij gebaat dat bijvoorbeeld een opslagbedrijf een goederenopslagverzekeringsovereenkomst afsluit ten behoeve van (derde) eigenaren van (nog op te slagen) zaken, ongeacht of die zaken al dan niet reeds in eigendom waren van die derde bij het sluiten van de goederenopslagverzekeringsovereenkomst. Hetzelfde geldt voor een goederentransportverzekeringsovereenkomst.

### **3. Verzekering ten behoeve van een derde**

De verzekering ten behoeve van een derde heeft als bakermat de transportverzekering. In de loop der tijd is ook buiten de transportverzekering dankbaar gebruik gemaakt van deze figuur. Denk daarbij aan de aansprakelijkheidsverzekering, de 'construction-all-risks'-verzekering en de ingezetenen-ongevallenverzekering. De wetgever heeft het niet nodig geacht om in Boek 7, Titel 17 nog een bijzondere regeling aan de verzekering ten behoeve van een derde te wijden. Al wordt in art. 7:946 BW de verzekering ten behoeve van een derde wel erkend door te bepalen dat de overeenkomst de belangen van de verzekering dekt 'tenzij anders is over-

---

<sup>11</sup> P.L. Wery en M.M. Mendel, *Hoofdzaken Verzekeringsrecht*, 9<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2004, p. 28 e.v.

eengekomen'. In art. 7:945 BW is bovendien bepaald dat in de afdeling over schadeverzekering onder verzekerde mede is begrepen hij die door aanvaarding van de aanwijzingen recht op vergoeding kan krijgen. Deze bepaling ziet op de verzekering ten behoeve van een derde, in welke bepaling tot uitdrukking komt dat aan de verzekering ten behoeve van een derde de figuur van het beding ten behoeve van een derde als bedoeld in art. 6:253 BW ten grondslag ligt. De regels van het beding ten behoeve van een derde, zoals neergelegd in art. 6:253 e.v. BW gelden dan ook voor een verzekering ten behoeve van een derde, met dien verstande dat de wetgever van Boek 7, Titel 17 heeft gemeend in art. 7:947 BW ter bescherming van de (derde) verzekerde een verfijning aan te brengen. Ingevolge art. 7:947 BW, welke bepaling dwingendrechtelijk van aard is, kan de verzekeringnemer (stipulator) niet de aanwijzing van een derde als verzekerde herroepen dan wel uitsluiten met medewerking van de verzekeraar of van de derde. Verder is bepaald dat met betrekking tot de reeds ontstane schade de verzekeringnemer en de verzekeraar de aanwijzing ook niet meer gezamenlijk ongedaan kunnen maken.

De Hoge Raad heeft in het Bensdorp/Huying-arrest<sup>12</sup> beslist dat zo is geopteerd voor een verzekering ten behoeve van een derde en dat daarmee art. 263 (oud) WvK, welke bepaling is teruggekomen in art. 7:948 BW (de verzekering volgt het belang), opzij wordt gezet. Dit arrest heeft zijn wettelijke neerslag gekregen in lid 5 van art. 7:948 BW, op grond waarvan het bepaalde in art. 7:948 BW toepassing mist indien de verzekering de verkrijger aanwijst als derde bedoeld in art. 7:947 BW.

Bij een polis aan order of toonder mist art. 7:948 BW eveneens werking, zo kunnen wij lezen in art. 7:949 BW. Evenmin zijn ingevolge deze bepaling de regels voor de verzekering ten behoeve van een derde van toepassing.

Art. 7:948 BW ziet derhalve uitsluitend op een verzekering op naam (van de verzekeringnemer), met dien verstande dat hierop evenzo ingevolge art. 7:949 BW een uitzondering wordt gemaakt voor een verzekering van zaken die door middel van documenten plegen te worden verhandeld.

#### **4. De verzekering op naam (van de verzekeringnemer) volgt het belang (art. 7:948 BW)**

Ingevolge art. 7:948 BW gaan bij koop en overdracht van een zaak of een beperkt recht waaraan een zaak is onderworpen, de rechten en verplichtingen uit een verzekering die het belang van de vervreemder bij het behoud van de zaak dekt,

---

<sup>12</sup> HR 11 maart 1977, *NJ* 1977, 521.

met het risico op de koper c.q. de verkrijger over. Het tijdstip van overgang is gerelateerd aan het tijdstip van risico-overgang. Art. 7:948 BW geldt niet bij verzekeringen zonder (stoffelijke) verzekerde zaak, zoals bij kredietverzekeringen, bedrijfsschadeverzekeringen en aansprakelijkheidsverzekeringen.<sup>13</sup>

Hillebrand<sup>14</sup> stelt zich op het standpunt dat de wetgever ten onrechte voorbij is gegaan aan de mogelijkheid om het in blanco endosseren van verzekeringspolissen door middel van art. 7:948 BW te regelen. Wat hiervan zij, art. 7:948 BW is in zijn werking te beperkt om de verzekering van door middel van documenten verhandelbare zaken te 'vangen'. Hoewel art. 7:948 BW, zoals ook haar voorganger art. 263 (oud) BW, (mede) ziet op het risico van verlies van de zaak dat van verkoper naar koper overgaat en daarmee ook het belang bij het behoud van de desbetreffende zaak, houdt art. 7:948 BW geen rekening ermee dat er tussen de verkoper en koper nog een tussenschakel kan zitten die een eigen belang heeft bij het behoud van de zaak. In de regel zal bij middels documenten te verhandelen zaken een bank zijn betrokken die ten gunste van de verkoper een documentair accreditief heeft gesteld. Deze bank heeft bij het behoud van de vervoerde zaken een eigen belang, mocht onverhoopt zijn opdrachtgever/koper geen verhaal bieden. Het belang van de bank is van geheel andere aard dan het belang dat de verkoper of de koper heeft bij het behoud van de zaak. Zo wordt naar Engels recht de bank een pandrecht op de documenten en daarmee op de vervoerde zaken toegedicht en komt de bank naar Nederlands recht jegens haar opdrachtgever (de koper) een recht van retentie op de aan haar bank ter hand gestelde documenten inclusief de polis/dekkingscertificaat toe, welke documenten zij als middellijke lasthebber houdt voor de koper. Tevens legitimeert de bank als houder van het cognossement zich als (vorderings)gerechtigde jegens de vervoerder tot afgifte van de vervoerde zaken. Het geeft de bank zekerheid indien de opdrachtgever (de koper) onverhoopt geen verhaal biedt voor het door de bank aan de begunstigde onder documentair accreditief betaalde bedrag. De bank heeft dan ook belang bij behoud van de vervoerde zaken en daarmee een verzekerbaar belang onder een goederenverzekering. Art. 7:948 BW voorziet hier niet in omdat deze bepaling, zoals gezegd, voor zover het ziet op een verzekering van handelswaar uitsluitend bewerkstelligt dat deze verzekering van de verkoper overgaat naar de koper maar niet naar de als tussen-

---

13 Zie HR 28 juni 2002, *NJ* 2002, 609 (Sonesta/Ennia) en HR 25 april 1997, *NJ* 1997, 513 (Vavlie/Mr. Kester q.q.)

14 N.B. Hillebrand, 'Verzekeringspolis bij CIF-koop; certificaten van verzekering en "pseudo-toonderpolissen"', in: T. Hartlief en M.M. Mendel, *Verzekering en maatschappij. Juridische beschouwingen over de maatschappelijke rol van verzekeringen en verzekeringsmaatschappijen*, Deventer:Kluwer 2000, p. 210.

schakel fungerende bank die bij de koop in het kader van de financiering daarvan betrokken is.

## 5. Verzekering van middels documenten verhandelbare zaken

Met de bijzondere plaats die een verzekering van middels documenten verhandelbare zaken in Boek 7 Titel 17 is gegeven, wordt tegemoetgekomen aan de behoefte van het internationaal handelsverkeer. In de memorie van toelichting<sup>15</sup> kunnen wij het volgende lezen:

‘In de praktijk (worden) allerlei bewijsstukken, zoals polissen en bewijzen van voorlopige dekking, die aanvankelijk niet aan order of toonder luiden, door de houder na de afgifte in blanco geëndosseerd, zonder dat de verzekeraar bericht daarvan ontvangt; VGL § 50 van de Marine Insurance Act, 1906. Dit is noodzakelijk om verhandeling van de verzekerde zaken en financiering daarvan door achtereenvolgende banken vlot te doen verlopen.’

In de nota van wijziging<sup>16</sup> wordt erop gewezen dat het terug te voeren is op de:

‘Op het Engelse recht georiënteerde (zee)verzekeringspraktijk, waarbij de verkoper de niet van een order- of toonderclausule voorziene polis aan koper overdraagt door het stuk zelf in blanco te endosseren, zie section 50 van de Marine Insurance Act, 1906. Deze wijze van handelen heeft voor de koper in beginsel tot gevolg dat hij de verzekeraar onder de polis kan aanspreken. De verzekeraar pleegt in dat geval de uitkering aan de houder van de in blanco geëndosseerde polis uit te keren. Juist omdat de goederenverzekeringen plegen te worden gesloten op Engelse condities, en deze praktijk niet dient te worden doorkruist indien Nederlands recht van toepassing is, worden in dit artikel<sup>17</sup> en ook in artikel 7.17.2.5a<sup>18</sup> deze polis met polissen die aan toonder of order zijn gesteld gelijkgesteld. Vergelijk HR 10 januari 1969, *NJ* 1969, 190.’

Dat wil niet zeggen dat de polis tot verzekering van middels documenten verhandelbare zaken een waardepapierrechtelijk karakter heeft. Dit is een misverstand. Het is en blijft een verzekering op naam. Bedacht moet worden dat de Marine Insurance Act 1906 geen ruimte laat voor een order- of toonderpolis. Ingevolge Art 23 (1) van de Marine Insurance Act 1906 dient in een verzekeringspolis de naam van de verzekerde of zijn ‘agent’ te worden vermeld. In het laatste geval moet het de verzekeraar duidelijk zijn dat deze laatste als agent voor zijn principaal de

---

15 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 13.

16 *Kamerstukken II* 1999/2000, 19 529, nr. 5, p. 23.

17 Art. 7:932 BW.

18 Art. 7:949 BW.

#### TRANSPORTVERZEKERING VAN MIDDELS DOCUMENTEN VERHANDELBARE ZAKEN

verzekeringsovereenkomst heeft afgesloten. Anders kwalificeert zijn principaal zich niet als verzekerde.

Dit misverstand is wellicht terug te voeren op het feit, zoals Parks<sup>19</sup> opmerkt, dat:

‘Under English law, a policy is somewhat akin to a negotiable instrument in the sense that the insured must produce the policy in order to claim on it. It is not, however, strictly speaking a negotiable instrument as the transferee takes subject to any equities affecting the assignor.’

Anders gezegd, anders dan bij een polis die aan order of toonder is gesteld kan de verzekeraar de verweermiddelen die hij jegens de ‘assignor’ kon tegenwerpen evenzo tegenwerpen aan de ‘assignee’. Deze algemene regel onder het Engelse verzekeringsrecht zien wij voor de transportverzekering tot uitdrukking gebracht in Art. 50 (2) van de Marine Insurance Act:<sup>20</sup>

‘Where a marine policy has been assigned so as to pass the beneficial interest in such policy, the assignee of the policy is entitled to sue thereon in his own name; and the defendant is entitled to make any defence arising out of the contract which he would have been entitled to make if the action had been brought in the name of the person by or on behalf of whom the policy was effected.’

Daarbij kan worden gedacht aan het verweer van premiewanbetaling of een beroep op schending van de mededelingsplicht van de verzekeringnemer bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst. Dit zijn (relatieve) verweren die de verzekeraar niet aan een (derde) houder te goeder trouw van een order- of toonderpolis kan tegenwerpen.

Voor een continentaal-rechtelijke jurist is evenzo verwarrend dat ingevolge Art. 50 (3) van de Marine Insurance Act 1906 de polis kan worden overgedragen (*assigned*) middels endossement, waarbij in de praktijk wordt geopteerd voor blanco endossement. In het laatste geval geschiedt de overdracht van de polis door middel van een handtekening van de ‘assignor’ (verzekernemer) of van zijn ‘agent’ op de polis en terhandstelling van de polis aan de ‘assignee’. Overigens kennen wij een vergelijkbare figuur in de wissel (of een cheque) op naam. De wissel is een ‘negotiable instrument’. De in de wissel op naam belichaamde vordering kan uitsluitend worden overgedragen door middel van cessie. Interessant in dit verband

---

19 A.L. Parks, *The Law and Practice of Marine Insurance Average*, Centreville, Md.: Cornell Maritime Press 1987, p.35.

20 Zie hierover J. Hill, *O'May on Marine Insurance*, Londen: Sweet & Maxwell 1993, p. 49 e.v.; Arnould, 1981, nr. 252 e.v.

is dat ingevolge art. 110 lid 2 WvK deze cessie kan geschieden door middel van (blanco) endossement van de wissel op naam. Ook bij een wissel op naam kan de wisseldebiteur de verweermiddelen die hij aan de trekker van de wissel kan tegenwerpen evenzo tegenwerpen aan zijn rechtsopvolger. Het is en blijft een vordering op naam.

Na 'assignment' van de polis neemt de verkrijgende partij (bijvoorbeeld de koper van de zaken) de positie in die de overdragende partij (verkoper) onder de verzekeringsovereenkomst had. Hij kwalificeert zich derhalve als de verzekerde. Belangrijk is dat een transportverzekeringpolis naar Engels recht nog kan worden overgedragen nadat de verzekerde zaken verloren zijn gegaan dan wel beschadigd zijn. Dit wordt tot uitdrukking gebracht in Art. 51 van de Marine Insurance Act 1906 waarin is bepaald dat 'assignment' van de polis niet meer mogelijk is nadat het risico van het verlies van de zaken is gaan lopen, tenzij vooraf of bij risico-overgang de verkoper en koper reeds waren overeengekomen dat de verzekeringpolis zou worden overgedragen. Dit laat evenwel onverlet dat 'nothing in this section affects the assignment of a policy after loss'.<sup>21</sup>

Met de overdracht van de polis gaan alle rechten over waaronder de vorderingsrechten ter zake van schade die reeds was ontstaan vóór de 'assignment'. Hoewel theoretisch gesproken derhalve zou kunnen worden gesteld dat de 'assignee' zich niet alleen als verzekerde kwalificeert, maar tevens als cessionaris van de vordering tot vergoeding van de schade die reeds de 'assignor' toekwam en welke vorderingen met de 'assignment' van de 'policy' zijn overgegaan, is dit theoretische vraagstuk in de Engelse zeeverzekeringspraktijk pragmatisch opgelost door ervan uit te gaan dat de 'assignee' wordt geacht (met terugwerkende kracht) een verzekerd belang te hebben gehad bij het behoud van de (vervoerde) zaken gedurende de gehele dekkingsperiode. Frenk en Salomons<sup>22</sup> menen dat het naar Nederlands recht met het oog op het handelsverkeer wenselijk is dat onder een order- en toonderpolis een schade-uitkering kan worden gedaan aan de houder van de polis of van een door/namens de verzekeraar afgegeven verzekeringscertificaat, zonder dat vast hoeft te staan dat deze houder reeds ten tijde van de schade belanghebbende was. En dit zou ook moeten gelden voor verzekering van zaken die door middel van documenten plegen te worden verhandeld, aldus deze auteurs.

Blijft natuurlijk dat de verzekerde dient aan te tonen dat hij belang had bij het behoud van de zaken, anders gezegd hij het risico draagt van het verlies van de verzekerde zaken. Naar Engels recht maakt elke verzekeringvoorwaarde waarmee

---

21 Zie hierover Parks 1987, p. 36.

22 *VA* 2001, p. 15.

wordt afgeweken van de eis dat de verzekerde een onder de verzekeringsovereenkomst verzekerd belang dient te hebben en te bewijzen, de gehele verzekeringsovereenkomst nietig. Zie in dit verband Art. 4 van de Marine Insurance Act. Daarin wordt ook uitdrukkelijk bepaald dat een zgn. ‘policy proof of interest’-clausule de zeeverzekeringsovereenkomst nietig doet zijn.<sup>23</sup> Volgens de Nederlandse opvatting bedreigt een ‘policy proof of interest’-clausule niet de overeenkomst, maar ontslaat het de verzekerde van de verplichting om bewijs te leveren van zijn belang.<sup>24</sup> Een dergelijke clausule bewerkstelligt, naar Nederlandse opvatting, omkering van de bewijslast in die zin dat op de verzekeraar de bewijslast rust om aan te tonen dat de verzekerde geen verzekerd belang heeft. Ik zou menen dat bij een verzekering aan order of toonder en bij een verzekering van zaken die middels documenten worden verhandeld hetzelfde zou moeten gelden. Met de polis in de hand legitimeert de houder zich als verzekerde en tegelijkertijd als belanghebbende en daarmee als vorderingsgerechtigde. Het zou vervolgens aan de verzekeraar moeten zijn om aan te tonen dat de houder van de polis geen verzekerd belang heeft.

## **6. Het arrest ms Aghios Nektarios**

Steun voor deze opvatting vind ik in het in de Nota van Wijziging<sup>25</sup> genoemd arrest van de Hoge Raad van 10 januari 1969, NJ 1969, nr. 190. De feiten waren als volgt. Hellas Cotton, handelende ‘as well in her own name as for and in the names of all and every other person or persons to whom the subject matter of this Policy thus may or shall appertain in part or in all’, had twee overeenkomsten van transportverzekering met Zeven Provinciën gesloten. De twee transportverzekeringsovereenkomsten zagen op twee ladingen balen katoen. Het ms Aghios Nektarios dat een van de ladingen balen katoen vervoerde zonk, waarbij de lading verloren ging. Bank Hofmann was bij de financiering van de transactie betrokken en had op grond hiervan de (vervoers)documenten en de polis onder zich. De bank claimde de schade bij Zeven Provinciën die de schadevergoeding vervolgens aan de bank uitkeerde. De verzekeraar kwam erachter dat de balen geen katoen hadden bevat, maar slechts waardeloos spul. Zeven Provinciën vorderde daarop van de bank de door haar uitgekeerde schadevergoeding terug uit hoofde van onverschuldigde betaling. De bank verweerde zich met de stelling dat zij de schadevergoeding had

---

23 Art. 4 lid 1 sub b: ‘Where the policy is made “interest or no interest”, or “without further proof of interest than the policy itself”, or “without benefit of salvage to the insurer”, or subject to any other like term: Provided that, where there is no possibility of salvage a policy may be effected without benefit of salvage to the insurer.’

24 Zie hierover reeds mijn dissertatie, p. 78 e.v.

25 *Kamerstukken II* 1999-2000, 19 529, nr. 5, p. 23.

geïnd als (middellijke) vertegenwoordiger van de koper en dat derhalve de verzekerder aan het verkeerde adres was.

Men zij erop bedacht dat de Hoge Raad er mijns inziens ten onrechte van uitgaat dat de polis, doordat de polis aan de bank in blanco was geëndosseerd, als toonderpapier was gaan fungeren. Ik heb hiervoor al gesteld dat een dergelijke polis een verzekering op naam is waaraan een eventueel (blanco) endossement niets aan afdoet. Overigens kwalificeert de advocaat-generaal Berger in zijn conclusie voor het arrest, alsook G.J. Scholten in zijn noot onder het arrest de polis evenzo als een toonderpapier. De Hoge Raad beslist dat het Hof terecht heeft geoordeeld:

‘Dat de Bank zich jegens Zeven Provinciën als uitsluitend rechthebbende op de uitkeringen heeft geëtimeerd, welke gevolgtrekking kennelijk aldus moet worden verstaan, dat de Bank zich jegens Zeven Provinciën heeft voorgedaan – en Zeven Provinciën dienovereenkomstig de Bank mocht beschouwen – als degene, die met uitsluiting van ieder andere, in het bijzonder van Hellas Cotton, die de verzekeringsovereenkomst met Zeven Provinciën had gesloten, recht had op de uitkeringen en die daarop tegenover Zeven Provinciën niet in hoedanigheid van vertegenwoordigster, maar voor zichzelf als rechthebbende aanspraak maakte.’

En de Hoge Raad vervolgt:

‘Dat daarbij onverschillig is of tussen de Bank en Hellas Cotton een rechtsverhouding heeft bestaan die meebracht dat de Bank die uitkeringen “als (middellijke) vertegenwoordiger” – waarmee het middel blijkbaar bedoelt: in opdracht n voor rekening – van Hellas Cotton heeft ontvangen, daar die rechtsverhouding Zeven Provinciën niet raakte, zelfs al zou zij daarvan op de hoogte zijn geweest en hebben kunnen zijn.’

Dit alles kan niet anders worden begrepen dan dat de houder van de polis, in casu de bank, zich met de polis legitimeert als (innings)gerechtigde van de claim onder de polis. Anders gezegd, de houder kwalificeert zich niet uitsluitend als de verzekerde, maar tevens als gerechtigde/hij die belang heeft en in die hoedanigheid recht heeft op de uitkering. Het komt erop neer dat de houder van een toonderpolis en de houder van een orderpolis aan wie op regelmatige wijze de polis is geëndosseerd zich niet alleen legitimeert als verzekerde, maar tevens als vorderingsgerechtigde. En ik zou menen dat voor een verzekering van zaken die middels documenten worden verhandeld hetzelfde zou moeten gelden, nu toch aan een dergelijke polis dezelfde legitimerende functie als aan een toonder- of orderpolis toekomt.

## **7. Conclusie**

Een verzekering voor zaken die middels documenten worden verhandeld is ook naar Engelse rechtsopvatting een verzekering op naam. Hieraan doet niet af dat een



dergelijke verzekering door middel van (blanco) endossement kan worden overgedragen. Dit maakt het echter nog niet tot een toonder- of orderpapier. Wel heeft een dergelijke polis dezelfde legitimatiefunctie als een toonder- of orderpolis. In het arrest *ms Aghios Nektarios* is mijns inziens te lezen dat bij een toonderpolis en daarmee bij een orderpolis de houder zich niet uitsluitend legitimeert als verzekerde maar tevens als uitkeringsgerechtigde zonder dat hij nog afzonderlijk zijn of haar belang dient aan te tonen. Een polis op naam voor zaken die middels documenten worden verhandeld komt een zelfde legitimatiefunctie toe. Ook Molengraaff stelde een (blanco) geëndosseerde polis op naam qua legitimatie gelijk aan een order- of toonderpolis, met dien verstande dat Molengraaff onverkort vasthield aan de eis dat de houder van een dergelijke polis zijn belang diende te bewijzen, anders gezegd diende aan te tonen dat hij de schade had geleden. Het *ms Aghios Nektarios*-arrest is bijna 37 jaar na zijn overlijden geweest. Mogelijk dat zo Molengraaff nog kennis had kunnen nemen van dit arrest, mijn bijdrage over dit onderwerp overbodig zou zijn geweest.



## Molengraaff, vervoer en overmacht

I. Koning\*

### 1. Inleiding

In 1907 ontwierp Molengraaff het nieuwe zeerecht dat de uit 1838 stammende regeling in het Tweede Boek van het Wetboek van Koophandel moest vervangen.<sup>1</sup> In artikel 468 K van dit ontwerp stelde Molengraaff een aansprakelijkheidsregeling voor die brak met hetgeen daarvoor in ons eigen vervoerrecht, maar ook in dat van de ons omringende landen gebruikelijk was. De principes waarop het uit 1838 stammende zeerecht voeren terug naar de leer van het *receptum*.<sup>2</sup> Op grond van dit principe stond de schipper (of de voerman) in voor alle schade aan de goederen ontstaan tijdens het vervoer. Hij was alleen dan van aansprakelijkheid ontheven wanneer de schade veroorzaakt was door ofwel een eigen gebrek aan de vervoerde zaak, ofwel door de schuld van de afzender, ofwel in geval van ‘overmacht’. Over de eerste twee factoren wordt ook tegenwoordig zelden gediscussieerd. Het feit dat de vervoerder niet hoeft in te staan voor oorzaken van de schade die duidelijk in de risico- of schuldsfeer van de afzender (de wederpartij van de vervoerder) liggen, heeft eigenlijk nooit ter discussie gestaan. Deze twee ontheffingsgronden worden

---

\* Mw.Mr. I. Koning is als universitair docent handelsrecht verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

1 Het ontwerp zag alleen op het zeevervoer en liet het Eerste Boek, waarin de aansprakelijkheid van de vervoerder in het algemeen was geregeld (art. 91 en 92 K e.v. ), ongemoeid. Molengraaff was overigens lid geweest van de commissie die aanvankelijk tussen 1885 en 1890 de herziening van het Eerste Boek van het Wetboek van Koophandel op zich had genomen. Deze herzieningen zijn echter nooit van de grond gekomen aangezien de commissie in 1890 bij de indiening van zijn laatste ontwerp de koning verzocht haar verder van haar taak te ontheffen omdat de commissie verdeeld was geraakt over de vraag of voor handelszaken en kooplieden überhaupt wel aparte regelgeving nodig was. Polak, *Handboek voor het Nederlandse handels- en faillissementsrecht, eerste deel*, Groningen: J.B. Wolters 1922, p. 40. Zie over dit onderwerp tevens de bijdrage van Bijl aan deze bundel.

2 In deze leer was de aansprakelijkheid van de schipper gebaseerd op het enkele feit dat hij de zaken onder zich had genomen. Deze basis ligt ook ten grondslag aan bijvoorbeeld het Franse en het Duitse vervoerrecht. Ook kan aangenomen worden dat in het Anglo-Amerikaanse recht de aansprakelijkheid van de *common carrier* (vergelijkbaar met de openbaar vervoerder) gebaseerd is op deze grondslag. Zie hierover J. Basedow, *Der Transportvertrag*, Tübingen: J.B.C. Mohr (Paul Siebeck), 1987, p. 392. Molengraaff wees het *receptum* nadrukkelijk af als basis voor vervoerdersaansprakelijkheid, zie Zie W.L.P.A. Molengraaff, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandse Handelsrecht*, Haarlem: De erven F. Bohn 1891, p. 211.

in deze bijdrage dan ook buiten beschouwing gelaten. De term ‘overmacht’, die in het Wetboek van Koophandel van 1838 was opgenomen in art. 91, 92 en 345 K, en de pogingen om de notie hiervan adequaat te formuleren hebben echter meer aanleiding tot discussies gegeven.<sup>3</sup>

Zo was Molengraaff van mening dat de term ‘overmacht’ in de regeling van 1838 ‘tot een chronische controverse’<sup>4</sup> was verworpen. In zijn ontwerp van wet voor de herziening van het zeerecht<sup>5</sup> stelde hij daarom in art. 468 K een andere formulering voor:

‘(...) De vervoerder is gehouden tot vergoeding van de schade door geheele of gedeeltelijke niet-aflevering of beschadiging van het goed veroorzaakt, *tenzij hij bewijst dat de niet-aflevering of de beschadiging het gevolg is van een voorval, dat hij redelijkerwijze niet heeft kunnen voorkomen of afwenden*, van den aard de gesteldheid of eenig gebrek van het goed zelf of van de schuld van den afzender (curs. K).’

