NTBR

Tijdschrift voor

Redactioneel /349

Panta rei – *G.E. van Maanen*

Artikelen /350

Naar een ingrijpende herziening van het Franse goederenrecht vanuit een 'vision d'ensemble' – *J.H.M. van Erp*
Heroriëntatie op de ingebrekestelling – *J.F.M. Janssen*
Een zwaktebod; over gestandaardiseerde differentiatie bij verkeersaansprakelijkheid – *A.L.M. Keirse*
De Europese Executoriale Titel: een nieuw instrument ter verwezenlijking van het Europees procesterritoir – *Xandra E. Kramer*

Kort en Bondig /384

De werknemer en secundair faillissement – *Jona Israël*

Europese klassiekers /386

Walford v Miles (1992) 1 A11 ER 453, (1992) 2 AC 128 – *Carlos Bollen*

Kronieken /393

Kroniek Algemeen – *E.H. Hondius*
Kroniek van het ondernemingsrecht – *G.J.H. van der Sangen*

Recensies /415

I. Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden – *G.E. van Maanen*

10052988

8 Jaargang 22 oktober 2005

Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht

Ere-redacteur
prof. mr. E.H. Hondius

Hoofdredactie
prof. mr. G.E. van Maanen

Redactie
mr. W.Th. Braams
mr. W.J.H.T. Dupont
mr. J.E. Fesevur
prof. mr. F.W. Grosheide
prof. mr. K.F. Haak
prof. mr. J.H. Nieuwenhuis
prof. mr. H.J. Snijders
mr. W.L. Valk
prof. mr. A.F. Verdam

Redactiesecretaris
mr. drs. G.G. Hesen
Capgroep privaatrecht
Universiteit Maastricht
Postbus 616
6200 MD Maastricht
e-mail: G.Hesen@pr.unimaas.nl
tel.: 043-3883542
fax: 043-3884868

Medewerkers
mr. S.E. Bartels
mr. A.L. Croes
mr. E.F.D. Engelhard
mr. N. Frenk
prof. mr. T. Hartlief
prof. mr. W.G. Huijgen
prof. mr. C.E.C. Jansen
mr. Y. Konijn
mr. M.E. Koppenol-Laforce
mr. R.J.P. Kottenhagen
prof. mr. C.H. van Rhee
prof. mr. G.J. Rijken
prof. mr. J.G.J. Rinkes
mr. A.C. van Schaick
mr. H.N. Schelhaas
prof. mr. E.J.H. Schrage
prof. mr. J.M. Smits
prof. dr. F. Sonneveldt
mr. L.P.W. van Vliet
prof. mr. B. Wessels
mr. L.F. Wiggers-Rust
prof. mr. M.H. Wissink

Grafische vormgeving
Bert Arts BNO

Standaardpublicatievoorwaarden
Op iedere inzending van een bijdrage of informatie zijn van toepassing de Standaardpublicatievoorwaarden van Wolters Kluwer Nederland BV, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank Amsterdam onder nr. 217/1999; een kopie kan kosteloos bij de uitgever worden aangevraagd.

Abonnementenadministratie:
Kluwer Afdeling Klantcontacten
Postbus 878
7400 AW Deventer
tel. 0570-673449
automatische bestellijn 0570-673511
telefax 0570-691555
e-mail juridisch@kluwer.nl
Ook adres-/naamwijzigingen d.m.v. verbeterd adreslabel aan voornoemd adres.

Abonnementsprijs 2005:
€ 122,50 per jaar, incl. BTW en verzendkosten
Opbergband € 22,58
Losse nummers: € 16,36
NTBR verschijnt 10 x per jaar

Abonnementen:
Abonnementen kunnen op elk gewenst tijdstip worden aangegaan voor de duur van minimaal één jaar, te rekenen vanaf het moment van eerste levering, en worden vooraf gefactureerd voor de volledige abonnementsperiode, tenzij uitdrukkelijk schriftelijk anders is overeengekomen.
Abonnementen kunnen, alleen schriftelijk, tot uiterlijk drie maanden voor de aanvang van het nieuwe abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niettijdige opzegging wordt het abonnement automatisch voor een kalenderjaar verlengd.

Citeerwijze:
Aangezien van dit tijdschrift ook een elektronische versie verschijnt/zal verschijnen, zijn met ingang van 2004 de bijdragen (artikelen, rubriek(sonderdelen) e.d.) voorzien van publicatienummer en zijn de bronvermeldingen gestandaardiseerd. Dit brengt ook een wijziging voor de citeerwijze van het Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht met zich mee: *NTBR* 2005, 1, p. ... (afkorting tijdschrift, jaartal, publicatienummer, paginering).

NTBR is een uitgave van
Kluwer BV

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.
Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570-673449.

KLUWER

Reprorecht:
Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, in fotokopie of anderszins zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.
Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

ISSN 0927-2747

Nederlands uitgeversverbond
Groep uitgevers voor vak en wetenschap

Panta rei*

Bijna tweeëntwintig jaar geleden verscheen het nulnummer van *NTBR*, toen nog *Kwartaalbericht Nieuw BW* geheten. In de redactie vinden we Pliet Dupont, Jan Fesevur, Willem Grosheide, Krijn Haak en Hans Nieuwenhuis. Als hoofdredacteur Ewoud Hondius en als redactiesecretaris Willem Braams.

Na 22 jaar verlaten nu enkele redactieleden van het eerste uur de redactie van *NTBR*: Jan Fesevur en Pliet Dupont. In die periode hebben zij een belangrijke bijdrage geleverd aan dit tijdschrift. De grote deskundigheid op goederenrechtelijk terrein van Jan Fesevur is daarbij van onmiskenbare betekenis geweest. Vele artikelen, annotaties, boekbesprekingen en kronieken van zijn hand zijn in die periode verschenen. Wij zijn hem daarvoor dan ook ten zeerste erkentelijk en wij zullen zijn deskundigheid en loyale betrokkenheid ten zeerste missen. Hetzelfde geldt voor Pliet Dupont op het terrein van de buiten-contractuele aansprakelijkheid en schadevergoeding. In het *Kwartaalbericht Nieuw BW* zijn vele mooie kronieken 'Onrechtmatige daad' van haar hand verschenen.

Mede dank zij hun bijdrage heeft het oude *Kwartaalbericht Nieuw BW* kunnen uitgroeien tot het vooraanstaande algemeen vermogenrechtelijke tijdschrift dat het *NTBR* nu is.

Hun vertrek is voor de redactie aanleiding geweest om zich te bezinnen op de samenstelling van de redactie en de spelregels die idealiter zouden moeten gelden ten aanzien van het redacteurschap in deze tijd. Zo kwamen wij tot het volgende redactiestatuut:

De redactie dient op onafhankelijke wijze het juridische – civielrechtelijke – discours binnen de Nederlandse rechtscultuur te bevorderen en voorlichting te geven aan de rechtspraktijk. De redactie is daarin onafhankelijk van de uitgever.

De redactie heeft een omvang van zeven redacteuren. Een regelmatige doorstroming is van belang om juristen met nieuwe ideeën, een plaats te geven in de redactie. Gestreefd wordt naar een kwalitatief hoogwaardige bezetting met een spreiding over de verschillende juridische sectoren van universiteit, advocatuur, rechterlijke macht en bedrijfsleven. Tevens wordt een inhoudsdeskundige spreiding nagestreefd.

Redacteuren hebben een zittingstermijn van in beginsel vijf jaar met mogelijkheid van verlenging van in beginsel nog eens vijf jaar. De maximumleeftijd van een redacteur is zeventig jaar.

In de komende jaren willen wij uitwerking geven aan deze uitgangspunten.

Met ingang van het oktobernummer verwelkomen wij prof. Steven Bartels, hoogleraar notarieel recht en goederenrecht aan de Universiteit van Utrecht als nieuwe redacteur. Steven Bartels is een bekende auteur van *NTBR* en heeft eind jaren negentig zelfs nog als redactiesecretaris meegewerkt aan dit tijdschrift. In 2006 zal Willem van Boom – in verband met het vertrek alsdan van nog een aantal lang-zittende redactieleden – toetreden tot de redactie. prof. van Boom is – na een hoogleraarschap in Tilburg – thans verbonden aan de Erasmus Universiteit. Hij heeft een brede vermogensrechtelijke belangstelling met accent op contractenrecht en aansprakelijkheidsrecht.

Met ingang van het juninummer van deze jaargang hebben wij reeds als nieuwe redactiesecretaris Geerte Hesen mogen verwelkomen. Zij is als assistent in opleiding verbonden aan de Universiteit Maastricht. Zij volgt in deze functie Esther Engelhard op die als medewerker aan *NTBR* verbonden zal blijven. De redactie is Esther ten zeerste erkentelijk voor het vele werk dat zij in de afgelopen jaren voor *NTBR* heeft verricht.

G.E van Maanen

* Citeerwijze: G.E. van Maanen, 'Panta rei', *NTBR* 2005, 61.

Naar een ingrijpende herziening van het Franse goederenrecht vanuit een 'vision d'ensemble'?*

Nr. 62

*J.H.M. van Erp***

1. Inleiding

In 2004 werd in Frankrijk gevierd dat op 21 maart 1804 de Code Civil (na 1807 ook wel Code Napoléon genoemd) werd afgekondigd.[1] De viering van de 'bicentenaire du Code Civil' was mede aanleiding om niet alleen terug te kijken naar het verleden, maar ook de huidige stand van zaken in het Franse privaatrecht eens kritisch door te nemen en een visie op de toekomst te ontwikkelen. Een oproep van de Franse president in deze richting bij gelegenheid van de viering van 200 jaar Code Civil was daarbij de onontbeerlijke politieke steun in de rug.[2] De achtergrond van het streven naar herziening van het Franse privaatrecht wordt gevormd door de wens weer een leidende rol te kunnen spelen bij de rechtsvorming binnen Europa en ook daarbuiten. De invloed die het Franse privaatrecht had na de invoering van de Code Civil in 1804 dient te worden herwonnen. Om deze invloed terug te krijgen moet het bestaande recht worden gemoderniseerd, rekening houdend met ontwikkelingen op Europees niveau en de invloed van globalisering. Een zekere antipathie ten opzichte van het Amerikaanse recht – meer in het bijzonder de economische analyse van het recht – valt zeker waar te nemen, al blijkt dat bij de uiteindelijke voorstellen tot modernisering van het Franse recht ook meer dan oppervlakkig naar het Amerikaanse recht wordt gekeken.

Wat betreft de van belang zijnde Europese ontwikkelingen kan gewezen worden op het werk aan, wat thans wordt genoemd, het Gemeenschappelijk Referentiekader (in de Nederlandse literatuur inmiddels vooral bekend onder zijn Engelse naam: 'Common Frame of Reference'). Dit Gemeenschappelijk Referentiekader is gericht op het samenstellen van aanwijzingen voor de Europese regelgever, zodat in de Europese regelgeving begrippen uniform en consistent worden gebruikt. Verder is de bedoeling, voor zover deze aanwijzingen op zich al geen 'model' voor wetgeving zouden zijn, dat het Gemeenschappelijk Referentiekader uitmondt in een optioneel contractenrechtelijk model. Dit model zou dan door partijen bij een grensoverschrijdend contract kunnen worden gekozen als het op hun overeenkomst toepasselijke recht. 'Contractenrecht' dient overigens in dit verband breed te worden opgevat. Het omvat tevens rechtsgebieden die traditioneel (ook) tot het goederenrecht worden gerekend, zoals persoonlijke en zakelijke zekerheden en de 'trust'. Vanuit Frankrijk wil men graag meer grip krijgen op dit Europese proces. Tot nu toe valt hier namelijk sterke betrokkenheid vanuit in het bijzonder de Duitse rechtssfeer te constateren en weinig directe betrokkenheid vanuit Frankrijk. De hier te bespreken voorstellen laten zien dat er een duidelijke kentering gaande is. Wat betreft de invloed van globalisering leeft in Frankrijk sterk de vraag in hoeverre verzet tegen de invloed van Engels en Amerikaans recht uiteindelijk zin heeft. Wat is met dit verzet gewonnen, indien dit ertoe leidt dat Franse bedrijven vervolgens hun heil buiten Frankrijk gaan zoeken? Het vermijden van de Franse rechtssfeer komt tot uiting in het op contracten niet-Frans recht van toepassing verklaren en het laten regelen van juridische kwesties door buitenlandse juristen. Geconstateerd wordt dat dit tot beperking van de invloed van het Franse recht leidt en bovendien tot een verminderde markt voor juridische dienstverlening door Franse advocaten en notarissen.

De hierdoor opgeroepen zelfreflectie heeft ertoe geleid dat er in zeer korte tijd in Frankrijk verschillende voorstellen zijn gedaan tot partiële of op sommige terreinen zelfs volledige aanpassing van het goederenrecht. Het betreft: (1) voorstellen tot wetswijziging betreffende het recht van hypotheek en hypothecair krediet, neergelegd in een onderzoeksrapport opgesteld door een werkgroep onder auspiciën van de 'Inspection des Finances' en de 'Inspection générale des Services Judiciaires', gedateerd november 2004, (2) een voorontwerp van wet betreffende het zekerhedenrecht, opgesteld door een werkgroep onder voorzitterschap van M. Grimaldi, gedateerd 28 maart 2005, (3) een wetsontwerp tot invoering van de trust (in feite een hernieuwde poging, na eerdere mislukkingen), gedateerd 8 februari 2005 (initiatiefvoorstel van senator Ph. Marini) en (4) een rapport d.d. 10 mei 2005, opgesteld door S. Antoine,

---

* Citeerwijze: J.H.M. van Erp, 'Naar een ingrijpende herziening van het Franse goederenrecht vanuit een 'vision d'ensemble'?', *NTBR* 2005, 62.

** Hoogleraar vermogensrecht en Europees privaatrecht, Universiteit Maastricht; Marie Curie Fellow en Lehrbeauftragter für Sachenrecht, Universiteit Bremen. Ik wil graag Caroline Lebon, Monitor Romeins Recht en Assistente Afdeling Economisch Recht aan de Universiteit van Leuven, en Annick van Gelder, één van mijn Maastrichtse European Property Law studenten, bedanken voor hun hulp bij het vinden van materiaal.

1 Zie voor meer informatie: *http://www.bicentenaireducodecivil.fr/default.htm*

2 Zie Discours de M. Jacques Chirac, Président de la République, lors du colloque organisé pour le bicentenaire du Code civil (La Sorbonne) (gehouden op 11 maart 2004), te vinden via: *http://www.elysee.fr/elysee/root/bank/pdf/elysee-2597.pdf*.

over de rechten van dieren, waarin ook de goederenrechtelijke status van dieren aan de orde komt.[3]

In dit artikel wil ik deze ontwikkelingen signaleren. Voor wat betreft de zojuist genoemde onderwerpen is meer dan louter signalering in het kader van dit artikel niet mogelijk. Het moge overigens duidelijk zijn dat de Franse voorstellen ook in Nederland uitgebreide aandacht verdienen, gezien de Nederlandse discussie over de uitgangspunten van, meer in het algemeen, ons goederenrecht en, meer in het bijzonder, ons zekerhedenrecht. Ik zal de Franse ontwikkelingen kort bespreken aan de hand van de volgende indeling: (a) persoonlijke en zakelijke zekerheden, (b) invoering van de trust en (c) de rechtspositie van dieren. Over al deze onderwerpen zijn inmiddels, in tegenstelling tot het erfrecht, uitgebreide rapporten verschenen met daarbij horende voorstellen tot wetswijziging. Allereerst echter enige algemene opmerkingen over de verschillende rapporten en voorstellen.

Wat direct al gezegd kan worden is dat er opvallend veel aandacht wordt geschonken aan rechtsvergelijking. Met name het Amerikaanse, maar ook bijvoorbeeld het Duitse recht wordt vaak in de beschouwingen betrokken. Ten aanzien van het zekerhedenrecht met betrekking tot roerende zaken en vorderingen trekt het Amerikaanse recht de aandacht met – het zal geen verbazing wekken – het uniforme zekerheidsrecht als neergelegd in Article 9 van de Uniform Commercial Code. Ten aanzien van het zekerhedenrecht betreffende onroerende zaken wordt sterk gekeken naar het Duitse recht dat een niet-accessoire hypotheekvorm kent, te weten de Grundschuld. Opvallend is verder dat deze twee rechtsfiguren (de 'Article 9 security interest' en de 'Grundschuld') ook op Europees niveau steeds vaker naar voren komen als modellen van rechtsharmonisering. De ontwikkelingen in het Franse recht kunnen niet los gezien worden van de Europese ontwikkelingen. Frankrijk wil door hervorming van in het bijzonder het zekerhedenrecht het eigen goederenrecht tot een Europees model ontwikkelen, zoals Duitsland probeert via de Schuldrechtsreform het Duitse verbintenissenrecht naar voren te schuiven als Europees model. De invloed op Europees niveau van het Nederlandse nieuw Burgerlijk Wetboek als meest recente volledige hercodificatie in Europa begint duidelijk te tanen. Niet alleen doordat andere landen hun recht moderniseren, zoals Duitsland via de Schuldrechtsreform en nu Frankrijk via een veelomvattende herziening van de Code Civil, maar doordat ook landen in Midden- en Oost-Europa hun volledige burgerlijk recht evenals Nederland gehercodificeerd hebben of in een proces van hercodificatie verkeren. Ik denk hier in het bijzonder aan de Baltische staten, Hongarije en Polen.

2. Persoonlijke en zakelijke zekerheden

Wat betreft de herziening van persoonlijke en zakelijke zekerheden zal ik mij richten op het rapport Grimaldi, omdat dit het meest recent en meest verstrekkend is. Het rapport constateert allereerst dat de veranderingen die het Franse goederenrecht tot nu toe heeft gekend worden gekenmerkt door het ontbreken van een 'vision d'ensemble'.[4] Dit ontbreken van een totaalvisie heeft ertoe geleid dat het Franse zekerhedenrecht er niet in slaagt om volledige zekerheid te verschaffen aan kredietverschaffers en ook niet in het met voldoende helderheid beschermen van hen die van krediet afhankelijk zijn. Het rapport beoogt om kredietverschaffing te bevorderen onder meer door nieuwe zekerheidsvormen voor te stellen. Er worden voorstellen gedaan om tot een 'hypothèque rechargeable' en een 'hypothèque inversée' te komen. De eerstgenoemde hypotheekvorm is erop gericht dat hetzelfde recht van hypotheek, nadat de eerdere schuld bijvoorbeeld ten dele is afgelost, wordt gebruikt als zekerheid voor een nieuwe schuld. Deze nieuw schuld kan zelfs bestaan jegens een andere bank dan de bank ten gunste van welke de hypotheek eerder was totstandgekomen. Aldus heeft deze 'oplaadbare' hypotheek veel weg van de Duitse niet-accessoire Grundschuld, die op haar beurt weer mede model heeft gestaan bij het ontwerpen van een Europese hypotheekvorm: de zogenaamde Eurohypotheek.[5] De tweede hypotheekvorm is afkomstig uit het Amerikaans recht en is daar bekend onder de naam 'reverse mortgage'. Bij deze hypotheekvorm vindt de volledige terugbetaling van geleende som en rente pas plaats bij het overlijden van de debiteur of de verkoop van de met het hypotheekrecht belaste onroerende zaak. Verder stelt het rapport voor om krediet met een vlottende voorraad als onderpand mogelijk te maken tot zekerheid ook van toekomstige schulden. Tegelijkertijd wil men echter voorkomen dat debiteuren volledig afhankelijk worden van hun kre-

3 De teksten zijn allemaal te vinden via Internet. Ik zal in volgorde de vindplaatsen noemen: (1) Inspection générale des Finances en Inspection générale des Services Judiciaires, rapport N° 2004-M-052-02 en N° 32/04, Rapport d'enquête sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire, Ministère de la Justice, Parijs, november 2004: *http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000625/0000.pdf*; (2) Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, Rapport à Monsieur Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice met een daarbij horend Avant-projet de texte issu du rapport Grimaldi, Ministére de la Justice, Parijs, gepubliceerd 31 maart 2005: *http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/rapportgrimaldi.htm*; (3) Proposition de loi instituant la fiducie, N° 178, Sénat, Session ordinaire de 2004-2005, Annexe au procès-verbal de la séance du 8 février 2005, présentée par M. Philippe MARINI, Sénateur: *http://www.senat.fr/dossierleg/ppl04-178.html* en *http://www.philippemarini.net/article.php3?id_article=289*; (4) Rapport sur le régime juridique de l'animal, rédigé par Madame Suzanne Antoine, Présidente de chambre honoraire à la Cour d'appel de Paris et trésorière de la Ligue française des droits de l'animal, Ministère de la Justice, Parijs, gepubliceerd 10 mei 2005: *http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport-animal-0505.pdf* en *http://www.ladocfrancaise.gouv.fr/brp/notices/054000297.shtml*. De rapporten vermeld onder (1) en (2) dienen te worden gelezen in het licht van het witboek van het Comité de droit financier Paris Europlace (een organisatie van belanghebbenden bij de Parijse financiële markt, zoals de Parijse beurs en banken), Parijs, december 2003. Dit witboek heeft onder meer betrekking op het zekerhedenrecht: *http://www.paris-europlace.net/files/livre_blanc_comite_droit_paris_europlace.pdf*. Verder dienen de genoemde rapporten te worden gelezen in het licht van het rapport van de Forum Group on Mortgage Credit, The integration of the EU mortgage credit markets, gepubliceerd door de Europese Commissie, Directoraat-Generaal Interne Markt, Brussel 2004: *http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/finservices-retail/docs/homeloans/2004-report-integration_en.pdf*

4 Rapport Grimaldi, p. 2.

5 Zie het bovengenoemde rapport van de Forum Group on Mortgage Credit.

dietverschaffers, in het bijzonder wanneer het hier om een 'huisbankier' gaat. Het is, zo stelt het rapport, in de lijn van de Franse juridische traditie dat hier naar een belangenevenwicht wordt gezocht. Het rapport voegt daaraan toe: 'Il est permis d'espérer qu'il renforçerait ainsi l'attractivité du droit français.'[6] Anders gezegd: ook Frankrijk mengt zich actief in de markt van Europese rechtsstelsels om het eigen recht een stempel te laten drukken op Europese ontwikkelingen.

In het rapport Grimaldi wordt voorgesteld om aan de Code Civil een nieuw Vierde Boek toe te voegen met als opschrift 'Des Sûretés'. Titel 1 van dit nieuw voorgestelde boek heeft betrekking op persoonlijke zekerheden (borgtocht, de abstractie garantie en de 'comfort letter'). Titel 2 betreft zakelijke zekerheden (zoals voorrechten, pand en hypotheek). Onder meer wordt voorgesteld een, op het Amerikaanse recht geënt, bezitloos pandrecht mogelijk te maken. Doel daarvan is mede de erkenning en inpassing van buitenlandse bezitloze zekerheden te vereenvoudigen. Het rapport pleit verder voor uitgebreide publiciteit ten aanzien van zekerheden met een verwijzing naar het recht van de Canadese provincie Québec.[7] Verder zullen in het nieuwe Boek 4 ook de financiële zekerheidsovereenkomsten een plaats vinden. Ook wordt in het rapport voorgesteld om, in aansluiting op het eigendomsvoorbehoud tot zekerheid, eigendomsoverdracht tot zekerheid mogelijk te maken. Het rapport wijst erop dat hier een directe samenhang bestaat met de voorstellen tot invoering van de trust ('fiducie') in het Franse recht, waarover in de volgende paragraaf meer.[8]

3. Invoering van de trust

Na drie eerdere pogingen (1989, 1992 en 1994), vooral mislukt door weerstand vanuit het Franse ministerie van Financiën, dat beducht was voor belastingontduiking, wordt nu opnieuw geprobeerd de trust in het Franse recht in te voeren. Het type trust dat wordt voorgesteld is de zogenaamde 'civil law trust', dat wil zeggen dat er geen – naar Engels en Amerikaans voorbeeld – gefragmenteerde eigendom ontstaat, verdeeld over de eigenaar/beheerder en de eigenaar/gerechtigde. De trustee is de enige eigenaar, zij het dat de uitoefening van deze eigendom is gebonden door het doel waartoe zij is verkregen. De structuur die is gevolgd is die van het, nooit in behandeling genomen, wetsvoorstel van 20 februari 1992. Dit betekent dat de toen gekozen structuur en uitgangspunten kennelijk nog steeds als adequaat worden gezien en het met name fiscaalrechtelijke problemen zijn geweest die aan invoering van de trust in de weg stonden. In de Code Civil zal, zo luidt althans het voorstel, aan Boek 3 een Titel 16*bis* worden toegevoegd met als opschrift 'De la fiducie'. In deze titel zullen de algemene bepalingen over de trust worden opgenomen. Daarnaast zullen bepalingen worden opgenomen in diverse andere wetboeken en wetten die het witwassen van geld moeten tegengaan.

De trust wordt gezien als een bijzonder contract, dat in zijn uitvoering leidt tot een 'forme de propriété modelée' en niet tot een nieuw goederenrechtelijk recht. De bestaande *numerus clausus* wordt derhalve niet aangetast en er treedt geen fragmentering van eigendom op.[9] De beneficiaris krijgt immers geen eigen, zelfstandig, goederenrechtelijk recht ten aanzien van het trustvermogen. Het eigendomsrecht van de fiduciaris is, ik merkte het reeds op, door het doel van de overdracht beperkt. Strikt genomen betekent dit dat door de overdracht aan de trustee de eigendomsbevoegdheden van de oorspronkelijke eigenaar niet volledig overgaan, aangezien de trustee alleen eigenaar is met bevoegdheden die door het doel van de overdracht zijn bepaald. De eigendomsbevoegdheden die niet overgaan blijven echter niet achter bij de oorspronkelijke eigenaar, wat er – een andere conclusie lijkt mij niet mogelijk – toe leidt dat deze rechten kennelijk als vervallen moeten worden beschouwd. Er vindt hier met andere woorden een wettelijke transformatie plaats van 'gewone' in 'doelgebonden' eigendom. Interessant is ook dat in de toelichting bij het wetsvoorstel wordt aangegeven dat de trust ook kan dienen als niet-accessoire zekerheidsvorm.[10]

4. De rechtspositie van dieren

Opvallend is, ten slotte, ook het rapport over de goederenrechtelijke status van dieren. De bescherming van dieren is in Frankrijk, zoals ook in Nederland, vooral vastgelegd in publiekrechtelijke wetten. In het rapport Antoine, waarin de rechtspositie van dieren aan de orde wordt gesteld, wordt de vraag gesteld of deze bijzondere publiekrechtelijke bescherming van dieren niet tot gevolg zou moeten hebben dat dieren ook goederenrechtelijk een eigen status dient te worden toegekend. Deze op zich al interessante vraag, die de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht aan de orde stelt, leidt vervolgens tot de eveneens fundamentele vraag wat in dit verband verstaan dient te worden onder objecten van goederenrecht, in het bijzonder wat wordt bedoeld met het gebruik van de term 'zaak'.

Naar de mening van de opsteller van het rapport kunnen dieren geen zaken zijn, omdat de wijze waarop deze 'zaken' publiekrechtelijk worden behandeld duidelijk maakt dat rechtssubjecten niet vrij zijn met deze zaken te doen wat men wil. De rechtsorde kent immers aan de 'zaak' zelf (het dier) bijzondere rechten toe, waardoor de eigenaar niet vrij is te handelen zoals het hem goeddunkt.[11] Het rapport bevat hiertoe een uitvoerige onderbouwing vanuit het Europese recht en wijst onder meer op art. III-121 van het – inmiddels in Frankrijk en Nederland bij referendum verworpen – Grondwettelijk Verdrag (de 'Europese Grondwet'), waarin de rechten van het dier als 'wezens met gevoel' worden vastgelegd.[12] Verder bevat het rapport een uitvoerige rechtsvergelijkende analyse.

6 Rapport Grimaldi, p. 3
7 Rapport Grimaldi, p. 11.
8 Rapport Grimaldi, p. 14.
9 Exposé des Motifs, p. 8 en 9.
10 Exposé des Motifs, p. 17.
11 Zie rapport Antoine, p. 26 e.v.
12 'Bij de bepaling en de uitvoering van het beleid van de Unie op het gebied van landbouw, visserij, vervoer, de interne markt, onderzoek en technologische ontwikkeling en de ruimte houden de Unie en de lidstaten ten volle rekening met de eisen inzake het welzijn van dieren als wezens met gevoel, onder eerbiediging van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en de gebruiken van de lidstaten, met name met betrekking tot godsdienstige riten, culturele tradities en regionaal erfgoed.'

Ten aanzien van de goederenrechtelijke status van dieren stelt het rapport twee alternatieven voor, waarbij het eerstgenoemde alternatief de voorkeur van de opsteller geniet. Het eerste alternatief is om in Boek 2 Code Civil een bijzondere titel te wijden aan dieren. Deze gaan daardoor een aparte categorie vormen naast zaken. De regels over koop en eigendomsovergang blijven dan wel bij wijze van wettelijke analogie van toepassing. Het tweede alternatief is dat dieren weliswaar zaken blijven, maar vervolgens wel behandeld dienen te worden als zaken met een eigen rechtspositie ('biens protégés en leur qualité d'êtres vivants et sensibles'). Ook dan zullen de regels over koop en eigendomsovergang op dieren van toepassing blijven, echter met inachtname van hun bijzondere status.

5. Slotopmerkingen

Het is opvallend hoe veel initiatieven er op dit moment tegelijkertijd worden genomen om het Franse privaatrecht te moderniseren en daardoor opnieuw, zoals ook het geval was bij de totstandkoming van de Code Civil in 1804, een model voor Europa te kunnen zijn. In het bovenstaande heb ik de ontwikkelingen op het gebied van het goederenrecht, in het bijzonder het zekerhedenrecht, slechts in grove lijnen kunnen schetsen. Ik wijs er, ten slotte, nog op dat de voorstellen tot wijziging niet beperkt zullen blijven tot het goederenrecht, maar te zijner tijd ook het verbintenissenrecht zullen omvatten.[13]

13 Zie Discours de M. Jacques Chirac, Président de la République, lors du colloque organisé pour le bicentenaire du Code civil (La Sorbonne) (gehouden op 11 maart 2004), waarin hij onder meer het volgende zegt: 'Réécrivons en 5 ans le droit des contrats et celui des sûretés. Je sais, Monsieur le Garde des Sceaux, que vous avez déjà engagé ce travail. C'est ainsi qu'au mois de septembre dernier, vous avez confié à Monsieur le Professeur Grimaldi la présidence d'un groupe de travail dont l'objet est de proposer les adaptations nécessaires du code civil en ce qui concerne le droit des sûretés réelles et des sûretés personnelles. *J'sattends aussi beaucoup des travaux sur la refonte du droit des obligations conduits par des universitaires de très grande qualité sous la présidence du Professeur Cathala. Cet effort de modernisation, indispensable dans le domaine des obligations, doit animer l'ensemble de notre droit*.'(Cursivering van mij, JvE).

Heroriëntatie op de ingebrekestelling*

Nr. 63

*J.F.M. Janssen***

1. Inleiding

Niet zo lang geleden beleefde het huidige Burgerlijk Wetboek zijn koperen jubileum, een mooie gelegenheid om eens te bezien of de wetgever in zijn opzet om zaken te vereenvoudigen en een grotere rechtszekerheid te creëren geslaagd is. Een aardig ijkpunt lijkt de ingebrekestelling ten eerste omdat dit instrument voor de rechtspraktijk niet onbelangrijk is en ten tweede omdat op dit gebied het huidige Burgerlijk Wetboek nogal wat wijzigingen te zien geeft in vergelijking met het regiem onder het vorige Burgerlijk Wetboek. Om de belangrijkste te noemen: de introductie van het begrip verzuim met de hieraan verbonden, in § 2 van afd. 6.1.9 opgesomde rechtsgevolgen en de sterke uitbreiding van het aantal voor de rechtspraktijk relevante gevallen waarin een ingebrekestelling niet (meer) nodig is[1] en die aan A-G Huydecoper[2] de uitspraak ontlokte dat het beeld dat art. 6:82 lid 1 BW schetst niet langer accuraat is en dat volgehouden kan worden 'dat ingebrekestelling in het algemeen *niet*[3] vereist is, behalve bij een bepaalde groep verbintenissen waarbij logica of billijkheid anders voorschrijven'. Een laatste belangrijke wijziging is dat een einde is gekomen aan de dikwijls bekritiseerde opvatting van de Hoge Raad dat bij ondeugdelijke nakoming geen ingebrekestelling nodig is, hoewel de Raad haar terstond via de achterdeur van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid weer binnenhaalt.[4]

In het recente verleden heeft de Hoge Raad een reeks arresten gewezen op het gebied van de ingebrekestelling, waarin hij niet zelden de uitspraak a quo casseerde dan wel oplapte. Mocht de cassatieratio een indicatie zijn voor het antwoord op de vraag of de wetgever in zijn opzet tot vereenvoudiging en verduidelijking is geslaagd, dan zou dit stellig in ontkennende zin moeten luiden.

Een aantal oorzaken, waardoor de wetgever niet in zijn opzet is geslaagd, kan worden genoemd. Ten eerste mist een aantal kernbegrippen de scherpte die voor afgrenzing nodig is. Het gaat in dit verband dan met name om de be-

* Citeerwijze: J.F.M. Janssen, 'Heroriëntatie op de ingebrekestelling', *NTBR* 2005, 63.

** Verbonden aan het Departement Civielrecht, afdeling Burgerlijk Recht, Universiteit Leiden.

1 De jongste loot aan deze stam is art. 6:119a BW, dat bepaalt dat de wettelijke rente over niet betaalde handelsschulden – buiten gevallen van een door partijen overeengekomen betalingstermijn – na dertig dagen van rechtswege begint te lopen.

2 Zie zijn conclusie, sub 13, vóór HR 11 januari 2002, *NJ* 2003, 255 m.nt. JH (Schwarz/Gnjatovic). Een stap verder nog gaat Hijma, die in zijn noot, sub 7, met verwijzing naar internationale ontwikkelingen de ingebrekestelling de wacht lijkt aan te zeggen.

3 Cursief van mij, J. Zie over dit arrest hierna nr. 5.

4 Zie HR 22 mei 1981, *NJ* 1982, 59 m.nt. CJHB (Van der Gun/Farmex).

grippen tekortkoming – waarover hierna nr. 3 – en onmogelijkheid – waarover hierna nr. 4 -. In de tweede plaats is de opsomming van art. 3:83 BW volgens de Hoge Raad door de wetgever niet als limitatief bedoeld, waardoor in nog andere gevallen dan die genoemd in dit artikel een ingebrekestelling niet nodig is zonder dat een helder criterium wordt geformuleerd wannéér zij niet nodig is. Een van die gevallen is dat uit de redelijkheid en billijkheid kan voortvloeien dat geen ingebrekestelling nodig is[5], het betreft hier de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, art. 6:248 lid 1 BW. Dit geval voert weer tot afgrenzingproblemen met het geval dat weliswaar een ingebrekestelling is vereist, maar dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn dat de schuldenaar zich erop beroept dat geen ingebrekestelling is uitgebracht, de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, art. 6:2 lid 2 en 248 lid 2 BW. Welke van beide benaderingswijzen de voorkeur verdient is in abstracto evenwel niet aan te geven.[6] Helemaal lastig is het geval dat eerst wordt vastgesteld dat voor verzuim *geen* ingebrekestelling nodig is om haar vervolgens via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid alsnog een plaats in de verbintenis te geven.[7]

Soms negeert de Hoge Raad zonder duidelijke reden een expliciete wetsbepaling, maar kiest een alternatieve route om tot hetzelfde resultaat te komen. Voorbeeld hiervan is HR 6 oktober 2000, *NJ* 2000, 691 (Verzicht/Rowi Parket) waarin art. 6:83 sub c BW wordt genegeerd en het verzuim zonder ingebrekestelling wordt gegrond op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.[8]

Dan is de wet zelf niet altijd even helder. Zo bepaalt art. 6:83 sub c BW dat geen ingebrekestelling nodig is indien de schuldeiser uit een *mededeling* van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenis zal tekortschieten. Art. 6:82 lid 2 BW daarentegen bepaalt dat indien uit de *houding* van de schuldenaar blijkt dat aanmaning nutteloos zou zijn, de ingebrekestelling kan plaatsvinden door een schriftelijke mededeling, waaruit blijkt dat de schuldenaar voor het uitblijven van de nakoming aansprakelijk wordt gesteld. In het eerste geval is dus in het geheel geen ingebrekestelling nodig, in het tweede geval is de ingebrekestelling gelijk aan een – schriftelijke – aansprakelijkstelling. Beide gevallen zijn echter niet scherp van elkaar te onderscheiden[9] en dit komt doordat het begrip mededeling in art. 3:37 lid 1 BW wettelijk is gedefinieerd waardoor zij soms synoniem is voor houding: mededelingen kunnen immers in een of meer *gedragingen* besloten liggen. De wetgever daarentegen lijkt ervan uit te gaan dat in art. 6:82 lid 2 BW de gedragingen en in art. 6:83 sub c BW de uitlatingen van de schuldenaar beslissend zijn.

Een laatste complicatie is dat de Hoge Raad de juridische wereld soms verrast door een wel heel vrijmoedige uitleg van de wet. Schoolvoorbeeld hiervan is HR 19 mei 2000, *NJ* 2000, 603 m.nt. HJS (varkenshormonenarrest), door annotator Snijders niet ten onrechte aangeduid als het interessantste arrest op het gebied van verzuim zonder ingebrekestelling sedert het arrest Van der Gun/Farmex[10] en waarin art. 6:205 BW – de ontvanger die te kwader trouw een onverschuldigde prestatie in ontvangst neemt is zonder ingebrekestelling in verzuim – een wel heel extensieve uitleg krijgt. In casu voldeed de Staat *vrijwillig*, dat wil zeggen zonder dat met executie werd gedreigd, aan een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis dat in hoger beroep werd vernietigd. De Hoge Raad oordeelde dat de ontvanger van de betaling vanaf het tijdstip van de ontvangst van rechtswege jegens de Staat in verzuim verkeerde.

Het geringe voorspelbaar vermogen waar het betreft de vraag of een ingebrekestelling nodig is, lijkt mij een consequentie te zijn van de opvatting van de wetgever. In de Toelichting[11] wordt opgemerkt dat bedacht dient te worden dat het bij de verzuimregeling van de art. 6:82 BW e.v. niet zozeer gaat om strakke regels die de schuldeiser in de praktijk steeds zal kunnen en moeten toepassen, maar dat met deze regels veeleer is beoogd de rechter de mogelijkheid te verschaffen om tot een redelijke oplossing te komen naar gelang van wat in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van de schuldeiser mocht worden verwacht. Dat zo'n fine tuning ten koste gaat van de voorspelbaarheid, behoeft nauwelijks betoog. De vraag is of zo'n uitgebalanceerd systeem, dat gemeten naar uitkomsten wellicht aan de hoogste standaard van billijkheid voldoet, nog wel werkbaar is in

---

5 Zie o.a. HR 6 oktober 2000, *NJ* 2000, 691 (Verzicht/Rowi Parket), HR 12 september 2003, *NJ* 2004, 36 (Bolk/Schürgers) en HR 28 september 2003, *NJ* 2004, 237 (Van der Heiden/Bubbels).