Deze formulering heeft van het begin af aan stevige kritiek gekregen van uit de (zeerechtelijke) literatuur en de praktijk,<sup>6</sup> en is in 1955 vervangen door een afwijkende regeling die is gebaseerd op het aansprakelijkheidssysteem van het Brussels Cognossementsverdrag van 1924.<sup>7</sup> Dit betekent echter niet dat Molengraaffs formulering ten dode opgeschreven was. Met uitzondering van het zeerecht heeft deze formulering – althans hebben varianten daarop – zich ontwikkeld tot *de* standaard in zowel het nationale als het internationale vervoerrecht.

In deze bijdrage wordt de ontwikkeling van het overmachtsbegrip in het vervoerrecht beschreven. In paragraaf 2 wordt allereerst ingegaan op de visie van Molengraaff. Vervolgens wordt in paragraaf 3 weergegeven hoe overmachtsformulering

---

3 Voor een volledig begrip van het systeem van vervoerdersaansprakelijkheid in het algemeen is het van belang in het achterhoofd te houden dat in de aansprakelijkheid van de vervoerder doorgaans gelimiteerd is. Deze aansprakelijkheidslimiet kan slechts worden doorbroken in geval van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de vervoerder. Gezien de omvang van deze bijdrage worden deze aspecten buiten beschouwing gelaten.

4 Herziening van het tweede boek van het Wetboek van Koophandel en wijziging van daarmee samenhangende artikelen in andere wetboeken en in de Faillissementswet. Ontwerp van Wet, waarvan door den toenmaligen Minister van Justitie, Mr. E.E. van Raalte, bij schrijven van 12 December 1907, de overweging bij de Raad van State is aanhangig gemaakt, met de daarbij behorende Memorie van Toelichting, 's-Gravenhage: Boekhandel voorheen Gebr. Belinfante 1914, p. 149.

5 *Idem*.

6 Zie hierover paragraaf 3.

7 Verdrag ter vaststelling van enige eenvormige regelen betreffende het cognossement. Brussel 25 augustus 1924, *Trb.* 1957/24.

gen zoals die van Molengraaff hun intrede deden in het nationale en internationale vervoerrecht. In paragraaf 4 wordt vervolgens nader ingegaan op de uitleg van het overmachtsbegrip. Aangezien de omvang van deze bijdrage het niet toelaat om in te gaan op de ontwikkeling en uitleg van de overmachtsformulering in alle afzonderlijke vervoerrechtelijke regimes, zullen naast het algemene vervoerrecht uitsluitend het luchtrecht besproken worden (paragraaf 5). De ontwikkeling en de uitleg van het overmachtsbegrip in het luchtrecht is vooral interessant omdat er veel parallellen te trekken zijn met Molengraaffs overmachtsformulering en ideeën omtrent de uitleg daarvan.

## 2. Overmacht volgens Molengraaff

Die ‘chronische controverse’ ten aanzien van het begrip ‘overmacht’ had betrekking op de vraag wat nu onder ‘overmacht’ moest worden verstaan. De belangrijkste consequentie van het antwoord op deze vraag lag in de zwaarte van de bewijslast. Twee opvattingen stonden tegenover elkaar: de leer van de objectieve overmacht en de leer van de subjectieve overmacht.

In de objectieve leer werd overmacht benaderd vanuit het voorval dat de schade had veroorzaakt. Molengraaff typeerde overmacht in de objectieve leer als een voorval dat – onafhankelijk van bijzondere omstandigheden – voldeed aan bepaalde kenmerken, die de mogelijkheid om het af te weren uitsloten.<sup>8</sup> De vereiste kenmerken waren dat het voorval ‘buitengewoon’ was en ‘buiten de bedrijfskring was ontstaan’. De vervoerder stond derhalve per definitie in voor het door hem gebruikte materiaal en het personeel in zijn dienst.<sup>9</sup>

In de subjectieve leer daarentegen had overmacht geen betrekking op een specifiek voorval. Van overmacht was sprake indien *‘alle omstandigheden in aanmerking genomen door aanwending van die zorgvuldigheid, welke men redelijkerwijze den schuldenaar tot plicht mag stellen, het voorval niet kan worden afgewend’*.<sup>10</sup> Overmacht werd in deze visie benaderd vanuit de persoon van de schuldenaar. Van belang was de vraag of de schuldenaar iets verweten kon worden ten aanzien van het intreden van het voorval dat de schade had veroorzaakt.

De overmachtsformulering van Molengraaff (een voorval dat de vervoerder redelijkerwijze niet heeft kunnen voorkomen of afwenden) sloot duidelijk aan bij de subjectieve leer. Molengraaff ontleende zijn overmachtsformulering aan het

---

8 Zie Molengraaff 1891, p. 212.

9 Molengraaff 1891, p. 213.

10 Molengraaff 1891, p. 211.

Duitse recht. Daar was enige jaren tevoren, in 1897, een soortgelijke formulering opgenomen in § 429 en § 606 Handelsgesetzbuch (HGB).<sup>11</sup> De wijziging in het Duitse HGB was het gevolg van een tendens die zichtbaar was in de gehele Continentaal-Europese rechtswetenschap.<sup>12</sup> De stroming stond een meer liberale benadering van het recht voor en bestempelde de strenge, op het *receptum* gebaseerde aansprakelijkheid als ‘regelwidriges Recht’.<sup>13</sup> Dezelfde discussie speelde ook een rol in de Nederlandse literatuur<sup>14</sup> en rechtspraak<sup>15</sup> en is door Molengraaff via het zeerecht het Wetboek van Koophandel binnengeloost.

Wie nu denkt dat daarmee duidelijk was wanneer de vervoerder van aansprakelijkheid was ontheven, komt bedrogen uit. Binnen de subjectieve leer bestond namelijk ook een controverse. Deze spitste zich wederom toe op de vraag hoe de overmacht bewezen diende te worden: Was het voldoende dat de vervoerder bewees dat hij alle gebruikelijke of redelijkerwijze nodig te achten voorzorgsmaatregelen had aangewend om schadeveroorzakende gebeurtenissen te voorkomen? Of diende de vervoerder, om ontheven te zijn van aansprakelijkheid, met betrekking tot de concrete schadeveroorzakende gebeurtenis aan te tonen dat hij alle redelijkerwijs te vergen maatregelen had genomen?

Molengraaff signaleerde deze problematiek reeds in zijn Leidraad van 1891.<sup>16</sup> Hoewel de tekst van 468 K niet expliciet is, lijkt deze naar de tweede opvatting te wijzen. In de Memorie van Toelichting schrijft Molengraaff bovendien:

‘De vervoerder zal dus hebben aan te toonen, dat hij ter voorkoming of afwending van het *voorval* dat de schade heeft veroorzaakt, alles heeft gedaan, wat naar redelijkheid van hem als vervoerder kan worden gevergd; alleen hiermede kunnen partijen geacht worden bij het afsluiten der overeenkomst rekening te hebben gehouden.’<sup>17</sup>

---

11 Waarin de overmacht als volgt wordt geformuleerd ‘Umständen, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten’. Zie de Herziening van het tweede boek van het Wetboek van Koophandel 1914, p. 149.

12 Zie Basedow 1987, p. 394.

13 Dit had vooral betrekking op het feit dat de op het *receptum* gebaseerde aansprakelijkheid zeer strikt was, maar in de praktijk nagenoeg standaard werd uitgesloten door de vervoerder. Zie hierover Basedow 1987, p. 392-397.

14 Molengraaff 1891, p. 211, met verwijzing naar Duitse en Nederlandse literatuur.

15 Zie Hof Amsterdam, 23 januari 1920, *NJ* 1920, p. 396, geciteerd in T.J. Dorhout Mees, *Kort begrip van het Nederlandse Handels- en Faillissementsrecht*, Haarlem: De erven F. Bohn, 1971, nr. 8.19.

16 Molengraaff 1891, p. 212.

17 Herziening van het tweede boek van het Wetboek van Koophandel 1914, p. 149.

Het lijkt er dus op dat Molengraaff ten aanzien van het concrete voorval het bewijs eiste dat aan alle zorgplichten was voldaan en niet ten aanzien van de zorgplicht van de vervoerder in zijn algemeenheid.

### 3. Overmacht in het algemene vervoerrecht

Het tijdvak waarin Molengraaff zijn herziening ontwierp,<sup>18</sup> valt grofweg samen met een van de meest turbulente periodes in de ontwikkeling van het zeevervoerrecht (de periode van 1892 tot 1924). In deze periode ging de markt ten aanzien van het zeevervoer gebukt onder hevige fricties. In de halve eeuw die hieraan voorafging, had de scheepvaart een metamorfose ondergaan waardoor de uit 1838 stammende regeling in het Wetboek van Koophandel hopeloos verouderd was. De processen in de scheepvaart waren met de komst van motorschepen en de opening van de Suez Route in 1869 steeds grootschaliger en mechanischer geworden. Vervoerders begonnen op grote schaal verregaande exoneratieclausules op te nemen in hun cognossemmenten. Deze exoneraties werden niet overal ter wereld geaccepteerd.<sup>19</sup> In de periode kort na Molengraaffs eerste ontwerp zorgde de Eerste Wereldoorlog er voor dat de macht van de reders alleen maar groter werd. Toen Molengraaff rond 1918 werkte aan de herziening van zijn eerste ontwerp waren de onderhandelingen ten aanzien van een internationaal verdrag inzake vervoer van goederen onder cognossement in volle gang. Uiteindelijk mondde dit in 1921 uit op de *Hague Rules*, die in feite een compromis waren tussen de belangen van de Amerikaanse verladers en Engelse vervoerders.<sup>20</sup> De Hague Rules werden in 1924 officieel als verdrag aanvaard tijdens een conferentie in Brussel en worden om die reden aangeduid als het Brussels Cognossementsverdrag.

Het eerste ontwerp van Molengraaff, dat een uitwerking was van de leer van de subjectieve overmacht, kwam in 1907 gereed. Nadat de Raad van State advies had

---

18 De periode van de conceptie tot de geboorte loopt ongeveer van 1901 tot 1926.

19 In de Verenigde Staten, waar de belangen van de verladers werden beschermd door machtige lobby's, kwam in 1892 de zogenaamde Harteract tot stand. Deze wet beoogde voornamelijk te dienen als instrument om de belangen van de Amerikaanse verladers te beschermen door paal en perk te stellen aan de verregaande vrijtekeningsclausules die vervoerders pleegden te hanteren. De Harteract verbood bedingen waarbij de vervoerder zich vrijtekende voor '*negligence, fault or failure in proper loading, stowage care of proper delivery of the cargo*' alsmede tot zijn verplichting om zorg te betrachten bij het in orde maken en uitrusten van het schip van de voorgenomen reis. In ruil daarvoor werd de vervoerder van aansprakelijkheid ontheven in geval van navigatiefouten of behandeling van het schip. Voorwaarde daarvoor was wel dat hij aan zijn zorgplichten had voldaan om het schip zeewaardig te maken en behoorlijk te bemannen en uit te rusten.

20 Vgl. Dorhout Mees 1971, nr. 9.199-9.206.

uitgebracht, lag het ontwerp 10 jaar in een lade op het ministerie. Toen Molengraaff het ontwerp in 1918 weer in handen kreeg om het naar aanleiding van geuite kritieken aan te passen, had de hiervoor beschreven omslag inmiddels plaatsgevonden. Toen uiteindelijk het ontwerp door beide kamers aanvaard werd bij Wet van 22 december 1924, was inmiddels ook in internationaal verband het pleit beslecht met de totstandkoming van het Brussels Cognossementsverdrag. Molengraaff weigerde echter de regeling over te nemen.<sup>21</sup> Wel stemde hij toe de wet aan te passen door middel van een novelle die het mogelijk maakte de Nederlandse aansprakelijkheidsregeling opzij te zetten door in een uitdrukkelijk beding te kiezen voor toepasselijkheid van het Brussels Cognossementsverdrag.<sup>22</sup>

Het feit dat zijn aansprakelijkheidsregeling gehandhaafd bleef, leverde echter in de praktijk hevige kritieken op.<sup>23</sup> Toen in 1955 het Brussels Cognossementsverdrag door Nederland geratificeerd werd, ging men ook over tot incorporeren van het aansprakelijkheidssysteem uit dat Brussels Cognossementsverdrag in het Wetboek van Koophandel.<sup>24</sup> Dit aansprakelijkheidssysteem lijkt in niets op de klassieke Continentaal-Europese vervoerdersaansprakelijkheid waarop ook het systeem van Molengraaff gebaseerd was. In het Brussels Cognossementsverdrag werd een systeem van *checks and balances* ingevoerd; een geraffineerd, specifiek op het zeevervoer toegespitst aansprakelijkheidssysteem.<sup>25</sup>

Zo kwam het overmachtsverweer van Molengraaff toch nog aan zijn einde, echter alleen ten aanzien van het goederenvervoer. Het Brussels Cognossementsverdrag ziet namelijk uitsluitend op vervoer van goederen over zee. Voor vervoer

21 Zie hierover J.A.L.M. Loeff, *Vervoer ter zee* (Deel I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, p. 1-5.

22 Wet van 10 juni 1926, *Stb.* 171.

23 Zie Loeff 1981, p. 3.

24 De wijziging van het Wetboek van Koophandel was gekoppeld aan de goedkeuring van het Brussels Cognossementsverdrag. De wijziging werd ingevoerd bij wet van 15 augustus 1955 *Stb.* 398, de goedkeuring bij Wet van 15 augustus 1955, *Stb.* 399.

25 Het aansprakelijkheidssysteem van het Brussels Cognossementsverdrag bestaat uit een systeem van specifieke ontheffingsgronden die alleen kunnen worden ingeroepen onder de premisse dat de vervoerder aan zijn zorgplichten heeft voldaan. Het systeem eist dat de vervoerder voor en bij aanvang van de reis er voor zorgt dat aan alle randvoorwaarden voor het veilig en contractconform uitvoeren van het vervoer is voldaan. Het schip dient zeewaardig te zijn, het dient voldoende bemand, uitgerust en bevoorraad te zijn en de ruimen moeten geschikt zijn om de lading te vervoeren. Wanneer de vervoerder heeft voldaan aan deze zorgplicht, heeft hij de mogelijkheid om een beroep te doen op een aantal exoneraties. Enkele voorbeelden van verweren zijn: schade voortvloeiend uit onzeewaardigheid (art. IV lid 1 Brussels Cognossementsverdrag), navigatiefouten of verkeerde behandeling van het schip (IV lid 2 sub a), brand, gevaren en onheilen van de zee, oorlogshandelingen of handelingen van publieke vijanden (art. IV lid 2 sub b t/m g). In totaal zijn er 17 afzonderlijke exoneratiegronden.



van passagiers was men niet aan enig internationaal verdrag gebonden. Bij het personenvervoer over zee hield de formulering van Molengraaff dan ook wel stand.<sup>26</sup> Deze bepalingen hebben echter in de rechtsliteratuur en rechtspraak maar weinig aandacht gekregen. In 1992 hebben zij – zij het niet rechtstreeks – hun weg gevonden naar Boek 8 BW.

In internationaal verband verscheen de eerste overmachtsformulering in de geest van die van Molengraaff in het Verdrag van Warschau van 1929<sup>27</sup> inzake het luchtvervoer. De eerste aanzet voor dat verdrag begon amper een jaar na de totstandkoming van Molengraaffs herziening van de zeerechtelijk titel in het Wetboek van Koophandel, op de eerste luchtrecht conferentie te Parijs in 1925.<sup>28</sup> In dit Verdrag werd een overmachtsformulering opgenomen die dezelfde sfeer ademde als de door Molengraaff geformuleerde versie.<sup>29</sup> Het enige andere internationale eenvormige vervoerverdrag uit die tijd – het Berns Spoorverdrag van 1890 – hanteerde op dat moment nog het klassieke aansprakelijkheidssysteem gebaseerd op het *receptum* waar nog steeds de term ‘overmacht’ gebruikt werd. In 1952 werd deze formulering echter gewijzigd en werd een overmachtformulering à la Molengraaff ingevoerd.<sup>30</sup>

Daarna volgden nagenoeg alle eenvormige vervoerverdragen met overeenkomstige overmachtsformuleringen: in 1956 het CMR verdrag (wegvervoer),<sup>31</sup> in 1978 de Hamburg Rules<sup>32</sup> (inzake vervoer van goederen over zee bedoeld als alternatief voor het Brussels Cognossementsverdrag) en tenslotte in 1980 bij het

26 Zie art. 522 lid 2 K. Ook in art. 477 K, waar de aansprakelijkheid wegens vertraging in het goederenvervoer was geregeld, bleef Molengraaffs overmachtsverweer overeind. Zie het ontwerp van de herziening van het Tweede boek van het Wetboek van Koophandel en wijziging van daarmede samenhangende artikelen in andere wetboeken en in de Faillissementswet, p. 28, 57. Ook in de later ingevoerde regelingen ten aanzien van het binnenvaartrecht 811, 820, 920-1 en 930-1 werd de overmachtsformulering van Molengraaff gehanteerd, zie: Dorhout Mees 1971, nr. 8.14.

27 Verdrag tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het internationale luchtvervoer, Verdrag van Warschau 12 oktober 1929, *Stb.* 1933, 365. Door Nederland bekrachtigd op 6 april 1933.

28 Conférence Internationale de Droit Privé Aerien (27 Octobre-6 Novembre 1925).

29 Zie hierover paragraaf 5 van deze bijdrage.

30 Artikel 36 lid 2 CIM COTIF (de opvolger van het Berns Spoorverdrag 1890): ‘omstandigheden die de spoorweg niet kon vermijden en waarvan hij de gevolgen niet kon verhelpen.’

31 Art. 17 lid 2 CMR: ‘omstandigheden die de vervoerder niet heeft kunnen vermijden en waarvan hij de gevolgen niet heeft kunnen verhinderen.’

32 Op grond van art. 5 Hamburg Rules is de vervoerder niet aansprakelijk indien hij bewijst dat hij of zijn ondergeschikten en hulppersonen alle redelijkerwijs te vergen maatregelen hebben genomen die nodig zijn om het voorval of de gevolgen daarvan te voorkomen.

(nimmer in werking getreden) VN-Verdrag inzake multimodaal vervoer van goederen (UNCTAD verdrag).<sup>33</sup>

Ons eigen nationale recht bleef aanvankelijk achter. Artikelen 91 en 92 K, waarin de oude aansprakelijkheidsregeling met de ontheffing in geval van ‘overmacht’ was opgenomen, bleven ongewijzigd tot 1992.<sup>34</sup> Toen in 1992<sup>35</sup> het nieuwe vervoerrecht werd ingevoerd, werd in art. 8:23 BW een overmachtsformulering opgenomen die niet aansloot bij de regeling van de toerekenbare tekortkoming van 6:74 en 6:75 BW, maar bij de formulering die meer in lijn was met Molengraaffs overmachtsbegrip.<sup>36</sup> Op grond van artikel 8:23 BW is de vervoerder niet aansprakelijk voor schade ‘voor zover deze is veroorzaakt door een omstandigheid die een zorgvuldig vervoerder niet heeft kunnen vermijden en voor zover zulk een vervoerder de gevolgen daarvan niet heeft kunnen verhinderen’. In de toelichting op het ontwerp schrijft Schadee, de ontwerper van Boek 8 BW, dat deze omschrijving de term ‘overmacht’ van art. 91 en 92 K nader omschrijft en bovendien nauw aansluit bij de terminologie van internationale verdragen inzake vervoer over de weg, per spoorweg en over binnenwateren, alsmede artikelen 477, 811 lid 2 en 820 WvK.<sup>37</sup> Bijna 90 jaar nadat Molengraaff het overmachtsbegrip herformuleerde, heeft zijn formulering via de internationale verdragen dus zijn herintrede gedaan in ons Burgerlijk Wetboek.<sup>38</sup>

---

33 Artikel 16 lid 1 van het UNCTAD verdrag bepaalt dat de ‘multimodal transport operator’ aansprakelijk is tenzij hij bewijst dat hij alle maatregelen heeft genomen die redelijkerwijs nodig waren om het voorval of de gevolgen daarvan te voorkomen.

34 De herziening van Molengraaff zag namelijk alleen op het Tweede Boek van het Wetboek van Koophandel. Pas in 1952 werd het nieuwe binnenvaartrecht ingevoerd, en vanaf 1983 werd het binnenlandse vervoer over de weg beheerst door de Wet Overeenkomst Wegvervoer (WOW). Zie over de ontwikkeling van het vervoerrecht vanaf 1838 R. Cleton, ‘De ontwikkeling van het transportrecht’, in: *150 jaar Wetboek van Koophandel. Het verleden en de toekomst*. Verslag symposium vanwege de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Katholieke Universiteit Nijmegen, op 11 november 1988, Deventer: Kluwer 1989, p. 55-66.

35 Het wegvervoerrecht werd voordat het werd ingevoerd in boek 8 BW al in Nederlands recht ingevoerd door de WOW (Wet overeenkomst wegvervoer) dat als voortrein voor boek 8 BW gold. Zie Korthals Altes, *Goederenvervoer over de weg. Nieuwe wetgeving, Introductie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. V.

36 Vgl. K.F. Haak, ‘De aansprakelijkheid van de vervoerder ingevolge de WOW’, in: *Goederenvervoer over de weg. Nieuwe wetgeving*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 3.

37 P-G boek 8 BW, p. 70, zie tevens Asser-Japikse 7-I, *Verkeersmiddelen en vervoer. Algemene bepalingen en rederij*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 163.

38 Naast art. 8:23 BW is de overmachtsformulering tevens opgenomen in overige titels ten aanzien van andere vervoerssoorten: zie art. 8:82 BW (personenvervoer), art. 105 lid 2 BW (openbaar personenvervoer), art. 8:1098 (wegvervoer), art. 8:1175 (verhuizing) en art. 8:1571 (spoorvervoer). De aansprakelijkheid van het luchtvervoer is anders geregeld, met uitzondering van art. 8:1354 lid 2 en 8:1396 lid 2 BW, die voor respectievelijk het goederenvervoer

#### 4. Oorzaken die een zorgvuldig vervoerder niet kan vermijden

Op grond van art. 8:23 BW is de vervoerder niet aansprakelijk voorzover de schade is veroorzaakt door een omstandigheid die een *zorgvuldig vervoerder* niet heeft kunnen vermijden en voorzover hij de gevolgen daarvan niet kon verhinderen.<sup>39</sup> In de literatuur wordt in het algemeen aangenomen dat ten aanzien van de zorgvuldigheid van de vervoerder een objectieve maatstaf geldt.<sup>40</sup> Het gaat er dus niet om wat redelijkerwijze van de *aangesproken* vervoerder verwacht kan worden, maar om wat in het algemeen van een bekwame, kundige, professionele vervoerder met kennis van zaken kan worden gevergd.

De zorgplicht van de vervoerder heeft betrekking op de concrete omstandigheid die de schade heeft veroorzaakt. De vervoerder dient derhalve de concrete oorzaak te bewijzen naast het feit dat hij alles heeft gedaan wat redelijkerwijs mogelijk is om deze oorzaak en de gevolgen daarvan te voorkomen (waarbij hij zich moet meten aan de top binnen zijn branche).<sup>41</sup> Deze uitleg komt overeen met de zienswijze van Molengraaff ten aanzien van de uitleg van art. 468 K.<sup>42</sup>

Er zijn in de literatuur en jurisprudentie veel voorbeelden genoemd van onvermijdbare omstandigheden (oorzaken die zich voordoen ondanks het feit dat de vervoerder de zorg aan de dag heeft gelegd die men in redelijkheid van een zorgvuldig vervoerder mag verwachten). Japikse noemt bijvoorbeeld weersinvloeden, brand, diefstal, schuld van derden.<sup>43</sup> Het is echter van belang hierbij aan te tekenen dat

---

en passagiersvervoer uitsluitend in geval van vertraging een soortgelijke overmachtsformulering hanteren. In geval van *beschadiging* van goederen of *dood / lichamelijk letsel* gelden afwijkende regelingen, zie uitgebreider hierover paragraaf 5.

39 Dit is de algemene bepaling inzake vervoerdersaansprakelijkheid. Iedere vervoerssoort kent een eigen regeling in Boek 8 BW, die in voorkomende gevallen zal worden toegepast. De algemene regeling van art. 8:20 e.v. BW kan worden gezien als een restregeling die slechts toepassing vindt indien een specifieke regeling ontbreekt.

40 Vgl. Asser-Japikse 7–I, nr. 167.

41 Twee andere belangrijke aspecten zijn de woorden ‘voor zover’ en de aansprakelijkheid voor ondergeschikten en hulppersonen. De woorden ‘voor zover’ vormen een proportionaliteitsregel die het mogelijk maakt de aansprakelijkheid naar rato van schuld over de partijen te verdelen. De aansprakelijkheid voor ondergeschikten en hulppersonen dient te worden afgeleid uit art. 6:76 BW. Dat de wetgever gekozen heeft voor deze constructie boven een uitdrukkelijke bepaling in Boek 8 BW, is verwonderlijk, aangezien de internationale vervoerverdragen waarop de afzonderlijke vervoersregelingen in Boek 8 BW veelal gebaseerd zijn, wel uitdrukkelijk het instaan voor handelingen van ondergeschikten en hulppersonen regelen. Zie hierover uitgebreider Asser-Japikse 7–I, nr. 168 en 169.

42 Zie hierover paragraaf 2.

43 *Idem*.

dergelijke voorbeelden zowel tijd- als branchegebonden zijn. Zo variëren de technische mogelijkheden en bestaande gebruiken en normen per vervoerssector, wat ook zal resulteren in verschillende objectieve maatstaven per branche ten aanzien van de vraag wat een ‘zorgvuldig vervoerder’ is.<sup>44</sup>

Ook in de tijd kunnen verschuivingen optreden. In het luchtrecht werden kapingen – toen deze zich in de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw begonnen voor te doen – aanvankelijk als een aansprakelijkheidsontheffende omstandigheid bij uitstek gezien.<sup>45</sup> Tegenwoordig wordt de vervoerder geacht zorg te dragen voor veiligheidscontroles en zullen door de mazen van het net geglijpte terroristen of kapers naar alle waarschijnlijkheid voor rekening en voor risico van de vervoerder komen.

Overigens is de vervoerder er nog niet indien hij de onvermijdbaarheid van de gebeurtenis bewijst. Ook de *gevolgen* van deze onvermijdbare gebeurtenis moeten onvermijdbaar geweest zijn. De bewijslast van dit alles ligt bij de vervoerder.

## 5. Ontwikkelingen in het luchtvervoer

Zoals gezegd is het Verdrag van Warschau het eerste internationale eenvormige vervoerrecht waar een overmachtsformulering in de geest van Molengraaff<sup>7</sup> werd ingevoerd. Aanvankelijk leunde het eerste ontwerp van het verdrag hevig op het zeerecht<sup>46</sup> (en daarmee op de *common law*). Gaandeweg werd het ontwerp echter steeds ‘continentaler’. Het lijkt aannemelijk dat dit het gevolg was van dezelfde stroming in de Continentaal-Europese rechtsleer onder invloed waarvan Molengraaff in 1907 zijn nieuwe formulering van de term ‘overmacht’ in het zeerecht ontwierp. De overmachtsformulering in het Verdrag van Warschau (art. 20) luidt als volgt:

‘De vervoerder is niet aansprakelijk, indien hij bewijst, dat hij en zijn ondergeschikten alle maatregelen hebben genomen, noodig om de schade te vermijden, of dat het hun onmogelijk was, die maatregelen te nemen.’