6 In deze zin J. Hijma in zijn noot sub 7 onder HR 4 oktober 2002, *NJ* 2003, 257 (Fraanje/Götte). Zie voor een geval van verzuim zonder ingebrekestelling waarin de aanvullende werking naast de derogerende werking wordt gesteld HR 23 november 2004, *NJ* 2004, 237 (Van der Heiden/Bubbels).

7 Zie A-G Hartkamp in zijn conclusie vóór HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 380 m.nt. PAS (Van der Meer/Beter Wonen), besproken in nr. 5 i.f.

8 In casu ging het om een huurder (Rowi) die wateroverlast ondervond als gevolg van slecht dakonderhoud door de verhuurder (Verzicht), waardoor de elektrische installatie van het gehuurde werd afgekeurd en moest worden vervangen. De huurder laat de vervangingingswerkzaamheden zelf verrichten, omdat de verhuurder niet thuis geeft en vordert vervolgens deze kosten van de verhuurder, die zich erop beroept niet in gebreke te zijn gesteld. De rechtbank oordeelt dat geen ingebrekestelling nodig was en beroept zich hiertoe op art. 6:83 sub c. Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep, maar gaat een heel andere toer op: 'De Rechtbank heeft haar oordeel dat Rowi gerechtigd was zonder ingebrekestelling van Verzicht tot herstel van de elektrische installatie over te gaan hierop gegrond, dat gelet op de houding van Verzicht, Rowi onder de gegeven omstandigheden ervan mocht uitgaan dat Verzicht in het geheel niet aan haar verplichtingen ten aanzien van het herstel van de elektrische installatie zou voldoen. In dit oordeel ligt besloten het oordeel dat onder deze omstandigheden – die een vergelijkbare situatie als beschreven in art. 6:83 onder c BW opleveren – Verzicht naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid zich achteraf niet erop kan beroepen dat Rowi haar niet voorafgaand aan de werkzaamheden in gebreke heeft gesteld. Aangezien art. 6:83 BW niet een limitatieve opsomming behelst van de gevallen waarin verzuim zonder ingebrekestelling intreedt, maar ook de redelijkheid en billijkheid hierbij een rol kunnen spelen (*Parl. Gesch. Boek 6*, p. 296) geeft dit oordeel niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting'.

9 Volgens C.A. Streefkerk, 'Ingebrekestelling en verzuim bij wanprestatie. Een kritische beschouwing van wetgeving en rechtspraak', *NTBR* 2004, p. 26 r.k., is deze bepaling door de Hoge Raad tot een dode letter gemaakt in de in de vorige noot genoemde uitspraak.

10 HR 22 mei 1981, *NJ* 1982, 59 m.nt. CJHB. Saillant detail: Snijders was hierin de cassatieadvocaat van Van der Gun.

11 *Parl. Gesch. Boek 6* BW, Vaststellingswet, p. 289.

de praktijk[12], die behoefte heeft aan hard and fast rules. Nog steeds geldt mijns inziens de ijzeren wet: de schuldenaar dient te allen tijde, voor zoveel nodig, ingebreke te worden gesteld.

Een vraag van geheel andere orde – waarover hierna nr. 5 – is of het verschijnsel ingebrekestelling niet in een veel breder perspectief moet worden geplaatst en of zij niet veeleer een uiting is van een niet geschreven vermogensrechtelijke hoofdregel dat het een partij pas vrij staat actie te ondernemen jegens de wederpartij dan wel diens juridische positie eenzijdig in ongunstige zin te wijzigen, indien hij de wederpartij tijdig heeft duidelijk gemaakt wat van hem op een bepaald moment wordt verlangd, waardoor deze de gelegenheid heeft voor zichzelf dreigend onheil af te wenden. De ingebrekestelling zou dan onder meer ook betekenis hebben voor terreinen als het opschortingsrecht, het schuldeisersverzuim, maar ook voor het recht op schadevergoeding ex art. 6:74 BW buiten het geval van verzuim.[13] Ik spreek in dit verband ter onderscheiding van de in art. 6:82 BW bedoelde ingebrekestelling van pseudo-ingebrekestelling, omdat in de hier bedoelde gevallen geen termijnstelling plaatsvindt.

Een geheel nieuwe benadering van het verschijnsel ingebrekestelling propageert Streefkerk in een zeer uitvoerige beschouwing.[14] Omdat hij ius constituendum de huidige opzet van de wet los wil laten, besteed ik aan zijn beschouwing in een afzonderlijk nummer aandacht (nr. 6).

Met het voorgaande zijn tevens de contouren van deze bijdrage geschetst. Na een analyse van het begrip verzuim in nr. 2, wordt in nr. 3 geanalyseerd wanneer een niet-nakoming een tekortkoming oplevert. In nr. 4 worden de grenzen van de onmogelijkheid afgetast en leert het onderzoek dat de categorie onmogelijkheid nogal eens wordt gecontamineerd met elementen van verzuim. In nr. 5 wordt een lans gebroken de ingebrekestelling uit zijn isolement van art. 6:74 jo. 81 BW te bevrijden en haar te zien als een uiting van een vermogensrechtelijke beginsel van een veel bredere strekking. In nr. 6 worden de wijzigingsvoorstellen van Streefkerk gewogen en te licht bevonden. In nr. 7 liggen de conclusies opgetast.

2. Verzuim, een praktische vondst van de wetgever

Art. 6:81 BW bepaalt dat de schuldenaar in verzuim is gedurende de tijd dat de prestatie uitblijft nadat zij opeisbaar is geworden en aan de eisen van art. 82 en 83 BW is voldaan, behalve voor zover de vertraging hem niet kan worden toegerekend of nakoming reeds blijvend onmogelijk is. De kern van het begrip verzuim zit met name in de slotwoorden: zonder wanprestatie (toerekening) is er überhaupt geen verzuim en evenmin is er verzuim voor zover de prestatie niet (meer) mogelijk is ook al is sprake van wanprestatie. Met andere woorden, verzuim is de wanprestatievariant waarbij de prestatie nog mogelijk is.

Art. 6:81 BW is een uitwerking van art. 6:74 BW. Dit artikel introduceert twee onderscheidingen: (a) de tekortkoming is toerekenbaar respectievelijk niet toerekenbaar en (b) de prestatie is mogelijk respectievelijk niet (meer) mogelijk. Uit deze bepaling zijn twee conclusies te trekken: de eerste is dat uit (a) valt af te leiden dat het begrip tekortkoming een neutraal begrip is[15], dat wil zeggen dat de kwestie van de toerekening (art. 6:75 BW) begripsmatig geen (mede) bepalend element is. In de Toelichting[16] wordt opgemerkt dat de begrippen tekortschieten en tekortkoming een bijzonder ruime betekenis hebben en alle gevallen omvatten waarin hetgeen de schuldenaar verricht in enig opzicht ten achter blijft bij hetgeen de verbintenis van de schuldenaar vergt en dat anders dan in het begrip wanprestatie in tekortschieten en tekortkoming niet ligt opgesloten dat de tekortkoming aan de schuldenaar kan worden toegerekend.

De tweede gevolgtrekking die valt te maken, is dat de wetgever twee wanprestatievarianten onderscheidt: die waarbij de prestatie nog mogelijk is (door hem aangeduid met de term verzuim) en die waarbij de prestatie niet (meer) mogelijk is. In beide gevallen is het rechtsgevolg dat een verbintenis tot schadevergoeding ontstaat, art. 6:74 lid 1 BW. Deze verbintenis komt automatisch en van rechtswege in de plaats van de oorspronkelijke verbintenis (primaire verbintenis) voor zover de prestatie niet (meer) mogelijk is; het betreft hier dan de vervangende schadevergoeding. De primaire verbintenis gaat door de omzetting teniet en voor haar treedt in de plaats een nieuwe, subsidiaire verbintenis tot schadevergoeding. Voor zover de prestatie nog wél mogelijk is, ontstaat naast de primaire verbintenis een tweede verbintenis; ook deze strekt tot schadevergoeding, maar die bestaat uit de schade die wordt geleden door de *vertraging* in de nakoming en vormt een aanvulling op de primaire verbintenis. Heeft bijvoorbeeld een taxibedrijf taxi's gekocht, maar krijgt het deze niet op tijd geleverd, dan derft het hierdoor inkomsten en moet deze vertragingsschade worden vergoed. Daarnaast behoudt het bedrijf zijn recht op levering van de auto's.

Voor het ontstaan van deze verbintenis tot aanvullende schadevergoeding stelt de wet nadere vereisten, waartoe art. 6:74 lid 2 BW doorverwijst naar § 2 van afd. 6.1.9 (gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis). Kort gezegd komen die hierop neer dat een ingebrekestelling een constitutief vereiste is voor het ontstaan van de verbintenis tot schadevergoeding, art. 6:74 jo. 81 BW, tenzij uit de wet of rechtshandeling anders voortvloeit in welk verband gedacht moet worden aan de in art. 6:83 BW genoemde uitzonderingsgevallen. Wil de schuldeiser de primaire verbintenis vervangen door een die strekt tot schadevergoeding

12 In HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 275 (De Preter/Van Uitert Onroerend Goed) en in HR 4 oktober 2002, *NJ* 2003, 257 m.nt. JH (Fraanje/Götte) wordt in het kader van de ingebrekestelling nadrukkelijk een beroep gedaan op 'de hanteerbaarheid in de praktijk van het wettelijk stelsel'.

13 Zie in dit verband de in nr. 5 te bespreken conclusie van A-G Hartkamp vóór HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 380 m.nt. PAS (Van der Meer/Beter Wonen).

14 C.A. Streefkerk, 'Ingebrekestelling en verzuim bij wanprestatie. Een kritische beschouwing van wetgeving en rechtspraak', *NTBR* 2004, nr. 2, p. 2-32.

15 In deze zin ook A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie, sub 10, vóór HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 490 m.nt. JBMV (Bedrijfsvereniging Metaalnijverheid/Wien).

16 *Parl. Gesch. Boek 6* BW, Vaststellingswet, p. 258.

dan is tevens een omzettings*verklaring* nodig, art. 6:87 BW. Een en ander komt erop neer dat bij een mogelijke prestatie in beginsel zonder ingebrekestelling geen verbintenis tot schadevergoeding ontstaat ongeacht of hij strekt tot aanvullende of vervangende schadevergoeding. De schuldeiser die ten aanzien van de kwestie van de ingebrekestelling een verkeerde keuze maakt, betaalt dus een hoge prijs.

De structuur van afd. 6.1.9 lijkt ingewikkeld, maar de vondst van de wetgever de categorie wanprestatie op te splitsen in twee afzonderlijke categorieën: die waarbij de prestatie nog mogelijk respectievelijk niet (meer) mogelijk is en de eerste aan te duiden met een vaste term: verzuim, is een schoolvoorbeeld van efficiënte wetgeving. Met één term introduceert de wetgever een reeks rechtsgevolgen, die uitsluitend denkbaar zijn bij de wanprestatievariant, waarbij de primaire prestatie nog mogelijk is en die derhalve ondenkbaar zijn bij de wanprestatievariant, waarbij de primaire prestatie niet (meer) mogelijk is. Deze rechtsgevolgen liggen opgetast in de art. 6:82 t/m 87 BW. Ik duid ze kort aan: art. 6:82 BW: de ingebrekestelling; zij is een slag in de lucht als de prestatie toch niet (meer) mogelijk is. Aan deze waarschuwing, zo men wil: laatste kans, heeft een schuldenaar die toch niet meer kan presteren, niets. Art. 6:84 BW: de verzwaring van het risico van de schuldenaar doordat hem elke onmogelijkheid van nakoming ontstaan tijdens zijn verzuim wordt toegerekend, tenzij bij tijdige en behoorlijke nakoming de schuldeiser dezelfde schade zou hebben geleden[17], is logisch niet denkbaar bij blijvende onmogelijkheid van de primaire prestatie. Art. 6:85 BW: vertragingschade; deze kan bij een onmogelijke prestatie nimmer worden geleden, hetgeen onder meer verband houdt met het feit dat in dat geval de primaire verbintenis ex art. 6:87 BW *van rechtswege* wordt omgezet in een verbintenis die strekt tot vervangende schadevergoeding. Art. 6:86 BW: zuivering van verzuim door de schuldenaar; zij veronderstelt dat de schuldenaar de oorspronkelijke prestatie nog steeds kan verrichten. Mijn mening geldt hetzelfde voor de keuzemogelijkheid van art. 6:87 BW. De schuldeiser die geen goesting meer heeft in de oorspronkelijke prestatie, kan opteren voor vervangende schadevergoeding maar dient dan hiertoe een omzettingsverklaring uit te brengen aan de schuldenaar. Zo'n verklaring is een zinledigheid indien niets meer te kiezen valt. Art. 6:87 BW legt zich bij dit voldongen feit neer: de verbintenis tot vervangende schadevergoeding ontstaat dan, blijkens de aanhef van lid 1, van rechtswege. Nadeel hiervan is dat niet altijd duidelijk is op welk tijdstip de subsidiaire verbintenis tot schadevergoeding ontstaat, hetgeen op zich weer tot allerlei complicaties kan leiden. Men denke slechts aan de moratoire interessen die van rechtswege verschuldigd zijn (nagenoeg) vanaf het moment van het ontstaan van deze verbintenis, art. 6:83 sub b jo. 6:119 BW. Bovendien verlangt het systeem dat helder is wanneer een prestatie als onmogelijk geldt. In dit verband moet worden vastgesteld dat deze helderheid niet altijd bestaat met alle fatale gevolgen van dien.

De ingebrekestelling strekt in de woorden van de Hoge Raad ertoe 'de schuldenaar te waarschuwen dat de schuldeiser nakoming verlangt en, bij uitblijven daarvan, aanspraak maakt op de wettelijke rente'.[18] Volgens de Hoge Raad beoogt de ingebrekestelling niet het verzuim vast te stellen.[19] Ik waag te betwijfelen of deze stelling de werkelijkheid *volledig* weergeeft. Art. 6:81 BW en hiermee de materie van de ingebrekestelling is ingebed in (met name lid 2 van) art. 6:74 BW. Bij deze bepaling staat centraal het ontstaan van de verbintenis tot schadevergoeding. Hiertoe is, indien de prestatie nog mogelijk is, een ingebrekestelling nodig, 6:82 lid 1 BW. Zij stelt derhalve wel degelijk ook de wanprestatie vast. Dit blijkt onmiskenbaar ook uit lid 2 van art. 6:82 BW: de ingebrekestelling heeft het karakter van een aansprakelijkstelling en *constitueert* mede de verbintenis tot schadevergoeding. De ingebrekestelling dient derhalve twee doelen: (a) zij schept duidelijkheid jegens de schuldenaar wat de schuldeiser op zeker moment van hem verlangt en (b) zij fixeert het moment waarop de verbintenis tot schadevergoeding ontstaat. Dit laatste is een logisch gevolg van het gegeven dat zij een constitutief element is voor het ontstaan van de verbintenis tot schadevergoeding.

3. Wanneer is sprake van een tekortkoming?

Het begrip tekortkoming is een centraal begrip in het verbintenissenrecht. Zij is onder meer van belang voor de ontbinding van een wederkerige overeenkomst–en de hiermee ex art. 6:261 lid 2 BW op één lijn gestelde rechtsbetrekkingen– : zonder tekortkoming geen ontbinding (art. 6:265 lid 1 BW) en voor de opschorting van een verbintenis uit een wederkerige overeenkomst, de enac, (art. 6:262 BW). Lid 1 van deze bepaling weet dit nog te maskeren door te spreken van niet-nakoming, maar uit lid 2 blijkt helder dat met niet-nakoming is bedoeld een tekortkoming, hetgeen in ieder geval consistent lijkt ingeval de opschorting wordt gebruikt als opmaat voor een ontbinding van de overeenkomst. Het zou een zinloosheid zijn eerst te (moeten) presteren om vervolgens ex art. 6:271 BW het reeds gepresteerde weer terug te vorderen uit hoofde van de ongedaanmakingsverbintenissen die een gevolg zijn van de ingeroepen ontbinding. Hierna zal evenwel blijken dat tekortkoming bij de enac niet goed spoort met het stelsel van de wet. Ten slotte is het begrip tekortkoming cruciaal voor de materie van afd. 6.1.9: zonder tekortkoming geen schadevergoeding (art. 6:74 lid 1 BW).

3.1. De opvatting van de ontwerper

In de toelichting komt men de volgende twee passages over de tekortkoming tegen: 'De begrippen 'tekortschieten in de nakoming'en 'tekortkoming' hebben in het ontwerp een

17 Dit is de enige vindplaats in de wet waaruit blijkt dat voor het *vestigen* van aansprakelijkheid – in afdeling 6.1.10 steeds genoemd: 'de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust' of te wel het aansprakelijkheidsverband – de conditio sine qua non de causaliteitsmaatstaf is. Voor de *omvang* van de aansprakelijkheid is de causaliteitsmaatstaf die van art. 6:98 BW. In dit verband wordt ook wel gerept van primaire respectievelijk secundaire causaliteit.

18 HR 11 juli 2003, *NJ* 2003, 603 (Visser & Zonen/Tusschenbroek).

19 HR 20 september 1996, *NJ* 1996, 748 (Büchner/Wies) en HR 22 oktober 2004, *RvdW* 2004, 119, (Schildersbedrijf Endlich/Bouwmachines Den Haag BV) r.o. 3.4.4. Blijkens deze uitspraak kan de ingebrekestelling soms ook mondeling geschieden. In HR 22 oktober 1983, *NJ* 1984, 232 m.nt. G (Vos/Den Hartigh) werd dit nog in het midden gelaten.

bijzonder ruime betekenis en omvatten alle gevallen waarin hetgeen de schuldenaar verricht, in enig opzicht ten achter blijft bij hetgeen de verbintenis vergt' en: 'Anders dan in het begrip 'wanprestatie' ligt in 'tekortschieten' en 'tekortkoming' niet opgesloten dat de tekortkoming aan de schuldenaar kan worden toegerekend'.[20]

Uit deze twee passages blijkt dat de toerekening geen element van de tekortkoming is. De toerekening van de tekortkoming aan de schuldenaar is een subjectief element en raakt het verband tussen de verschuldigde prestatie en de persoon van de schuldenaar. De parallel met art. 6:162 BW dringt zich op: onrechtmatigheid heeft uitsluitend betrekking op de gedraging en is daarmee het objectieve element (lid 2), de toerekening van de onrechtmatige gedraging aan de dader is het subjectieve element (lid 3).

Het grote manco van het ontwerp is dat het wel aangeeft *wat* een tekortkoming is, maar niet *wanneer* een tekortkoming mag worden aangenomen. In de Toelichting heb ik slechts één passage aangetroffen, waarin de ontwerper iets van een duiding geeft. Opgemerkt wordt[21]: 'Ook als de verbintenis wel opeisbaar is, handelt de schuldenaar echter *niet steeds*[22] in strijd met zijn verplichtingen, indien hij niet dadelijk uit eigen beweging nakomt. In de eerste plaats is het immers mogelijk, dat de schuldenaar nog niet bevoegd is na te komen; in de tweede plaats geldt voor een grote groep verbintenissen de regel van artikel 6.1.6.9 lid 1 (thans art. 6:38 BW, J): 'Indien geen tijd voor de nakoming is aangewezen, kan .... terstond nakoming worden gevorderd'. In het eerste geval is er nimmer vertraging voordat de schuldeiser heeft te kennen gegeven nakoming te wensen; bij de tweede groep verbintenissen zal het van de strekking van de verbintenis afhangen of de schuldenaar mag wachten tot de wederpartij nakoming verlangt.'.

Het eerstgenoemde geval spreekt vanzelf: een schuldenaar die niet *mag* presteren, kán niet tekortschieten, want hem is verboden te presteren. De tweede groep veronderstelt dat de enkele opeisbaarheid van de prestatie nog geen tekortkoming oplevert, indien de schuldenaar desondanks niet terstond presteert. Hiermee zijn twee elementen voor een tekortkoming aangegeven: enerzijds moet de prestatie opeisbaar zijn[23], anderzijds is voor een tekortkoming meer nodig dan een niet terstond presteren op het moment van opeisbaarheid en dus is de vraag: waar ligt het omslagpunt? Op welk moment kan van de schuldenaar worden gezegd dat hetgeen hij verricht in enig opzicht ten achter blijft bij hetgeen de verbintenis van hem vergt? Tasten we de wet af dan valt uit art. 6:265 lid 2 BW af te leiden dat bij tijdelijke of blijvende onmogelijkheid sprake is van een tekortkoming. De blijvende onmogelijkheid beantwoordt volledig aan de typering die de ontwerper van de tekortkoming geeft, immers de schuldeiser zal de *verschuldigde* prestatie *nimmer* ontvangen. Bij tijdelijke onmogelijkheid ligt de zaak gecompliceerder. Dit komt door art. 6:82 lid 2 BW: tijdelijke onmogelijkheid wordt door de wetgever beschouwd als een geval waarbij de prestatie nog mogelijk is en dus rijst de vraag: wat is het verband tussen tijdelijke onmogelijkheid van de prestatie en tekortkoming? We raken hier aan het verband met de ingebrekestelling. De ingebrekestelling is materieel een uitwerking van art. 6:248 lid 1 BW, maar dan voor verbintenissen.[24] Zij preciseert de inhoud van de verbintenis[25] en stelt de zaak voor de schuldenaar op scherp. De schuldenaar die van de schuldeiser één maand de tijd krijgt om te presteren kan *tijdens* die maand niet tekortschieten, want de schuldeiser heeft er zelf in bewilligd dat de schuldenaar niet terstond hoeft te presteren. Het omslagpunt wordt derhalve bereikt met het verstrijken van de termijn, omdat dan ook aan de schuldenaar duidelijk is dat hij niet doet hetgeen de verbintenis van hem vergt ongeacht of dit niet presteren wanprestatie of overmacht oplevert.

Inconsistent met dit beeld is art. 6:262 BW; zoals gezegd: uit lid 2 blijkt dat de ontwerper de uitoefening van een opschortingsbevoegdheid beschouwt als een tekortkoming. Maar wie *bevoegdelijk* opschort, schiet niet tekort[26], omdat hij *wettelijk* gerechtigd is om niet na te komen ook al is de vordering opeisbaar. Bij deze stand van zaken zijn er twee mogelijkheden: (a) art. 6:262 lid 2 BW is een slip of the pen. Voor deze opvatting pleit dat zowel lid 1 van deze bepaling als art. 6:52 BW consequent spreekt van niet-nakoming en niet van tekortkoming; (b) iedere niet-nakoming van een opeisbare prestatie is een tekortkoming. Deze tweede opvatting stuit echter af op de hiervóór ontwikkelde beschouwingen omtrent het omslagpunt naar een tekortkoming.

3.2. De opvatting van Hartkamp

Hartkamp[27] bepaalt het omslagpunt van niet-nakoming naar de tekortkoming aldus: is de prestatie blijvend onmogelijk of niet toerekenbaar dan is *terstond* sprake van een tekortkoming als hetgeen de schuldenaar heeft gedaan in enigerlei opzicht achterblijft bij hetgeen de verbintenis van hem vergt. 'In de andere gevallen treedt de tekortkoming in beginsel pas in op het tijdstip waarop de schuldenaar in verzuim komt'.[28]

Het eerstgenoemde geval is duidelijk: bij blijvende onmogelijkheid – kennelijk ongeacht of dit wanprestatie oplevert of niet – is er sprake van een tekortkoming, immers de schuldeiser kan nimmer meer rekenen op een prestatie die aan de verbintenis beantwoordt. Minder duidelijk is wat model staat voor het geval van de niet toerekenbare prestatie. Omdat verzuim als afzonderlijk categorie wordt genoemd en dus een mogelijke prestatie betreft en voorts omdat het tweede geval kennelijk onderscheiden moet worden van het eerst genoemde geval van blijvende onmogelijkheid, kan niet anders dan dat wordt gedoeld op tijdelijke onmogelijkheid die overmacht oplevert. Een vergelijking met de tekst van de editie van 1988 lijkt dit te beves-

20 *Parl. Gesch. Boek 6* BW, Vaststellingswet, p. 258.
21 *Parl. Gesch. Boek 6* BW, Vaststellingswet, p. 283.
22 Cursief van mij, J.
23 Zie in dit verband art. 6:81 BW.
24 Art. 6:2 BW zou aangevuld dienen te worden met wat voor overeenkomsten is bepaald in art. 6:248 lid 1 BW.
25 Vergelijk A-G Huydecoper in zijn conclusie, sub 12, vóór HR 11 januari 2002, *NJ* 2003, 255 m.nt. JH (Schwarz/Gnjatovic) en A-G Asser in zijn conclusie, sub 2.19 en 2.20, vóór HR 5 oktober 1990, *NJ* 1991, 295 m.nt. PAS (Sloots/Lazaroski). Asser acht vooral bij verplichtingen die voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid een preciserende rol voor de ingebrekestelling weggelegd.
26 Vergelijk J.Hijma en M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, 2002, nr. 366.
27 *Asser-Hartkamp 4-I* (2004), nr. 307.
28 T.a.p. nr. 307.

tigen.[29] Maar dan lijkt het niet juist dat een tekortkoming wordt aangenomen op het tijdstip van het intreden van de tijdelijke onmogelijkheid, want het is heel wel mogelijk dat de onmogelijkheid een einde neemt vóór het tijdstip waarop de verbintenis op scherp staat. Het derde geval dat wordt genoemd is het verzuim.

In de praktijk zal doorgaans pas op het tijdstip waarop de verbintenis door een rechtshandeling (art. 6:82 BW), door de wet (art. 6:83 BW) of door de aard van de verbintenis, zoals die welke strekt tot een niet-doen of een garantie, op scherp is gezet, de schuldenaar, aangesproken tot prestatie, aangeven waarom hij niet (deugdelijk) heeft gepresteerd en de genoemde reden levert dan hetzij overmacht (tijdelijk dan wel blijvend) hetzij wanprestatie op (al dan niet in de vorm van verzuim). Toch is het niet juist om in alle drie gevallen die Hartkamp noemt het tijdstip waarop de verbintenis op scherp is gesteld, aan te merken als het tijdstip waarop de tekortkoming ontstaat, omdat de onmogelijkheid van de nakoming reeds gelegen kan zijn vóór het tijdstip waarop de opeisbare verbintenis op scherp is gesteld ook al blijkt eerst later het bestaan van de verhindering. Immers de rechten die de schuldeiser aan de tekortkoming ontleent, heeft hij met ingang van het tijdstip van de tekortkoming en niet eerst met ingang van het tijdstip waarop hij bekend is geraakt met de tekortkoming.

Uit het voorgaande vloeit voort dat het tijdstip van de tekortkoming ligt na het tijdstip waarop de verbintenis opeisbaar wordt en dat het wordt bepaald door het tijdstip waarop de toerekeningsvraag dient te worden gesteld, tenzij reeds vóór dit tijdstip evident is dat de schuldeiser op het tijdstip waarop de verbintenis op scherp staat niet meer kan rekenen op een prestatie die aan de verbintenis beantwoordt. Uiteraard valt het geval van de anticipatory breach hier buiten, omdat hiervoor karakteristiek is dat de prestatie nog niet opeisbaar is, waardoor per definitie geen tekortkoming bestaat op het tijdstip waarop de schuldeiser bij wege van anticipatie op de tekortkoming zijn rechten als schuldeiser wil geldend maken. De toerekeningsvraag bepaalt derhalve behoudens eerdere onmogelijkheid wanneer een niet-nakoming een tekortkoming oplevert, maar de toerekening wordt hierdoor begripsmatig geen onderdeel van de tekortkoming, zomin als de toerekening van art. 6:162 lid 3 BW de onrechtmatigheid mede constitueert.

3.3. De opvatting van de Hoge Raad

In zijn arrest van 9 januari 1998, *NJ* 1998, 272 (heupdysplasie)[30] volgt de Hoge Raad nog niet de opvatting van Hartkamp. Ene Huberts koopt een rashond van Brok. De hond blijkt evenwel aan heupdysplasie te lijden, een erfelijke aandoening. Huberts laat de hond opereren en vordert schadevergoeding van Brok voor de gemaakte kosten van medisch onderzoek, behandelingen en operaties. De rechtbank komt tot het oordeel dat Brok door een hond met heupdysplasie af te leveren een zaak heeft afgeleverd die in de zin van art. 7:17 BW niet aan de overeenkomst beantwoordde en dat Brok hierdoor is tekortgeschoten in de nakoming van de verbintenis. De rechtbank oordeelt voorts dat deze tekortkoming voor risico van Brok als verkoper dient te komen en dat zij aan Brok toerekenbaar is. In cassatie wordt niet betwist dat er een tekortkoming is, maar wel dat die zou kunnen worden toegerekend aan de verkoper. Het middel slaagt:

> *'Het gaat te dezen om een vordering tot schadevergoeding. Daarop zijn, voorzover hier van belang, art. 6:74 lid 1 en 75 BW van toepassing. Hieruit volgt dat Brok niet tot schadevergoeding gehouden is, indien de tekortkoming haar niet kan worden toegerekend. De Rechtbank heeft van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven door te oordelen dat het enkele feit dat de afgeleverde zaak niet beantwoordde aan de overeenkomst, tot aansprakelijkheid van Brok voor schadevergoeding leidde, en stilzwijgend voorbij te gaan aan hetgeen Brok had aangevoerd ten betoge dat de tekortkoming haar niet kon worden toegerekend.'*

Voorop dient te worden gesteld dat de prestatie die Brok ingevolge de overeenkomst aan Huberts verschuldigd was, ondanks de afwijking nog mogelijk was. Dit blijkt uit het feit dat de operatie heeft geleid tot volledig herstel van de hond waardoor de prestatie alsnog beantwoordde aan de verbintenis. Derhalve behoort in dit geval verzuim tot de mogelijkheden. Uiteraard is hiertoe nodig dat de tekortkoming aan de verkoper kan worden toegerekend.

De Hoge Raad gaat expressis verbis ervan uit dat sprake is van een tekortkoming en beantwoordt vervolgens – in ontkennende zin – de vraag of de enkele tekortkoming aansprakelijkheid van de verkoper oplevert: voor schadevergoeding is de enkele tekortkoming niet toereikend; zij moet de schuldenaar zijn toe te rekenen.[31] De Raad volgt hierin A-G Hartkamp, die spreekt van een sprong van de vaststelling van de rechtbank dat er een tekortkoming is naar de eindconclusie dat de tekortkoming toerekenbaar is zonder enige overweging te wijden aan de vraag of de tekortkoming toerekenbaar is.

In deze uitspraak neemt de Raad nog niet de opvatting van Hartkamp inzake de tekortkoming over, want de Raad neemt al een tekortkoming aan zonder te hebben vastgesteld, zoals Hartkamp verlangt, hetzij dat er verzuim is hetzij niet-toerekenbaarheid, immers hij casseert op dit punt de uitspraak en verwijst de zaak. Mij lijkt, zoals gezegd, voor de tekortkoming niet zozeer de uitkomst van de toerekeningsvraag (verzuim respectievelijk niet-toerekenbaarheid) beslissend als wel het tijdstip waarop de toerekeningsvraag aan de orde dient te worden gesteld, tenzij reeds vóór dit tijdstip evident is dat de schuldeiser niet meer kan rekenen op een prestatie die aan de verbintenis beantwoordt hetgeen zich met name voordoet bij tijdelijke of blijvende onmogelijkheid van de prestatie. Inzoverre behoeft mijns inziens de opvatting van Hartkamp correctie, hoewel van een verschil in uitkomst geen sprake is, omdat de toerekeningsvraag per definitie tot resultaat heeft hetzij dat de schuldenaar in overmacht verkeert, hetzij wanprestatie heeft geleverd.

29 T.a.p. nr. 307. De tekst luidt: 'Indien de niet-nakoming niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend, alsmede indien de niet-nakoming definitief is (anders gezegd: indien nakoming blijvend onmogelijk is), is terstond sprake van een tekortkoming.'

30 Waarover P. Klik, 'Tekortkoming, toerekenbaarheid en instaan voor kwaliteit van het verkochte', *NTBR* 1999, p. 247 e.v.

31 In deze zin ook HR 12 november 1993, *NJ* 1994, 155 m.nt. PAS (Verhage/AWV).

In zijn arrest van 27 november 1998, *NJ* 1999, 380 m.nt. PAS (Van der Meer/Beter Wonen) [32] daarentegen volgt de Raad wel de opvatting van zijn advocaat-generaal. Het ging in deze zaak om een huurder die een woning die hij in goede staat had betrokken bij het einde van de huur in erbarmelijke staat had achtergelaten. De verhuurder vordert vergoeding van de herstelkosten. De huurder voert als verweer dat de verhuurder de woning vóór de ontruiming had moeten inspecteren, hem de gelegenheid had moeten geven zelf de woning te herstellen en tenslotte dat de verhuurder eerst na ingebrekestelling en daarop intredend verzuim tot herstel had mogen overgaan. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep:

> *'Het middel bestrijdt het oordeel van de rechtbank dat Van der Meer tot betaling van schadevergoeding is gehouden, met het betoog dat het hier gaat om een ondeugdelijke nakoming die niet zonder meer wanprestatie oplevert, omdat van wanprestatie van de huurderschuldenaar eerst sprake is indien hij in verzuim is, waartoe is vereist dat hij in gebreke is gesteld.*
> *Dit betoog kan niet als juist worden aanvaard. De huurder – die ingevolge art. 7A:1600 BW aansprakelijk is voor de schade aan de gehuurde zaak, tenzij hij bewijst dat deze niet is ontstaan door een hem toerekenbare tekortkoming – is verplicht de zaak bij het einde van de huurovereenkomst in goede staat terug te geven. Deze verplichting, die niet worden gesplitst in een verplichting tot teruggave van de gehuurde zaak en een eventuele verplichting die zaak in goede staat te brengen, kan naar haar aard slechts worden nagekomen op het tijdstip waarop de huurovereenkomst eindigt. Is deze verplichting dan niet nagekomen, dan is de huurder in verzuim: daarvoor is niet een ingebrekestelling vereist, nu deze ertoe strekt de schuldenaar nog een laatste termijn voor nakoming te geven en aldus nader te bepalen tot welk tijdstip nakoming nog mogelijk is zonder dat van een tekortkoming sprake is (HR 20 september 1996, nr. 16 004, NJ 1996, 748)'*[33]

De uitspraak is om verschillende redenen interessant. Uit de door mij gecursiveerde passage blijkt dat de Hoge Raad de opvatting van Hartkamp volgt: eerst het verzuim creëert een tekortkoming. In de tweede plaats geeft de Hoge Raad een iets andere aanduiding van de ratio van de ingebrekestelling dan in zijn in nr. 2 genoemde uitspraak van 11 juli 2003, *NJ* 2003, 603 (Visser & Zonen/Tusschenbroek). Een laatste belangrijke vaststelling is dat de Raad er van uitgaat dat de prestatie van de huurder nog mogelijk is, immers hij neemt aan dat sprake is van verzuim. Ik vraag mij af wat in casu het verschil is met de bruidsjurk die niet op tijd wordt afgeleverd en waarvan wordt aangenomen dat dit geen verzuim, maar onmogelijkheid oplevert. Ik reserveer deze kwestie tot het volgende nummer, waarin ik de (on)mogelijkheid van de prestatie bespreek.

4. Blijvende onmogelijkheid

Blijvende onmogelijkheid van de prestatie sluit verzuim uit en geeft tevens recht op ontbinding ongeacht de toerekenbaarheid van de tekortkoming. Tijdelijke onmogelijkheid, zo volgt uit art. 6:82 lid 2, sluit verzuim niét uit. De ogenschijnlijk simpele vraag wanneer een prestatie blijvend onmogelijk is, blijkt nog niet zo simpel te beantwoorden.
In het huidig recht markeert de blijvende onmogelijkheid van de prestatie vooral het ontbreken van verzuim, art. 6:74 jo. 81 BW, onder het vorige Burgerlijk Wetboek markeerde zij met name de overmacht, omdat deze veronderstelt dat de prestatie niet mogelijk is ('verhindering van de prestatie')[34], een interessante verschuiving van dezelfde materie naar een nieuw leerstuk.[35] Daarnaast speelde zij onder het oude recht nog op twee andere terreinen: bij de nakoming, omdat een vordering tot nakoming niet kan worden toegewezen indien de prestatie onmogelijk is[36] en in het kader van art. 1371 BW voor wie de opvatting was toegedaan, dat een toegezegde prestatie die onmogelijk was een overeenkomst met een ongeoorloofde oorzaak opleverde.
In de Toelichting wordt nauwelijks een overweging gewijd aan de vraag wanneer sprake is van onmogelijkheid. In een enkele alinea worden zonder nadere uitwerking slechts drie categorieën gevallen genoemd[37]: (a) de schuldenaar heeft gehandeld in strijd met een verplichting om niet te doen, (b) hij heeft een prestatie achterwege gelaten die alleen binnen een bepaalde tijd kon worden verricht of (c) door een andere oorzaak is nakoming blijvend onmogelijk geworden. Hierna zal blijken dat nog ten minste vijf andere categorieën bestaan.
Wat betreft categorie (c) moet men denken aan het drieluik dat sedert jaren in Asser wordt genoemd[38]: de prestatie is feitelijk (het schilderij dat geleverd moet worden, is verbrand), juridisch (de te leveren zaak moet worden geïmporteerd hetgeen bij wet verboden is) of moreel (afleveren van een pizza op een verdieping die in brand staat) onmogelijk. Uit de laatste twee gevallen blijkt al dat onmogelijkheid een relatief begrip is. Zij is relatief ook in die zin dat zij subjectief moet worden geduid: is het onmogelijk voor de debiteur *in kwestie*. Dit volgt uit art. 6:265 lid 2 BW, dat bij tijdelijke of blijvende onmogelijkheid van de schuldenaar aan de

32 Zie ook HR 20 september 1996, *NJ* 1996, 748 (Büchner/Wies).
33 Cursief van mij, J. De uitspraak wordt woordelijk herhaald in HR 22 oktober 2004, *RvdW* 2004, 119 (Schildersbedrijf Endlich/Bouwmachines Den Haag BV), r.o. 3.4.4.
34 Zie laatstelijk *Asser-Hartkamp 4-I* (2004), nr. 311 e.v.
35 Onder het huidig recht is verhindering van nakoming niet langer voorwaarde voor overmacht. Hetgeen de Toelichting, *Parl. Gesch. Boek 6* BW (Vaststellingswet), p. 263 als argument voor deze wijziging ten opzichte van het oude recht aanvoert, is geen serieuze tegenwerping. Het geval dat als voorbeeld wordt genoemd, waarbij sprake is van overmacht, ook al is de prestatie niet onmogelijk, te weten: erfgenamen zijn niet bekend met het bestaan of met de juiste inhoud van de op hen rustende verbintenis, is te incidenteel van aard dan dat hierop het normaaltype overmacht behoort te worden afgestemd, nog daargelaten dat vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de conclusie of in zo'n geval überhaupt wel overmacht mag worden aangenomen, aangezien de erfgenamen als rechtsopvolgers onder algemene titel de persoon van de erflater voortzetten en mitsdien geacht kunnen worden bekend te zijn met bestaan en inhoud van de verbintenis.
36 HR 9 mei 1969, *NJ* 1969, 338 m.nt. HD (Unigro).
37 *Parl. Gesch. Boek 6* BW, Vaststellingswet, p. 283.
38 *Asser-Hartkamp 4-I* (2004), nr. 311 e.v.

schuldeiser te allen tijde de bevoegdheid geeft de overeenkomst te ontbinden om hem hierdoor de gelegenheid te bieden de prestatie te betrekken van een ander die hiertoe wél in staat is zonder vast te zitten aan twee identieke overeenkomsten.