---

44 Hetgeen Japikse ook met zoveel woorden concludeert. Volgens Japikse kennen alle internationale vervoerverdragen objectieve maatstaven, al komen deze *als zodanig* niet altijd overeen met de maatstaven die gehanteerd worden in die andere verdragen. Zie Asser-Japikse 7-I, nr. 167.

45 Shawcross & Beaumont VII [506], met verwijzing naar *Haddad v. Cie Air-France*, CC 16 février 1982, (1982) *RFDA* 342.

46 Zie R.C. Horner & D. Legrez, *Second Conference on Private Aeronautical Law. Minutes*. Warsaw 1929, South Hackensack, New Jersey: Fred B. Rothman & Co 1975, p. 21.

De bepaling is een exponent van de hiervoor genoemde subjectieve leer en heeft dientengevolge veel weg van Molengraaffs overmachtsformulering. Maar er zijn meer parallellen.

Zo signaleerde Molengraaff ten aanzien van de subjectieve leer de controverse omtrent het bewijs van de overmacht.<sup>47</sup> In het luchtrecht is dezelfde controverse lange tijd een splijtzwam geweest ten aanzien van de uitleg van de ‘overmacht’ onder het Verdrag van Warschau. In het luchtrecht werden de twee visies aangeduid als de extensieve en de restrictieve uitleg.

In de extensieve uitleg was de vervoerder van aansprakelijkheid ontheven indien hij bewees dat hij en zijn ondergeschikten of hulppersonen in zijn algemeenheid voldoende zorg aan de dag hadden gelegd.<sup>48</sup> Molengraaff omschreef het bewijs in een dergelijke benadering als bewijs dat kan worden geleverd door vermoedens.<sup>49</sup> Volgens de restrictieve uitleg daarentegen dient de vervoerder met betrekking tot de *concrete* schadeoorzaak te bewijzen dat hij alle redelijkerwijs van hem te vergen maatregelen heeft genomen die nodig zijn om de oorzaak van de schade te vermijden of de gevolgen daarvan te voorkomen.

In de tweede benadering is bewijs van de overmacht moeilijker te leveren dan in de eerste benadering. Immers, de vervoerder moet beginnen met het bewijs van de schadeveroorzakende omstandigheid, om vervolgens aan te tonen dat hij alle redelijkerwijs van hem te vergen maatregelen heeft genomen om die concrete oorzaak en de gevolgen daarvan te vermijden. De restrictieve benadering wordt in het luchtrecht ook wel aangeduid als de *a posteriori* benadering omdat deze een grote mate van ‘*hindsight*’ in zich heeft, De extensieve uitleg wordt ook wel aangeduid als de *a priori* benadering.<sup>50</sup>

In het luchtrecht is vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw deze restrictieve benadering de heersende uitleg geworden. Overigens wijkt het luchtrecht daarmee niet af van de uitleg in andere vervoerverdragen.<sup>51</sup>

---

47 Zie paragraaf 2. Was het voldoende dat de vervoerder bewees alle gebruikelijke of redelijkerwijze nodig te achten voorzorgsmaatregelen te hebben aangewend om de schadeveroorzakende gebeurtenis te voorkomen of diende hij dit met betrekking tot de concrete schadeveroorzakende gebeurtenis te bewijzen?

48 Zie uitgebreider hierover I. Koning, *Aansprakelijkheid in het luchtvervoer. Goederenvervoer onder de verdragen van Warschau en Montreal* (Diss. Rotterdam), Zutphen: Paris 2007, p. 170-171.

49 Molengraaff 1891, p. 212.

50 Zie M.A. Clarke, *Contracts of Carriage by air*, London: LLP 2002, p. 127.

51 HR 17 april 1998, *NJ* 1998, 602 (Oegema/ Amev). Zie Haak e.a., *Van Haven en handel. Hoofdzaken van het handelsverkeersrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 167, M.L. Hendrikse en Ph.H.J.G. van Huizen (red.), *CMR: Internationaal vervoer van goederen over de weg*,

In het luchtrecht werd de maatstaf ten aanzien van wat redelijkerwijs van de vervoerder gevegd werd echter steeds zwaarder, hetgeen uiteindelijk uitmondde in een uitermate zware zorgplicht aan de zijde van de vervoerder. Dit leidde er toe dat in de praktijk het bewijs van de overmacht nagenoeg een *probatio diabolica* werd; als men de lat immers maar hoog genoeg legt, is er altijd wel iets dat de vervoerder achteraf had kunnen doen om de schade te voorkomen.

In het luchtrecht voltrok zich vervolgens een bijzondere ontwikkeling die er toe leidde dat het klassieke overmachtsverweer verlaten werd. In 1999 kwam het Verdrag van Montreal<sup>52</sup> tot stand, dat het verouderde Verdrag van Warschau moest vervangen. Voor het goederenvervoer en het passagiersvervoer werden afwijkende aansprakelijkheidsregelingen ingevoerd. In plaats daarvan werd de aansprakelijkheid voor vervoer van goederen losjes gemodelleerd naar de aansprakelijkheid van de *common carrier* onder Engels recht en werd voor het passagiersvervoer een op het leerstuk van *negligence* gebaseerd overmachtsverweer ingevoerd. Alleen ten aanzien van vertraging bleef het overmachtsverweer uit het Verdrag van Warschau gehandhaafd. Het werd overgenomen in artikel 19 Verdrag van Montreal.

In het systeem rust, voor wat betreft het goederenvervoer, op de vervoerder een quasi-risicoaansprakelijkheid; de vervoerder is aansprakelijk voor alle schade die tijdens het vervoer ontstaat, zonder dat hij zich kan beroepen op een algemeen overmachtsverweer. Hij is slechts niet aansprakelijk indien hij bewijst dat de schade is ontstaan door een van de vier specifieke aansprakelijkheidsontheffende omstandigheden opgenomen in artikel 18 lid 1 en 2 van het verdrag, te weten:

- a. de aard of een eigen gebrek van de goederen;
- b. gebrekkige verpakking van de goederen door een ander dan de vervoerder of diens ondergeschikten;
- c. een oorlogshandeling of een gewapend conflict;
- d. een overheidsdaad verricht in verband met de invoer, uitvoer of doorvoer van de goederen.

---

Zutphen: Uitgeverij Paris 2005, p. 122 e.v. Dezelfde conclusie lijkt te kunnen worden getrokken voor wat betreft het vervoer over spoor, zie J.H.P. Boudewijnse, *De aansprakelijkheid van de vervoerder volgens het internationale verdrag betreffende goederenvervoer per spoor (CIM)*, (Diss. Rotterdam) 1982, p. 174-181.

52 Verdrag tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het internationale luchtvervoer, Montreal 28 mei 1999, *Trb.* 2000, 32. Het verdrag is in werking getreden op 4 november 2003. Nederland heeft het goedgekeurd bij Rijkswet van 23 februari 2004 (*Stb.* 2004, 83), waarna het op 28 juni 2004 voor Nederland in werking trad.

Dit systeem is afkomstig uit een van de wijzigingsprotocollen bij het Verdrag van Warschau, het Montreal Protocol nr. 4 1975.<sup>53</sup> Het lijkt een zeer zware aansprakelijkheid, maar bezien binnen het gehele aansprakelijkheidssysteem valt het erg mee. Onder het Verdrag van Montreal 1999 is de aansprakelijkheid voor schade aan goederen namelijk gelimiteerd<sup>54</sup> en deze limiet kan – in tegenstelling tot aansprakelijkheidslimieten in andere eenvormige vervoerverdragen – onder geen enkel beding doorbroken worden, ook niet in geval van opzet of bewuste roekeloosheid.<sup>55</sup> Het systeem is inmiddels onderdeel geworden van ons Burgerlijk Wetboek. De aansprakelijkheidsregeling van het Verdrag van Montreal is integraal overgenomen in titel 16 van Boek 8 BW,<sup>56</sup> waardoor in artikel 8:1553 voor het luchtvervoer – niet langer het klassieke aan Molengraaffs formulering verwante – overmachtsverweer is opgenomen.<sup>57</sup>

Ook ten aanzien van het passagiervervoer is in het Verdrag van Montreal gebroken met het verleden. In artikel 21 is de aansprakelijkheid van de vervoerder voor schade als gevolg van dood of lichamelijk letsel van de passagier als het ware in tweeën gedeeld. Voor het eerste deel van de schadevordering (tot 100.000 BTR<sup>58</sup>) kan de vervoerder zijn aansprakelijkheid niet uitsluiten of beperken. Daarboven geldt in plaats van het oude overmachtsverweer een ontheffingsgrond die uitdrukkelijk gebaseerd is op het *common law* concept *negligence*.<sup>59</sup> Voor de uniformiteit is dit niet bevorderlijk. Zo wordt het begrip binnen Anglo-Amerikaanse rechtssys-

53 Aanvullend protocol no. 4 tot wijziging van het te Warschau op 12 oktober 1929 ondertekende verdrag tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het luchtvervoer, Montreal 25 september 1975. *Trb.* 1882, 82.

54 Artikel 22 lid 3 Verdrag van Montreal beperkt de aansprakelijkheid van de vervoerder tot 17 Bijzondere Trekkingsrechten (BTR) per kilogram verloren of beschadigd gewicht, wat momenteel neerkomt op ongeveer € 18 p. kg. Het Bijzondere Trekkingsrecht (BTR) van het IMF (International Monetary Fund) is een ‘mand-eenheid’ bestaande uit het gewogen gemiddelde van de Amerikaanse Dollar, de Euro, het Engelse Pond Sterling en de Japanse Yen. Zie <<http://www.imf.org>>.

55 Zie hierover noot 3.

56 Vastgesteld en ingevoerd bij wet van 7 april 2005 en in werking getreden op 1 juni 2005, *S.* 2005, 250, 251.

57 Althans, voor zover het de aansprakelijkheid voor verlies en beschadiging van goederen betreft. Voor verdragingschade is in art. 19 van het Verdrag van Montreal een variant op artikel 20 van het Verdrag van Warschau opgenomen, vergelijk noot 53.

58 Zie noot 54.

59 De authentieke Engelse tekst van artikel 21 bepaalt dat de vervoerder niet aansprakelijk is voor dat deel van de schade dat de 100.000 SDR overschrijdt indien ‘(...) (a) such damage was not due to the negligence or other wrongful act or omission of the carrier or its servants or agents; or (b) such damage was solely due to the negligence or other wrongful act or omission of a third party’.

temen niet overal hetzelfde uitgelegd<sup>60</sup> en is het bovendien een tamelijk diffuus begrip. Het draagt te ver om in het kader van deze bijdrage diep in te gaan op het leerstuk, maar grofweg komt het er op neer dat onder *common law* de vervoerder slechts aansprakelijk is indien vast komt te staan dat hij een zorgplicht (*duty of care*) heeft geschonden.<sup>61</sup> Ten aanzien van de vraag welke zorgplichten op de vervoerder rusten, heeft zich in de Amerikaanse en Engelse rechtspraak een uitgebreide casuïstiek gevormd.<sup>62</sup> Het is de vraag of Continentaal-Europese rechters, die immers in de regel geen toegang hebben tot deze uitgebreide casuïstiek, in staat zullen zijn het begrip juist uit te leggen.

Het feit dat het klassieke overmachtsverweer voor het overgrote deel van schadegevallen niet meer geldt, betekent niet dat het nagenoeg geen betekenis meer heeft in het luchtvervoer. Zoals gezegd bleef het overmachtsverweer wel gehandhaafd ten aanzien van aansprakelijkheid voor vertraging. Bovendien is het verweer onlangs in Europese context toch weer opgedoken in Verordening (EG) nr. 261/2004, inzake compensatie en bijstand aan luchtreizigers bij instapweigering, annulering en langdurige vertraging van vluchten.<sup>63</sup> Op grond van artikel 5 van de Verordening 261/2004 is de Europese vervoerder die kort voor vertrek een vlucht annuleert, in bepaalde gevallen een compensatie verschuldigd waarvan de hoogte afhankelijk is van de afstand van de overeengekomen reis.<sup>64</sup> Er zijn echter omstandigheden waaronder de luchtvaartmaatschappij geen compensatie hoeft te betalen, namelijk: ‘indien zij kan aantonen dat de annulering het gevolg is van buitengewone omstandigheden die ondanks het treffen van alle redelijke maatregelen niet voorkomen konden worden’.<sup>65</sup> Wederom een variant op Molengraaffs bekende

---

60 Zo verschillen Amerikaanse en Engelse rechtspraak op dit punt aanzienlijk van elkaar, zie Shawcross & Beaumont, *Air law*, VII [1].

61 Deze zorgplichten kunnen vastliggen in het contract (*express duties*) of als het ware onderdeel zijn van de contractuele relatie (*implied duties*).

62 Zie Shawcross & Beaumont, *Air Law*, VII [11]-[50].

63 Verordening (EG) nr. 261/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 11 februari 2004 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels inzake compensatie en bijstand aan luchtreizigers bij instapweigering en annulering of langdurige vertraging van vluchten, *PbEU* 2004, L 46/1. Zie hierover uitgebreider P.P.C. Haanappel, ‘The New EU Denied Boarding Compensation Regulation of 2004’, *ZLW* 2005, p. 22-31. I. Koning, ‘Personenschade in Europees perspectief. Internationale ontwikkelingen in het luchtvervoer’, in: S.D. Lindenbergh en K.F. Haak (red.), *Europees passagiersvervoer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 83-113. Zie tevens E.L. Speijer, ‘Europese Luchtvaartverordening: Consumentenbescherming op niveau?’, *TvC* 2007-6, p. 184-197.

64 Voor vluchten tot en met 1.500 km. bedraagt deze compensatie € 250, voor alle intracommunautaire vluchten van meer dan 1.500 km. en alle andere vluchten tussen de 1.500 en 3.500 km. € 400 en voor alle andere vluchten € 600, zie art. 7 Verordening 261/2004.

65 Artikel 5 lid 3 Verordening (EG) 261/2004.



overmachtsverweer. De considerans bij de verordening geeft een indicatie van wat met dergelijke buitengewone omstandigheden wordt bedoeld:

‘(...) omstandigheden kunnen zich met name voordoen in gevallen van politieke onstabiliteit, weersomstandigheden die uitvoering van de vlucht in kwestie verhinderen, beveiligingsproblemen, onverwachte vliegveiligheidsproblemen en stakingen die gevolgen hebben voor de vluchtuitvoering van de luchtvaartmaatschappij die de vlucht uitvoert.’<sup>66</sup>

De considerans verwijst daarbij naar de aansprakelijkheidsregeling van het Verdrag van Montreal, dat voor aansprakelijkheid wegens *vertraging* nog wel de oude uit 1929 stammende overmachtsformulering hanteert.

Over de uitleg van deze overmachtsregeling bestaat veel onduidelijkheid.<sup>67</sup> De rechtspraak lijkt zich vooral toe te spitsen op de vraag of ook technische mankementen kunnen worden aangemerkt als buitengewone omstandigheden. De Nederlandse rechter komt over het algemeen tot een bevestigend antwoord.<sup>68</sup> Maar niet overal in Europa wordt dezelfde lijn gevolgd.<sup>69</sup> In 2006 heeft de Deense Østre Landsret een prejudiciële vraag gesteld aan het HvJEG over de uitleg van deze overmachtsregeling.<sup>70</sup> In zijn conclusie was Advocaat-Generaal Sharpston op zijn zachtst gezegd niet op de hand van de Europese vervoerders.<sup>71</sup> In de ogen van Sharpston dienen technische mankementen niet per definitie te worden gezien als buitengewone omstandigheden. Bovendien moeten vervoerders, indien zij in geval van een annulering geen vervangingsvliegtuig klaar hebben staan, dit terdege onderbouwen.<sup>72</sup> Hoewel de uitleg van Sharpston wel in overeenstemming lijkt met

---

66 Overweging 14 van de considerans bij Verordening (EG) 261/2004.

67 Zie Speijer, p. 196 met verwijzing naar lagere jurisprudentie. In de Duitse rechtspraak en literatuur lijkt men juist tot een tegenovergestelde conclusie te komen. Zie bijvoorbeeld F. Dengler, ‘Können Einreden nach Art. 5 Abs. 3 Verordnung (EG) 261/2004 mit technischen Mängeln am Fluggerät begründet werden?’, *RAA* 2007, p. 210 e.v.

68 Zie de door Speijer (voorgaande noot) gesignaleerde uitspraken van de kantongerechten Haarlem en Utrecht en de rechtbank Rotterdam.

69 In Duitsland worden technische mankementen bijvoorbeeld niet per definitie gezien als buitengewone omstandigheden, zie bijvoorbeeld het vonnis van het AG Köln Urteil von 5.4.2006 – 118 C 595, in *RAA* 2006, p. 275-276. Een Britse uitspraak getuigt van een coulantere houding ten opzichte van de vervoerder. In deze uitspraak werd een brandstoflek zonder omhaal als een buitengewone omstandigheid aangemerkt, zie Newcastle-upon-Tyne County Court, 30 december 2005, gerapporteerd in *RAA* 2006, p. 280.

70 Reference Østre Landsret 21 september 2006 (Eivind F. Kramme v. Sas Scandinavian Airlines Dnmark, zaak c-396/06, *PbUE* 2006, C 294/52).

71 Conclusie van Advocaal-Generaal E. Sharpston van 27 september 2007, zaak C-396/06.

72 Zie Overwegingen 61 en 62 van de conclusie.

de doelstelling van de verordening,<sup>73</sup> kan ik er niet onverkort mee instemmen. In mijn ogen had Sharpston nadrukkelijker stil moeten staan bij de vraag of de door hem geëiste maatregelen *in redelijkheid* van de vervoerder geveerd kunnen worden. Dit volgt ook uit overweging 14 van de considerans bij de verordening, die overigens ook uitdrukkelijk verwijst naar het Verdrag van Montreal. In het Verdrag van Montreal wordt ten aanzien van vertraging het klassieke overmachtsverweer van het Verdrag van Warschau gehandhaafd.<sup>74</sup> Hoewel het overmachtsverweer in het luchtrecht over het algemeen uiterst streng wordt uitgelegd, geldt ten aanzien van vertraging veroorzaakt door technische mankementen juist een soepelere norm<sup>75</sup>

Helaas zullen we echter niet te weten komen of de opvatting van Sharpston gedeeld wordt door het Hof van Justitie. De prejudiciële vraag is onlangs ingetrokken.<sup>76</sup> Een betreuenswaardige anticlimax, want in het kader van de rechtszekerheid voor zowel Europese passagiers als Europese luchtvervoerders zou een beslissing van groot belang zijn geweest.

## 6. Conclusie

In de literatuur is wel geconcludeerd dat Molengraaff belangrijke ontwikkelingen in het zeerecht zou hebben genegeerd, door ten onrechte vast te houden aan zijn eigen afwijkende aansprakelijkheidsregeling.<sup>77</sup> Een voorbeeld daarvan is de overmachtsformulering uit artikel 468 K, die Molengraaff weigerde te schrappen ten gunste van de aansprakelijkheidsregeling van het Brussels Cognossemmentsverdrag van 1924.

---

73 De belangrijkste doelstelling van de verordening is het waarborgen en verhogen van de beschermingsnormen van passagiers. Zie de eerste vier overwegingen van de considerans bij de verordening.

74 Ingevolge artikel 19 is de vervoerder niet aansprakelijk voor vertraging indien hij bewijst dat hij en zijn hulppersonen alle maatregelen hebben genomen *die redelijkerwijs* geveerd konden worden om de schade te vermijden, of dat het hun onmogelijk was dergelijke maatregelen te nemen.

75 Wanneer ondanks het feit dat alle onderhoud- en controlebeurten hebben plaatsgevonden toch onverwacht een technisch mankement optreedt, is de vervoerder over het algemeen van aansprakelijkheid ontheven. Zie F. Reuschle, *Montrealer Übereinkommen. Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr*, Berlin: De Gruyter Recht 2005, p. 248. Zie ook L.B. Goldhirsch, *Warsaw Convention Annotated: A legal handbook*, Den Haag: Kluwer Law International 2000, p. 103-104.

76 De Østre Landsret heeft op 20 februari 2008 de prejudiciële vraag ingetrokken waarop de zaak is geschrapd bij beschikking van 11 april 2008.

77 Vgl. Loeff 1981, p. 2-4.

Men kan het echter ook anders zien. Met deze formulering was Molengraaff zijn tijd te ver vooruit. In alle niet-zeerechtelijke internationale vervoerverdragen zijn nadien immers wel varianten op Molengraaffs overmachtsverweer ingevoerd. Alleen in het luchtvervoer heeft men getracht de overmachtsformulering te schrappen, wat grotendeels gelukt is. Zowel ten aanzien van goederenvervoer als passagiersvervoer kent het Verdrag van Montreal thans afwijkende, op de *common law* gebaseerde aansprakelijkheidsregelingen.

De Europese wetgever heeft het verweer echter een opnieuw geïntroduceerd in de Verordening inzake instapweigering, annulering en langdurige vertragingen. In mijn optiek dient bij de uitleg van dit overmachtsverweer aansluiting te worden gezocht bij de aansprakelijkheidsregeling van het Verdrag van Montreal, dat voor vertraging nog steeds een variant op Molengraaffs overmachtsformulering bevat. Daarbij dienen technische mankementen niet per definitie uitgesloten te worden als 'buitengewone omstandigheden', maar dient men te onderzoeken of de luchtvaartmaatschappij het technische mankement kende of kon redelijkerwijs had kunnen voorzien. Wellicht kan ten aanzien van het onderscheid tussen deze twee benaderingen het door Molengraaff gehanteerde onderscheid tussen objectieve en de subjectieve overmacht verhelderend zijn. De opvattingen van Molengraaff omtrent de uitleg het overmachtsverweer zijn wat mij betreft vandaag de dag dus nog net zo actueel als toen zij ruim honderd jaar geleden uit zijn pen vloeiden.



## **BIJZONDERE ONDERWERPEN**



## De (ware) aard van het merk

F.W. Grosheide\*

### 1. Inleiding

*An inquiry into the nature of the trade-mark is of considerable interest, because there is a tendency to extend the notion of the trade-mark beyond its proper and original limits. Thus, things which do not constitute trade-marks are protected as if they were trade-marks.*<sup>1</sup> Zo opent Molengraaff's artikel over de aard van het merk in de Yale Law Journal van 1919. En even later merkt hij op: *The connection between the mark and an article of manufacture or trade is not the effect of a natural cause but of an act of man.*<sup>2</sup> Deze zinnen zouden *mutatis mutandis* vandaag geschreven kunnen zijn. Maar geldt dat ook voor de peroratie van Molengraaff's betoog? Ik citeer daarvan het slot: *From the nature of the trade-mark as a symbol to distinguish similar goods originating from a particular manufacturer or trader I conclude that the trade-mark does not cover the attributes of the article, its character, quality, form, color, etc., or the covering or envelope, or the label (etiquet), or its common trade name, or the name of its geographical origin. The protection of all these interests is not covered by the protection of the trade-mark; they are covered by their own rules, which do not form a part of the law of trade-marks.*<sup>3</sup> Ik laat het antwoord op de gestelde vraag nog even rusten en volsta voorlopig met de constatering dat uit dit laatste citaat in elk geval duidelijk blijkt dat, gelet op de huidige stand van zaken in het merkenrecht, de tijd sinds het schrijven van Molengraaff's artikel niet heeft stilgestaan.

Over het *mutatis mutandis* en de actuele betekenis van het vervolg van Molengraaff's visie op de aard van het merk gaat onderstaand opstel waarbij ik mij beperk tot beantwoording van de vraag of vormen en kleuren als merk kunnen dienen.

Ik maak vier opmerkingen vooraf. In de eerste plaats noem ik Molengraaff's visie in één opzicht voorspellend in het licht van de huidige, niet aflatende discussie over

---

\* Prof.Mr. F.W. Grosheide is als hoogleraar Intellectueel Eigendomsrecht verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht en advocaat bij Van Doorne te Amsterdam.

1 W.L.P.A. Molengraaff, 'The Nature of the Trade-Mark', *Yale Law Journal*, Volume 29, 1919-1920, p. 303-311 (303), opgenomen in *Molengraaff bundel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1978, p. 669-677.

2 Ibidem.

3 Molengraaff 1919-1920 p. 311.

– wat Spoor heeft genoemd – *de gestage groei van merk, werk en uitvinding*.<sup>4</sup> Het gegeven dus dat het domein van het intellectuele eigendomsrecht (en dus ook dat van het merkenrecht) de neiging vertoont steeds verder uit te dijen enerzijds door steeds meer voorwerpen aan te merken als ie-rechtsobject, anderzijds door uitbreiding van de beschermingsomvang. In de tweede plaats is in mijn lezing bepaald ook van deze tijd Molengraaff's opmerking over de *act of man*. Ik lees de, op het verband tussen merk en voorwerp gerichte, verwijzing zo dat daarmee wordt uitgedrukt dat merkenrecht mensenwerk is en niet teruggaat op enigerlei natuurlijke oorzaak. Zo gelezen, staat die uitspraak haaks op een natuurrechtelijke rechtsopvatting en onderkent zij de rechtspolitieke component in het positieve recht.<sup>5</sup> Enigszins in tegenspraak met de aan Molengraaff toegeschreven en m.i. juiste visie – dit is mijn derde opmerking – is wel dat hij zijn betoog plaatst in de sleutel van wat hij de *proper and original limits* van het merk noemt. Uit mijn lezing van Molengraaff's opvatting vloeit immers voort dat recht, en dus ook merkenrecht, zich in de loop der tijd ontwikkelt, een dynamische en geen statische natuur heeft. Daarbij past niet er vanuit te gaan dat het merk(enrecht) vastomlijnde en onveranderlijke trekken heeft. Anders gezegd: de goede vraag is niet wat een merk *is* maar wat een merk *kan zijn*, en dat is mede afhankelijk van de rechtspolitieke opvattingen geldend op een bepaalde plaats en tijd. Of nog weer anders gezegd: wil men al van de aard van het merk spreken dan is essentieel onderdeel van zijn *ware* aard dat de inhoud daarvan niet voor eens en voor altijd vaststaat. Onderdeel van dit opstel is nu bovendien na te gaan of mijn interpretatie van Molengraaff's *act of man* in het besproken verband inderdaad houdbaar is. Mijn laatste opmerking betreft het feit dat Molengraaff mag worden gezien als één van de wegbereiders van wat in de loop van de vorige eeuw is geworden tot een Utrechtse particulariteit: meer dan incidentele of plichtmatige aandacht voor rechtsvergelijking. Publiceren in een toonaangevend Amerikaans juridisch tijdschrift was al evenmin gangbaar in de tijd van Molengraaff.

---

4 J.H. Spoor, *De gestage groei van merk, werk en uitvinding*, Zwolle: Tjeenk Willink 1990. Zie ook reeds S. Gerbrandy, *Industriële eigendom en subjectief recht* (Zwolle: Tjeenk Willink 1946) waarover F.W. Grosheide, 'Objectbepaling en intellectuele eigendom – het probleem van de intellectuele eigendom opnieuw bezien', in G.J. Bijleveld e.a. (red), *Qui Bene Distinguit Bene Docet*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 153-161.