Het eerste geval spreekt ook voor zich, omdat (het resultaat van) de tekortkoming onomkeerbaar en dus onherstelbaar is. Wie belooft 's nachts geen lawaai te maken, creëert door toch lawaai te maken voor het verleden een voldongen feit. De Hoge Raad stelt dit geval op één lijn met onmogelijkheid.[39]

Problematischer is categorie (b), waarin de tijd een *wezenlijk*[40] onderdeel van de inhoud van de verbintenis is. Standaard wordt in dit verband de bruidsjapon opgevoerd, die mosterd na de maaltijd is als hij niet tijdig wordt afgeleverd en aan de verbintenis beantwoordt.[41] Ik meen dat het onjuist en buitengewoon ongelukkig is om in dit geval met de categorie onmogelijkheid te opereren, omdat het gevolg van deze benadering is dat ex. art. 6:87 BW de primaire verbintenis tot levering van de japon *van rechtswege* wordt omgezet in een tot vervangende schadevergoeding, waardoor de schuldeiser van de mogelijkheid wordt verstoken alsnog (af)levering van de japon te vorderen, hoewel hij hierbij heel wel belang kan hebben, bijvoorbeeld omdat de trouwjapon een collectorsitem is of een design van een gerenommeerd ontwerper, een museumstuk of een uniek exemplaar etc. Het zou veel wenselijker zijn hier verzuim aan te nemen, de prestatie ís immers nog mogelijk. Een ingebrekestelling is voor verzuim echter niet nodig ingevolge art. 6:83 sub a BW. Hierdoor wordt ook een geforceerde afsplitsing van dit geval van dat waarop art. 6:83 sub (a) BW doelt, voorkomen.

Dezelfde benadering zou ik willen bepleiten voor de gevallen waarvoor Van der Gun/Farmex[42] model staat. In casu was sprake van de ondeugdelijke bouw van een mengmestsilo. De aannemer Farmex voerde tegen de vordering van zijn opdrachtgever Van der Gun tot ontbinding van de aannemingsovereenkomst aan dat hij niet in gebreke was gesteld. De Hoge Raad ontkent dat een ingebrekestelling nodig was:

> *'De wanprestatie waarop Van der Gun zijn vordering tot ontbinding heeft gegrond, hield immers volgens zijn stellingen in, dat definitief ondeugdelijk was nagekomen. Dit wordt in het geval van de onderhavige aannemingsovereenkomst niet anders door de omstandigheid dat herstel nog mogelijk zou zijn door het gehele werk ongedaan te maken en het opnieuw, maar nu deugdelijk, tot stand te brengen. De verschuldigde prestatie is bij een zodanige overeenkomst immers, behoudens het herstel van eventuele gebreken, met de oplevering definitief verricht'.*

Aangenomen wordt dat de Hoge Raad hier heeft geopereerd met blijvende onmogelijkheid.[43] Aan deze benadering kleven ten minste drie bezwaren: (a) onmogelijkheid wordt hier een min of meer subjectief begrip, afhankelijk van de mate van geduld van de schuldeiser; (b) men dient zo dicht mogelijk bij de eigenlijke betekenis van dit begrip te blijven. Is de prestatie nog mogelijk dan dient de route van het verzuim te worden bewandeld; (c) zij kan ook als een zwaard door de schuldenaar worden gebruikt: door zich te beroepen op onmogelijkheid van de prestatie kan hij een vordering tot nakoming van de primaire verbintenis torpederen, want door de omzetting van rechtswege ex. art. 6:87 BW bestaat die niet meer. Vervolgens zou dit onwenselijke resultaat dan weer via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid moeten worden geneutraliseerd.

Men dient dit geval te onderscheiden van het in de Toelichting[44] genoemde geval dat soms nakoming eerst blijvend onmogelijk wordt doordat de schuldeiser een prestatie waaraan een *blijvende* tekortkoming kleeft definitief afwijst. Tot deze categorie behoort naar mijn mening HR 26 maart 1982, *NJ* 1982, 626 m.nt. CJHB (Automatic Signal/De Haas). Het betrof hier een alarminstallatie met het ernstige gebrek dat hij regelmatig loos alarm gaf. Dit gebrek kon ondanks verschillende pogingen hiertoe door de leverancier niet worden verholpen. In het geval van Van der Gun/Farmex is sprake van een op zich herstelbaar gebrek, alleen van de schuldeiser kan in redelijkheid niet (meer) verlangd worden dat hij hieraan nog zijn medewerking verleent, omdat dit zou neerkomen op slopen van hetgeen reeds gebouwd is en opnieuw beginnen. In het geval van Automatic Signal/De Haas was het gebrek onherstelbaar omdat het (ontwerp van het) product ondeugdelijk was. Alleen in het eerste geval komt men aan verzuim (zonder ingebrekestelling!) toe, in het tweede niet. De rechtspraak lijkt echter tussen beide gevallen geen onderscheid te (willen) maken. Elders in de toelichting wordt nog een onmogelijkheidscategorie genoemd: een gebrekkige prestatie die op zijn beurt schade veroorzaakt.[45] Men denke aan een falend huishoudapparaat, waardoor schade aan de omgeving wordt veroorzaakt. Een nieuw apparaat kan worden geleverd – indien tenminste sprake is van een genuskoop[46] – en in zoverre kan de tekortkoming worden hersteld, de schade aan de omgeving is definitief. Op deze leest is geschoeid HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 258 (Kinheim/Penders), r.o. 3.6, waarin wordt overwogen dat bij een herstelbare, ondeugdelijke nakoming de mogelijkheid bestaat dat 'de schuldeiser tengevolge van het gebrek in de aanvankelijk geleverde prestatie schade heeft geleden die hij niet zou hebben geleden indien aanstonds deugdelijk was gepresteerd, en die niet door de vervangende prestatie wordt weggenomen. In zoverre is de tekortkoming niet voor herstel vatbaar en is de nakoming blijvend onmogelijk'.

39 HR 11 januari 2002, *NJ* 2003, 255 m.nt. JH (Schwarz/Gnjatovic).

40 Daarom vallen buiten deze categorie de gevallen van een fatale termijn, art. 6:83 sub a BW.

41 Tot deze categorie moet kennelijk niet worden gerekend HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 380 m.nt. PAS (Van der Meer/Beter Wonen) waarin wordt geoordeeld dat de verplichting van de huurder de gehuurde zaak in goede staat op te leveren naar haar aard slechts kan worden nagekomen op het tijdstip waarop de huurovereenkomst eindigt. De Hoge Raad neemt immers aan dat de huurder die niet aan deze verplichting voldoet van rechtswege in verzuim is, hetgeen veronderstelt dat de prestatie nog mogelijk is.

42 HR 22 mei 1981, *NJ* 1982, 59 m.nt. CJHB.

43 Zie Brunner in zijn noot onder het arrest, sub 3.

44 Parl. Gesch. Boek 6 BW, Vaststellingswet, p. 262.

45 *Parl. Gesch. Boek 6* BW, Vaststellingswet, p. 262 (geleverde, doch ondeugdelijke machine produceert ondeugdelijke producten); een tweede voorbeeld is te vinden op p. 258 (geleverde zieke koe besmet andere koeien).

46 Hiervan is geen sprake bij koop van een zaak die is afgeprijsd wegens schade hieraan. Een specieskoop met een onherstelbaar gebrek levert per definitie een absoluut onmogelijke prestatie op.

Een bijzondere categorie onmogelijkheid vormen de duurovereenkomsten, omdat hier steeds het probleem speelt of de verbintenissen van de schuldenaar als een ondeelbaar geheel moeten worden gezien, dan wel in de tijd opgesplitst mogen worden.[47] Een verhuurder die zijn verplichtingen niet nakomt, schiet voor het verleden onherstelbaar tekort, voor de toekomst daarentegen is herstel zeer wel mogelijk. HR 11 januari 2002, *NJ* 2003, 255 m.nt. JH (Schwarz/Gnjatovic) is aan zo'n geval gewijd: Schwarz vordert als verhuurder ontbinding van de overeenkomst met Gnjatovic als huurder op een aantal gronden: onhebbelijk gedrag van de huurder, gebruik van het gehuurde in strijd met zijn bestemming, nalaten van tuinonderhoud, buitensporig stroomverbruik. De Hoge Raad casseert het vonnis, omdat de rechtbank ten onrechte een ingebrekestelling verlangde.

> *'Het gaat hier om een huurovereenkomst, die voor beide partijen voortdurende verplichtingen inhoudt. Indien een partij is tekortgeschoten in de nakoming van een dergelijke verplichting, kan deze weliswaar in de toekomst worden nagekomen, maar daarmee wordt de tekortkoming voor het verleden niet ongedaan gemaakt en wat deze tekortkoming betreft is nakoming dan ook niet meer mogelijk. Hetzelfde geldt met betrekking tot het tekortschieten in de nakoming van de verplichtingen om niet te doen. Dit een en ander brengt mede dat ontbinding ook mogelijk is zonder dat sprake is van verzuim.'*

De Hoge Raad kiest duidelijk de marsroute van de onmogelijkheid ('nakoming is niet meer mogelijk') en niet die van het verzuim.

In zijn noot, sub 4, vraagt Hijma zich af of sprake is van tijdelijke of blijvende onmogelijkheid. Het belang hiervan moge duidelijke zijn: tijdelijke onmogelijkheid kan leiden tot verzuim, blijvende onmogelijkheid niet. Hij stelt dat het antwoord op deze vraag afhangt van de splitsbaarheid van de verbintenis. Ziet men die als een geheel dan is vanwege het onherstelbare karakter van de tekortkoming sprake van blijvende onmogelijkheid, wordt het accent evenwel gelegd op het feit dat voor de toekomst feilloze uitvoering mogelijk is, dan is sprake van tijdelijke onmogelijkheid. Hij meent zonder hiervoor argumenten te noemen dat de Hoge Raad op het spoor zit van blijvende onmogelijkheid.

Een argument ten gunste van dit standpunt kan worden ontleend aan de overigens onduidelijke[48] slotpassage: ontbinding is mogelijk zonder verzuim. Aangezien verzuim ook tijdelijke onmogelijkheid insluit, zou dit erop wijzen dat de Raad uitgaat van blijvende onmogelijkheid. Ik meen evenwel dat de Hoge Raad op de lijn van tijdelijke onmogelijkheid zit. Hiertoe kan een beroep worden gedaan op HR 6 juni 1997, *NJ* 1998, 128 m.nt. PAS (Van Bommel/Ruijgrok), waarin in een vrijwel identieke[49] situatie expressis verbis wordt gezegd, dat sprake is van tijdelijke onmogelijkheid. Voor een duidelijk terugkomen op deze uitspraak zijn in Schwarz/Gnjatovic geen aanknopingspunten te vinden. Gewezen kan ook worden op HR 5 oktober 1990, *NJ* 1991, 295 m.nt. PAS (Sloots/Lazaroski). In deze zaak vorderde de verhuurder ontbinding van de huurovereenkomst wegens overlast door huurder. De Hoge Raad hield het oordeel van de rechtbank in stand dat geen ingebrekestelling nodig was, omdat de verhuurder mocht aannemen dat de huurder niet van zins was naar aanleiding van de herhaalde, op maatregelen gerichte klachten maatregelen te nemen en ook een ingebrekestelling geen wijziging in de weigerachtige houding zou brengen. Zo'n overweging past niet bij een op een blijvende onmogelijkheid gerichte benadering.

Geen argument voor splitsing is mijns inziens de praktijk van de gedeeltelijke ontbinding (wel voor de toekomst, niet voor het verleden), omdat de gedeeltelijke ontbinding zich bij iedere ontbinding voordoet, art. 6:270 BW en dus ook bij duurovereenkomsten.

Bij andere duurovereenkomsten vindt dezelfde benadering plaats zoals ten aanzien van de arbeidsovereenkomst in HR 18 oktober 1985, *NJ* 1986, 338 m.nt. PAS (Dohdoh/Orchidflower). In deze zaak ging het om een werknemer, die, na hersteld te zijn van ziekte, zich niet terstond na dit herstel eigener beweging voor de hervatting van zijn werkzaamheden bij zijn werkgever meldt en die in cassatie klaagt over het oordeel van de rechtbank dat geen ingebrekestelling nodig was. Volgens de Hoge Raad is juist 'het oordeel der Rb. dat de arbeidsovereenkomst (....) medebrengt dat de werknemer die zich zonder geldige reden niet op de overeengekomen tijd en plaats voor het werk meldt, zonder meer wanprestatie pleegt. Dit wordt niet anders als de werknemer, zoals in dit geval, na een periode waarin hij door ziekte ongeschikt was zijn werkzaamheden te verrichten, die werkzaamheden niet tijdig hervat'.

Een volgende categorie onmogelijkheid zijn de tekortkomingen ten aanzien van garanties.[50] Treedt de door wet of rechtshandeling gegarandeerde toestand niet in, dan is sprake van een onherstelbare tekortkoming en dus van een onmogelijke prestatie. Dit wordt miskend in HR 6 juni 1997, *NJ* 1998, 128 m.nt. PAS (Van Bommel/Ruijgrok), r.o. 3.4[51], waarin wordt overwogen dat de verhuurder heeft *in te staan* voor alle gebreken van het gehuurde – dat wil dus zeggen dat de tekortkoming hem op grond van de wet[52] kan worden toegerekend -, en dat hiertoe geen ingebrekestelling nodig is, maar wordt aan het slot van deze rechtsoverweging geconcludeerd dat sprake is van *tijdelijke* onmogelijkheid hetgeen verzuim veronderstelt. Hier worden dus verzuim en blijvende onmogelijkheid verhaspeld. Ook in HR 4 oktober 2002, *NJ* 2003, 257 m.nt. JH (Fraanje/Götte) wordt het element van de garantie miskend, omdat de Hoge Raad blijft steken in het thema verzuim met/zonder ingebrekestelling.

In de rechtspraak lijkt zich een nieuwe categorie onmogelijkheid aan te dienen: er is ook onmogelijkheid, indien de schuldenaar gebrekkig presteert en de schuldeiser goede

47 M.m. geldt hetzelfde voor de hiervóór genoemde categorie (a): verbintenissen om niet te doen.

48 Verzuim heeft twee componenten: toerekenbaarheid en blijvende mogelijkheid. Ontbinding zonder verzuim heeft dus twee verschillende betekenissen: ontbinding zonder toerekening of ontbinding bij blijvende onmogelijkheid.

49 Het verschil is dat hier de *ver*huurder als schuldenaar tekort schiet (in zijn onderhoudsverplichting).

50 Zie A-G Hartkamp in zijn conclusie, sub 8, vóór HR 15 mei 1987, *NJ* 1987, 830 (Sopar/Gronex).

51 Zie voor de tekst hiervan nr. 5

52 Zie art. 6:75 BW.

gronden heeft om zelf de tekortkoming te (doen) herstellen. Men zou dit geautoriseerde eigenrichting kunnen noemen. Dit geval deed zich voor in HR 22 oktober 2004, *RvdW* 2004, 119 (Schildersbedrijf Endlich/Bouwmachines Den Haag BV).[53] Bouwmachines verhuurt aan Endlich steigermateriaal voor een uit drie fasen bestaand project. Ten dele veronderstellenderwijs wordt in rechten uitgegaan van de volgende feiten: in de eerste twee fasen heeft Endlich bij Bouwmachines geklaagd over loopplaten die los lagen, delen van de steiger die naar beneden vielen, netten die loslieten en steigers die niet vaststonden. Van belang is dat het hier een schilderproject betrof van een hotel waarvan de exploitatie tijdens de werkzaamheden doorging. Voorts werd geklaagd over het niet of moeilijk bereikbaar zijn van Bouwmachines voor het aanhoren van deze klachten en dat wanneer Bouwmachines wel kon worden bereikt zij laks heeft gereageerd en slechts heeft toegezegd de volgende dag mensen te sturen. Voor de derde fase heeft Endlich er genoeg van, zij huurt van een ander bedrijf steigermateriaal en vordert onder meer ontbinding van de overeenkomst. Bouwbedrijf wijst aansprakelijkheid af, omdat zij niet in gebreke is gesteld. De Hoge Raad casseert en heeft voor de verwijzingsrechter de volgende aanwijzing:

> *'De door Endlich nagestreefde ontbinding is gebaseerd op de tekortkomingen die besloten liggen in het complex van de gebreken in de door Bouwmachines geleverde steigers, de daardoor voor Endlich ontstane schade en de houding die Bouwmachines heeft aangenomen zowel ten aanzien van de eerdere klachten van Endlich als in de hiervoor bedoelde spoedeisende situatie. Al deze feiten en omstandigheden kunnen uit hun aard niet meer ongedaan worden gemaakt – ook de zojuist bedoelde schade niet omdat deze inmiddels door een derde is gerepareerd – en dus is een ingebrekestelling ook in zoverre overbodig omdat behoorlijke nakoming door Bouwmachines van haar betreffende verbintenissen inmiddels onmogelijk is geworden in de zin van art. 6:265 lid 2 BW'.*

Niet valt te betwisten dat in gevallen als het onderhavige de door de schuldenaar te verrichten prestatie onmogelijk is geworden door het ingrijpen van de schuldeiser zelf.[54] De oplossing is praktisch, maar riskant, omdat alles staat en valt met het antwoord op de vraag of het geduld van de schuldeiser terecht op was. Een voorloper van deze uitspraak is Hof Arnhem 18 september 2001, *NJ* 2002, 304.[55] Ook in deze zaak trad de schuldeiser eigenmachtig op tot herstel van de tekortkoming van de schuldenaar, maar in dit geval oordeelde het hof dat ten onrechte geen ingebrekestelling was uitgebracht. Desondanks achtte het gronden aanwezig de schade van de schuldeiser te vergoeden!
Het zou wenselijk zijn de vraag of een ingebrekestelling wel/niet nodig is uitsluitend te bespreken in het kader van prestaties die mogelijk zijn. Bij blijvend onmogelijke prestaties moeten overwegingen in de trant van: ingebrekestelling is niet *nodig*, want (volgt motivering) worden vermeden. De enig juiste benadering is: ingebrekestelling is niet *aan de orde*, want de prestatie is niet mogelijk. Te vaak nog ziet men een verhaspeling van deze twee te onderscheiden kwesties.[56] Ik noemde al het arrest Van Bommel/Ruijgrok.[57]

5. Pseudo-ingebrekestelling

De ingebrekestelling is wettelijk ingebed in het kader van een door de schuldeiser aan de schuldenaar op te leggen *sanctie*; in art. 6:74 jo. 81 BW is de sanctie schadevergoeding, in art. 6:265 lid 2 BW de gehele of gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst als gevolg van verzuim. De ingebrekestelling heeft mede tot doel de schuldenaar die nog kan presteren te waarschuwen wat hem te wachten staat bij een toerekenbare tekortkoming. Een tweede karakteristiek van haar is dat de schuldenaar nog een termijn krijgt om te doen wat de verbintenis van hem vergt. Bij de hierna te bespreken gevallen wordt wel voldaan aan het element van de waarschuwing, maar niet aan dat van de termijnstelling en kan in zoverre niet worden gesproken van een – echte – ingebrekestelling.
Schuldeisersverzuim is in vele opzichten het spiegelbeeld van schuldenaarsverzuim en we zien dan ook hetzelfde beeld wat betreft rechtsgevolgen en de voorwaarden die nodig zijn om die rechtsgevolgen te doen intreden. Het gevolg van schuldeisersverzuim is dat de aansprakelijkheid van de schuldenaar wordt *beperkt* tot schuld. Men kan het ook anders, namelijk vanuit het perspectief van de schuldeiser, formuleren: de risico's van nakoming die geheel of ten dele onmogelijk wordt, nemen voor de schuld*eiser* toe, art. 6:64 BW. Schuldeisers- en schuldenaarsverzuim gaan dan ook niet samen, art. 6:61 BW, althans voor zover zij dezelfde verbintenis betreffen, want uit art. 6:59 BW blijkt dat de schuldenaar tevens als schuldeiser in verzuim kan zijn: indien de schuldenaar toerekenbaar tekortschiet jegens zijn schuldeiser en deze op die grond op zijn beurt bevoegdelijk zijn verplichting jegens de schuldenaar opschort, krijgt de schuldenaar als schuldeiser van de laatstgenoemde verbintenis ook de risico's van die verbintenis te dragen. Kort gezegd: wanprestatie in de ene verbintenis, leidt tevens tot schuldeisersverzuim in de andere. De schuldenaar krijgt dus ten aanzien van beide verbintenissen voor zover de prestatie nog mogelijk is een verhoogd risico: ex art. 6:84 BW als debiteur in de ene verbintenis en ex art. 6:64 BW als crediteur in de andere.
Voorwaarde voor het intreden van de hier bedoelde, voor

53 Waarover Hartlief in zijn noot in *AA* 2005, p. 261 e.v.

54 Hoewel in casu de overeenkomst het karakter had van een duurovereenkomst en dus de tekortkoming in het verleden ook blijvende onmogelijkheid oplevert volgens die categorie, is toch sprake van een afzonderlijke categorie, omdat de redenering van de Hoge Raad ook opgaat als de overeenkomst van partijen niet het karakter van een duurovereenkomst zou hebben gehad doordat sprake was van slechts één fase.

55 Zie over deze zaak M.A.M.C. van den Berg, 'Een innovatieve opening in de fuik van de verzuimeis', *WPNR* 6530 (2003).

56 Zie ook T. Hartlief, 'De Hoge Raad en het verzuimvereiste', *WPNR* 6427 (2000), met name sub 2.

57 Genoemd kan ook worden Brunner in zijn noot, sub 3, onder HR 22 mei 1981, *NJ* 1982, 59 (Van der Gun/Farmex), waarin hij aangeeft hoe dit arrest in het huidige Burgerlijk Wetboek zou passen en geeft dan twee opties: herstel is onmogelijk òf art. 6:83 sub c (uit de houding van de schuldenaar mag worden afgeleid dat hij niet bereid was de silo te vervangen). Beide opties sluiten elkaar logisch evenwel uit. Een prestatie kan niet tegelijkertijd mogelijk en onmogelijk zijn.

de schuld*eiser* nadelige gevolgen is dat de schuldenaar hem tijdig heeft gewaarschuwd. In het geval van art. 6:58 BW houdt deze waarschuwing in dat de schuldenaar de schuldeiser heeft laten weten diens *noodzakelijke*[58] medewerking bij de uitvoering van de verbintenis te verlangen[59] en net zoals schuldenaarsverzuim soms kan intreden zonder ingebrekestelling zo kan ook schuldeisersverzuim intreden zonder zo'n waarschuwing namelijk ingeval de schuldeiser al weet dat zijn medewerking wordt verlangd. Zo hoeft de tandarts met wie de schuldeiser al een afspraak heeft lopen zijn patiënt niet nogmaals te laten weten dat hij tot de prestatie gereed is. En ook art. 6:83 sub c BW heeft zijn equivalent in het schuldeisersverzuim: de schuldeiser die ondubbelzinnig heeft laten weten medewerking te weigeren hoeft niet nogmaals om zijn medewerking te worden gevraagd.

In het geval van art. 6:59 BW loopt de waarschuwing van de schuldeiser via de lijnen van het schuldenaarsverzuim. De schuldeiser komt eerst als schuldenaar in verzuim doordat een ingebrekestelling wordt uitgebracht maar weet hierdoor automatisch dat hij ten aanzien van de *andere* verbintenis als schuldeiser een verhoogd risico loopt. Een extra waarschuwing is dan overbodig, hoewel het uiteraard praktisch is om in de ingebrekestelling tevens te waarschuwen voor de gevolgen van schuldeisersverzuim ten aanzien van de andere verbintenis. Hier telt letterlijk een gewaarschuwd mens voor twee! En net zoals een ingebrekestelling onnodig is als het de schuldenaar blijvend onmogelijk is om te presteren, treedt in het geval van art. 6:59 BW schuldeisersverzuim zonder waarschuwing in als de schuldenaar toerekenbaar niet meer kán presteren, omdat hij (ook dan) geacht kan worden te weten dat zijn wanprestatie in de ene verbintenis, zal worden beantwoord met een opschortingsbevoegdheid van de wederpartij ten aanzien van de andere verbintenis, waardoor ook zijn verzuim als schuldeiser een feit is.

Uit de beide gevallen van schuldeisersverzuim valt mitsdien af te leiden dat de verslechtering van de positie van de schuldeiser afhankelijk wordt gesteld van een waarschuwing door de schuldenaar op dezelfde wijze als de verslechtering van de positie van de schuldenaar afhankelijk is van een ingebrekestelling door de schuldeiser.

Geldt hetzelfde stramien nu ook voor de opschortingsrechten? Ook het uitoefenen van een opschortingsbevoegdheid beïnvloedt immers de rechtspositie van de wederpartij, aangezien deze de verschuldigde prestatie niet ontvangt. In HR 8 maart 2002, *NJ* 2002, 199 (Hendrikx/Peters) wordt met zoveel woorden overwogen dat voor een opschortingsbevoegdheid ex art. 6:261 lid 1 BW (enac) geen daartoe voorafgaande ingebrekestelling vereist is. Toch kan men zijn vraagtekens hierbij plaatsen. In de eerste plaats blijkt uit hetgeen hiervóór over art. 6:59 BW is opgemerkt al een verband tussen ingebrekestelling en opschortingsbevoegdheid, aangezien het verzuim van de schuldenaar door diens wederpartij mag worden beantwoord met een opschorting van de eigen verbintenis. Voorts, het is al opgemerkt, kan een opschorting ex art. 6:261 BW een inleiding vormen tot een ontbinding. Het zou weinig logisch zijn, indien voor de ontbinding wel, voor de opschorting daarentegen geen ingebrekestelling nodig zou zijn. Als puntje bij paaltje komt, blijkt de Hoge Raad dan ook niet bereid deze consequentie te trekken en stelt hij de uitoefening van een opschortingsbevoegdheid afhankelijk van een voorafgaande ingebrekestelling van de wederpartij, alleen mag zij niet als zodanig worden genoemd. Hier wordt dezelfde maskerade opgevoerd als in Van der Gun/Farmex. In dit – voor het huidig recht inmiddels achterhaalde – arrest wordt eerst gesteld dat bij *ondeugdelijke* nakoming door de schuldenaar geen ingebrekestelling nodig is, maar 'kan zich het geval voordoen dat in verband met de eisen van de goede trouw[60] een niet behoorlijk presteren eerst door de schuldenaar als wanprestatie mag worden aangemerkt, nadat de schuldenaar tot herstel van het gebrek is aangemaand en hij verzuimd heeft binnen de hem gestelde termijn het gebrek op te heffen of alsnog tot behoorlijke prestatie over te gaan'. Maar wat is dit anders dan een ingebrekestelling, behalve dat zij – kennelijk – geen ingebrekestelling mag worden genoemd, ook al wordt nagenoeg de wettelijke formulering[61] van de ingebrekestelling gebruikt?

Bij de uitoefening van de opschortingsbevoegdheid zien we in HR 6 juni 1997, *NJ* 1998, 128 m.nt. PAS (Van Bommel/Ruijgrok) precies hetzelfde procédé. Van Bommel weigert als huurder de huur te betalen in verband met achterstallig onderhoud door de verhuurder, maar komt van een koude kermis thuis:

> *'3.4. Uit de art. 7A: 1586, aanhef en onder 20, 1587 en 1588 vloeit voort dat de verhuurder niet alleen de verhuurde zaak in een goede staat van onderhoud dient te houden en alle noodzakelijke herstellingen heeft te verrichten, maar ook heeft in te staan voor alle gebreken van die zaak, die het gebruik daarvan geheel of in belangrijke mate verhinderen. Indien een zodanig gebrek tijdens de huurovereenkomst ontstaat, levert dit enkele feit een tekortkoming in de nakoming van deze, op de verhuurder rustende verplichting op, die, aangenomen dat zij ernstig genoeg is, de huurder de bevoegdheid geeft om de overeenkomst op de voet van art. 6:265 BW in dier voege gedeeltelijk te ontbinden dat hij met toepassing van art. 6:270 en 271 geheel of ten dele van zijn verplichting tot huurbetaling wordt bevrijd, zulks – behoudens hetgeen hierna zal worden overwogen – met ingang van het tijdstip dat de verhindering van de zaak intrad. Een ingebrekestelling is daartoe niet vereist. Dit strookt met het feit dat in elk geval in de periode tussen het ontstaan van de verhindering van het gebruik en het tijdstip dat de verhuurder redelijkerwijs in staat is aan de huurder wederom het volledige gebruik van de zaak te verschaffen, nakoming door de verhuurder van zijn in art. 7A:1588 bedoelde verplichting 'tijdelijk onmogelijk' is in de zin van art. 6:265 lid 2. In die periode komt de verhindering van het gebruik door het gebrek derhalve voor risico van de verhuurder. De huurder is voorts bevoegd om, voordat*

58 Kan de schuldenaar zonder medewerking van de schuldeiser presteren dan komt men aan schuldeisersverzuim uiteraard niet toe. Men denke aan een girale betaling op rekening van de schuldeiser – art. 6:114 BW – of aan een verplichting om niet te doen.

59 *Asser-Hartkamp 4-I* (2004), nr. 285.

60 Bedoeld is hier de goede trouw in de zin van art. 1374 BW (oud), overeenkomend met het huidige art. 6:248 lid 2 BW.

61 Zie art. 6:82 lid 1 BW.

hij tot de hiervoor bedoelde ontbinding besluit, op de voet van art. 6:262 de nakoming van zijn verplichting tot huurbetaling op te schorten.
Daartegenover staat evenwel het in beginsel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dat de huurder zich door een op zodanige gebreken gegronde ontbinding met ingang van voormeld tijdstip van zijn verplichting tot huurbetaling ontdoet, zolang hij heeft nagelaten om van deze gebreken aan de verhuurder mededeling te doen en deze aldus in de gelegenheid te stellen deze gebreken zo snel mogelijk te verhelpen dan wel de nodige voorlopige maatregelen ter voorkoming van eventuele verdere schade te nemen. Dit brengt mee dat de bevoegdheid van de huurder tot ontbinding uitsluitend bestaat voor wat betreft de periode nadat hij de verhuurder van de gebreken op de hoogte heeft gesteld. De huurder die zonde melding te maken van zijn gebrek zijn verplichting tot huurbetaling opschort, kan zich te dier zake evenmin op het opschortingsrecht van art. 6:262 beroepen. Een en ander is slechts anders indien de huurder stelt en bewijst dat de verhuurder reeds in voldoende mate met de gebreken bekend was om tot het nemen van maatregelen over te kunnen gaan.
Het voorgaande strookt ook met de gedachten die ten grondslag liggen aan hetgeen wordt voorgesteld in het voorontwerp voor titel 7.4 betreffende huur, in het bijzonder de art. 7.4.2.5, 7.4.2.7 en 7.4.3.12.'

In Hendrikx/Peters mag dan zijn gezegd, dat voor een opschortingsbevoegdheid geen daartoe voorafgaande ingebrekestelling nodig is, maar wat met name in de hiervoor geciteerde tweede alinea wordt overwogen, beantwoordt perfect aan de profielschets van wat een ingebrekestelling pleegt te worden genoemd. De gedachte op zich is ook volkomen logisch, want het is een postulaat van het recht dat maatregelen eerst mogen worden genomen, indien men van tevoren is gewaarschuwd, maar waarom niet gewoon ronduit uitgesproken dat een ingebrekestelling nodig is? De nauwe band die tussen opschorting en ontbinding bestaat, rechtvaardigt dit alleszins.
Het enige verschil met de echte ingebrekestelling is dat het termijnvereiste van art. 6:81 lid 1 BW hier niet geldt. Mijns inziens is hier niet sprake van een fundamenteel verschil met de echte ingebrekestelling. In dit verband dient te worden bedacht dat met name de hiervoor genoemde aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid op de ingebrekestelling een ondermijning vormen van het termijnvereiste, omdat voor alle in dit kader gewezen arresten karakteristiek was dat de schuldenaar met name door de klachten van de schuldeiser al voldoende gewaarschuwd was voor (het bestaan van) zijn tekortkoming. Hetzelfde verschijnsel zien we bij de uitbreiding van de onmogelijkheidscategorie waardoor de ingebrekestelling als vereiste überhaupt wordt geëlimineerd in welk verband ik het arrest Schildersbedrijf Endlich/Bouwmachines Den Haag BV noem. Ook uit art. 6:81 lid 2 BW volgt dat de termijnstelling niet als de karakteristiek van de ingebrekestelling heeft te gelden, terwijl ook art. 6:83 BW een reeks gevallen noemt waarin geen termijnstelling geldt, kennelijk omdat de schuldenaar al voldoende gewaarschuwd is en weet waaraan hij toe is.
In de uitspraak Van Bommel/Ruijgrok zit overigens een eigenaardige ellips zit: aan het opschortingsrecht lijken strengere eisen te worden gesteld dan aan ontbinding! Zoals al in nr. 4 is uiteengezet, neemt de Hoge Raad in de eerste alinea aan dat het enkele gebrek van het gehuurde een toerekenbare tekortkoming oplevert en is hiertoe geen ingebrekestelling nodig. Wetenschap van dit gebrek bij de verhuurder is dus kennelijk niet nodig. De huurder zou dan rechtstreeks aanspraak hebben op schadevergoeding en op ontbinding, mits de gebreken de ontbinding rechtvaardigen. Voor de uitoefening van een opschortingsbevoegdheid blijkt evenwel meer nodig, namelijk een kennisgeving aan de schuldenaar van het bestaan van de gebreken. De oorzaak van deze ongerijmdheid is mede de ondoenlijke, juridische spagaat van de tijdelijke onmogelijkheid: in het kader van de schadevergoeding levert tijdelijke onmogelijkheid verzuim op, art. 6:82 lid 2 BW, en is hiertoe een ingebrekestelling nodig, in het kader van de ontbinding heeft zij blijkens lid 2 van art. 6:265 BW echter werking van rechtswege. Dit verschil is niet logisch. Het arrest heeft dan ook naar mijn mening als noodzakelijke consequentie dat voor ontbinding hetzelfde heeft te gelden als voor opschorting, met andere woorden: in geval van tijdelijke onmogelijkheid zal ook bij ontbinding eerst een ingebrekestelling moeten worden uitgebracht. Om ditzelfde resultaat te bereiken moet men nu zijn toevlucht nemen tot een oneigenlijke ontsnappingsroute: het slot van art. 6:265 lid 1 BW: de ontbinding wordt niet gerechtvaardigd, indien de schuldenaar-verhuurder niet bekend is met het gebrek.[62] Op deze ontsnappingsroute is men aangewezen bij wanprestatie ingeval van blijvende onmogelijkheid, omdat hierbij ingebrekestelling per definitie niet aan de orde is.
Een pseudo-ingebrekestelling neemt A-G Hartkamp aan in zijn conclusie voor het aan het slot van nr. 3 ter sprake gebrachte arrest van 27 november 1998, *NJ* 1999, 380 m.nt. PAS (Van der Meer/Beter Wonen). De Hoge Raad volgt zijn advocaat-generaal, die van oordeel is dat geen ingebrekestelling nodig is, omdat de wettelijke verplichting is: het in goede staat teruggeven *bij het einde van de huurovereenkomst*. Via een omweg komt de ingebrekestelling in de visie van Hartkamp echter wel terug: 'Wel wil ik aannemen dat het sterk aanbeveling verdient dat de verhuurder vóór het einde van de huurovereenkomst in overleg treedt met de huurder omtrent het verhelpen van de geconstateerde tekortkomingen en dat de verhuurder de huurder daartoe vervolgens in de gelegenheid stelt. Daartoe bestaat immers zowel aanleiding omdat daardoor duidelijkheid ontstaat over wat de verhuurder precies van de huurder verlangt (...), als omdat het voor de huurder vaak mogelijk zal zijn de gewenste veranderingen zelf en dus tegen lagere kosten uit te voeren dan wanneer de verhuurder professionele uitvoerders moet inschakelen. Een dergelijke verplichting kan op de redelijkheid en billijkheid worden gebaseerd; men zie voor een vergelijkbaar geval (mededelingsplicht aan de zijde van de huurder) HR 6 juni 1997, *NJ* 1998, 128 m.nt. PAS. De gevolgen van niet-nakoming van deze op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde verplichting worden door

62 A-G Huydecoper noemt in zijn conclusie, sub 15, vóór HR 11 januari 2002, *NJ* 2003, 255 m.nt. JH (Schwarz/Gnjatovic) nadrukkelijk het inlichten van de debiteur als een factor die van belang is bij de afweging of de ontbinding wordt gerechtvaardigd.

de omstandigheden van het geval bepaald. Dit kan betekenen dat niet-nakoming leidt tot verlies van het recht op schadevergoeding maar een noodzakelijk gevolg is dit niet'.

We hebben hier te maken met een variant van de ingebrekestelling die voortvloeit uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het afwijkende is dat in het onderhavige geval, zoals gezegd, *geen* ingebrekestelling nodig was, maar dat uitwassen van het niet hoeven uitbrengen hiervan moeten worden voorkomen. Dit had gekund door het recht van de schuldeiser-verhuurder op schadevergoeding te neutraliseren met een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Hartkamp kiest ervoor om via de aanvullende werking alsnog het bestaan van een verplichting om ingebreke te stellen aan te nemen. Ik vind dit weinig logisch. Als er geen gehoudenheid bestaat ingebreke te stellen, moet die gehoudenheid niet alsnog gecreëerd worden. Het lijkt dan beter om aan te nemen dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid de schuldeiser zich er niet op mag beroepen dat voor hem geen gehoudenheid bestond om in gebreke te stellen.

De hier ontwikkelde beschouwingen voeren tot de conclusie dat goede gronden bestaan de ingebrekestelling uit zijn isolement van art. 6:74 jo. 81 BW te bevrijden en haar te zien als uiting van een niet geschreven vermogensrechtelijk beginsel dat de juridische positie van een partij door diens wederpartij slechts na voorafgaande waarschuwing eenzijdig in ongunstige zin mag worden gewijzigd.