5 Tot goed begrip: verwijzing naar het noodzakelijkerwijs maken van rechtspolitieke keuzen sluit niet uit dat normatieve elementen naast instrumentele elementen een rol spelen. Zo een normatief element, betrokken op de rechtszekerheid, is bijvoorbeeld dat elke nieuwe definiëring van het merk in beginsel moet passen in het bestaande merkenrechtelijke systeem.



## 2. De aard van het merk bij Molengraaff

Om Molengraaff's opvatting over het merk goed te kunnen plaatsen, is het nuttig te resumeren hoe ten tijde van het schrijven van zijn hier besproken artikel de internationale en nationale benadering van het merk was. Uitgangspunt daarbij is het in 1883 tot stand gekomen zogeheten Unieverdrag tot bescherming van de industriële eigendom (UvP). Daaruit blijkt dat opmerkelijk genoeg het industriële eigendomsrecht, en dus ook het merkenrecht, reeds aan het einde van de 19<sup>de</sup> eeuw internationaal van karakter was.

Ter uitvoering van dat verdrag vervangt Nederland in 1893 de tot dan toe geldende Merkenwet van 1880 door de wet van 1893. Deze wet heeft betrekking op merken voor zogeheten *waren* en bevat in hoofdzaak regels van formele aard met betrekking tot de inschrijving van daarop betrekking hebbende merken. Over de aard van het merk bepaalt de wet weinig of niets. Uit de wet is slechts af te leiden dat het merk een teken is dat dient om de waren van een onderneming te onderscheiden van de waren van andere ondernemingen. In de literatuur wordt naast deze primaire onderscheidingsfunctie echter nog een aantal andere functies aan een merk toegekend: het leggen van verband tussen de producent en zijn waar (herkomstfunctie), bepaling van de individualiteit van de waar (individualiseringsfunctie) en waarborging dat de waar bepaalde kenmerken of een bepaalde kwaliteit heeft (garantiefunctie).<sup>6</sup>

Van belang is dus allereerst dat het merk een teken is. Dat wil zeggen dat het merk zich ertoe moet lenen om als bijzonder (onderscheidings)teken op of aan de waar of haar verpakking te worden aangebracht. Dit betekent dat een merk niet kan bestaan uit de enkele beschrijving van de waar of van haar kwaliteitsaanduiding, prijs, gewicht, bestemming, bruikbaarheid dan wel geografische herkomst. Er wordt onderscheid gemaakt tussen het merk als zodanig en dat wat als eigenschap van de waar wordt aangemerkt: de aankleding of opmaak van het merk. Bijgevolg zijn ondeugdelijk om als merk te dienen de vorm, de kleur of enige andere eigenschap van de waar. Voorbeelden van dergelijke ondeugdelijke merken zijn de bijzondere vorm of kleur van een stuk zeep, een doos, een tube, een fles, een karton, of ook de vorm ervan. Alles met dien verstande dat afbeeldingen of figuren die een merk vormen wel degelijk een bepaalde vorm of kleur kunnen hebben welke voor de juridische bescherming van het merk van betekenis kan zijn. Als ondeugdelijke merken want aan te merken als eigenschappen van de waar, worden

---

6 L. Wichers Hoeth, *Kort begrip van het recht betreffende de industriële en intellectuele eigendom* [voorheen Drucker/Bodenhausen's commentaar], Zwolle: Tjeenk Willink 1966. In het vervolg beperk ik mij tot de zogeheten individuele merken.

ook beschouwd titels van boeken en van films.<sup>7</sup> Diezelfde kwalificatie treft echter weer niet de naam van krant of tijdschrift omdat de steeds wisselende inhoud daarvan geacht wordt de functie van een merk te vervullen. Van negatieve invloed op het kunnen dienen als merk zijn verder nog de volgende omstandigheden. Het teken mag niet de functie van versiering of aanduiding van een systeem vervullen.<sup>8</sup> Ook mag het teken niet te eenvoudig of te ingewikkeld zijn.

Molengraaff's opvatting van het merk sluit – naar voor de hand ligt – aan bij de bovenstaande inventarisatie van particularia van het merkenrecht onder het regiem van de Merkenwet 1893. Bepalend voor Molengraaff's opvatting over het merk is voorts dat wat hij noemt zijn *separate existence*: het merk heeft een zelfstandig bestaan, onafhankelijk van de waar waarop het is aangebracht. Dat wil zeggen: zolang het merk wordt gebruikt door een bepaalde onderneming identificeert het de band tussen de waar en die onderneming (Molengraaff accentueert duidelijk de identificatiefunctie). Molengraaff merkt voorts nog op dat '*(r)ights of the nature of property*' op zichzelf genomen kunnen bestaan met betrekking tot vorm of kleur. Hij denkt daarbij aan octrooirecht of modelrecht, en acht evenmin een actie wegens ongeoorloofde mededinging uitgesloten. Maar het merkenrecht strekt zich daartoe niet uit.<sup>9</sup> Hij acht dat niet slechts een zaak van *pure theory* maar ook van *practical significance*. Als voorbeeld van een onjuiste benadering van het merk geeft Molengraaff een taart in de vorm van een dier.<sup>10</sup>

Als uitvloeisel van zijn zojuist geresumeerde opvatting wijst Molengraaff ook af het als merk in aanmerking nemen van de verpakking van de waar *per se*. Molengraaff moet echter toegeven dat zijn opvatting afwijkt van de Franse benadering van het merk zoals neergelegd in Article 1 Loi du 23 June 1857. Hij tekent daarbij het volgende aan: *For the purpose of protecting the property in coverings, like bottles, barrels, cases, etc., in which articles of manufacture or trade are sold, it is not necessary to assimilate these coverings with trade-marks. If the protection which gives rise to the action for 'passing off' does not suffice, the registration of coverings, as distinct from trade-marks, could be introduced by statute.* Dus: sprake kan zijn ofwel van een specifiek wettelijk regiem ofwel van ongeoorloofde mededinging. Molengraaff beveelt dezelfde benadering aan voor labels en etiketten.<sup>11</sup>

---

7 Zie de rechtspraak bij Wichers Hoeth 1966, p. 70 (voetnoot 3) en p. 71 (voetnoten 2, 3, 4, 5 en 6).

8 Zie rechtspraak bij Wichers Hoeth 1966.

9 Molengraaff 1978, p. 670.

10 Ibidem, verwijzend naar Joseph Kohler, *Warenzeichenrecht* (2ed 1910), p. 72.

11 Molengraaff 1978, p. 670-671.

### 3. De actuele opvatting over de aard van het merk<sup>12</sup>

Bij wat volgt, dient te worden voorop gesteld dat het actuele Nederlandse merkenrecht maar zeer ten dele van nationale snit is. Dit – zoals bekend als gevolg van het feit dat het merkenrecht – in de loop van de vorige eeuw zowel in Benelux als in Europees verband in aanmerkelijke mate is geharmoniseerd en geünificeerd, met als gevolg dat bij de bespreking van wat thans geldend merkenrecht is steeds (mede) verwezen zal worden naar desbetreffend Benelux en/of Europees merkenrecht.

Als hoofdfunctie van het merk wordt tegenwoordig nog steeds gezien zijn vermogen om producten een gezicht te geven (herkomst- of identificatiefunctie) en door middel daarvan met (potentiële) afnemers te communiceren. Naast deze primaire functies worden in de literatuur nog de volgende andere functies aan merken toegekend: de garantie- (ook: vertrouwens-)functie en de reclamefunctie. Gielen merkt op dat de verwijzing naar garantie misleidend kan zijn indien deze zo wordt opgevat dat daarin zou doorklinken dat de consument bij aankoop altijd een product met dezelfde karakteristieken zou mogen aantreffen. Voorts acht hij de reclamefunctie reeds opgenomen in de communicatiefunctie.<sup>13</sup>

In het voorgaande is gebruik gemaakt van het begrip *producten*. Naar huidig inzicht vallen daaronder zowel *waren* als *diensten*. Het begrip waren moet in zijn spraakgebruikelijke betekenis worden opgevat: de goederen die een onderneming produceert en/of verhandelt. Over de inhoud van het begrip dienst bestaat nog wel eens verwarring. Dit als gevolg van het feit dat de verlening van diensten dikwijls gepaard gaat met de levering van waren zoals de activiteiten in de horeca illustreren (levering van spijzen en dranken). Volgens Gielen zal bij het antwoord op de vraag: waar of dienst? de doorslag geven welke prestatie naar normale maatschappelijke opvattingen de belangrijkste is: verschaffing van waar of dienstverlening.<sup>14</sup>

Art. 2.1 BVIE (afgeleid van de Merkenrichtlijn) bepaalt dat als individuele merken worden beschouwd de benamingen, tekeningen, afdrukken, stempels, letters, cijfers, de vormen van waren of van verpakking en alle andere voor grafische voorstelling vatbare tekens, die dienen om de waren of diensten van een onderneming te onderscheiden. Het betreft een niet-limitatieve opsomming die ruimte laat voor rechterlijke aanvulling, en waarvan het kernelement is: vatbaarheid voor grafische voorstelling. Art. 4 MV (conform de Merkenrichtlijn) geeft een verge-

---

12 Ch. Gielen, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht* [voorheen Drucker/Bodenhuisen/Wichers Hoeth's commentaar], Zwolle: Tjeenk Willink 2007. Ch. Gielen, L. Wichers Hoeth, *Merkenrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992.

13 Gielen 2007, p. 207-208.

14 Gielen 2007, p. 208.

lijkbare opsomming: gemeenschapsmerken kunnen zijn alle tekens die vatbaar zijn voor grafische voorstelling, met name woorden, met inbegrip van namen van personen, tekeningen, letters, cijfers, vormen van waren of van hun verpakking, mits deze de waren of diensten van een onderneming kunnen onderscheiden. In de loop van de tijd is ten aanzien van verschillende tekens in de rechtspraak getoetst of deze aan het criterium van grafisch voorstelbaar onderscheidingsteken voldoen. Zo ten aanzien van klanken, geuren, tastbaarheden, kleuren en gebaren. Uit de wetsgeschiedenis van het BVIE blijkt dat het niet de bedoeling is geweest om klanken, geuren of tastbaarheden uit te sluiten. Wel kunnen praktische bezwaren in de weg staan aan een adequate grafische voorstelling en een navenant effectieve bescherming. In het kader van dit opstel is voorts van belang vast te stellen dat bepaalde tekens ingevolge art. 2.2 BVIE geen merk kunnen zijn: tekens die uitsluitend bestaan uit een vorm die door de aard van de waar wordt bepaald, die een wezenlijke waarde aan de waar geven of die noodzakelijk zijn om een technische uitkomst te verkrijgen. Die bepaling moet worden gelezen in het licht van art. 6 quinquies B (2) UvP.<sup>15</sup>

Wat het Europese recht betreft is richtinggevend het Sieckmann-arrest van het EG HvJ.<sup>16</sup> Dit arrest betrof de aanvraag van een merk bestaande uit de chemische formule van een bepaalde geur. Hoe moet dit grafisch worden weergegeven? Het Hof bepaalt dat een teken hoewel het als zodanig niet visueel waarneembaar is, toch een merk kan vormen op voorwaarde dat het grafisch kan worden weergegeven door middel van figuren, lijnen of lettertekens, en die voorstelling duidelijk, nauwkeurig, als zodanig volledig, gemakkelijk toegankelijk, begrijpelijk, duurzaam en objectief is. Volgens het Hof voldoet noch een scheikundige formule, noch een beschrijving met woorden, noch het depot van een geurmonster, noch een combinatie daarvan aan het vereiste van grafische voorstelling. Met als gevolg dat geurmerken niet kunnen worden verleend zolang geen methode is gevonden om deze voor deponering vatbaar te maken. Met toepassing van dezelfde test bepaalde het Hof dat bij klankmerken de notenbalk als grafische voorstelling kan gelden. Eveneens is geaccepteerd deponering van een sonogram.<sup>17</sup> Over tastbaarheden bestaat nog geen rechtspraak maar denkbaar is dat een beschrijving in woorden van het gevoel en de materiaalkeuze tesamen met een afbeelding acceptabel is. Bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van vormmerken speelt het algemeen belang dat vormen beschikbaar blijven voor derden een belangrijke rol. Dit brengt mee dat bij de

---

15 H. Struik, 'Merk in vorm', *BMM Bulletin*, 1998/81, p. 19-36.

16 HvJ EG 12 december 2002, *NJ* 2003, 600; *IER* 2003, 109 (Sieckmann). Daarmee lijkt de staf gebroken over het in 1999 door het Europese Merkenbureau geaccepteerde merk voor de geur van versgemaaid gras voor tennisballen.

17 HvJ EG 27 november 2003, zaak C-283/01 (Shield Mark/Kist; ook: Für Elise).

beoordeling van vormmerken weliswaar geen strengere eisen moeten worden gesteld dan gelden voor andere merken maar wel moet rekening worden gehouden met het feit dat alle uit de vorm van een waar bestaande driedimensionale merken welke uitsluitend bestaan uit tekens of benamingen die tot aanduiding van de kenmerken van waren of diensten in de zin van deze bepaling kunnen dienen, voor een ieder vrij beschikbaar moeten zijn en niet kunnen worden ingeschreven, behoudens inburgering.<sup>18</sup> Ten aanzien van kleuren heeft het Hof beslist dat enkele deponering van een kleur niet, maar een beschrijving daarvan met verwijzing naar internationaal erkende kleurcodes wel als grafische voorstelling kan gelden.<sup>19</sup>

#### 4. Besluit

Zoals eerder aangegeven, blijkt het Nederlandse en Europese merkenrecht sinds de publicatie van Molengraaff's artikel op het punt van de geschiktheid van tekens om als merk te kunnen dienen een belangrijke ontwikkeling te hebben doorgemaakt. Uit het voorgaande blijkt hoe ver het vroeg twintigste eeuwse merkenrecht verwijderd is van wat later zal gelden onder vigeur van de Eenvormige Beneluxmerkenwet 1962 (EBMW) en de Benelux Merkenwet 1992 ((BMW), beide inmiddels in aangepaste vorm opgenomen in het Beneluxverdrag inzake de intellectuele eigendom 2005 (BVIE)), of ook de EU Merkenrichtlijn 1988 (MR) en de Merkenverordening 1993 (MV).

Zo komen thans vormen en kleuren onder omstandigheden als deugdelijke merken in aanmerking waarbij dan voorts nog geldt dat zich naast het warenmerk het dienstenmerk heeft ontwikkeld. Wat die vormen en kleuren betreft, is naar geldend recht het algemeen als criterium aangehouden vermogen om te kunnen dienen als grafisch voorstelbaar onderscheidingsteken dus wezenlijk voor een deugdelijk merk. Over de mate van geschiktheid bestaat een rijke jurisprudentie. In een reeks van uitspraken heeft het HvJ EG geoordeeld dat het algemeen belang centraal staat bij de door de regelgeving genoemde weigeringsgronden.<sup>20</sup> Dit onderscheidend vermogen is in de tijd geen constante grootheid. Daaruit vloeit het onderscheid tussen sterke en zwakke merken voort, een onderscheid dat vooral voor de beschermingsomvang van belang is.

Herlezing van Molengraaff's betoog laat mij met gemengde gevoelens achter. De moderniteit en actualiteit van Molengraaff's denken waarvan zijn wetenschappelijk werk in zoveel opzichten getuigd, lijkt het in zijn benadering van het merkenrecht

---

18 HvJ EG 8 april 2003, zaken C-53/01 t/m C-55/01, *IER* 2003/48, p. 241 nt. Speyart (Linde).

19 HvJ EG 6 mei 2003, *BIE* 2003, 305; *IER* 2003, p. 247 nt. Gielen (Libertel).

20 Zie bv. HvJ EG 18 juni 2002, *NJ* 2003, 481 nt. JHS; *IER* 2002, p. 251 nt. FWG (Philips/Remington).

af te leggen tegen een onverwacht strikt dogmatisch denken waarbij wordt uitgegaan van een veronderstelde ware aard van het merk(enrecht). Daarbij verlies ik niet uit het oog dat Molengraaff zijn bijdrage schreef onder vigeur van de Merkenwet 1893 waarin voor vorm- en kleurmerken geen plaats was. Maar dat was evenmin het geval met de zorgvuldigheidstoetsing onder vigeur van het destijds geldende art. 1401 BW (oud).

Voor de door mij beleden voorkeur voor *concurrency and convergence* van intellectuele eigendomsrechten voelde Molengraaff kennelijk niets. Hem is het erom te doen de afzonderlijke gebieden van het intellectuele eigendomsrecht zo duidelijk mogelijk af te bakenen. Want afwijzing van merkenrechtelijke bescherming van bijvoorbeeld de vorm of de kleur van een product of zijn verpakking betekent voor Molengraaff niet dat iedere rechtsbescherming zou ontbreken. Maar dan niet onder het merkenrecht maar bijvoorbeeld onder het octrooirecht of het ongeoorloofde mededingingsrecht.

Als algemeen afrondend oordeel over Molengraaff's bijdrage spreek ik graag mijn grote waardering uit voor de kwaliteit van het technisch-juridische stippelwerk die uit de herlezen bijdrage blijkt, en waarvan wij ook nu nog veel kunnen leren.

# Reële executie, toen en nu

A.W. Jongbloed\*

## Inleiding<sup>1</sup>

In zijn bekende preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging uit 1900<sup>2</sup> diende Molengraaff zijn mening te geven over de vraag: ‘Hoe moet geregeld worden de tenuitvoerlegging van vonnissen in burgerlijke zaken, inhoudende eene veroordeeling tot eene andere praestatie dan die eener geldsom?’ Oftewel, hij moest een oordeel geven over de mogelijkheid om tot reële executie over te gaan. Dat was een omstreden kwestie, omdat uit de rechtspraak van de Hoge Raad bleek dat ter zake van wanprestatie de schuldeiser eerder genoegen moest nemen met schadevergoeding in geld, dan dat deze de daadwerkelijke nakoming kon afdwingen.

Ik wijs op het toenmalige artikel 1275 BW dat inhield: ‘Alle verbindtenissen om iets te doen, of niet te doen, worden opgelost in vergoeding van kosten, schaden en interessen, ingeval de schuldenaar niet aan zijne verpligting voldoet.’<sup>3</sup> en op HR 23 juni 1899. W 7302 (Van der Kraan/Van der Spiegel), waarin de reële executie van de verplichting tot levering van onroerend goed werd afgewezen.

## 2. Het standpunt van Molengraaff

Al op de eerste bladzijde geeft Molengraaff zijn visie in de zinsnede:

---

\* Prof.Mr. A.W. Jongbloed is als bijzonder hoogleraar executie- en beslagrecht verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

1 Om een overdaad aan voetnoten te voorkomen verwijs ik naar mijn proefschrift *Reële executie in het privaatrecht*, KU Nijmegen, Deventer: Kluwer 1987.

2 Verschenen in de Handelingen van de Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1900 (dertigste jaargang), Belinfante 's-Gravenhage 1900 en deels opgenomen onder Xb in de *Molengraaff bundel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1978, p. 696 e.v. De andere preadviseur was W.Th.C. van Doorn.

3 De artt. 1276 BW (Niettemin heeft de schuldeischer het regt om de vernietiging te vorderen van hetgeen strijdig met de verbindtenis verrigt is, en hij kan zich door den regter doen magtigen om, ten kosten van den schuldenaar, het gedane te doen vernietigen; onverminderd de vergoeding van kosten, schaden en interessen, indien daartoe gronden bestaan) en 1277 BW (De schuldeischer kan ook, in geval de verbindtenis niet ten uitvoer wordt gebragt, gemagtigd worden om zelf die verbindtenis te doen uitvoeren ten koste van den schuldenaar) vormden een uitzondering op die hoofdregel.

‘Recht te hebben is veel waard; het recht erkend te zien, als het wordt betwist of geschonden, is meer waard; maar het meeste waard is het erkende recht door dwang te kunnen verwezenlijken, de voldoening van het erkende recht te kunnen afdwingen, als daaraan niet vrijwillig wordt voldaan. Rechten die niet kunnen worden gehandhaafd, hebben alleen theoretische beteekenis; voor het leven, voor de maatschappij, voor het verkeer zijn zij zonder waarde’.

Dat is duidelijke taal.<sup>4</sup> Molengraaff komt tot de conclusie dat de wetgever moet optreden en aansluiting moet zoeken met de Duitse en Oostenrijkse regeling op dit punt. Dat is op zich niet echt verwonderlijk, omdat met name de Duitse wetgeving toen de meest recente was.

Het stelsel dat Molengraaff voor ogen stond, zou allereerst een algemene bepaling moeten bevatten, waarin de bevoegdheid van de met de executie belaste deurwaarder wordt omschreven.<sup>5</sup> Daarmee zou de bijstand door de sterke arm een vaste grondslag krijgen.

Daarnaast zou de wetgever bij de te ontwerpen wetgeving moeten onderscheiden tussen: (1) vonnissen, waarbij de afgifte of levering van roerende lichamelijke zaken of papieren van waarde is bevolen; (2) vonnissen, waarbij wordt bevolen een onroerende zaak of een schip over te laten of te laten ontruimen of in het bezit van de schuldenaar te stellen; (3) vonnissen, waarbij tot de levering van een onroerende zaak of van een schip, of tot de vestiging of levering van een zakelijk recht of van een scheepsverband wordt veroordeeld; (4) vonnissen, inhoudende een veroordeling om iets te doen, waaronder te begrijpen viel de vernietiging van hetgeen in strijd met een verbintenis om niet te doen of uit andere hoofde onrechtmatig was gedaan; (5) vonnissen, houdende veroordeling tot het afgeven van een verklaring.

Tot slot<sup>6</sup> moest een regeling worden gecreëerd voor de tenuitvoerlegging door indirecte dwangmiddelen van vonnissen inhoudende de veroordeling tot een handeling welke niet door een derde kan worden verricht en uitsluitend van de wil van de schuldenaar afhangt en van vonnissen inhoudende een veroordeling om iets na te laten of iets te dulden.

---

4 Op p. 79 (*Molengraaff bundel* p. 701) geeft hij aan dat het wenselijk is in de wet uitdrukkelijk te bepalen dat en welke middelen tot uitoefening van zijdelingse dwang (indirecte executie) geoorloofd zijn bij verplichtingen om te doen en niet te doen, waar rechtstreekse tenuitvoerlegging niet mogelijk is. Hij vervolgt: ‘Ook de keuze van geldboete (hij doelt m.i. op de dwangsom, *AWJ*) en lijfswang als dwangmiddelen meenen wij te moeten aanbevelen.’

5 Molengraaff 1900, p. 82-83.

6 Molengraaff 1900, p. 85.



### 3. Stond Molengraaff alleen in zijn opvatting?

Hiervoor gaf ik aan dat er sprake was van een omstreden kwestie. Maar Molengraaff kon voortbouwen op publicaties van anderen. Allereerst valt te wijzen op het Ontwerp van een Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering uit 1865,<sup>7</sup> dat weliswaar geen wet werd, waarin Boek 5 titel 9 gaat over de tenuitvoerlegging van vonnissen, waarbij ontruiming, inbezitstelling of handhaving in het bezit van onroerende goederen is bevolen, en Boek 5 titel 10 betreffende de tenuitvoerlegging van vonnissen, waarbij de afgifte van roerende, niet verbruikbare, zaken is bevolen. Verder kan worden gewezen op de beraadslagingen van het (nog steeds bestaande) Provinciaal Utrechtsch Genootschap op 26 juni 1883.<sup>8</sup> Daarnaast hadden diverse schrijvers zich al eerder over het onderwerp uitgelaten.<sup>9</sup> Al met al kan worden gezegd dat Molengraaff voldoende medestanders rond zich kon verzamelen en dat zijn opvattingen voldoende steun vonden. Niet iedereen was het (volledig) met hem eens, want anders was de wet al in de door hem bepleite zin gewijzigd in 1900.

### 4. In hoeverre is de opvatting van Molengraaff gevolgd: reële executie nu

Het door Molengraaff ontworpen systeem zal de lezer niet onbekend voorkomen, omdat de wetgever bij de totstandkoming van het NBW per 1992 de belangrijkste punten van het door Molengraaff ontworpen systeem heeft gevolgd, nadat zijn wensen op sommige punten al eerder in vervulling waren gegaan doordat incidentele regelingen waren ingevoerd.

Allereerst bestaat er een algemene bepaling waarin de bevoegdheid van de met de executie belaste gerechtsdeurwaarder wordt omschreven en heeft de bijstand door de sterke arm van politie en justitie een vaste grondslag gekregen. Het betreft art. 434 Rv: 'De overhandiging van de executoriale titel, waarvan men de uitvoering verlangt, aan de deurwaarder, machtigt hem in die zaak tot het doen van de

---

7 Wetboek van burgerlijke regtsvordering: ontwerp en memorie van toelichting/uitgegeven onder toezigt van A.A. de Pinto, 's-Gravenhage 1865-1867.

8 Aantekeningen van het verhandelde in de sectie voor rechtsgeleerdheid en staatswetenschappen ter gelegenheid van de Algemeene Vergadering van het Provinciaal Utrechtsch Genootschap van Kunsten en Wetenschappen, gehouden den 26 juni 1883.

9 Ik noem B. Formijne, *De veroordeling bij zakelijke vorderingen*, diss. RU Leiden 1895; J.J. Henny, *De verplichting van de verkooper tot levering*, prft. RU Leiden 1892; S.J.I.A. Mulder, *Kan van onroerend goed de koper den eigendom verkrijgen, wanneer de verkoper weigert mede te werken tot de levering in art. 671 BW vereischt?*, prft. UvA 1884; A. Philips, *Reële executie*, prft. RU Leiden 1889 en O.W. Sipkes, *De verplichting van de verkooper tot levering*, prft. RU Leiden 1886.

gehele executie, uit die titel voortvloeiende, met uitzondering alleen van die bij lijfswang, waartoe een bijzondere volmacht vereist wordt.<sup>9</sup>

Voorts heeft de wetgever in Boek 3 BW, art. 296 e.v.<sup>10</sup> uitgesproken dat er een daadwerkelijk te verwezenlijken recht op nakoming bestaat, welke hoofdregel in specifieke wetsbepalingen wordt geconcretiseerd. Zo blijkt uit art. 3:296 lid 1 BW: ‘tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld.’ In combinatie met art. 3:297 BW omtrent de gevolgen van reële executie, blijkt dat in beginsel de toegezegde prestatie daadwerkelijk moet (en vaak ook kan) worden verschaft.

Waar vóór 1992 uit art. 1275 BW viel af te leiden dat de hoofdregel schadevergoeding (in geld) was, is dat nu niet langer het geval. In art. 3:299 BW vinden we de voorheen in art. 1276 en 1277 BW bestaande regeling terug, die inhoudt dat een schuldeiser op grond van een rechterlijke machtiging handelend mag optreden. Daarmee wordt bevestigd dat reële executie van (feitelijke) handelingen (die door derden kunnen worden verricht) mogelijk is. Hierna treffen we in de artt. 3:300 BW en 3:301 BW een regeling ter zake van de reële executie van de verplichting tot het verrichten van een rechtshandeling aan.<sup>11</sup> Art. 3:299 BW wordt onder meer uitgewerkt in de regeling van de gedwongen ontruiming, zoals opgenomen in art. 555 e.v. Rv.

Naar de artt. 3:299-301 BW wordt op andere plaatsen veelvuldig verwezen en soms is de wetgever nog een stapje verder gegaan. Art. 299 BW is van regelend recht. Voor het huurrecht zag de wetgever het gevaar dat de verhuurder stelselmatig de bepaling zou uitsluiten. Daarom werd in de artt. (7A:)1623j oud BW (voor woonruimte) en 1634 oud BW (voor middenstandsbedrijfsruimte), alsmede art. 26a Huurwet (voor overige bedrijfsruimte) de regel van art. 3:299 BW tot dwingend recht verheven. Inmiddels is de wetgever nog een stap verder gegaan door in het thans geldende art. 7:206 lid 3 BW<sup>12</sup> vast te leggen:

‘Is de verhuurder met het verhelpen (van gebreken op vordering van de huurder, *AWJ*) in verzuim, dan kan de huurder dit zelf helpen verrichten en de daarvoor gemaakte kosten, voorzover deze redelijk waren, op de verhuurder verhalen, desgewenst door deze

---

10 Graag verwijs ik naar mijn commentaar op deze bepalingen in de losbladige Kluwer-uitgave Vermogensrecht.

11 Via het systeem van vonnis vervangt wilsverklaring, vonnis vervangt akte en benoeming dwangvertegenwoordiger.

12 Blijkens art. 7:339 lid 3 geldt hetzelfde voor pacht.

in mindering op de huurprijs te brengen. Hiervan kan niet ten nadele van de huurder worden afgeweken’.

Hetzelfde principe is opgenomen in art. 7:21 BW aangaande het recht op correcte nakoming bij non-conformiteit. Het derde lid spreekt uit dat indien bij een consumentenkoop de verkoper niet binnen een redelijke tijd nadat hij daartoe door de koper schriftelijk is aangemaand, aan zijn verplichting tot herstel van de afgeleverde zaak heeft voldaan, de koper bevoegd is het herstel door een derde te doen plaatsvinden en de kosten daarvan op de verkoper te verhalen. Daarmee wordt duidelijk dat de consument eigenmachtig de zaak hersteld kan krijgen en niet afhankelijk is van een onwillige verkoper. Een rechterlijke machtiging is dan niet noodzakelijk. Toch worden in de praktijk de artt. 7:21 lid 3 en 7:206 lid 3 BW nauwelijks toegepast. De koper of huurder geeft er kennelijk de voorkeur aan de weg van de rechterlijke machtiging van art. 3:299 BW te volgen. In dat geval staat de hoogte van het verschuldigde bedrag vast op grond van de rechterlijke uitspraak, terwijl in het eerste geval de verkoper of verhuurder zal aanvoeren dat een en ander veel goedkoper kon geschieden.<sup>13</sup>

Voor de levering van schepen verwijzen voorts de artt. 8:190 lid 2 en 8:790 lid 2 BW naar de regeling van art. 3:301 BW en art. 8:1302 lid 2 BW doet dat voor de levering van luchtvaartuigen. Art. 4:135 lid 3 BW betreft de oprichting van een stichting bij uiterste wilsbeschikking en houdt in dat degene op wie een last om een stichting op te richten rust daartoe kan worden veroordeeld, waarna de laatste zinsnede luidt:

‘De rechter kan bepalen, dat het vonnis dezelfde rechtskracht heeft als een in wettige vorm opgemaakte akte van hem die tot de rechtshandeling gehouden is of dat een door de rechter aan te wijzen vertegenwoordiger de handeling zal verrichten.’

Art. 3:174 handelt over een machtiging tot te gelde maken en bezwaren van een gemeenschappelijk goed, waardoor de deelgenoot zelfstandig bevoegd wordt gemaakt tot het verrichten van (rechts)handelingen, waartoe hij anders uitsluitend tezamen met de andere deelgenoten bevoegd zou zijn. De benoeming van een onzijdig persoon bij de verdeling van een gemeenschap is te vinden in art. 3:181 BW. Het gaat om een toepassingen van art. 3:300 lid 1 BW voor specifieke gevallen. Bij de appartementsrechten (art. 5:106 e.v.) wordt art. 3:300 BW genoemd in art. 5:145 lid 2. In de bepaling is tot uiting gebracht dat appartements-

---

13 Ook geldt in de dagelijkse praktijk dat als het om aanzienlijke bedragen gaat de koper of huurder die bedragen niet in staat is voor te schieten. Te denken valt aan de vervanging van een lekkend dak.

eigenaars verplicht zijn uitvoering te geven aan een rechterlijk bevel tot wijziging van de akte van splitsing of tot opheffing van de splitsing. Het tweede lid vermeldt dat als de kantonrechter met toepassing van art. 300 een vertegenwoordiger heeft aangewezen, hij op verzoek van de meest gerede partij of ambtshalve het (ten laste van de vertegenwoordigde komende) salaris van de vertegenwoordiger vaststelt.

Tot slot kennen we een regeling van indirecte executiemiddelen in de vorm van dwangsom (art. 611a e.v. Rv)<sup>14</sup> en lijfswang (art. 585 e.v. Rv).<sup>15</sup>

‘De dwangsom is een bijkomende veroordeling van de schuldenaar om aan de schuldeiser een geldsom te betalen, zonder enig verband met de schade die de schuldeiser ondergaat of zal ondergaan als gevolg van niet of niet-tijdige uitvoering van de hoofdverbinding, teneinde aldus op de schuldenaar druk uit te oefenen opdat hij de tegen hem uitgesproken hoofdveroordeling zou nakomen. Zij wordt meestal berekend per dag vertraging in de uitvoering van de veroordeling of per overtreding van de veroordeling’.<sup>16</sup>

Lijfswang of gijzeling is het gevangen doen houden van een schuldenaar ten einde hem er toe te bewegen aan zijn verplichtingen te voldoen. Het zal duidelijk zijn dat het een verstrekkend dwangmiddel betreft dat diep in het leven van de geëxecuteerde ingrijpt en dat daarom met de grootste terughoudendheid dient te worden toegepast. Het middel is met name geschikt in gevallen waarin alle andere executiemiddelen falen. Bijvoorbeeld in het geval dat het opleggen van een dwangsom geen effect heeft, omdat de veroordeelde geen aan de executant bekend vermogen bezit en blijft weigeren aan de veroordeling te voldoen. In zo’n geval van echte onwil van de veroordeelde is lijfswang het laatste redmiddel voor de executant en worden ‘de tanden van het recht’ getoond. In de praktijk blijkt dat de veroordeelde dan alsnog – soms tegen heug en meug – zelf aan de veroordeling voldoet.

---

14 Zie over dit onderwerp: M.B. Beekhoven van den Boezem, *De dwangsom in het burgerlijk recht*, diss. RUG, Serie Burgerlijk Procesrecht & Praktijk V, Deventer: Kluwer 2007; A.W. Jongbloed, ‘De privaatrechtelijke dwangsom’, *Ars Aequi Cahier privaatrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, A.W. Jongbloed, *Executierecht, Studiereeks Burgerlijk Procesrecht*, deel 5, Deventer: Kluwer 2008, §2.5-§2.16 alsmede mijn commentaar op art. 611a e.v. in: A.I.M. van Mierlo e.a. (red), *Tekst & Commentaar, Burgerlijke Rechtsvordering*, derde druk, Deventer: Kluwer 2008.

15 Zie behalve A.W. Jongbloed, *Executierecht*, Studiereeks Burgerlijk Procesrecht, deel 5, Deventer: Kluwer 2008, §2.17 ook mijn commentaar op art. 585 e.v. Rv in A.I.M. van Mierlo e.a. (red.), *Tekst & Commentaar, Burgerlijke Rechtsvordering*, derde druk, Deventer: Kluwer 2008.

16 M. Storme, ‘Een revolutionaire hervorming: de dwangsom’, *TPR* 1980, p. 222 e.v., nr. 2.

Om het grote belang van de dwangsom voor de tenuitvoerlegging van rechterlijke uitspraken aan te geven, citeer ik graag wat ik schreef op pagina 11-12 van mijn *Ars Aequi Cahier*, De privaatechtelijke dwangsom: Een van de belangrijkste procesrechtelijke vernieuwingen van de 20<sup>e</sup> eeuw is de invoering van de dwangsom op 1 april 1933<sup>17</sup> geweest. Met enige overdrijving<sup>18</sup> zou kunnen worden betoogd dat pas vanaf dat moment rechterlijke uitspraken daadwerkelijk ten uitvoer gelegd konden worden. Het belang van de dwangsom blijkt duidelijk uit een citaat van H. Drion:<sup>19</sup>

‘Toen de wetgever (...) het instituut van de dwangsom invoerde, beoogde hij zeker niet een wijziging te brengen in de structuur van ons vermogensrecht. Hij zag de dwangsom slechts als een praktisch hulpmiddel voor de rechter om kracht bij te zetten aan bevelen die niet op het betalen van een geldsom waren gericht. Dat dit betrekkelijke onschuldige wetje van 1932 als katalysator zou werken in het evolutieproces, waardoor het zwaartepunt van ons vermogensrecht zich meer en meer gaat verplaatsen van het geldelijk verhaal naar de nakoming van primaire verplichtingen, scheen noch hij, noch de juridische wereld om hem te bevroeden. (...)

Theoretisch hebben artt. 611a en b Rv niets aan de structuur van ons privaatrecht veranderd, evenmin als de weelderige ontwikkeling van het kort geding dat heeft gedaan. Maar kort geding en dwangsom beide hebben praktische betekenis gegeven aan de in ons BW theoretisch reeds neergelegde gelijkstelling van de verplichtingen tot betaling van geld en de verplichtingen van andere inhoud, daardoor het accent verschuivend van de geldelijke aansprakelijkheid naar de verplichting- en het daarmee corresponderende recht- als het centrale begrip van het privaatrecht.(...)

Wij staan hier aan het begin van een evolutie van ons privaatrecht, een evolutie minder opvallend, maar misschien niet veel minder belangrijk dan de veranderingen teweeggebracht door het arrest van 1919 inzake 1401 en de extensieve toepassing van het beginsel van 1374 lid 3’.

---

17 Wet van 29 december 1932, *Stb.* 676.

18 Rechterlijke uitspraken zijn in te delen in drie categorieën: declaratoir, constitutief en condemnatoir. Declaratoire uitspraken zijn niet af te dwingen: het betreft een verklaring voor recht, terwijl constitutieve van rechtswege werken (de arbeidsovereenkomst wordt door de rechter per 1 juli ontbonden en eindigt dan zonder nadere handelingen). Condemnatoire uitspraken betreffen veroordelingen. Maar er bestaan condemnatoire uitspraken die zich niet of nauwelijks lenen voor afdwinging; vgl. art. 7:659 lid 2 BW: verplichting werknemer, verplichtingen uit het personen- en familierecht, etc.

19 Geciteerd uit: *Geschriften van H. Drion*, Deventer: Kluwer 1982, p. 126. Het betreft de slotalinea's van het in *RM Themis* 1962, p. 203-240, gepubliceerde artikel ‘Rechterlijk bevel en verbod’. Het grote belang van het opnemen van de dwangsom in de wet komt ook naar voren in G.J. Scholten, ‘De invloed van wijzigingen in het procesrecht op het burgerlijk recht’, *WPNR* 5517 (1980), p. 317-321, die op p. 317-319 aangeeft dat de invoering van de dwangsom oorzaak is geweest van een verschuiving in het begrip verbintenis.

Weliswaar werd al vóór 1933 aangenomen dat van elke verbintenis nakoming kon worden gevorderd<sup>20</sup> en dat de rechter daartoe kon veroordelen als de nakoming nog mogelijk was of uit de betaling van een geldsom bestond, maar dat betekende niet dat ook steeds daadwerkelijk tot nakoming kon worden gedwongen. De mogelijkheid daartoe was vrij beperkt: slechts indien het de betaling van een geldsom betrof of indien de nakoming met behulp van de sterke arm van justitie en politie kon worden verwezenlijkt. Ook al bestond de mogelijkheid om lijfswang (ook wel genoemd gijzeling) toe te passen, toch wordt in de literatuur van voor 1933 de mogelijkheid tot afdwinging van de verbintenis niet of nauwelijks vermeld, wat gelet op de ingrijpendheid van dat middel weinig verwonderlijk is. Tot slot behielp men zich met een bij voorbaat gefixeerde schadevergoeding. Met het opnemen van de dwangsom werden verplichtingen in beginsel afdwingbaar. Financieel onvermogen of onwil konden daaraan nog in de weg staan, maar geconstateerd kan worden dat op dat moment Molengraaff's wensen in belangrijke mate in vervulling waren gegaan.

## 5. Praktijkproblemen

Nu meer dan een eeuw is verstreken sinds Molengraaff zijn preadvies presenteerde en de wetgever het door hem gestelde in grote mate heeft onderschreven, zou te verwachten zijn dat alles inmiddels duidelijk is en dat zich geen problemen meer voordoen. Immers, op grond van het adagium 'Ieder wordt geacht de wet te kennen' zou mogen worden verwacht dat iedereen aan zijn of haar verplichtingen voldoet, omdat die verplichtingen toch (goedschiks of kwaadschiks) kunnen en zullen worden afgedwongen. Toch is de praktijk anders. Allereerst valt te wijzen op een bijdrage van H.W. Heyman in een dit jaar te verschijnen Nijmeegse bundel over executie- en beslag getiteld: 'Hoe reëel is reële executie bij vastgoedtransacties?' Hij wijst er in die bijdrage op dat het afdwingen van de levering van een onroerende zaak zonder medewerking van de weigerachtige partij via één van de methoden als bedoeld in art.3:300 BW (vonnis vervangt akte, vonnis vervangt wilsverklaring van de weigerachtige partij en de wilsverklaring van de weigerachtige partij wordt vervangen door die van een door de rechter benoemde dwangvertegenwoordiger) in de praktijk in kort geding wordt verzocht. Maar een dergelijke levering die wordt afgedwongen krachtens een voorlopige voorziening kan, naar algemeen wordt aangenomen, slechts een voorlopige en aantastbare eigendom verschaffen.<sup>21</sup> Die aantastbaarheid maakt de hele procedure tot een voor de praktijk nagenoeg onbegaanbare weg, omdat in verband met die aantastbaarheid geen

---

20 Vgl. HR 23 juni 1899, W 7302 (Van der Kraan/Van der Spiegel).

21 Aldus reeds de Parl. Gesch. Inv. Boek 3, Deventer: Kluwer 1992, p. 1401.

hypotheekbank geld wenst te fourneren. Heyman komt in de verleiding om te spreken van irreële executie!<sup>22</sup>

Verder bestaat er (bij veel advocaten) onduidelijkheid omtrent de mogelijkheid de assistentie van de sterke arm van politie en justitie in te roepen om de tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak te verzekeren. De overheid is echter verplicht om bij de tenuitvoerlegging van executoriale titels zo nodig politie-assistentie te verlenen. Deze verplichting valt af te leiden uit de wetsgeschiedenis van art. 430 Rv. Het is daarom strikt genomen niet noodzakelijk dat in rechterlijke uitspraken de executant door de rechter uitdrukkelijk gemachtigd wordt om het vonnis zo nodig met behulp van 'de sterke arm' ten uitvoer te leggen.<sup>23</sup> Toch wordt die wens door veel advocaten in dagvaarding of verzoekschrift neergelegd. Misschien onder het motto: 'baat het niet, dan schaadt het niet'. Dat leidt weer tot uitspraken als die van het Arnhemse gerechtshof (nevenzittingsplaats Leeuwarden) 15 juli 2008, BD7206, waar werd overwogen: 'Het hof oordeelt geen grond aanwezig om ook de mede gevorderde machtiging op Metalektro om de ontruiming zonodig zelf, met inroeping van de sterke arm, uit te doen voeren, toe te wijzen, nu deze niet op de wet berust. Artikel 556 lid 1 Rv schrijft voor dat de gedwongen ontruiming geschiedt door een deurwaarder. Onverenigbaar met die regel is dat de rechter niettemin de verhuurder zou machtigen om zelf de ontruiming te bewerkstelligen; in zoverre derogeert artikel 556 lid 1 Rv bij ontruimingsbeslissingen aan artikel 3:299 BW. De deurwaarder zelf behoeft geen rechterlijke machtiging om bevoegd te zijn de hulp van de sterke arm in te roepen. Die bevoegdheid ontleent hij immers rechtstreeks aan artikel 557 Rv, waarin artikel 444 Rv van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.'

## 6. Conclusie

Geaccepteerd moet worden dat niet alle verplichtingen daadwerkelijk af te dwingen zijn.<sup>24</sup> Maar alles overziend kan worden geconcludeerd dat in een overweldigende meerderheid van de gevallen die mogelijkheid wel bestaat. In vergelijking met 1900 zijn er fikse stappen vooruit gezet. Mede dankzij het preadvies van Molengraaff!

---

22 Gelukkig komt hij met een voorstel om het probleem op te lossen, maar het is niet aan mij om die oplossing hier te presenteren.

23 Zie over dit onderwerp de oud-president van de Hoge Raad C.W. Dubbink, 'Het verdwenen formulier van tenuitvoerlegging', *NJB* 1983, p. 46 e.v.

24 Molengraaff 1900, p. 82-83.





## **Van oude en nieuwe woekerwetten tot de woekerpolis**

### **Van oude kwesties, de dingen die niet voorbijgaan...\***

*W.J. Oostwouder\*\**

#### **1. Inleiding**

Molengraaff begint zijn rede over Oude en Nieuwe Woekerwetten<sup>1</sup> met de opmerking dat de ontwikkeling van de mensheid een golvende lijn volgt. Hij betoogt dat de wisselende inzichten omtrent de taak van de wetgever tegenover het sociale euvel van de woeker daarvan een treffend bewijs zijn. Hij beperkt zijn betoog niet tot de woeker in enge zin (het in rekening brengen van een excessieve rente) maar betreft daar uitdrukkelijk bij ‘de exploitatie van den eenen mensch door den anderen door het middel van een overeenkomst’ (woeker in ruime zin).<sup>2</sup>

Zijn inzichten met betrekking tot (de noodzaak van) het bestrijden van de woeker in ruime zin zijn verrassend actueel. Zij worden niet alleen weerspiegeld in ons huidige civiele recht (in het bijzonder het consumentenrecht) en financieel recht maar geven ook stof tot nadenken bij kwesties als de woekerpolis en de reacties van de wetgever en toezichthouders hierop.

In het hiernavolgende zal ik eerst ingaan op de oude woekerwetten die door Molengraaff beschreven zijn. Vervolgens behandel ik zijn betoog over de woekerwetten die ten tijde van het uitspreken van de rede van Molengraaff ‘nieuw’ waren. Daarbij ga ik na welke van de door hem aangehaalde buitenlandse regelingen inmiddels in ons BW zijn ingevoerd. Ook diverse nog nieuwere regelingen uit ons huidige BW en onze Wet op het Financieel Toezicht: de woekerwetten van de 20<sup>e</sup> eeuw, worden besproken. Daarna ga ik na of de opvattingen van Molengraaff zijn gevolgd bij de preventieve aanpak van woeker door de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en de politiek. Tenslotte bespreek ik hoe de Aanbeveling van de Ombudsman Financiële Dienstverlening met betrekking tot de woekerpolis zich verhoudt tot de visie van Molengraaff.

---

\* Vrij naar Louis Couperus, ‘Van oude mensen, de dingen die voorbijgaan...’, Uitgeverij Veen Amsterdam (1906).

\*\* Prof.Mr. W.J. Oostwouder is hoogleraar bedrijfsfinancieel recht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht te Utrecht en verbonden aan Loyens & Loeff Advocaten.

1 W.L.P.A. Molengraaff, rede over Oude en Nieuwe woekerwetten, uitgesproken in de 122<sup>ste</sup> vergadering van het Provinciaal Utrechts Genootschap van Kunsten en Wetenschappen, gepubliceerd *R.M.* 1895, p. 365-395.

2 Molengraaff 1895, p. 365.

## 2. Van oude woekerwetten

Molengraaf beschrijft in zijn rede diverse ‘oude’ woekerwetten.<sup>3</sup> Zo bevatte de wet van de 12 tafelen bepalingen van het maximumbedrag van de geoorloofde rente. Ook geeft hij aan dat wij in het Romeinse recht bepalingen aantreffen tegen woeker. Daarbij werd het anatocismus, het nemen van rente op rente en het vorderen van achterstallige rente ‘ultra alterum tantum’ (boven een bedrag dat gelijkstaat aan het verschuldigde kapitaal), verboden.

De Romeinse wetten hadden niet alleen betrekking op het bedrag aan rente dat geïnd mocht worden maar ook op kwesties met betrekking tot woeker in ruime zin. In de keizerstijd werd in de lex Anastasiana bepaald dat de koper van een vordering niet meer mag invorderen dan de door hem bestede koopprijs voor deze vordering bedroeg en bestonden er voorschriften met betrekking tot de vernietiging van de koopovereenkomst op grond van *laesio enormis*. Deze werd aanwezig geacht als de verkoper een koopprijs had ontvangen die minder bedroeg dan de helft van de waarde van het verkochte.

De woekerleer heeft zich echter pas in het canonieke recht tot haar volle wasdom ontwikkeld. Het vragen van rente werd (ook voor leken) door de Synode van Aken geheel verboden. De wereldlijke wetgever werd zelfs door Clemens V onder druk gezet om de canonieke verbodsbepalingen te volgen. Hij verbood op het concilie te Vienne in 1311 het vaststellen van wetten die strijdig waren met de canonieke verbodsbepalingen en het rechtspreken volgens die wetten en de onmiddellijke intrekking van alle bestaande wetten van dien aard op straffe van excommunicatie. Ook op het handelsrecht heeft de woekerwetgeving een ‘niet te miskennen invloed’ uitgeoefend. Molengraaff wijst er op dat de woekerleer de handel dwong voor transacties vormen te kiezen, waarop de woorden van de verschillende verbodsbepalingen niet van toepassing waren. De ontwikkeling van de wissel, van de verzekering en van de verschillende vennootschapsvormen zijn voor een groot deel door de woekerleer bepaald.<sup>4</sup>

Toch kroop ook hier het bloed waar het niet gaan kon. Hij constateert dat het renteverbod de praktijk van het handelsverkeer nooit heeft beheerst. Slechts in de vorm werd het geëerbiedigd maar veelal ontdoken. Hij vermeldt dat in de bloeitijd van de woekerleer wettelijke maatregelen bekend zijn waarbij door Italiaanse handelssteden het beroep op de canonieke woekerverbodsbepalingen, in naam van het belang van de handel, werd verboden.<sup>5</sup>

---

3 Molengraaff 1895, p. 366-371. Omdat ik in deze paragraaf telkens verkort het betoog van Molengraaff met betrekking tot de oude woekerwetten weergeef, vermeld ik alleen bij de citaten de exacte vindplaats.

4 Molengraaff 1895, p. 370.

5 Molengraaff 1895, p. 370.

Het gegeven dat het renteverbod in tegenspraak was met de eisen van het handelsverkeer leidde ertoe dat door verschillende kerkelijke beslissingen de omvang van het woekerverbod werd ingekrompen. Uiteindelijk werd het zelfs toegestaan om rente te bedingen bij een geldlening als schadevergoeding in procenten. Bij de encycliek van 1 november 1745 stelde Benedictus een meer gematigde woekerleer vast.

### 3. Van nieuwe woekerwetten uit de 19<sup>de</sup> eeuw

In de 19<sup>e</sup> eeuw ging men nog verder. Zo vindt men in de Code civil de bepalingen der *lex Anastasiana* en die omtrent het anatocismus en het alterum tantum niet meer terug. In het Burgerlijk Wetboek van die tijd ontbreken ook bepalingen die de *laesio enormis* tegengaan. Molengraaff merkt op dat alleen de rentemaxima en de strafbepalingen bij overtreding daarvan over bleven, ‘totdat ook deze in het eene land voor, het andere na zijn verdwenen.’<sup>6</sup>

Molengraaff geeft aan dat de reactie op de opvatting dat de wetgever zich met woeker niet moet bemoeien omdat ‘onbepaalde vrijheid van overeenkomst een begeerlijk goed is’ verrassend snel kwam.<sup>7</sup> Aan het einde van de 19<sup>e</sup> eeuw ontstonden in diverse Europese landen nieuwe woekerwetten of bepalingen omtrent woeker. Deze nieuwe woekerwetten hebben de volgende twee specifieke kenmerken:

1. zij zijn strafwetten;
2. zij kennen ofwel geen rentemaximum of zien in de overschrijding van een bepaald maximum slechts één van de mogelijke gevallen van woeker. Hierbij wordt het karakter van de woeker gezocht ‘in het misbruik maken van de ongunstige en benarde omstandigheden, waarin de tegenpartij verkeert, tot het bedingen van eene praestatie, die in geen verhouding staat tot hetgeen gegeven wordt. Iedere wederkeerige overeenkomst leent zich tot dit bedrijf.’<sup>8</sup>

Als voorbeeld van zo’n nieuwe woekerwet noemt Molengraaff art. 302e van het destijds geldende Duitse Strafwetboek. Na wijziging van deze bepaling in 1893 had dit artikel niet alleen betrekking op geldleningen maar ook op andere overeenkomsten waarbij door de crediteur een wanverhouding werd bedongen tussen de

---

6 Molengraaff 1895, p. 371.

7 Ook deze paragraaf bevat een verkorte beschrijving van het betoog van Molengraaff in zijn in *RM Themis* gepubliceerde rede. Ditmaal gaat het om de pagina’s 372-395. Wederom zal ik niet bij ieder idee van Molengraaff expliciet naar hem verwijzen. Slechts bij de citaten wordt een vindplaats vermeld.

8 Molegraaff 1895, p. 372.

vermogensvoordelen van de schuldenaar en de prestatie die hij daartegenover moet leveren. Molengraaff constateert dat de in dit artikel beschreven *Sachwucher* zich bij iedere overeenkomst kan voordoen. Deze woeker doet zich volgens hem met name voor bij afbetalingscontracten, levensverzekeringsovereenkomsten, en bij 'den verkoop van loten en van andere effecten.' Hij constateert dat het veld ruim genoeg is en het hele rechtsverkeer betreft. Alleen het vereiste, dat van de woeker een beroep of gewoonte moet worden gemaakt, beperkt de toepasselijkheid.<sup>9</sup> Het is opvallend dat Molengraaff de op dit moment weer zeer actuele woeker bij levensverzekeringsovereenkomsten, afbetalingscontracten en de verkoop van effecten uitdrukkelijk noemt. Molengraaff plaatst dit ruime woekerbegrip in het kader van de rechtsontwikkeling die in zijn tijd plaatsvindt en schetst de gevolgen voor het civiele recht:

'(..) het hernieuwde optreden van den wetgever is geen op zich zelf staand verschijnsel, maar een der vele symptomen van zich baanbrekende nieuwe, althans gewijzigde inzichten nopens het recht en den plicht van den wetgever om in te grijpen in de verhoudingen, die tusschen de burgers door hunne overeenkomsten in het leven worden geroepen.'<sup>10</sup>

Voorts levert hij stevige kritiek op het onverkort toepassen van het dogma van de contractsvrijheid. Volgens hem mag de contractsvrijheid niet leiden tot de economische ondergang van een de partijen 'tot het opleggen van verplichtingen, die de krachten van den schuldenaar te boven gaan, tot wat de Duitsers noemen 'Ausbeutung'.