6. Het alternatief van Streefkerk

In een zeer uitvoerige beschouwing breekt Streefkerk de staf over het huidige systeem.[63] Zijn betoog rust, als ik goed zie, in feite op slechts één pijler: verzuim en hiermee de ingebrekestelling raakt slechts het tijdsaspect van de verbintenis (de *vertraging* in de nakoming van de verbintenis). Ten aanzien van het *kwaliteitsaspect* van de verbintenis (de nonconformiteit) heeft de ingebrekestelling geen enkele betekenis. Voor vergoeding van schade, ontstaan doordat een gekochte drukpers ondeugdelijk is (verlies van papier, inkt etc.), is in zijn optiek dan ook geen ingebrekestelling nodig, want de schade houdt geen verband met de *vertraging* in de nakoming, maar is een gevolg van de *ondeugdelijkheid* van de nakoming.[64] Achtergrond hierbij is dat volgens Streefkerk herstel geen nakoming van de primaire verbintenis is, maar het opheffen van een tekortkoming. Hij pleit er daarom voor alle vormen van verkeerd presteren waarbij herstel mogelijk is de kosten daarvan buiten de verzuimeis te plaatsen, behalve ingeval herstel juist de inhoud van de verbintenis vormt.[65] De Hoge Raad lijkt hiervan echter niet te willen weten.[66]

Het onderscheid mogelijke/onmogelijke prestatie verdwijnt in zijn visie. De onmogelijke prestatie wordt een subcategorie van verzuim, omdat ook onmogelijkheid leidt tot een vertraging in de nakoming. Maar ook naar het oordeel van Streefkerk is voor dit geval geen ingebrekestelling nodig.[67] Ik laat hem zelf aan het woord voor de redengeving: 'Het is echter duidelijk dat een ingebrekestelling zinloos is en achterwege kan blijven, ingeval de nakoming uitblijft omdat nakoming blijvend onmogelijk is'. Maar waarom dan dit element verwijderd uit art. 6:81 BW?

Doordat de onmogelijkheid van de prestatie een subcategorie van verzuim wordt en voorts in zijn opvatting de toerekening niet langer een element is van verzuim[68], heeft deze verschuiving logisch tot gevolg dat voor ontbinding ex art. 6:265 BW *altijd* verzuim nodig is. Deze gevolgtrekking maakt hij dan ook.[69] De consequentie hiervan is dat twee categorieën verzuim bestaan: verzuim dat overmacht en verzuim dat wanprestatie oplevert. Betwijfeld mag worden of dit de helderheid dient. Men denke aan bepalingen als de art. 3:248, 3:268 en 6:119 BW.

Afgezien hiervan signaleer ik een aantal essentiële zwakten in het betoog. Over de ingebrekestelling zegt hij[70]: 'Alleen indien hem[71] 'de wacht was aangezegd' doordat een uiterste termijn voor nakoming *kenbaar was gemaakt* (in de overeenkomst of via een ingebrekestelling), is het gerechtvaardigd hem aansprakelijk te houden voor het uitblijven van de nakoming *na* het aldus gefixeerde tijdstip'. De vraag is waarom de schuldenaar wél een waarschuwing verdient ten aanzien van het tijdstip van de verbintenis, maar niet ook waar het betreft de overige[72] inhoud (de non-conformiteit) van de verbintenis. Zelfs onder het oude recht ging de Hoge Raad na decennialange kritiek vanuit de literatuur uiteindelijk overstag en verlangde ook bij een *kwaliteits*gebrek een (pseudo)ingebrekestelling.[73]

Direct hiermee hangt samen het tweede bezwaar: zijn tweedeling is een kunstmatige, inhoudelijke splitsing van de verbintenis, terwijl de een verbintenis constituerende prestaties een *eenheid* vormen. De prestatie waartoe de verbintenis verplicht kent (doorgaans) niet alleen een tijdselement (presteren uiterlijk op een bepaald tijdstip), maar tevens een inhoudelijk element (de prestatie dient *deugdelijk* te geschieden). Deze twee (onder)scheiden is weinig logisch.

Voor zijn opvatting zoekt Streefkerk steun in art. 6:81 BW in het bijzonder in de elementen 'vertraging' en 'gedurende de tijd dat'. Beide zouden erop duiden dat verzuim geen

63 C.A. Streefkerk, 'Ingebrekestelling en verzuim bij wanprestatie. Een kritische beschouwing van wetgeving en rechtspraak', *NTBR* 2004, nr. 2, p. 2-32.

64 T.a.p. p. 8, l.k.

65 T.a.p. nr. 15.

66 HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 258 (Kinheim/Penders) – cursief is van mij, J -: 'Indien een schuldenaar aanvankelijk een ondeugdelijke prestatie heeft geleverd doch deze vatbaar is voor herstel door alsnog een deugdelijke prestatie te leveren of het gebrek in de geleverde prestatie te herstellen, *en van de schuldeiser gevergd kan worden dat hij de schuldenaar daartoe in de gelegenheid stelt*, zal verzuim te dien aanzien in beginsel pas intreden nadat de schuldeiser de schuldenaar op de voet van art. 6:82 lid 1 de gelegenheid tot herstel heeft gegeven'.

67 Hij bepleit een aanvulling in deze zin van art. 6:83 BW.

68 T.a.p. p. 14, r.k.

69 T.a.p. p. 13. Onjuist schijnt mij toe zijn opvatting dat ontbinding *altijd* het karakter heeft van een sanctie. Deze stelling is niet goed verenigbaar met het gegeven dat ontbinding ook mogelijk bij overmacht (tijdelijke of blijvende onmogelijkheid die *niet* is toe te rekenen aan de schuldenaar).

70 T.a.p. p. 6, l.k.

71 Sc. de schuldenaar. Het cursief staat in het citaat.

72 Het tijdstip is niet minder een inhoudelijk element van de verbintenis.

73 HR 22 mei 1981, *NJ* 1982, 59 m.nt. CJHB (Van der Gun/Farmex).

verband houdt met het kwaliteitsaspect van de verbintenis, maar louter met de temporele dimensie hiervan. Hierbij wordt evenwel miskend dat art. 6:81 BW een uitwerking is van lid 2 van art. 6:74 BW, dat op zijn beurt weer een uitwerking is van lid 1. Lid 1 maakt evenwel *geen enkel* onderscheid naar de soort tekortkoming en lid 2 dus ook niet. Derhalve levert een prestatie die ondeugdelijk is maar voor herstel vatbaar, net zozeer verzuim op als een volkomen gave prestatie die niet tijdig is verricht.
In feite propageert Streefkerk met zijn afschaffing van het onderscheid mogelijke/onmogelijke prestatie een terugkeer naar het oude systeem met één wanprestatievorm. Het nieuwe is dat hij geen onderscheid maakt tussen niet, te laat of ondeugdelijk presteren, want alle drie zijn in zijn optiek loten van dezelfde stam: de vertraging.[74] Maar doordat in zijn optiek én de onmogelijkheid van de prestatie én de toerekening niet langer de grenzen van het verzuim bepalen, verliest dit begrip en hiermee ook art. 6:81 BW iedere betekenis.
Zijn systeem kent nóg een manco: het mist logica ingeval het temporeel aspect in de verbintenis geen rol (van betekenis[75]) speelt zoals bij verbintenissen strekkende tot een niet-doen of een garantie. Reeds onder het oude recht werden tekortkomingen in de nakoming van deze verbintenissen als afzonderlijke categorieën gezien naast het niet, te laat of ondeugdelijk presteren. Voor ieder geval van schadevergoeding is in de optiek van Streefkerk toerekenbaar verzuim nodig, maar het hiervoor in zijn optiek karakteristieke element van de *vertraging* ontbreekt nu juist per definitie bij verbintenissen strekkende tot een garantie of een niet-doen, hetgeen eens te meer de zin onderstreept van de categorie onmogelijkheid als verzuim afsnijdende tekortkoming.
Aan zijn betoog valt scherpzinnigheid bepaald niet te ontzeggen, maar overtuigd heeft het mij niet. Onmiskenbaar heeft Streefkerk voor een aantal problemen een intelligente oplossing bedacht, maar als het alternatief nieuwe problemen oproept of bestaande problemen evenmin tot een (bevredigende) oplossing brengt, is het niet de steen der wijzen, zo deze al ooit gevonden zal worden.

7. Conclusies

Op het terrein van de ingebrekestelling zijn in de rechtspraak belangrijke ontwikkelingen gaande. Die zijn vooral toe te schrijven aan het toegenomen belang van de redelijkheid en billijkheid in zijn beide in art. 6:248 BW bedoelde verschijningsvormen. Deze fine tuning heeft evenwel het nadeel dat zij (te) grote onzekerheid creëert.
De begrippen tekortkoming en blijvende onmogelijkheid vragen om een heldere afbakening. Of niet-nakoming een tekortkoming is, moet worden bepaald naar het tijdstip waarop de toerekeningsvraag dient te worden gesteld, dit is het tijdstip waarop de verbintenis op scherp is gezet, tenzij reeds vóór dit tijdstip, maar na opeisbaarheid van de prestatie evident is dat de schuldeiser niet meer kan rekenen op een prestatie die aan de verbintenis beantwoordt. In dit laatste geval treedt de tekortkoming in op het tijdstip dat vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming niet langer mogelijk is.
De blijvende onmogelijkheid moet gereserveerd blijven voor tekortkomingen die als zodanig kunnen worden aangemerkt. Gevallen als de bruidsjapon en Van der Gun/Farmex behoren niet tot deze categorie. Daarnaast hoede men zich ervoor blijvende onmogelijkheid te contamineren met verzuimelementen.
De ingebrekestelling dient uit het keurslijf van art. 6:74 jo. 81 BW te worden bevrijd. Zij vervult een soortgelijke functie op terreinen als schuldeisersverzuim, opschorting en schadevergoeding bij blijvende onmogelijkheid met dien verstande dat in de hier genoemde gevallen geen termijnstelling plaatsvindt. Dit vereiste komt in de rechtspraktijk onder steeds grotere druk te staan.
Het alternatief van Streefkerk voor de regeling van het verzuim is niet de steen der wijzen.

74 Onder het oude recht werd eveneens betoogd dat deze drie vormen van tekortkoming zich niet goed lieten onderscheiden, maar hieraan werd niet de consequentie verbonden dat de ingebrekestelling uitsluitend betrekking had op het tijdsaspect van de verbintenis en niet ook op het kwaliteitsaspect hiervan.
75 Uiteraard speelt tijd in die zin wel een rol dat eens de gehoudenheid tot deze prestaties een einde neemt.

Een zwaktebod; over gestandaardiseerde differentiatie bij verkeersaansprakelijkheid*

Nr. 64

*A.L.M. Keirse***

1. Inleiding

Moet de omstandigheid dat een minder zwaar gemotoriseerde met een zwaarder gemotoriseerde in botsing komt, gewicht in de schaal leggen bij de begrenzing van aansprakelijkheid? Het is de tweede keer in korte tijd dat deze vraag aan de Hoge Raad is voorgelegd. In beide gevallen was een aanrijding tussen een bromfietser en een automobilist aanleiding voor het geschil.[1] Beide keren liep de bestuurder van de bromfiets ernstig letsel op.

2. De zwakste schakel in het verkeer

Nieuw is de gedachte om de zwakste schakel te beschermen niet. Het regime van art. 185 WVW is illustratief. Deze bepaling legt een verzwaarde aansprakelijkheidsmaatstaf aan voor verkeersongevallen waarbij door een motorrijtuig schade wordt toegebracht aan een niet-gemotoriseerde verkeersdeelnemer, op grond waarvan de gevolgen van een dergelijk ongeval in beginsel voor rekening van de eigenaar van het motorrijtuig komen. Deze ruime aansprakelijkheid heeft tot strekking aan ongemotoriseerden een bijzondere bescherming te geven tegen de gevolgen van het zich verwezenlijken van de gevaren die het rijden met een motorrijtuig op een weg meebrengt.[2] Onverzekerde voetgangers en fietsers heeft de Hoge Raad zelfs de facto van schadevergoeding verzekerd door het beroep op overmacht en eigen schuld zeer vergaand te beperken. Ik doel hier op de 100%- en 50%-regel, waardoor onverzekerde voetgangers en fietsers die zelf ook aan het ongeval hebben bijgedragen, bijzonder worden beschermd in die zin dat deze slachtoffers, voor zover jonger dan veertien jaar volledig en vanaf veertien jaar minstens voor de helft, schadeloos worden gesteld.[3] Deze gestandaardiseerde billijkheidscorrecties vinden hun legitimatie in het bijzondere gevaar dat het gemotoriseerde verkeer door massa en snelheid voor kinderen, voetgangers en fietsers meebrengt.

Op het merendeel van de verkeersongevallen heeft dit aangescherpte aansprakelijkheidsregime evenwel geen betrekking. Immers, schade ten gevolge van ongevallen tussen gemotoriseerden onderling, fietsers onderling en ongevallen tussen fietsers en voetgangers wordt afgewikkeld op basis van het klassieke onrechtmatige daadsrecht. Daarbij komt dat het bereik van het eigen schuld verweer ten aanzien van deze ongevallen niet door wettelijke of jurisprudentiële regels is beperkt.[4] Dit betekent dat voor plusminus 70% van de verkeersongevallen het normale, casuïstische regime van art. 6:162 en art. 6:101 BW geldt.[5] Toch kan ten aanzien van deze ongevallen moeilijk steeds van gelijkwaardigheid worden gesproken. Bromfietsers hebben een veel grotere kans op (ernstige) letselschade dan automobilisten. De krachtsverhouding tussen een personenauto en een vrachtwagen is evenmin gelijk. Daarnaast komt de vraag op, of het gevaar dat een volwassen fietser te duchten heeft van een vrachtwagen werkelijk verschilt van het gevaar dat een bromfietser daarvan te duchten heeft. Het is dan ook nauwelijks verwonderlijk te noemen dat wel gepleit wordt om de bijzondere bescherming die de ongemotoriseerde in het huidige stelsel van verkeersaansprakelijkheid geldend kan maken jegens de gemotoriseerden uit te breiden voor de relatief zwakke verkeersdeelnemer in het algemeen. Zoals hieronder in par. 3 en 4 wordt uitgewerkt, kan dit kan op twee verschillende wijzen worden gerealiseerd.

3. Een verscherpte aansprakelijkheidsmaatstaf?

Voor een onderverdeling in minder zwakke en zwakkere verkeersdeelnemers kan art. 185 WVW als aanknopingspunt dienen. Zoals reeds is aangestipt, schept dit artikel een aansprakelijkheid voor gemotoriseerden ten opzichte van ongemotoriseerden die ruimer is dan die van het gemene recht, vanwege het schaderisico dat de gemotoriseerden in die hoedanigheid in het verkeer brengen. Door verder te differentiëren naar mate van ongelijkwaardigheid kan deze bijzondere verkeersaansprakelijkheid worden uitgebreid voor ongelukken tussen gemotoriseerden onderling en tussen fietsers en voetgangers waarop thans nog het traditionele onrechtmatige daadsrecht van toepassing is. Dit

* Citeerwijze: A.L.M. Keirse, 'Een zwaktebod; over gestandaardiseerde differentiatie bij verkeersaansprakelijkheid', *NTBR* 2005, 64.

** Universitair hoofddocent privaatrecht en researchfellow aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1 De feitelijke constellatie komt hieronder in de paragrafen 5 en 6 uitgebreid aan de orde.

2 Aldus HR 6 februari 1987, *NJ* 1988, 57 (Saskia Mulder), r.o. 3.3.

3 HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 720 (Ingrid Kolkman); HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 721 (Marbeth van Uitregt); HR 28 februari 1992, *NJ* 1993, 566 (IZA/Vrerink); HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 236 (Anja Kellenaers).

4 Zie ook A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht; Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Serie Recht en Praktijk, nr. 127, Deventer 2003, p. 34.

5 Zie G.E. van Maanen, 'De Bentley van Herman Heinsbroek; De meerwaarde van het verkeersaansprakelijkheidsrecht', in: T. Hartlief & S. Klosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag 2003, p. 203.

leidt tot een aansprakelijkheid die varieert naar gelang de mate van gevaarzetting die eigen is aan het vermogen van het voertuig waarmee aan het verkeer wordt deelgenomen. Dit systeem is door Van Maanen en Engelhard bepleit.[6] Zij willen de relatief gevaarlijke verkeersdeelnemer belasten met het risico van aansprakelijkheid naar de mate waarin deze het financiële risico van verkeersongevallen veroorzaakt. Daarbij zijn verschillende categorieën gevaarzetters te onderscheiden.

Voor het zwaar gemotoriseerde verkeer, zoals vrachtauto's en bussen, bepleiten Van Maanen en Engelhard het strengste regime en wordt de verscherpte aansprakelijkheid uitgebreid naar alle zwakkere verkeersslachtoffers. Dit betekent dat een buschauffeur of vrachtwagenbestuurder in beginsel steeds aansprakelijk is wanneer hij een andere verkeersdeelnemer aanrijdt. Voor automobilisten geldt in relatie tot motorrijders, bromfietsers, snorfietsers en fietsers een verscherpte foutaansprakelijkheid met een weerlegbare foutpresumptie. Voor motorrijders geldt deze verscherpte maatstaf ten opzichte van bromfietsers, snorfietsers en fietsers. Op vergelijkbare wijze wordt bij een ongeval tussen een brom- of snorfietser enerzijds en een ongemotoriseerde fietser anderzijds het vermoeden van een fout bij de licht gemotoriseerde gelegd. Voor de categorie fietsers geldt een beperkte verscherpte aansprakelijkheid ten opzichte van voetgangers. De voetganger ten slotte die in aanraking komt met het gemotoriseerde verkeer, krijgt zijn letselschade en de schade die daarmee verband houdt, in het systeem van Van Maanen en Engelhard volledig vergoed; hier willen zij namelijk de mogelijkheid van het eigen schuld verweer laten vallen.

Bij aanvaarding van dit voorstel vereist de aansprakelijkheidsvraag bij een verkeersongeval geen maatwerk meer, maar confectie. Door steeds het vermoeden van een fout bij de relatief sterkere verkeersdeelnemer te leggen, wordt het meer kwetsbare verkeersslachtoffer ontheven van het bewijs van een onrechtmatige daad. In wezen wordt aldus de grondgedachte van art. 185 WVW uitgebreid naar alle verkeersdeelnemers, zodanig dat iedere sterkere verkeersdeelnemer in beginsel aansprakelijk is voor de schade van de relatief zwakkere verkeersdeelnemer.

4. Een gestandaardiseerde billijkheidscorrectie?

In plaats van of eventueel in aanvulling op een verscherpte maatstaf voor aansprakelijkheid is er een tweede wijze waarop het financiële risico kan worden gelegd bij degene die ook feitelijk het gevaar voor (met name letsel)schade bij een ander vergroot door met een bepaald voertuig aan het verkeer deel te nemen. In geval van een botsing tussen ongelijkwaardige verkeersdeelnemers kan de ongelijkwaardigheid gewicht in de schaal leggen bij de afweging die in het kader van de eigen schuld op grond van art. 6:101 BW moet worden gemaakt. Een aansprakelijkheidsstelling naar aanleiding van een verkeersongeval zal immers in de regel beantwoord worden met een eigen schuld verweer, nu aan een dergelijk ongeval veelal twee partijen schuld hebben. De 50%-regel kan hier als inspiratie dienen; ten aanzien van de zwakste verkeersdeelnemers, te weten onverzekerde voetgangers en fietsers, heeft de Hoge Raad in het kader van de verdelingsmaatstaf van art. 6:101 BW een vaste billijkheidsregel geformuleerd. Zoals gezegd houdt deze regel in, dat een ongemotoriseerde verkeersdeelnemer die in botsing komt met een gemotoriseerde, in beginsel aanspraak heeft op ten minste vijftig procent van het schadebedrag dat hij lijdt, onafhankelijk van de mate van eigen schuld.[7] Zou hij evenwel op grond van de reguliere, casuïstische werking van de causale maatstaf of de billijkheidscorrectie van art. 6:101 BW meer dan vijftig procent vergoed krijgen, dan heeft hij ook nu nog recht op een dienovereenkomstige schadevergoeding. De Hoge Raad heeft aldus de mogelijke korting op de aanspraak op schadevergoeding die gewoonlijk volgt op eigen schuld in sterke mate beperkt door de billijkheidscorrectie in het voordeel van het ongemotoriseerde slachtoffer te verscherpen. Deze bescherming zou kunnen worden uitgestrekt tot andere kwetsbare verkeersdeelnemers zoals snor- en bromfietsers.