Deze gedachte heeft niet alleen geleid tot de in de tijd van Molengraaff geldende 'moderne' woekerwetten maar ook tot 'tal van andere reeds bestaande wetsbepalingen of met steeds sterker nadruk gevraagde hervormingen.'<sup>11</sup> Hij vestigt bijvoorbeeld de aandacht op het feit dat in 1894 in Duitsland een wet op de afbetalingscontracten tot stand is gekomen, die uitsluitend de bescherming van de ene partij tegen 'Ausbeutung' ten doel heeft en daartoe bepaalt welke bedingen bij deze overeenkomsten geoorloofd zijn. Hij merkt op dat de vraag in hoeverre een overeenkomst de ene mens de andere mens aan een ander mag onderwerpen bij alle

---

9 Molengraaff 1895, p. 374.

10 Molengraaff, a.w. p. 375.

11 Molengraaff 1895, p. 376-379 noemt hierbij onder meer de Landverhuizerswet en de destijds geldende spoorwegwetgeving. Daarnaast maakt hij de lezer attent op de wens om de bescherming tegen *Ausbeutung* ook op andere overeenkomsten toe te passen. Hij noemt daarbij in de eerste plaats het arbeidscontract omdat de ongelijke machtsverhoudingen tussen de daarbij betrokken partijen dikwijls leidt tot de mogelijkheid voor de werkgever om de inhoud van de arbeidsovereenkomst eenzijdig te bepalen.

overeenkomsten onder ogen dient te worden gezien. Instemmend haalt hij Jastrov<sup>12</sup> aan die pleit voor het stellen van regels door de wetgever ten aanzien van afbetalingscontracten, huurovereenkomsten met betrekking tot woningen in grote steden, verzekeringsovereenkomsten. Molengraaf stelt daarbij dat ‘met name de levensverzekeringcontracten vaak tot het misbruiken der contractsvrijheid, tot woeker, aanleiding geven.’

Voorts is Molengraaff enthousiast over het destijds geldende art. 182 van het Zwitserse Obligatierecht dat betrekking had op het strafbeding ofwel ‘het vaststellen bij overeenkomst van hetgeen door de nalatige partij zal worden verbeurd of zal moeten worden betaald, in geval van niet-nakoming of niet behoorlijke nakoming van de verbintenis.’ Dit artikel bepaalt dat de rechter bevoegd is onevenredig hoge boetes te matigen.<sup>13</sup>

Molengraaff constateert dat de kritiek op wetsvoorstellen waarbij de woeker aan banden wordt gelegd is dat daardoor de deur wagenwijd opengezet zou worden voor rechterlijke willekeur. Hij voert hiertegen aan dat juist de contractsvrijheid in situaties waarbij een partij domineert tot willekeur leidt. Hij wijst daarbij onder meer naar de Engelse wetgever die in tal van gevallen de rechtszoekenden verwijst naar de rechter door in de wetgeving te verwijzen naar hetgeen ‘reasonable’ is. Hij constateert dat in het Engelse billijkheidsrecht de regel vaststaat, dat een overeenkomst nietig verklaard kan worden, indien tussen de wederzijdse verplichtingen een zo grote ongelijkheid bestaat, dat de gevolgtrekking gewettigd is, dat de benadeelde partij hetzij niet begrepen heeft waartoe zij zich verplichtte, hetzij het slachtoffer is geweest van de listen van de wederpartij.

Een andere uiting van de trend om rekening te houden met de zwakkere partij is volgens Molengraaff het streven om in ruimere mate in het contractenrecht rekening te houden met hetgeen de crediteur in staat is op te brengen. In het Burgerlijk Wetboek van zijn tijd geven de artikelen 1628 en 1629 de pachter recht op vermindering van de pachtpenningen als de oogst verloren is gegaan. Deze bepalingen wordt door hem geplaatst in het kader van het door Leopold Caro gepropageerde beginsel van de ‘Leistungsfähigkeit’ (het opbrengstvermogen van de schuldenaar).<sup>14</sup>

Tussen alle verschijnselen die Molengraaf in zijn rede behandeld heeft (de grotendeels dwingende regeling van bepaalde overeenkomsten, het rechterlijk matigingsrecht, nietigverklaring en strafbaarstelling van onredelijke voordelen en het rekening houden met het opbrengstvermogen van de schuldenaar) bestaat volgens hem een innerlijk verband.

---

12 Molengraaff verwijst naar *Sozial-polit. Centralbl*, Jg. 3, no. 15 p. 169 v.

13 Molengraaff 1895, p. 383.

14 Molengraaff, a.w. p. 391-392.

Deze verschijnselen wijzen ‘op eene gewichtige omkeering in de economische opvattingen, op een herboren streven, aan het contractenrecht een ethischen maatstaf aan te leggen.’<sup>15</sup>

Hij constateert dat de individualistische grondslagen waarop de wetboeken van de 19<sup>de</sup> eeuw zijn opgetrokken niet langer voldoen en besluit zijn rede met de volgende oproep.

‘Het is de grootsche maar moeilijke taak der volgende eeuw, eene hervorming van het privaatrecht op ethische grondslagen tot stand te brengen. Daartoe mede te werken is in de eerste plaats de plicht van hen, die de ars boni et aequi tot voorwerp hunner studie kozen, maar ook buiten dien beperkte kring van een ieder, aan wien het algemeen welzijn ter harte gaat.’<sup>16</sup>

#### 4. Van nieuwe woekerwetten uit de 20<sup>ste</sup> en 21<sup>ste</sup> eeuw

##### 4.1 Inleiding

Aan de door Molengraaff aangehaalde wens om de bescherming tegen ‘*Ausbeutung*’ ook op andere overeenkomsten toe te passen, heeft de wetgever in de 20<sup>ste</sup> eeuw in ruime mate gehoor gegeven. Dit heeft zij gedaan door (a) meer dwingend recht in de civielrechtelijke wetgeving op te nemen ten aanzien van overeenkomsten die met economisch zwakke partijen (zoals consumenten) worden afgesloten; (b) invoering van een wetsbepaling waarbij misbruik van omstandigheden bij het aangaan van een overeenkomst wordt gesanctioneerd; (c) invoering van een wetsbepaling waarbij de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt geregeld; (d) aanpassing van de dwalingsregeling en (e) dwingendrechtelijke regelingen met betrekking tot informatieverschaffing en zorgplichten ter bescherming van de consument op te nemen in de Wet op het financieel toezicht.

##### 4.2 Meer dwingend recht in het BW ter bescherming van economisch zwakke partijen

In het arbeidsrecht treffen wij vele dwingende bepalingen aan die bestemd zijn om de werknemer tegen onbillijke arbeidsvoorwaarden te beschermen. De uitgebreide

---

15 Molengraaff 1895, p. 393.

16 Molengraaff 1895, p. 395.

bescherming die regeling van de arbeidsovereenkomst van art. 7:610-689 BW<sup>17</sup> de werknemer biedt, zou hem stellig tot vreugde gestemd hebben.

Titel 7.4 BW biedt de huurder bij huurovereenkomsten van woningen en bedrijfspanden nu een ruime mate van bescherming tegen onredelijke condities.

Ook op de regeling van de koop op afbetaling in de artikelen 7A:1576-1576x BW en de bepalingen met betrekking tot de koop in Boek 7 BW zou Molengraaff enthousiast hebben gereageerd. Art. 7:6 waarin bepaald wordt dat bij een consumentenkoop van de afdelingen 1-7 van titel 1 van Boek 7 BW niet ten nadele van de koper mag worden afgeweken, biedt de gewenste bescherming van de zwakkere partij (de consument) tegen een economische macht van een verkoper die handelt in zijn beroep of bedrijf.

Het misbruik van algemene voorwaarden is in de artikelen 6:231-247 BW voor alle overeenkomsten aan banden gelegd. Molengraaff zou de regeling van zwarte en grijze lijsten, waarbij met name consumenten maar ook andere partijen worden beschermd, toegejuicht hebben.

Ook wat het boetebeding betreft heeft hij zijn zin gekregen. Op grond van art. 6:94 BW kan de rechter op verlangen van de schuldenaar, indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, de bedongen boete matigen.

Hoe zit het eigenlijk met een overeenkomst die vanwege de wanverhouding tussen de wederzijdse prestaties is te kwalificeren als Sachwucher?

Een 'moderne' woekerwet zoals art. 302<sup>e</sup> van het Duitse wetboek van Strafrecht d.d. 1893 waarbij de Sachwucher strafbaar werd gesteld, is er in Nederland niet gekomen.

Het huidige BW bevat diverse civielrechtelijke bepalingen die geschikt zijn om Sachwucher te bestrijden. Deze artikelen zijn gebaseerd op toepassing van de redelijkheid en billijkheid (voorheen de goede trouw). Hartkamp<sup>18</sup> betoogt dat de goede trouw steeds de motor van de ontwikkeling van het verbintenissenrecht is geweest. Hij wijst er op dat in het huidige BW de toepassingen van de goede trouw grotendeels tot afzonderlijke rechtsregels zijn uitgekristalliseerd. Als voorbeelden hiervan kunnen genoemd worden misbruik van omstandigheden ex art. 3:44 lid 4 BW, de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:2 lid 2 BW

---

17 Daarnaast wordt de werknemer beschermd door de Wet van 27 november 1968, houdende regelen inzake een minimumloon en een minimumvakantiebijslag (Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag), *Stb.* 1969, 657 en de Wet van 18 maart 1999, houdende bepalingen ter verbetering van de arbeidsomstandigheden (Arbeidsomstandighedenwet), *Stb.* 1999, 184.

18 A.S. Hartkamp, 'Open normen (in het bijzonder de redelijkheid en de billijkheid) in het nieuwe BW (II, slot)', *WPNR* 5560, p. 230.

en art. 6:248 lid 2 BW en de dwaling ex art. 6:228 BW.<sup>19</sup> Deze bepalingen kunnen ingezet worden om woekercontracten te bestrijden.

#### 4.3 *Misbruik van omstandigheden*

Indien een partij door bezwarende omstandigheden niet in staat is zijn wil op een juiste wijze te bepalen, is er geen sprake van een gelijkwaardige onderhandelingspositie. Indien de wederpartij hiervan misbruik maakt dan leidt dit meestal tot een woekercontract.

Hiertegen biedt art. 3:44 BW een remedie. In dit artikel is onder meer bepaald dat een rechtshandeling vernietigbaar is indien deze door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen. Volgens het vierde lid van dit artikel is er sprake van misbruik van omstandigheden wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid of lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het totstandkomen van een rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden.

Overigens heeft de wetgever ingezien dat vernietiging niet altijd de beste oplossing is voor dergelijke gevallen. In art. 3:54 lid 1 BW is bepaald dat de bevoegdheid om ter vernietiging van een meerzijdige rechtshandeling een beroep te doen op misbruik van omstandigheden vervalt, wanneer de wederpartij tijdig een wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling voorstelt, die het nadeel op afdoende wijze opheft. Lid 2 van dit artikel biedt de rechter voorts de mogelijkheid om op verlangen van een der partijen, in plaats van een vernietiging wegens misbruik van omstandigheden uit te spreken, ter opheffing van dit nadeel de gevolgen van de rechtshandeling te wijzigen.

Pas met de komst van het huidige BW kan misbruik van omstandigheden tot vernietiging of tot wijziging van de gevolgen van de betrokken (meerzijdige) rechtshandeling door de rechter leiden. Onder het 'oude' BW werd misbruik van omstandigheden niet gezien als een wilsgebrek die een grond voor vernietiging van een rechtshandeling oplevert.<sup>20</sup> In HR 11 januari 1957, *NJ* 1959, 37 (BOVAG II-arrest) oordeelde de Hoge Raad dat een overeenkomst die door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen strijdig is met de goede zeden en derhalve een geoorloofde oorzaak mist. Dit leidde tot nietigheid van de overeenkomst. In de literatuur<sup>21</sup> werd als bezwaar hiertegen aangevoerd dat bij een overeenkomst die

---

19 Hartkamp t.a.p. en M.M. van Rossum, *Misbruik van omstandigheden*, Studiepockets Privaatrecht nr. 55, Deventer 1998, p. 76.

20 Van Rossum 1998, p. 6.

21 Zie voor een overzicht van deze literatuur Van Rossum 1998, p. 7-9.



nietig was wegens een ongeoorloofde oorzaak beide partijen een beroep hierop konden doen.

Met de huidige regeling waarbij misbruik van omstandigheden tot een wilsgebrek leidt en de rechter de mogelijkheid heeft om op verzoek van een der partijen ter opheffing van het nadeel de rechtsgevolgen te wijzigen, wordt mijns inziens recht gedaan aan de opvatting van Molengraaff. Hij was niet alleen een voorstander van een recht tot vernietiging van de betrokken rechtshandeling bij misbruik van omstandigheden maar heeft ook gepleit voor een rechterlijk matigingsrecht. Een probleem blijft nog wel de bewijslast die rust op degene die beroep doet op misbruik van omstandigheden. Bij schenking heeft de wetgever hiervoor een interessante oplossing gevonden. Art. 7:176 BW bepaalt dat indien de schenker feiten stelt waaruit volgt dat de schenking door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen, de bewijslast van het tegendeel rust op de begiftigde, tenzij van de schenking een notariële akte is opgemaakt of deze verdeling van de bewijslast in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn.

#### 4.4 *Derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid*

Bezwarende bedingen in woekercontracten kunnen ook opzij gezet worden met een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW). Van Rossum<sup>22</sup> wijst er enerzijds op dat misbruik van omstandigheden ‘slechts ziet op omstandigheden *ten tijde van het sluiten* van de overeenkomst en niet ziet op feiten en omstandigheden die zich *na het sluiten van de overeenkomst* hebben voorgedaan.’ Terecht stelt zij dat dit kan ertoe leiden dat een beding dat in strijd wordt geacht met de redelijkheid en billijkheid niet kan worden vernietigd op grond van misbruik van omstandigheden. Anderzijds moet worden opgemerkt dat op grond van de bovengenoemde artikelen een beding slechts opzij gezet kan worden ‘voorzover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* (cursivering WJO) zou zijn’. Het hangt dus van de concrete omstandigheden af of een bezwarend beding het beste bestreden kan worden met een beroep op misbruik van omstandigheden of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.<sup>23</sup>

Zij stelt dat de verhouding tussen partijen moet worden beoordeeld: ‘is er sprake van een evident psychologisch of economisch overwicht, dan zal de weg van art. 3:44 lid 4 BW te prefereren zijn omdat daar naar mijn mening de bescherming van de gelaedeerde als uitgangspunt wordt genomen.’ Indien echter de

---

22 Van Rossum 1998, p. 78.

23 Van Rossum 1998, p. 81. Omdat art. 6:258 BW een *lex specialis* is van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (zie onder meer Valk, 2005, *Tekst & Commentaar*, art. 6:258 BW, aant. 1) wordt in deze bijdrage hier niet afzonderlijk op ingegaan.

benadeling centraal staat en ‘in het bijzonder wanneer de inhoud van het nadeel nader ingevuld moet worden aan de hand van omstandigheden, die zich ná het sluiten van de overeenkomst manifesteren, dan zal een beroep op de beperkende werking van de goede trouw voor de hand liggen.’

Tenslotte wijst zij er op dat misbruik van omstandigheden aan de rechter qua rechtsgevolgen (wijziging, conversie) meer armslag biedt.<sup>24</sup> Wat dit betreft is een beroep op misbruik van omstandigheden aantrekkelijker. De regeling van de wilsgebreken in art. 3:44 BW ziet op bezwarende omstandigheden die de benadeelde belet hebben om zijn wil te bepalen terwijl hij wel een juiste voorstelling van zaken had.

#### 4.5 *Dwaling*

Het is echter ook mogelijk dat de benadeelde partij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst geen juiste voorstelling van zaken had en daarom een woekercontract heeft gesloten. Hier kan het leerstuk van de dwaling uitkomst bieden.

Het huidige BW kent – evenals het BW ten tijde van Molengraaff – een regeling van de dwaling. In art. 6:228 BW wordt bepaald dat een overeenkomst die tot stand gekomen is onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, onder de in dat artikel gestelde voorwaarden vernietigbaar is.

Anders dan onder het oude BW biedt het huidige BW (art. 6:230 lid 2) de rechter de mogelijkheid om op verlangen van een der partijen, in plaats van de vernietiging uit te spreken, de gevolgen van de overeenkomst te wijzigen ter opheffing van het nadeel dat degene die bevoegd is tot vernietiging van de overeenkomst lijdt. In art. 6:230 lid 1 wordt voorts bepaald dat de bevoegdheid om vernietiging te vorderen vervalt indien de wederpartij tijdig een wijziging voorstelt, die dit nadeel opheft. De huidige regeling van (de rechtsgevolgen van) de dwaling ligt meer in lijn met de flexibele benadering die Molengraaff voorstaat. Ook hier blijft echter de bewijslast op de schouders van degene die een beroep doet op dwaling, rusten.

#### 4.6 *Bescherming van de consument/belegger in het Financieel recht*

Ook in het Financieel recht zijn diverse regelingen opgenomen om consumenten/beleggers te beschermen. Zo wordt het bedingen van woekerrente door de Wet op het consumentenkrediet<sup>25</sup> aan banden gelegd. De artikelen 34 e.v. van deze wet

---

24 J.J. Nagelkerke, *WPNR* 5288, p. 859 rechterkolom.

25 Wet van 4 juli 1990, houdende regels met betrekking tot het consumentenkrediet, *Stb.* 1990, 395.

regelen de maximale kredietvergoeding. Het percentage is op 1 juli 2006 van 21 verlaagd naar 16 procent, door het kredietvergoedingspercentage dat mag worden opgeteld bij de wettelijke rente vast te stellen op 12 procent (over het geleende bedrag). Geldleningen aan consumenten met een rente die hoger is dan de wettelijke rente plus 12 procent en met een looptijd van meer dan drie maanden<sup>26</sup> zijn vernietigbaar op grond van art. 3:40 lid 2 BW jo. art. 34 Wet Consumentenkrediet. Voorts reguleert de Wet Financieel toezicht (Wft) het aanbieden van effecten aan het publiek (artikelen 5:1-25), het aanbieden van deelnemingsrechten in beleggingsrechten in een beleggingsinstelling aan het publiek (artikelen 2:65-73), het uitoefenen van het bedrijf van levensverzekeraar en schadeverzekeraar (artikelen 2:27-33), het in de uitoefening van een bedrijf buiten besloten kring aantrekken en het ter beschikking krijgen van opvorderbare gelden van anderen dan professionele partijen (art. 3:5). Daarnaast bevat de Wft regels voor alle financiële ondernemingen<sup>27</sup> (art. 4:18-25a) en aanvullende regels voor diverse categorieën financiële ondernemingen<sup>28</sup> (art. 4:30a-104) die een zorgvuldige dienstverlening en infor-

26 Deze regeling is dus niet van toepassing op 'minileningen' waarbij soms wel een rentepercentage van 600% wordt gehanteerd. Minister Bos heeft in september 2007 naar aanleiding van kamervragen opgemerkt dat hij zich beraadt op treffen van maatregelen ten aanzien van roodstand en kredieten met een looptijd korter dan drie maanden. *Aanhangsel bij de handelingen*, vergaderjaar 2007-2008, nr. 31. Zie ook *Kamerstukken II* 2005-2006, 24 515, nr. 124, p. 3 waar Bos opmerkt: 'tijdens het algemeen overleg van 19 december jl. is de term 'kinky' krediet geïntroduceerd, waaronder in ieder geval het zogenaamde 'flitskrediet' valt (krediet met een zeer korte looptijd, waarvoor hoge rentepercentages gelden). Voorzover deze kredietvorm niet aan een rekeningcourant is gekoppeld, is de richtlijn consumentenkrediet integraal van toepassing. Ten aanzien van het maximale kredietvergoedingspercentage zijn lidstaten vrij om deze regel al dan niet toe te passen op bijvoorbeeld flitskrediet, omdat de richtlijn deze regel niet kent. Of dit wenselijk is voor flitskrediet zal nog bestudeerd moeten worden. Toepasselijkheid van het nu geldende maximale kredietvergoedingspercentage maakt het aanbieden van dit product niet langer rendabel.' Mijns inziens moet niet beslissend zijn of het product voor de aanbieder rendabel is maar of gezien de (wan)verhouding tussen de geleverde prestaties de consument bescherming tegen dit product behoeft.

27 Met uitzondering van herverzekeringsbemiddelaar en financiële diensten met betrekking tot verzekering van grote risico's, zie art. 4:18 Wft.

28 Op grond van art. 1:23 Wft is de rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling welke is verricht in strijd met of de bij of krachtens deze wet gestelde regels niet uit dien hoofde aantastbaar, behalve voorzover in deze wet anders is bepaald. Handelen in strijd met de bij of krachtens de Wft gestelde regels leidt derhalve niet tot nietigheid of vernietigbaarheid op grond van art. 3:40 lid 2 BW. De uitsluiting van de toepasselijkheid van laatstgenoemd artikel betekent dat de beleggers hun toevlucht moeten nemen tot andere mogelijkheden die het civiele recht biedt. Zie C.M. Grundmann-van de Krol, Koersen door de wet op het Financieel toezicht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 712. Indien tevens aan de vereisten van dwaling of misbruik van omstandigheden is voldaan, kan de belegger langs die weg de rechtshandeling aantasten. Andere mogelijkheden zijn het instellen van een actie op grond van toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad.

matieverstrekking moeten waarborgen. Deze regels zijn uitgewerkt in het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.<sup>29</sup>

Sinds de invoering van de MiFID (door opname van de relevante regels in de Wft) op 1 november 2007 geldt een aparte set van regels voor aanbieders van en adviseurs in financiële instrumenten ter bescherming van cliënten. Een verzekering is echter geen financieel instrument. Een gecombineerd financieel product dat bestaat uit een verzekering en een financieel instrument (zoals een deelnemingsrecht in een beleggingsfonds) valt alleen onder de MiFID indien de transactie wordt aangegaan voor rekening van de afnemer van de verzekering. Bij deze beleggingsverzekeringen wordt de waarde van de verzekering echter meestal afhankelijk gesteld van het rendement op financiële instrumenten die een verzekeraar voor eigen rekening aanschafte. Deze vallen derhalve niet onder de reikwijdte van de MiFID. Dit betekent dat de regels uit de Wft die gelden voor financiële ondernemingen bij het aanbieden van financiële producten van toepassing zijn op beleggingsverzekeringen<sup>30</sup> maar niet de bepalingen die daarnaast specifiek van toepassing zijn op het aanbieden van en het adviseren over financiële instrumenten. Het betreft hier onder meer de regels omtrent het kwalificeren van cliënten (art. 4:18a), informatie over beloningswijze (art. 4:89a), eerlijke, billijke en professionele dienstverlening (art. 4:90) en maatregelen om het beste resultaat voor de cliënt te verkrijgen (art. 4:90a-90e) niet van toepassing zijn op de advisering en verkoop van woekerpolissen. Dit is wel het geval bij vergelijkbare producten waarbij de cliënt rechtstreeks deelneemt in beleggingsfondsen. Evenals Nagelkerke<sup>31</sup> meen ik dat dit een onwenselijke situatie is. Het is van belang dat op Europees niveau een gelijke bescherming wordt gecreëerd voor beleggingsverzekeringen en andere financiële producten waarbij de consument een vergelijkbaar beleggingsrisico loopt.

---

29 Besluit van 12 oktober 2006, *Stb.* 520. De regels van dit besluit worden regelmatig door middel van nieuwe besluiten aangepast aan de actuele ontwikkelingen.

30 Zo is op grond van art. 4:23 en 24 Wft het 'know your customer' beginsel van toepassing op elke financiële dienstverlening aan consumenten of als het een verzekering of een financieel instrument betreft, cliënten. De artikelen 4:19 en 21 Wft bevatten regels over informatieverstrekking voor alle financiële ondernemingen. Art. 4:20 Wft bevat regels voor informatieversteking over financiële producten niet zijnde financiële instrumenten.

31 Zie voor deze visie en het voorgaande betoog over de toepasselijkheid van de MiFID, F.F. Nagelkerke, 'Beleggingsadvies en nationaal regime', *Juridisch up to date*, 8 mei 2008, p. 9-12. Dit sluit aan bij de opmerkingen van de Commissie Transparantie Levensverzekeringen (hierna ook: Commissie de Ruiter) d.d. 20 december 2006 (te vinden op [www.verzekeraars.org](http://www.verzekeraars.org)) waar op p. 11 wordt opgemerkt dat naar het oordeel van de Commissie voor beleggingsverzekeringen geen andere regels dienen te gelden dan voor andere financiële producten waarvoor de consument een vergelijkbaar beleggingsrisico loopt.

De niet uit de MiFID afkomstige regels ter bescherming van de consument/cliënt waren voor de inwerkingtreding van de Wft op 1 januari 2007 al voor een belangrijk deel opgenomen in de daarvoor geldende sectorale toezichtswetten en de daarbij behorende besluiten. Nu zijn deze regels uitgewerkt in het Besluit Gedragstoezicht Financiële ondernemingen Wft (BGfo) en de Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Nrgfo). Omdat complexe financiële producten veelal onvoldoende transparant zijn onder andere ten aanzien van de risico's die de consument loopt en de aan het betrokken product verbonden kosten, is voor deze producten het opstellen van een financiële bijsluiter<sup>32</sup> verplicht gesteld. Volgens Grundmann-van de Krol<sup>33</sup> is een product complex indien het product (1) is opgebouwd uit twee of meer financiële producten die (2) tenminste een financieel product omvat waarvan de waarde afhankelijk is van de ontwikkelingen op de financiële markten (bijvoorbeeld de aandelen- of valutamarkt) of op andere markten. Zij noemt als voorbeelden van complexe producten onder andere levensverzekeringen met een beleggingscomponent (de hiervoor genoemde beleggingsverzekeringen) en effectenleaseproducten. Naarmate een product complexer wordt, ontstaan er meer mogelijkheden om onevenredig hoge kosten te verhullen en wordt het gevaar van woeker groter. Met deze complexe producten is met name in de jaren 1999-2001 – ondanks de waarborgen die de diverse sectorale toezichtswetten, de Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers (Riav,) de Code Rendement en risico en sinds 1 januari 2007 de Wft voor bescherming van de consument bevatten – veel mis gegaan.

## 5. Tot de woekerpolis

### 5.1 De perikelen rond de woekerpolis

In het hiernavolgende zal ik mij concentreren op de beleggingsverzekeringen die vanwege de zeer hoge kosten ook wel 'woekerpolissen' worden genoemd. Daarbij zal ik de vraag centraal stellen of ten aanzien van deze producten gezien vanuit de in aan het eind van paragraaf 3 weergegeven opdracht van Molengraaff nog een taak voor de wetgever, de toezichthouder en/of de rechter weggelegd is.

Beleggingsverzekeringen zijn levensverzekeringen waarvan de uitkering niet vastligt in een nominaal bedrag, maar afhankelijk is van de opbrengst van bepaalde beleggingen. Vaak wordt een beleggingsverzekering met een vaste einddatum aan

---

32 Art. 66 lid BGfo Wft bevat een overzicht van de onderwerpen waarover in de financiële bijsluiter informatie moet worden gegeven. Dit wordt uitgewerkt in de artikelen 3:11-28 Nrgfo. Zie hiervoor C.M. Grundmann-van de Krol 2008, p. 208 en de daar genoemde literatuur.

33 C.M. Grundmann-van de Krol 2008, p. 550-551.

een hypothecaire lening voor een woning van een consument gekoppeld. Het is de bedoeling dat met de opbrengsten van de beleggingsverzekering (een belangrijk deel van) de hypothecaire lening wordt afgelost.

In een uitzending van Tros Radar van 6 november 2006 bleek dat deze beleggingsverzekeringen niet aan de verwachtingen van consumenten hebben voldaan. Tijdens deze uitzending zijn de volgende conclusies uit een vertrouwelijk rapport van de AFM uit 2006 besproken:<sup>34</sup>

- beleggingsverzekeringen zijn complexe en ondoorzichtige producten;
- de informatieverstrekking is onvolledig, ontoereikend en niet in alle gevallen juist;
- niet altijd wordt door de verzekeringsmaatschappij, in haar rol van vermogensbeheerder, gehandeld in het belang van de verzekeringsconsument;
- de beleggingsverzekeringen zijn relatief duur, omdat een belangrijk deel van de inleg niet wordt belegd maar op gaat aan kosten, provisies en – in mindere mate – aan premies.

Voorts zou in deze uitzending zijn gebleken dat bij veel beleggingsverzekeringen de verzekeringnemer niet, althans onvolledig is geïnformeerd over de kosten die ingehouden worden op de premie of op de einduitkering bij de afkoop, de afloop of het premie vrijmaken van de beleggingsverzekering.<sup>35</sup> Het hoeft geen betoog dat het rendement op een beleggingspolis door dergelijke kosten negatief beïnvloed wordt. Uit krantenberichten maak ik op dat deze kosten bij sommige polissen kunnen oplopen tot 40% van de inleg. Maar zelfs al zouden de kosten beperkt blijven tot 15% van de inleg, dan maken deze de kans op een goed rendement bijzonder gering.<sup>36</sup>

Op 1 oktober 2006 zijn strengere regels in de Wft opgenomen die voorschrijven dat het aanbieden en adviseren van beleggingsverzekeringen zorgvuldig dient

---

34 Zie hiervoor de weergave van deze conclusies in het rapport van de Commissie de Ruiter 2006, p. 5. Let op: art. 1 sub d Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft bevat een ruimere definitie van een complex product. Hieronder valt onder meer ook het recht van deelneming in een beleggingsinstelling, niet zijnde een effect en een beleggingsobject.

35 Zie hiervoor de stuitingsbrief van de Stichting Verliespolis. Verkrijgbaar via [www.verliespolis.nl](http://www.verliespolis.nl)

36 De auteur van dit artikel heeft in 2001 zelf een product aangeschaft dat als een woekerpolis kan worden gekenschetst. Uit het kostenoverzicht dat hij in juni ontving, kan worden afgeleid op dat op zijn inleg eerst 10% wordt ingehouden aan totstandkomingskosten. Daar komen nog de poliskosten, de beheerkosten van de beleggingen en de premie voor de overlijdensrisicoverzekering bij.

plaats te vinden.<sup>37</sup> Voorts is het model voor de financiële bijsluiter op 1 oktober 2006 aangepast.<sup>38</sup>

In het rapport van de Commissie Transparantie Levensverzekeringen (Commissie de Ruiter) d.d. 20 december 2006<sup>39</sup> wordt echter geconstateerd dat ‘de Financiële Bijsluiter, ook in zijn sinds 1 oktober 2006 voorgeschreven vorm, te weinig bijdraagt aan de thans algemeen noodzakelijk geachte transparantie van (offertes voor) beleggingsverzekeringen.’ Om dit euvel te verhelpen stelde de Commissie de Ruiter drie modellen voor met betrekking tot de aan de consument te verstrekken informatie.<sup>40</sup> Inmiddels zijn deze modellen door de aanbieders van beleggingsverzekeringen ingevoerd en hebben veel consumenten de sindsdien vereiste eerste jaarlijkse opgave ontvangen met daarin de stand van zaken van hun beleggingsverzekering.<sup>41</sup>

Op 24 juli 2008 heeft de AFM een nieuw rapport gepubliceerd waarin zij de conclusies weergeeft van een onderzoek omtrent de kwaliteit van de advisering vanaf 1 juli 2006. Op deze datum zijn er strengere regels ingevoerd, die voorschrijven dat het aanbieden en adviseren van beleggingsverzekeringen zorgvuldig plaats dient te vinden. De AFM concludeert daarin dat er nog veel ruimte voor verbetering is in de informatieverstrekking over beleggingsverzekeringen en in de advisering daarvan. Zij oordeelt dat een groot aandeel van de adviezen nog onder de maat is. In haar rapport levert zij ook een belangrijke bijdrage aan de verbetering van de advisering door het geven van voorbeelden van een goede adviespraktijk en een ontoereikende adviespraktijk alsmede door het opstellen van aanbevelingen. Hiermee heeft de AFM nu voor de toekomst – mits op naleving van deze aanbevelingen ook voldoende toezicht wordt uitgeoefend – het nodige gedaan om een goede adviespraktijk bij beleggingsverzekeringen te stimuleren.

### *5.2 Compensatie van door de woekerpolis gedupeerde consumenten*

De vraag blijft echter of en hoe consumenten gecompenseerd kunnen worden die niet goed zijn geadviseerd en/of voor wie onvoldoende transparantie is betracht en/of bij wie te hoge kosten in rekening zijn gebracht. Op 4 maart 2008 heeft de Ombudsman een aanbeveling gedaan in het geschil tussen de particuliere afnemers van een beleggingsverzekering (hierna ‘de consument’) en de bij het Kifid aangesloten verzekeringsmaatschappijen (hierna ‘verzekeraars’).

---

37 Zie het op 24 juli 2008 gepubliceerde rapport ‘Beleggingsverzekeringen, Kwaliteit advies bij beleggingsverzekeringen’ ([www.afm.nl](http://www.afm.nl)), p. 5.

38 Zie het in noot 37 genoemde rapport, p. 4.

39 *Idem*, p. 6.

40 *Idem*, p. 17-22.

41 *Idem*, p. 4.

In de aanbeveling wordt na een korte inleiding eerst het product beschreven. De Ombudsman constateert dat in de aan hem voorgelegde geschillen vrijwel steeds naar voren komt dat de consument nauwelijks zicht heeft op, of besef heeft van de kosten die in rekening worden gebracht met het sluiten, beheren en administreren van een levensverzekering en evenmin van de wijze waarop die kosten uitwerken op de waarde van de verzekering.

Ten aanzien van de geldende regelgeving met betrekking tot de informatieverstrekking aan afnemers van beleggingsverzekeringen (de Riav, de Code Rendement en Risico en de regeling met betrekking tot de Financiële bijsluiter) constateert de Ombudsman dat deze tekort is geschoten. Volgens hem blijft het een probleem dat veel consumenten die een beleggingsverzekering hebben gesloten de hen opgegeven voorbeeldrendementen of prognoses zien als een hen in het vooruitzicht gesteld rendement. Dit gaat voorbij aan het risicoaspect van beleggen. Bovendien bood deze informatie aan de particuliere verzekeringnemer onvoldoende helderheid. Door deze regelgeving werd slechts directe transparantie voorgeschreven, dat wil zeggen dat hierbij geen algemene informatie werd vereist over het niveau van de kosten en de risicopremies die door een verzekeraar in rekening worden gebracht.

De Ombudsman verwijst vervolgens naar een ‘exemplarische zaak’ van de toenmalige Raad van Toezicht Verzekeringen.<sup>42</sup> Hierbij werd het verweer van de verzekeraar verworpen dat klager uit de hem verstrekte informatie had kunnen afleiden hoe spaarpremie en risicopremie zich hadden verhouden, wat de kosten bedroegen en dat de verstrekte informatie voldeed aan de destijds geldende vereisten. Ook wijst de Ombudsman er op dat de Commissie de Ruiters in november heeft geconstateerd dat de Financiële Bijsluiter tekortschiet en dat de informatieverstrekking aangaande beleggingsverzekeringen onvoldoende transparant is geweest, hetgeen tot onjuiste veronderstellingen en gebrek aan informatie bij de consument leidt. In de aanbeveling constateert de Ombudsman dat niet alleen aan de verzekeraars maar ook aan de tussenpersonen, de consumenten en de politiek<sup>43</sup> verwijten kunnen worden gemaakt voor het gegeven dat gedurende een lange periode een grote hoeveelheid woekerpolissen werden afgesloten. Bepaalde elementen van de beleggingsverzekeringen waren wel duidelijk. De Ombudsman overweegt dat redelijkerwijs voor de consument kenbaar kan zijn geweest dat deze een beleggingsverzekering kocht welke bestond uit een risicodeel (voor onder meer de gevolgen van overlijden) en een beleggingsdeel (voor vermogensvorming) en

---

42 Nummer 2006/064.

43 Verschillende Ministers van Financiën hebben volgens de Ombudsman gesteld dat de informatieverstrekking door (beleggings)verzekeraars goed zou zijn, hetgeen door volksvertegenwoordigers niet werd bekritiseerd.



dat de premie deels bestemd was voor het ene deel, deels voor het andere deel. Ook wordt bij de consument bekend verondersteld dat een deel van zijn inleg wordt aangewend voor de betaling van kosten, verbonden aan het product en de verkoop en administratie daarvan. Bij een bewuste keuze door de consument voor een beleggingsverzekering moet volgens de Ombudsman worden aangenomen dat het beleggingsrisico geheel voor de consument is. Ook moet de consument beseffen dat een verzekering niet 'gratis' is en een verzekeraar een marge nastreeft. De hoogte van de gehanteerde risicopremie en de hoogte en de systematiek van de kosteninhouingen is echter doorgaans onvoldoende duidelijk.

De Ombudsman concludeert dat het cruciale manco van de beleggingsverzekeringen in het algemeen de intransparantie voor de consument is geweest. Hij acht de verzekeraars als ontwikkelaars en aanbieders van deze producten hiervoor verantwoordelijk, onverminderd de verantwoordelijkheid van de intermediair.

Vervolgens past de Ombudsman het leerstuk van de dwaling toe. Hij stelt de vraag aan de orde of steeds gesproken kan worden van een zuivere en volledige wilsovereenstemming tussen de consument en verzekeraar op onderdelen van de overeenkomst, die voor de consument niet kenbaar, althans niet duidelijk zijn geweest ten tijde van de overeenkomst. Met name de hoogte van de risicopremie, de kosten die de consument op diens inleg in mindering worden gebracht en de inhoudingen op het rendement van het beleggingsdeel van het verzekeringsproduct, waren voor de consument niet duidelijk. Deze elementen zijn volgens de Ombudsman van groot belang voor de werking van het product en de kwaliteit ervan, en voor de bepaling in hoeverre het product voldoet aan de verwachting die de consument redelijkerwijs daarover mocht hebben. Na geconstateerd te hebben dat er sprake is van essentiële onduidelijkheid voor de consument overweegt hij dat de overeenkomst nader bepaald dient te worden.

De Ombudsman doet een aanbeveling aan de verzekeraars om de risicopremie en de kosten van de door hen verkochte beleggingsverzekeringen te begrenzen tot een percentage dat enerzijds redelijk is voor het ontwikkelen, verkopen en uitvoeren van de beleggingsverzekering en anderzijds de werking van het product, die de consument redelijkerwijs mocht verwachten, niet frustreert.

Hij overweegt dat ten aanzien van beleggingsverzekeringen de (kwaliteits)eis zou hebben moeten gelden, dat deze producten ook na kosteninhouding, in vergelijking met alternatieve financiële producten die gericht zijn op vermogensvorming, onder gemiddelde omstandigheden nog economisch nut voor de consument hebben. In wezen past de Ombudsman hier in het kader van het leerstuk van de dwaling een soortgelijke regel toe als de door Molengraaff aangehaalde *Leistungsfähigkeit van Caro!* Het gaat hier echter niet om het opbrengstvermogen van de schuldenaar maar om het opbrengstvermogen van het product 'onder gemiddelde omstandigheden'. Hij oordeelt dat de inhouding van de kosten op het

bruto rendement van het beleggingsdeel tot een maximum van 2,5% redelijk zou zijn geweest.

In verband met de medebetrokkenheid van andere partijen en de geschetste ontwikkelingen acht de Ombudsman het redelijk en billijk dat de verzekeraars niet als enige op hun verantwoordelijkheid wordt aangesproken. Derhalve dienen zij bij verzekeringen waarvan het gemiddelde kostenniveau<sup>44</sup> over de gehele looptijd hoger is dan 3,5% van het bruto fondsrendement (kostenmaximering), ten minste voor de meerkosten compenseren. Het effect van kostenmaximering wordt vastgesteld per 1 januari 2008 en uiterlijk op de einddatum van de verzekering berekend. Dit effect van de kostenmaximering moet uiterlijk in 2009 aan polishouders worden gecommuniceerd.<sup>45</sup>

## 6. Conclusie

De door Molengraaff bepleite hervorming van het privaatrecht is in de 20<sup>e</sup> eeuw door de wetenschap, rechtelijke macht en de wetgever langs de lijnen van de goede trouw (nu de redelijkheid en de billijkheid) tot stand gebracht. Daarbij is bijzondere aandacht besteed aan de positie van de zwakkere partij. Door tal van specifieke regelingen wordt de consument preventief beschermd. Daarnaast bestaat er ook nog het repressieve vangnet van de wilsgebreken (waaronder misbruik van omstandigheden), de dwaling en de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Deze regelingen bieden betrokken partijen en de rechter in beginsel voldoende mogelijkheden om de (gevolgen van) de overeenkomst zodanig aan te passen dat een wanverhouding in de wederzijdse prestaties die ontstaan is door onvoldoende transparantie, een economisch of psychisch overwicht bij de totstandkoming van de overeenkomst en/of later opkomende omstandigheden, ongedaan wordt ge-

---

44 Onder kosten worden alle kostensoorten (dus ook de kosten voor het afsluiten van de verzekering die inclusief de provisie van de intermediair vaak 10% van de brutopremie bedragen en daarnaast ook de kosten in de onderliggende beleggingsfondsen) begrepen. Premies voor het overlijdensrisico, arbeidsongeschiktheid en verzorgingsdekking worden daarbij niet als kosten gezien. Daarbij wordt overwogen dat de premies voor overlijdensrisico niet hoger mogen zijn dan die van een vergelijkbare verzekering van de desbetreffende verzekeraar, dus zonder oneigenlijke opslagen. De polishouder wordt zelf verantwoordelijk geacht voor zijn beleggingskeuze. Dit betekent dat polishouders in beginsel niet gecompenseerd worden voor tegenvallende beleggingsresultaten in de door hen gekozen fondsen.

45 Deze aanbeveling is niet bindend. Geschilpartijen kunnen beslissen of zij deze aanvaarden en daarbij een afweging maken omtrent hun kansen bij vervolgpcedures en de daarmee verbonden kosten en tijdsduur. Inmiddels heeft ongeveer de helft van de betrokken verzekeraars toegezegd zich aan de Aanbeveling te conformeren. Zie hiervoor de lijst van verzekeraars op [www.kifid.nl](http://www.kifid.nl). Op 10 september j.l. heeft Delta Lloyd met de Stichting Verliespolis en de Stichting Woekerpolis Claim een akkoord bereikt over een compensatieregeling voor klanten van Delta Lloyd met een woekerpolis. Zie hiervoor [www.verliespolis.nl](http://www.verliespolis.nl).

maakt. Alternatieve geschillenbeslechtsers kunnen wat dit betreft de nodige suggesties doen.

De Aanbeveling van de Ombudsman Financiële Dienstverlening is een schoolvoorbeeld hoe dit kan geschieden. Hij houdt in de geest van Molengraaff rekening met de ‘Leistungsfähigkeit’ (het opbrengstvermogen) en beveelt aan om de contractsinhoud naar redelijkheid en billijkheid aan te passen. Hij brengt overigens een nuttige verfijning aan door niet uit te gaan van het opbrengstvermogen van de schuldenaar maar van het product!

In het geval van de woekerpolissen is er genoeg bewijs van de onvoldoende transparantie bij de aanbidding van woekerpolissen aanwezig waardoor een beroep op dwaling zou moeten slagen. Voor andere gevallen zou de verwijzing van Molengraaff naar het Engelse recht van zijn tijd waarbij een grote ongelijkheid van de wederzijdse verplichtingen tot de gevolgtrekking leidde dat de benadeelde partij ‘hetzij niet begrepen heeft waartoe zij zich verplichtte, hetzij het slachtoffer is geweest van de listen van de wederpartij’ goede diensten kunnen bewijzen. Een wanverhouding tussen de prestaties van een consument en een economisch sterkere partij zou – naar het voorbeeld van het bij schenking toepasselijke art. 7:176 BW – het bewijsvermoeden moeten opleveren dat voldaan is aan de vereisten van dwaling of misbruik van omstandigheden. Om te bepalen of er sprake is van de bovenbedoelde wanverhouding zou ik het door de Ombudsman Financiële Dienstverlening gehanteerde criterium willen gebruiken. Indien bij een financieel product dusdanige kosten berekend worden dat dit product onder gemiddelde omstandigheden geen economisch nut meer voor een consument heeft, is er sprake van een wanverhouding tussen de prestaties van een consument en een economisch sterkere partij.

Daarnaast zouden de toezichthouder en de wetgever alerter moeten zijn op duidelijke signalen – zoals deze door de Ombudsman herhaaldelijk zijn afgegeven – dat producten worden aangeboden waarbij onvoldoende transparantie wordt betracht en/of een wanverhouding tussen de wederzijdse prestaties bestaat. Wat de woekerpolis betreft lijkt de put voor een belangrijk deel gedempt.<sup>46</sup> Maar voor producten zoals goedkoop krediet dat wordt aangeboden met – hetgeen pas bij het aangaan van het krediet blijkt – een dure overlijdensrisicoverzekering waarvan de premie direct moet worden voldaan of pensioenverzekeringen met een te hoge kostenlading<sup>47</sup> die bovendien voor de betrokken werknemers niet transparant is,

---

46 Al blijft het wenselijk dat ook op beleggingsverzekeringen ook de MiFID met de daarin opgenomen zorgplichten van toepassing wordt verklaard. Zo wordt niet alleen een gelijk speelveld voor aanbieders van vergelijkbare beleggingsproducten maar ook een gelijke bescherming van consumenten bereikt.

47 Zie hiervoor het jaarverslag van de Ombudsman Financiële Dienstverlening op [www.kifid.nl](http://www.kifid.nl).

moeten de wetgever en de toezichthouder nog aan de opdracht van Molengraaff voldoen.

## Zaken ‘buiten de handel’ terug in het burgerlijk recht?

J.G. Sijmons\*

De naam van W.L.P.A. Molengraaff is verbonden met twee tegengestelde bewegingen in het handelsrecht. Molengraaff is de grondlegger van de wetenschappelijke beoefening van het handelsrecht aan het eind van de 19<sup>e</sup> en de eerste helft van de 20<sup>e</sup> eeuw. Denk aan het monumentale *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsche handelsrecht* en de oprichting in 1918 van de Vereeniging Handelsrecht. Belangrijker nog is de invloed die hij uitoefende met zijn ontwerp voor de *Faillissementswet* (1893) en de *Wet op het zeerecht* (1924). Tegelijkertijd is hij meer dan enig ander verantwoordelijk voor het afschaffen van het onderscheid tussen burgerlijk recht en handelsrecht, over welk onderwerp hij een preadvies schreef voor de Nederlandsche Juristen-Vereeniging in 1883, dus nog voordat hij benoemd werd tot hoogleraar in het handelsrecht aan de Universiteit Utrecht in 1885.<sup>1</sup> Het leidde uiteindelijk tot de integratie van het door hem zo intensief becommentarieerde Wetboek van Koophandel in het nieuw BW. Het oud-BW ging via de *Code civil* (de ‘*Code Napoléon*’) historisch gezien terug op het Romeinse recht en was in de 19<sup>e</sup> eeuw al onderwerp van zeer systematische studie, waarbij de bestudering van het handelsrecht achterbleef. Contractenrecht dat bij de Romeinen niet ontwikkeld was (vervoers- en verzekeringsrecht bijvoorbeeld) kwam naar het Franse voorbeeld van de *Code de Commerce* in het Wetboek van Koophandel terecht. Het handelsrecht, een verzameling van rechtsregels en rechtspraktijken (*lex mercatorum*), heeft zijn bronnen in de late Middeleeuwen en de Nieuwe Tijd en is een afspiegeling van de steeds dominanter wordende positie van handel-, transport-, industrie- en kapitaalmarkt in de moderne tijd. Met enige simplificatie zou men wel kunnen zeggen dat naast de emancipatie in het personen- en familierecht, de democratisering in het staatsrecht en bestuursrecht, deze hegemonie van de op de vrije marktwerking gebaseerde economie in de 20<sup>e</sup> eeuw ons recht grondig heeft omgevormd. De geest van het handelsrecht doortrekt inmiddels het gehele zaken- en verbintenissenrecht. De categorieën van het zaken- en verbintenissenrecht zijn voor de vrije markt voorbestemd, zo lijkt het. Het oude BW, en daarmee een

---

\* Prof.Dr.Mr. J.G. Sijmons is als bijzonder hoogleraar gezondheidsrecht verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en advocaat te Zwolle.

1 M.W. ter Horst e.a. (red.) *Molengraaff bundel*. Keuze uit de verspreide geschriften van Mr. W.L.P.A. Molengraaff met levensbeschrijving en bibliografie samengesteld door het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht te Utrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 3-14.

traditie die teruggaat tot de Romeinse rechtspraktijk, was in dit opzicht terughoudender, waar het erkende dat er zaken bestonden ‘buiten de handel’.

Ik doel hier op het artikel 593 oud-BW, dat luidde: ‘Zaken, welke niet in den handel zijn, kunnen geen voorwerp van bezit opleveren’. Omdat alleen zaken voorwerp van eigendom en dus beschikking vormden, was het spiegelbeeld artikel 1368 BW: ‘De zaken welke in den handel zijn kunnen alleenlijk het onderwerp van overeenkomsten uitmaken’. De term ‘buiten de handel’ is een rechtstreekse vertaling van het Franse ‘*choses hors du commerce*’ (art. 714 Code civil). Deze term voert weer terug op het oude Romeinsrechtelijke onderscheid dat wij reeds in de *Instituten* van Gaius vinden, die spreekt over zaken die niet voorwerp van privaatrecht zijn, dus geen onderwerp van bezit, eigendom en contract vormen, de *res extra patrimonium* ofwel de *res quarum commercium non est*.<sup>2</sup> Onder de *res extra commercium*, (buiten de handel), onderscheidde men een drietal categorieën.<sup>3</sup> Ten eerste de zaken die toebehoren aan de goden (*res divini juris*), zoals tempels, standbeelden, altaren etc., als ook de graven en onder bescherming der goden staande profane zaken zoals stadsmuren en poorten (Janus) e.d. Hugo de Groot bepleitte reeds dat deze categorie zaken zou worden afgeschaft. Wel erkende hij de tweede categorie, die ook bij de Romeinen gebruikelijk was, de *res communes omnium*, zaken die alle mensen toebehoren, zoals de lucht, het neervallende regenwater, het stromende rivierwater en dergelijke.<sup>4</sup> Ten slotte zijn er de *res publicae*, die toebehoren aan de staat, zoals de openbare straten en pleinen, waterleidingen, rivieren en dergelijke. In de eerste redactie van art. 593 oud BW: ‘zaken, die aan den Staat behooren en niet in den handel zijn, kunnen voor bijzondere personen geen titel van bezitregt opleveren’. Voorduin vermeldt dat in de latere redactie ‘aan den Staat toebehoorende’ is weggelaten, omdat die uitdrukking de categorie zaken buiten de handel te zeer zouden beperken, omdat ook provincies, steden, waterschappen (dijkbesturen) et cetera zaken kunnen bezitten die buiten de handel zijn. De rechter moest naar omstandigheden maar beoordelen of zaken buiten de handel vielen.<sup>5</sup> De praktijk heeft deze discussie ingehaald, doordat de overheid zaken met een publieke bestemming in eigendom heeft. Daarvoor geldt dan wel dat zij niet vatbaar zijn voor beslag wanneer het voor de algemene dienst

---

2 Gaius, *Institutiones*, boek 2, 1.

3 Kaser-Wubbe, *Romeins privaatrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1971, p. 93-94.

4 Zie J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, Deventer: Kluwer 2003, p. 112. Zie ook Kaser-Wubbe, p. 94.

5 J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken, volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten Generaal*, derde deel, Utrecht: Robert Nathan 1838, p. 353-356.

bestemde zaken betreft (art. 436 Rv.). Daarmee leek de functie van de categorie 'zaken buiten de handel' uitgespeeld.<sup>6</sup>

Suijling wees er reeds op dat de bepaling een relict vormde uit de tijd dat de overheid met gewoonterecht feitelijk gezag uitoefende over openbare zaken. Gewoonte werd echter door de wet en verordeningen verdrongen en de Hoge Raad had bij herhaling bepaald dat ten openbare diensten bestemde zaken niet buiten de handel waren, dat wil zeggen vatbaar waren voor vermogensrechtelijke bepalingen.<sup>7</sup> Diephuis had overigens in 1885 overtuigend bepleit dat de categorie 'zaken buiten de handel' gemist kon worden en zeker door de rechter niet effectief zou kunnen worden toegepast, omdat slechts de wet zaken buiten de handel kan plaatsen (en daarover zweeg de wet dan wel in algemene zin, maar niet op specifieke onderdelen, bijvoorbeeld door het verbod om het pensioen te vervreemden en dergelijke). Hetgeen de Romeinen nog onder de *res communes* verstonden, moet worden opgevat als geen zaak in juridische zin (dus ook geen 'zaak buiten de handel'). De lucht kan men niet bezitten.<sup>8</sup> Volgens de definitie van het nieuw BW is dan ook een zaak een stoffelijk voorwerp die voor menselijke beheersing vatbaar is en dus niet de lucht, de regen en het licht.

Is daarmee het doek voor 'zaken buiten de handel' definitief gevallen? Er is één 'voor menselijke beheersing vatbaar' stoffelijk object, dat geen zaak behoort te zijn: de mens zelf. Dit naar het Kantiaans adagium dat de mens nimmer een middel, maar een doel in zichzelf is, hetgeen tot uitdrukking komt in zijn grondrechten, waaronder de bescherming van de lichamelijke integriteit (art. 11 Grondwet). Hugo de Groot definieerde 'zaken' reeds hetgeen 'buiten de mens is', dus niet deze zelf.<sup>9</sup> Persoon (rechtssubject) en zaak (rechtsobject) sluiten elk hun tegendeel uit: de persoon is geen zaak, en een zaak kan geen rechtssubject worden (zakelijk vermogen is nog te onderscheiden van de rechtspersoon die het bezit, kan handelen en strafbaar kan zijn). Dat de mens zelf geen zaak kan zijn in de zin van art. 3:2 BW is geen nieuwe gedachte. Zo lezen we bij Suijling dat lijf en leven geen 'zaken' zijn.<sup>10</sup> Een spoor dat wij dus terug kunnen volgen tot Hugo de Groot, maar niet tot de Romeinen, waar immers slaven bezit waren en de kinderen vielen onder de *patria potestas* (met het recht van de vader om zijn kinderen te verkopen).<sup>11</sup> So

---

6 Zie Van der Steur 2003, p. 144.

7 J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht, vijfde stuk, Zakenrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn N.V. 1940, p. 140-141.

8 Zie G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, eerste deel, tweede druk*, Groningen: J.B. Wolters 1885, p. 496-501.

9 Van der Steur 2003, p. 112.

10 Suijling 1940, paragraaf 31, Van der Steur 2003, p. 120.

11 Kaser-Wubbe 1971, p. 296.

far, so good, maar hoe zit het nu met van het lichaam gescheiden cellen, weefsels en organen? Men gaat er in het algemeen toch vanuit dat door afscheiding van het lichaam stoffen en delen van het lichaam het karakter krijgen van objecten die voor menselijke beheersing vatbaar zijn en niet zelf als deel van de persoon kunnen worden aangemerkt, zodat het zaken zijn die binnen de reikwijdte van het vermogensrecht komen te vallen.<sup>12</sup> Gevers signaleerde dat er sprake was van een ambivalente rechtsleer.<sup>13</sup> Daarmee stelt zich de vraag hoe, uitgaande van het lichaam als een niet-zaak in de zin van het vermogensrecht, de overgang mogelijk is bij afgescheiden lichaamsmateriaal tot het moment dat het zaak wordt. Afgeknipte haren die verwerkt worden in de pruik hebben schijnbaar een onproblematisch zaaks karakter. Maar intuïtief ligt het anders bij een orgaan dat ter transplantatie wordt uitgenomen bij de donor. Heeft dat vóórdat het geïmplanteerd wordt bij de recipiënt in de tussentijd de status van een zaak?

Ons huidig recht kent alleen maar de oplossing dat het lichaam of lichaamselementen geen zaak zijn in de zin van art. 3:2 BW, of dat zij wel een zaak zijn, waardoor het volledige vermogensrecht van toepassing wordt. De zaken worden eigendom, zijn overdraagbaar, zijn vatbaar voor beslag en executie, et cetera. Toch is juist de middencategorie – wel een zaak, maar niet gewoon onderworpen aan het vermogensrecht als een ‘zaak buiten de handel’ – voor het gezondheidsrecht een bruikbare categorie. Zij komt grofweg in twee varianten voor. In de Latijnse traditie, met name in Frankrijk, is steeds sterk gepleit voor de kwalificatie van het lichaam en lichaamsproducten als ‘*res extra patrimonium*’. De andere mogelijkheid wordt gevolgd in de Verenigde Staten waar slechts specifieke transacties ten aanzien van organen en lichaamsmateriaal worden verboden. Beide standpunten zijn in wetgeving neergeslagen. In 1994 is in de Franse Code civil, boek 1, art. 16-1, derde lid bepaald: ‘Le corps humain ses éléments et ses produits ne peuvent faire l’objet d’un droit patrimoniale’. De verbintenisrechtelijke pendant van deze zakenrechtelijke bepaling is artikel 16-5 CC: ‘les convention ayant pour effect de conférer une valeur patrimoniale aux corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles’. Daarmee zijn het lichaam en lichaamsproducten zaken ‘buiten de handel’ (*choses hors commerce*) in de klassieke, zakenrechtelijke zin.

In de Verenigde Staten geldt daarentegen slechts een non-commercialiteitsbeginsel ten aanzien van organen bij donatie, zowel bij leven als na de dood, volgens

---

12 Zie J.K.M. Gevers, *Beschikken over cellen en weefsels*, Inaugurele rede, Deventer: Kluwer 1990, p. 12-13 en H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek Gezondheidsrecht*, Deel I, Rechten van mensen in de Gezondheidszorg, 5<sup>e</sup> druk, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, 2007, p. 55-59.

13 Gevers 1990, p. 15.



de National Organ Transplant Act en de Uniform Anatomical Gift Act (1987).<sup>14</sup> Organen zijn daarmee althans gedeeltelijk 'buiten de handel', namelijk buiten de reikwijdte van de normale contractvrijheid. In ons recht is deze zaak niet geklaard.<sup>15</sup> 'Het lichaam, lijk en lichaamsmaterialen zijn eigenlijk de enige zaken, die ook naar huidig recht als zaak buiten de handel zouden kunnen worden beschouwd. Doordat het huidig BW geen begrip "zaken buiten de handel" kent, is er slechts de keuze om deze objecten als zaken of als buiten de zaken vallende objecten te beschouwen'.<sup>16</sup> Deze keuze is nog niet echt gemaakt.

De wetgever heeft deze kwestie overigens niet geheel onbestemd gelaten. In het spoor van de Europese wetgever heeft Nederland al wel het non-commercialiteitsbeginsel in wetgeving opgenomen.<sup>17</sup> In artikel 2 van de Wet op de orgaandonatie (Wod) is het non-commercialiteitsbeginsel neergelegd voor orgaandonatie. Wanneer toestemming is gegeven voor het verwijderen van een orgaan met het oogmerk daarvoor een vergoeding te ontvangen die meer bedraagt dan de kosten (daaronder begrepen gederfde inkomsten) is nietig, zodat verwijdering van het orgaan strafbaar is (art. 32, lid 1, juncto 8 Wod). Ook het aanzetten tot orgaanhandel, het bieden op een orgaan en het zich aanbieden als commercieel donor is strafbaar (art. 32, lid 2, Wod). Bij leven moet men een ontvanger bij donatie aanwijzen. *Post mortem* verloopt de toewijzing van het orgaan aan een donor via het orgaancentrum (in Nederland de Nederlandse Transplantatiestichting). Commercies is aldus uitgesloten.

Een orgaan mag slechts bewaard worden door een 'orgaanbank' in de zin van art. 1 sub I Wet veiligheid en kwaliteit lichaamsmateriaal<sup>18</sup> (Wvkl). Uitgenomen organen moeten worden aangeboden aan een orgaanbank (art. 4 Wvkl) en bewaard voor toedeling door een orgaancentrum (art. 5 Wvkl). Een erkenning als orgaanbank kan uitsluitend worden verleend aan een rechtspersoon wiens werkzaamheid niet is gericht op het behalen van winst (art. 9, derde lid (Wvkl). In het kader van de Wet Veiligheid en Kwaliteit Lichaamsmateriaal wordt de kanalisatie van het overige lichaamsmateriaal bestemd voor geneeskundig gebruik geregeld via door de minister erkende 'weefselbanken' (art. 9, eerste lid Wvkl). Het gaat hier om restmateriaal dat niet via orgaancentra wordt toegewezen, zoals weefsels als huid (huidbank

---

14 Zie daarover R. Roa, 'Property, Privacy and the Human Body', *Boston University Law Review*, jg. 80, 2000, p. 359-460.

15 Leenen, Gevers en Legemaate 2007, p. 59. Zie ook Gevers 1990, *passim*.

16 De Steur 2003, p. 144. Zie verder ook p. 211-234.

17 Zie EG-richtlijnen 2004/23/EG (Pb.EU L 102, 7 april 2004) en 2006/17/EG (Pb.EU L 38, 9 februari 2006).

18 *Staatsblad* 2003, 90.

bij het Brandwondencentrum Beverwijk), bot (de botbank bij het Erasmus Medisch Centrum), placenta, foetaal weefsel, stamcellen, et cetera. Voor een erkenning als weefselbank is niet meer vereist dat blijkens de statuten er geen winstoogmerk is (art. 9, derde lid Wvkl). Het Eisenbesluit lichaamsmateriaal 2006<sup>19</sup> beoogt lichaamsmateriaal identificeerbaar te houden, de verwerking en het veilig gebruik ervan te waarborgen. Artikel 9 legt de verplichting op de gegevens voor derden te anonimiseren en zowel de privacy van donor als ontvanger te bewaken. Verder zijn er geen beperkingen opgelegd aan de commercialiteit van de distributie van het lichaamsmateriaal, noch regelen de Wvkl en het Eisenbesluit de zakenrechtelijke consequenties van de aanbieding, bewaring en distributie. Niet gezegd is dat het hier moet gaan om bijvoorbeeld de rechtsfiguren schenking (aanbieding), bewaarneming (bewaring) en koop en verkoop (distributie), hetgeen zou veronderstellen dat het lichaamsmateriaal een zaak in de zin van artikel 3:2 BW vormt. Uitgesloten is het evenmin.

De non-commercialiteit is voorts neergelegd in artikel 14 Wet inzake bloedvoorziening voor de bloeddonor, in artikel 27 Embryowet voor het afstaan van sperma, eicellen en embryo's en in artikel 9 Wet foetaal weefsel is het verboden überhaupt enige vergoeding te geven voor het ter beschikking stellen van foetaal weefsel voor bewaring of gebruik. Er is geen algemeen verbod in handel op lichaamsmateriaal dat niet meer als orgaan kan worden aangemerkt. Van andere orde is dat persoonlijkheidsrechten van het individu zich kunnen uitstrekken over van zijn lichaam afkomstig materiaal. Hoe zich dat verhoudt tot eigendom bij derden en andere zakenrechtelijke aspecten is, zoals Gevers reeds liet zien in zijn oratie, nog een betrekkelijk onuitgewerkt leerstuk. Dat is na de invoering van de Wet op de orgaandonatie, de Embryowet, de Wet foetaal weefsel en de Wet Veiligheid en Kwaliteit Lichaamsmateriaal, waarin dus steeds een non-commercialiteitsbeginsel is neergelegd, niet anders geworden.

Toestemming van de patiënt is in het algemeen op basis van zijn persoonlijkheidsrechten (artikel 10 en 11 Grondwet) nodig voor het gebruiken, bewaren, onderzoeken en verwerken van zijn lichaamsmateriaal. De vraag is echter hoelang en op welke wijze persoonlijkheidsrechten doorwerken op dit lichaamsmateriaal en hoe die zich verhouden tot de zakenrechtelijke aspecten. In lichaamsmateriaal zit handel. Lichaamsmateriaal heeft een 'waarde'. Als de medische techniek deze als grondstof verwerkt tot een geneeskundig product verhoogt deze techniek de waarde. Het idee dat lichaamsmateriaal om niet werd afgestaan voor wetenschappelijk onderzoek en transplantatie of gebruikt bij andere patiënten strookt niet met deze nieuw opkomende realiteit. De figuur van de '*res derelicta*' volstaat niet

---

19 *Staatsblad* 2007, 59.

meer.<sup>20</sup> Er heeft zich al eens de vraag voorgedaan naar octrooien op met lichaamsmateriaal ontwikkelde cellijnen (de befaamde Moore-casus in Californië).<sup>21</sup> Met de uitbreidende biotechnische mogelijkheden zal het daarbij niet blijven. In cellen is veel genetische informatie opgeslagen, die niet alleen wetenschappelijk interessant kan zijn, maar ook voordeel zou kunnen opleveren voor de bezitter. Het is in de EU al gekomen tot patentering van DNA-sequenties (van het BRCA1-gen door Myriad Genetics).

Zodra uit lichaamsmateriaal stoffen geïsoleerd worden (bijvoorbeeld hormonen uit de placenta) die niet herleidbaar zijn tot de persoon, ontstaan 'zaken' in de zin van artikel 3:2 BW waarop de beschikkingsmacht van de donor geen functie meer vervult. De organische samenhang is verdwenen. Deze stoffen hebben dan zaaks-karakter zonder meer, vergelijkbaar met organische stoffen verkregen uit dieren of door synthetische fabricage. Dit vormt het ene uiterste van het spectrum. Aan de andere kant zijn uitgenomen organen mijns inziens geen zaak in de zin van artikel 3:2 BW wanneer zij bestemd zijn voor implantatie. Bij orgaandonatie bij leven kan alleen de donor het orgaan bestemmen voor een andere persoon (artikel 3, eerste lid WOD). Het orgaancentrum beschikt over de toewijzing na overlijden (artikel 18, lid 2 Wod). Deze beschikking over het orgaan is een publiekrechtelijke bevoegdheid die als het ware plaatsvervangend is ten opzichte van de zelfbeschikking van de overleden donor. Zij is niet van civielrechtelijke aard gebaseerd op het bezit of eigendom van het orgaan. Op geen moment komt een orgaan in de sfeer als een object voor menselijke beheersing onderwerp te worden van zakenrechtelijke verhoudingen als bezit en eigendom en de daarmee samenhangende rechtsfiguren. Ik zou menen dat dit niet anders kan betekenen dan dat, zoals de Franse wetgever heeft bepaald, organen 'zaken buiten de handel' zijn in klassieke zin.

Interessanter en moeilijker worden de vele overgangsstappen tussen deze twee uitersten. Een getrapte rechtsbescherming is echter niet vreemd aan de gezondheidswetgeving, zie bijvoorbeeld de in de tijd toenemende beschermwaardigheid van de ongeboren vrucht.<sup>22</sup> De gedachte aan een afnemend persoonlijkheidskarakter van het lichaamsmateriaal, wanneer stapsgewijs de organische samenhang verloren gaat, ligt voor de hand. Zo eenvoudig is het bij nader inzien toch weer niet in de reeks: orgaan-weefsel-cellen-organische stof. Als de laatste stap DNA is, blijft namelijk de informatie over veel persoonlijke eigenschappen bewaard. In de voorlaatste stap van de cellen is bijvoorbeeld in lijnen van stamcellen het DNA actief en wordt van iemands erfelijke eigenschappen gebruik gemaakt. Er is sprake van leven dat van ons afstamt, al zal het niet net als bij de voortplanting op weg

---

20 Leenen, Gevers & Legemaate 2007, p. 57.

21 Besproken door Gevers 1990, 5 en 14-16.

22 Leenen, Gevers & Legemaate 2007, p. 131-137.

zijn naar de status van rechtssubject, maar hetzij naar integratie in het lichaam hetzij dienen als productiefaciliteit voor organische stoffen.

De complicatie is hier dus dat niet alleen de meer uiterlijke organische samenhang een rol speelt, maar tevens de informatie die daarin is opgeslagen en als zodanig geen stoffelijke karakter heeft. Informatie is niet stoffelijk, hoewel het geheel en al betrekking kan hebben op stoffelijke zaken. Een gedachte en een merk zijn bijvoorbeeld volgens Toelichting Meijers op artikel 3.1.1.1 Ontwerp BW geen zaak. De stoffelijke drager van informatie, het woord- of beeldmerk is dat uiteraard wel. De dualiteit van bijvoorbeeld het onstoffelijke oorspronkelijk voortgebrachte 'werk' (bijv. roman, compositie, choreografie) ten opzichte van de stoffelijke belichaming is het intellectuele eigendomsrecht vertrouwd. 'Eigendom' is hier dan in beginsel niet in zakenrechtelijke zin te verstaan. Dat staat niet in de weg dat het auteursrecht door rechtsregels beschermd wordt (Auteurswet 1912). Een parallel is verder de regeling van persoonsgegevens in de privacywetgeving (Wet bescherming persoonsgegevens: Wbp). Geen voortbrengselen van de eigen geest, maar die van anderen, die informatie over de persoon vastleggen. De bescherming van persoonsgegevens wordt niet gehinderd door het feit dat deze op zich onstoffelijk zijn. Lichaamsmateriaal heeft iets van beide: niet ontsproten uit de geest als Pallas Athene uit het hoofd van Zeus, wel een 'rib uit het lijf' en 'vlees van mijn vlees' voor de persoon die het voortbracht als een databankje boordevol 'gevoelige persoonsgegevens' (in de zin van art. 16 Wbp). Belichaamde informatie derhalve en in een glijdende schaal nog levende informatie bovendien. In een functionele benadering zullen wij ons af moeten vragen welke bescherming van het lichaamsmateriaal geboden moet worden en welke belangen er zijn om op een gegeven moment lichaamsmateriaal te onderwerpen aan het goederen- en zakenrecht van de boeken 3 en 5 BW. Het is het zoeken naar de grenzen van de reikwijdte van artikel 11 Grondwet, de beschermde integriteit van het lichaam, waaraan voorbij alleen nog de bescherming van artikel 10 Grondwet, van de persoonlijke levenssfeer geldt.

Het is hier niet de plaats om de contouren van de privaatrechtelijke regeling van het lichaamsmateriaal uit te werken. Mijn punt is dat de enkele eis van non-commercialiteit zich beperkt tot de nietigheid van bepaalde overeenkomsten en laat de zakenrechtelijke status van lichaamsmateriaal met haar eigen problematiek onverlet. De Franse wetgever heeft dit probleem fundamenteeler aangepakt door het lichaam volledig 'hors commerce' te situeren, hoewel daarmee de vraag van de overgang evenmin geheel is opgelost.

Molengraaff plaatste het handelsrecht tussen het 'productierecht' ('mijnrecht' en 'landbouwrecht' etc.) en consumptierecht ('rechtsbetrekkingen uit het verbruik van

goederen ontstaande', dus iets anders dan het consumentenrecht), omdat immers handel naar wetenschappelijke definitie omzet van waren is, de schakel die productie verbindt met gebruik.<sup>23</sup> 'Handelsrecht' (de rechtsbetrekkingen de omzet van waren betreffende) is dan 'niet meer dan een naam, de scheiding [met het privaatrecht, JGS] niet meer dan een uiterlijke, geheel zonder eenige innerlijke beteekenis en daarom verwerpelijk'.<sup>24</sup> Zo beschouwd ligt het voor de hand lichaamsmateriaal 'buiten de handel' te plaatsen, alleen al omdat het niet gedolven, geoogst of geproduceerd wordt met oog op het verbruik. Het Romeinse eigendomsrecht was altijd al 'handelsrecht', in de zin dat overdracht van bezit en eigendom (van waren) op de markt daardoor gefaciliteerd werden. De toen reeds erkende grenzen van het zakenrecht keren in nieuwe betekenis via het privaatrechtelijk gezondheidsrecht terug op de agenda op het moment dat wij historisch op het punt staan om de door Molengraaff in gang gezette integratie van het privaatrechtelijke handelsrecht in het Burgerlijk Wetboek te voltooien.

---

23 *Molengraaff bundel*, p. 5.

24 *Molengraaff bundel*, p. 11.



**TOT BESLUIT**





**Tafelrede**  
**Uitgesproken ter gelegenheid van de ontvangst door**  
**het College van Bestuur van de Universiteit Utrecht op**  
**25 februari 2008**

*T.H.D. Struycken\**

Hooggeacht college van bestuur,  
Hooggeleerde nieuwe collegae,  
Geachte dames en heren,

Op 1 januari van dit jaar ging mijn benoeming in als gewoon hoogleraar Europees goederenrecht aan de REBO-faculteit, dat is de Faculteit Recht, Economie, Bestuur en Organisatie, voor één dag in de week.

Kort erna betrad ik het Molengraaff Instituut, aan de Nobelstraat, hoek Drift. Met anderen deel ik een kamer die uitkijkt op het Janskerkhof. Als ik wat naar achteren leun, zie ik hooggeleerden passeren, talloze studenten – al dan niet op weg naar één van de sociëteiten – en vele anderen. Boven hen uit torenen kerken en huizen en instituten en gebouwen uit gouden tijden; Utrecht is buitengewoon fraai vanuit mijn leerstoel! Eigenlijk heb ik de afgelopen weken vooral achterover zitten leunen – het is een wetenschappelijke houding die mij altijd goed is bevallen, ook al heeft het de duur van mijn proefschriftonderzoek op 12 jaar gebracht...

Tussen mijn stadsbeschouwingen door heb ik natuurlijk wat door het Molengraaff Instituut gedwaald, op zoek naar collegae en naar wetenschappelijk debat. En zo kwam het dat ik opeens oog in oog met hem stond... een indrukwekkende figuur, met een spitse snor, wat borstelige wenkbrauwen en een decante kuif. Boven zijn driedelig pak – de Leeuw op zijn revers – een wat strakke hoge boord, die hem echter niet leek te hinderen. Een man die onmiddellijk grote indruk maakt; iemand met magnifiek rectorale uitstraling, die al snel als ‘éminence grise’ zou worden geduid.

Zonder terughoudendheid sprak ik hem aan, ook al prikkelden zijn voorkomen en zijn wat stugge houding de beleefdheidsreflexen die mijn vader mij heeft ingepe-

---

\* Prof.Mr. T.H.D. Struycken is hoogleraar Europees Goederenrecht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en advocaat te Amsterdam.

perd in een mate die Pavlov eer aandeed. Hij bleek niet afstandelijk te zijn, en zelfs schijnbaar oprechte interesse te hebben in wie ik was.

Hij vroeg dus wat ik kwam doen aan de Universiteit Utrecht en in het bijzonder het Molengraaff Instituut. Ik vertelde hem dat ik na 12 jaar proefschrijven aan verschillende universiteiten en een promotie in Nijmegen – zijn ogen flikkerden even –, onlangs was benoemd tot hoogleraar aan deze universiteit.

‘Oh?’, zei hij, ‘Jij bent een nieuw benoemd *hoogleraar*?’

Hij rechtte zijn rug, en zei op vriendelijke doch stellige toon:

‘Men houde toch in het oog, dat de Universiteit nooit geweest is en ook niet behoort te zijn een school, waar les wordt gegeven, maar veeleer eene inrichting, ten doel hebbende hen, die eene bepaalde wetenschap willen beoefenen, in de gelegenheid te stellen, zich bij hunne studiën door meer bekwamen den weg te doen wijzen, om een leidraad en gids te vinden voor eigen studie; [Men houde toch in het oog,] dat de professoren nooit zijn geweest en ook niet behooren te zijn meesters, maar v o o r g a n g e r s, wier taak het is uiteen te zetten en aan te toonen wat wetenschappelijke beoefening is en hoe zij te werk gaat, en daarvan in hunne voordrachten een voorbeeld te geven.’

‘Ah’, zei ik, enigszins verbouwereerd, en op zoek naar een passend antwoord. Onmiddellijk schoten mij de hoofdlijnen voor de strategie van het College van Bestuur tot 2009 door het hoofd. ‘Ja’, begon ik, ‘inderdaad’, en ik begon de eerste hoofdlijn van het Strategisch plan te declameren:

1. Operationaliseren van onze kernwaarden: betrokkenheid, inspiratie en ambitie. We geven de academische gemeenschap gestalte door te investeren in medewerkers en studenten.

Hij keek wat sceptisch, en leek uit het veld geslagen door deze kernachtige taal. Ik rook mijn kans, en besloot een extra stoot uit te delen uit het arsenaal van strategische hoofdlijnen.

‘Waar het uiteindelijk om gaat’, zei ik, ‘is *kennisvalorisatie*.’

‘Kennisvalorisatie?’, bromde hij, opnieuw licht van zijn stuk gebracht. ‘Kennis-*wat*?’

Mijn beleefdheidsreflexen waren inmiddels geheel verdoofd, en ik pakte mijn Strategische Beleidsplan, hief het op als ware het een bijbel, en begon met luide stem voor te dragen:

'Nationaal, maar ook Europees gezien, is de aandacht voor de zogenaamde valorisatie van kennis groot. Met valorisatie wordt bedoeld het dienstbaar maken van kennis en kennisontwikkeling voor de samenleving, niet alleen in economisch maar ook in sociaal en cultureel opzicht. Het versterken van de maatschappelijke functie van de universiteit vraagt om het aangaan van strategische verbindingen op die onderzoeksgebieden waarin fundamentele kennisvergaring wordt gecombineerd met praktische toepassing van nieuwe kennis.'

Ik vertelde dat deeltijdhoogleraren met een hoofdfunctie in een bedrijf of maatschappelijke organisatie volgens het College van Bestuur een belangrijke rol kunnen spelen bij het stimuleren van ondernemerschap, en dat zij kunnen fungeren als kennisbruggen. Dat van hun expertise meer gebruik zal worden gemaakt, ook in collectief verband. Degenen die zich actief betonen in het overdragen van kennis in brede zin (economisch, sociaal, cultureel) zullen worden aangemoedigd en gefaciliteerd. Inmiddels voelde ik me sterk, en gesterkt in mijn geloof dat ik, door een dag hoogleraar te zijn naast een advocatuurlijke praktijk, het beste van twee werelden verenig, en dat dat goed is voor de universiteit en de samenleving. Hij was echter bepaald niet verrast. Met dezelfde houding die ik had aangenomen, zei hij op zijn beurt:

'De rechtswetenschap is een deel van de wetenschap der samenleving. Vandaar ook het innig verband, waarin zij staat tot de economie en de sociologie. Vandaar dat het werkelijk leven, der mensen handel en wandel, de basis moet zijn, waarop de jurist zijne wetenschappelijke stelsels doet rusten. Missen zij die basis, dan kunnen de kunstigste 'aprioristische denkoperaties' niet voorkomen, dat zij in de lucht blijft hangen.'

Langzaam begon mij te dagen dat ik stond te kijken naar een afbeelding van een bijzonder man, die een bron van inspiratie kan zijn voor eenieder die binnen deze Universiteit verantwoordelijk is voor bestuur, onderwijs of onderzoek.

Het is – wie anders? – de grote professor W.L.P.A. Molengraaff. Geboren op 10 mei 1858 in Nijmegen – binnenkort 150 jaar geleden –; op 24 januari 1885 benoemd tot hoogleraar in Utrecht; en tot 1917 aan deze universiteit verbonden – in 1903 als rector magnificus.

De man die zich 40 jaar lang heeft toegelegd op de verbetering van de rechtspositie van werknemers, handelslieden, vrouwen en achtergestelden; de man die zich internationaal inzette voor de komst van een uniform wereldrecht, op de eerste plaats in de handel, omwille van de wereldvrede; de man die de wetenschap is ingegaan vanuit de overtuiging dat het aan de hooggeleerden is om de regering de instrumenten aan te reiken die zij behoeft voor de verbetering van de samenleving; de man die zich steeds heeft ingezet voor de vermaatschappelijking van het recht; de man die in zijn eentje talloze wetten heeft voorbereid, in het bijzonder de

faillissementswet, die tot op de dag van vandaag wordt toegepast; de man die volgens velen de grootste jurist is geweest van het Nederlandse Koninkrijk, nog groter dan de grote Leidse Meijers.

Het is deze man die mij inspireert wanneer ik het naar hem vernoemde instituut binnenstap. Hij hield zijn oratie op 17 april 1885, en ik neem ten slotte daaruit nog een derde citaat. *Comme il faut*, richtte hij zich aan het einde van zijn intreerede tot U, bestuurderen van de Utrechtse universiteit. Hij zei:

‘De toekomst der aan uwe zorgen toevertrouwde Universiteit laat zich niet zoo helder inzien als gij en allen, die het goed met haar meenen, wel wenschen zouden. [...] Toch zal ons aller toewijding aan uwe Universiteit er niet minder om zijn en zullen wij die toonen door met vereende krachten haren welverworven roem op wetenschappelijk gebied hoog te houden, kan het zijn te doen stijgen. Wat mij betreft, gaarne doe ik de belofte, dat dit mijn ernstig streven zal zijn, opdat, zoo ooit die bange ure mocht slaan, althans met recht van ons getuigd zal kunnen worden: “Tout est perdu fors l’honneur”.’

Waarde collegae, ik zeg het Molengraaff na, bijna 123 jaar later. Waarvan akte!