5. De inzet getoetst

5.1. Casus

Recentelijk kreeg de Hoge Raad de gelegenheid zich uit te laten over de genoemde wijzen van differentiatie.[8] De aanleiding was een verkeersongeval dat op 5 april 1999 plaatsvond op een T-kruising in Tilburg. Een bromfietser rijdend op het (brom)fietspad van de horizontale poot van de T-splitsing kwam op dit kruispunt in aanrijding met een voor hem van rechts komende personenauto die vanaf de verticale poot rechtsaf de horizontale poot wilde oprijden. Bedoelde T-kruising is beveiligd met verkeerslichten. Door middel van verkeersborden is de horizontale poot aangeduid als voorrangsweg. Het van de rijweg afgescheiden (brom)fietspad waarop het slachtoffer reed, is bestemd voor fietsers en bromfietsers uit twee richtingen, waarvoor het verkeer rijdend op de verticale poot door middel van een verkeersbord wordt gewaarschuwd. Zowel de bromfietser als de automobilist zeggen bij het oprijden van de kruising een groen verkeerslicht te hebben gehad. Bij de aanrijding heeft de bestuurder van de bromfiets zowel zaakschade als letselschade opgelopen. Het letsel omvat een schedelbreuk en heeft arbeidsongeschiktheid als gevolg.

5.2. Rechtbank en hof

De bromfietser spreekt de WAM-verzekeraar van de automobilist, Stad Rotterdam, in rechte aan tot vergoeding van

6 G.E. van Maanen, 'Het systeem Van Maanen', *RM Themis* 1999, p. 54-56; E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, 'Naar een gedifferentieerd vergoedingsregime voor verkeersslachtoffers', *VR* 1999, p. 135-139; G.E. van Maanen, 'De Bentley van Herman Heinsbroek; De meerwaarde van het verkeersaansprakelijkheidsrecht', in: T. Hartlief & S. Klosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag 2003, p. 203.

7 Zie voor een meer uitgebreide bespreking van de 50%-regel A.L.M. Keirse, *De schadebeperkingsplicht; over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Serie Recht en Praktijk, nr. 127, Deventer 2003, p. 235 e.v.

8 HR 22 april 2005, C03/269HR, *LJN* AS2026, *JOL* 2005, 253.

de door hem ten gevolge van het ongeval geleden en te lijden schade. De rechtbank stelt voorop dat in het verkeer als algemene regel van zorgvuldigheid geldt dat een kruising niet mag worden opgereden alvorens is gecontroleerd of deze kruising daadwerkelijk vrij is van overig verkeer. Dit geldt ook in geval van aanwezigheid van een normaal in werking zijnde verkeerslichteninstallatie. Reeds uit het feit dat een ongeval heeft plaatsgevonden volgt dat de automobilist voornoemde regel niet heeft nageleefd, hetgeen een verkeersfout en daarmee onrechtmatig handelen oplevert. Dat de bromfietser mogelijk met een te hoge snelheid en door rood licht de kruising is opgereden kan hieraan volgens de rechtbank niet afdoen. Deelname aan het wegverkeer brengt immers tevens de verplichting mee rekening te houden met en waar mogelijk te anticiperen op de verkeersfouten van anderen. Aangenomen wordt dat de aandacht van de automobilist onmiddellijk voorafgaande aan het ongeval uitsluitend was gericht op het verkeerslicht dat ieder moment op groen kon springen. Ondanks het feit dat zijn zicht naar links door een rij auto's was belemmerd, hetgeen aanleiding had moeten zijn tot extra voorzichtigheid, is de automobilist, die mogelijk in grote haast verkeerde, vervolgens meteen opgetrokken om zijn weg te vervolgen. De van links komende bromfietser heeft hij pas opgemerkt op een moment waarop een ongeluk niet meer was te voorkomen.

Naar aanleiding van het beroep van Stad Rotterdam op eigen schuld van de bromfietser heeft de rechtbank haar toegelaten tot het bewijs van haar stelling dat het verkeerslicht voor de bromfietser onmiddellijk voorafgaande aan het ongeval rood licht uitstraalde en dat de bromfietser dit licht heeft genegeerd. Bij eindvonnis heeft de rechtbank evenwel geoordeeld dat Stad Rotterdam niet in dit bewijs is geslaagd en is de vordering van de bromfietser volledig toegewezen.

In hoger beroep, waarbij het geschil door Stad Rotterdam in volle omvang ter beoordeling wordt voorgelegd, bekrachtigt het hof de aansprakelijkheid van Stad Rotterdam. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat de automobilist heeft gehandeld in strijd met de algemeen geldende regel van zorgvuldigheid in het verkeer dat een kruising niet mag worden opgereden voordat is gecontroleerd of deze daadwerkelijk vrij is. Het hof voegt daaraan evenwel toe dat hetzelfde voor de bromfietser geldt. Ook deze is het kruisingsvlak opgereden zonder zich ervan te vergewissen dat het vrij was. Dit impliceert een bepaalde mate van eigen schuld. Daarop overweegt het hof als volgt:

> *'Bij een afweging van de mate waarin de aan ieder van de bestuurders toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen dient (...) nog het volgende in acht te worden genomen. Beide bestuurders zijn ter plaatse bekend en het kruisingsvlak is, blijkens de overgelegd foto's voor beiden in beginsel overzichtelijk. [Verweerder] echter, als bestuurder van de bromfiets, is de zwakkere verkeersdeelnemer in vergelijking met [betrokkene 1] als autobestuurder, hetgeen in de verdeling van de onderlinge schuld tot uitdrukking dient te komen. Uitgaande van het voorgaande komt het hof tot het oordeel dat de aanrijding voor 60% aan de verzekerde van Stad Rotterdam is te wijten en dat zij mitsdien 60% van de door [verweerder] geleden schade dient te dragen. Het meer gevorderde dient te worden afgewezen.'*

Aldus rechtdoende vernietigt het hof het eindvonnis van de rechtbank en wordt de aansprakelijkheid van Stad Rotterdam beperkt tot 60% van de door de bromfietser geleden en te lijden schade. Hiermee blijkt Stad Rotterdam echter nog niet tevreden. Zij gaat in cassatie.

5.3. In cassatie

In haar cassatieberoep klaagt Stad Rotterdam allereerst over de strenge maatstaf waaraan de feitenrechters het gedrag van de automobilist hebben getoetst. Uit het ontstaan van het ongeval mag volgens haar niet zonder meer worden afgeleid dat de automobilist in strijd met de zorgvuldigheid heeft gehandeld. Stad Rotterdam stelt onder verwijzing naar het zwiepende tak arrest[9], dat het hof heeft miskend dat bij de beoordeling van een vordering als de onderhavige die is gebaseerd op gevaarzettend handelen leidend tot een verkeersongeval, moet worden vastgesteld of de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval als gevolg van het gevaarzettend handelen zo groot was dat de laedens zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden. Daarbij had het hof bovendien niet in het midden mogen laten of de motorfietser door rood licht is gereden. Dit klachtencomplex faalt evenwel, nu het hof de door Stad Rotterdam genoemde maatstaf volgens de Hoge Raad geenszins heeft miskend. Het hof heeft geoordeeld dat de automobilist is tekortgeschoten in de vereiste oplettendheid, omdat hij, naar hij zelf heeft verklaard, rijdend in de tweede versnelling, gas bijgevend de kruising is opgereden hoewel hij naar links niets kon zien. In dit oordeel ligt de aanname besloten dat de automobilist de bromfietser zou hebben zien aankomen, wanneer hij voorzichtiger het kruisingsvlak was opgereden en had gekeken of er verkeer van links kwam. De vaststelling van het hof dat de automobilist door te handelen zoals hij deed onrechtmatig heeft gehandeld jegens de bestuurder van de bromfiets, impliceert volgens de Hoge Raad, dat de automobilist door zijn gevaarzettend handelen een situatie in het leven heeft geroepen waarbij de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval als gevolg van dat handelen zo groot was dat hij zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden. Voorts is de Hoge Raad van oordeel dat het hof bij de beantwoording van de vraag of de automobilist in casu onrechtmatig heeft gehandeld in het midden kon laten of de bromfietser daadwerkelijk door rood licht is gereden dan wel (slechts) heeft nagelaten te controleren of de kruising daadwerkelijk vrij was voordat hij deze opreed. Het door rood licht rijden van een van links komende bromfietser is immers niet een gedraging die zo onverwacht is dat niet kan worden verlangd daarmee rekening te houden bij het oprijden van een kruising.

In de tweede plaats ziet het cassatieberoep op de wijze waarop het hof de eigen schuld van de bromfietser heeft gewogen. De vastgestelde verkeersfouten van de automo-

9 HR 9 december 1994, *NJ* 1996, 403.

bilist en de bromfietser bestaande in het oprijden van het kruisingsvlak zonder zich ervan te vergewissen dat het vrij was, hebben gelijkelijk tot de schade bijgedragen. Het hof heeft deze causale afweging in de verhouding van 50:50 evenwel bijgesteld met toepassing van de billijkheidscorrectie. Daartoe heeft het hof overwogen dat in de onderlinge schuld tot uitdrukking dient te komen dat de bromfietser de zwakkere verkeersdeelnemer is. Hiertegen verzet zich het cassatiemiddel; een bromfietser mag in de verhouding tot de automobilist niet als zwakkere verkeersdeelnemer worden beschouwd. Althans deze krachtsverhouding kan, zo betoogd Stad Rotterdam, op zichzelf zonder meer geen aanleiding geven tot een billijkheidscorrectie als door het hof aangebracht. In dit verband betoogt Stad Rotterdam dat de kwetsbaarheid van de bromfietser inherent is aan het door de bromfietser zelf gekozen motorrijtuig en dat deze zelf gekozen kwetsbare wijze van deelname aan het verkeer niet, althans niet in het algemeen en zonder nadere motivering, langs de weg van de billijkheidscorrectie ten laste van de automobilist mag worden gebracht, met name niet indien het ongeval in belangrijke mate mede gevolg is van de fout van de bromfietser. Hierbij moet in aanmerking worden genomen dat het voor het systeem van de civielrechtelijke verkeersaansprakelijkheid centrale art. 185 WVW binnen de categorie van motorrijtuigen geen onderscheid maakt tussen bromfietsers en auto's. De Hoge Raad antwoordt hierop als volgt:

> *'Bij genoemde billijkheidscorrectie gaat het om de billijkheid die 'wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval' een andere verdeling eist dan de maatstaf van de wederzijdse causaliteit meebrengt. Met zijn oordeel dat [verweerder] als bestuurder van een bromfiets ten opzichte van [betrokkene 1] als bestuurder van een auto heeft te gelden als zwakkere verkeersdeelnemer en dat zulks in de verdeling van de onderlinge schuld tot uitdrukking dient te komen heeft het hof kennelijk tot uitdrukking gebracht dat het ernstige letsel dat [verweerder] bij de aanrijding heeft opgelopen een andere omstandigheid als bedoeld in art. 6:101 lid 1 BW oplevert. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het behoefde evenmin als het oordeel van het hof dat Stad Rotterdam 60% van de door [verweerder] geleden en nog te lijden schade dient te vergoeden nadere motivering dan door het hof is gegeven.'*

Het hof motiveerde de billijkheidscorrectie ten gunste van de bromfietser door te verwijzen naar diens status als zwakkere verkeersdeelnemer; de Hoge Raad vertaalt dit in een verwijzing naar het ernstige letsel dat de bromfietser bij de aanrijding heeft opgelopen. Dit lijkt te impliceren dat er in de visie van de Hoge Raad minder of geen aanleiding voor toepassing van een billijkheidscorrectie zou zijn, indien het letsel van de bromfietser weinig ernstig zou zijn geweest of indien deze uitsluitend zaakschade zou hebben geleden, terwijl hij ook dan als zwakkere verkeersdeelnemer zou hebben te gelden. Dit biedt derhalve geen ruimte voor gestandaardiseerde billijkheidscorrecties onderverdeeld naar zwakke en minder zwakke gemotoriseerde verkeersdeelnemers los van de ernst van de schade in een concreet geval. Dat het de feitenrechter wel vrij staat om de aard en de ernst van het letsel van het slachtoffer in aanmerking te nemen bij de schadeverdeling op grond van art. 6:101 BW verbaast niet. Genoemde wetsbepaling schrijft namelijk voor dat een herverdeling naar billijkheid plaats vindt wanneer de schadedeling naar causaliteit niet bevredigt, waarbij alle relevante factoren op de weegschaal van Vrouwe Justitia kunnen worden gelegd en rekening wordt gehouden met de persoonlijke en maatschappelijke belangen die bij het gegeven geval betrokken zijn. De prioriteit die in ons recht aan ernstige letselschade in vergelijking tot zaakschade of zuivere vermogensschade wordt toegekend, rechtvaardigt de regel dat bij deze schadepost aan de billijkheidscorrectie in het voordeel van het slachtoffer een meer ingrijpende werking kan toekomen. Immers, naarmate het gekrenkte rechtsgoed van de benadeelde een hogere waarde heeft, is vermindering van de vergoedingsplicht van de laedens minder op zijn plaats.[10]

6. Déjà vu; Groene Land/Stad Rotterdam

6.1. Casus

Vergelijkbare beslissingen zijn genomen in de zaak Groene Land/Stad Rotterdam.[11] Ook daar gaat het om aansprakelijkheid van een automobilist die een bromfietser heeft aangereden. Ditmaal reden de bestuurder van een twee meter brede bestelauto met aanhangwagen en een twintigjarige bromfietser elkaar tegemoet op een openbare weg gelegen buiten de bebouwde kom van Sint Jansklooster. De weg, die niet van een middenstreep was voorzien, was ter plaatse van het ongeval circa 3,80 meter breed. De bermen aan weerszijden van de weg waren onverhard. Het wegverloop kende enkele flauwe bochten die het uitzicht in beide richtingen belemmerden. De bromfietser kwam uit een dergelijke bocht, voor hem naar links, en reed met een snelheid van 45 km per uur omstreeks het midden van de weg. De bestuurder van de bestelauto met aanhangwagen naderde met een snelheid van maximaal 70 km per uur, zag de bromfietser, liet het gaspedaal los en week naar rechts uit, zodanig dat hij met de rechterwielen door de berm kwam te rijden. Een botsing bleef evenwel niet uit. De bestuurder van de bromfiets kwam ten val en liep ernstig letsel op, waaronder een hoge dwarslaesie.

De ziektekostenverzekeraar Groene Land heeft een belangrijk deel van de schade van de bromfietser vergoed en is terzake daarvan in diens rechten getreden. Tezamen met de bromfietser spreekt hij de automobilist en diens WAM-verzekeraar, Stad Rotterdam, in rechte aan tot vergoeding van de geleden en nog te lijden schade en de gemaakte en nog te maken ziektekosten. Deze vorderingen stoelen op art. 5 en 6 WVW in samenhang met art. 6:162 BW. De automobilist wordt verweten dat hij zijn snelheid onvoldoende aanpaste op het moment dat hij de bromfietser zag naderen, dat hij niet heeft gewaarschuwd door mid-

10 Zie ook HR 4 mei 2001, *NJ* 2002, 214 (Chan-a-Hung/Maalsté), r.o. 3.7.3.

11 HR 24 september 2004, *RvdW* 2004, 110. Zie voor een uitgebreider commentaar op dit arrest A.L.M. Keirse, 'De zwakste schakel in het verkeer', *NbBW* 2004-12, p. 170-174.

del van een geluid- of lichtsignaal, en voorts dat hij niet uiterst rechts hield, maar een aanzienlijk gedeelte van de weg bezette.
De automobilist stelt dat hij niet aansprakelijk is. Hij heeft naar eigen zeggen wel geanticipeerd op de bromfietser, maar laatst genoemde heeft niet geanticipeerd op de hem naderende automobilist. De bromfietser reed, zo luidt het verweer, midden op de weg zonder op te letten. De automobilist zag dat en is naar rechts uitgeweken. Voor een waarschuwingssignaal was er onvoldoende tijd. Subsidiair voert de automobilist aan dat de bromfietser eigen schuld heeft aan het ongeval. In dit verband wordt betoogd dat de schade op de voet van art. 6:101 BW volledig aan de bromfietser moet worden toegerekend.
Ter afwering van dit beroep op eigen schuld voert de bromfietser aan dat hem geen verwijt kan worden gemaakt, nu hij niet te hard reed en evenmin de denkbeeldige wegas heeft overschreden. Voorts beroept de bromfietser zich op de billijkheidscorrectie van art. 6:101 BW nu hij, vergeleken met de grote personenauto met aanhangwagen, als kwetsbare verkeersdeelnemer moet worden beschouwd. Derhalve stelt hij overeenkomstig de ratio van art. 185 WVW bescherming te verdienen.

6.2. Rechtbank en hof

De rechtbank wijst de vorderingen van de bromfietser en diens verzekeraar af. Zij stelt voorop dat het rijden met een combinatie met een breedte van 2 meter op een weg van 3,80 meter breed in beginsel niet gevaarzettend is. Vervolgens concludeert de rechtbank dat de automobilist voldoende rechts heeft gehouden en zich ook overigens niet onrechtmatig heeft gedragen.
De bromfietser en de regresnemende ziektekostenverzekeraar gaan in hoger beroep. Met de rechtbank meent ook het hof dat de positie van de automobilist zonder meer geen onrechtmatig handelen impliceert. Dit geldt zelfs indien veronderstellenderwijs wordt aangenomen dat de achterzijde van de aanhangwagen de denkbeeldige wegas overschreed. Niettemin bestempelt het hof de door de automobilist gevoerde snelheid, ook al zou die, zoals de automobilist stelt, omstreeks 55 km per uur hebben bedragen, als te hoog. De omstandigheden ter plaatse, zoals het wegverloop en het daarmee samenhangende belemmerde uitzicht, de wegbreedte, de onverharde berm die krachtig remmen bij een uitwijkmanoeuvre naar rechts belet, en ook de bomen in de berm die de uitwijkruimte beperken, hadden aanleiding moeten geven een zodanige snelheid te voeren die niet al bij voorbaat de mogelijkheid ontneemt om op het naderende verkeer anders te kunnen reageren dan alleen door gas terug te nemen en uit te wijken. In casu was naast deze wijze van reageren een andere reactie, zoals in ieder geval het geven van enig waarschuwingssignaal, geïndiceerd. Op grond van deze vaststelling komt het hof tot de conclusie dat de automobilist toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld jegens de bestuurder van de bromfiets.
Het hof heeft vervolgens onderzocht in hoeverre het ongeval mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de bromfietser kan worden toegerekend op de voet van art. 6:101 lid 1 BW. Het hof overweegt te dien aanzien dat de bromfietser onvoldoende rechts hield en daarbij onvoldoende heeft gelet op de uit tegenovergestelde richting naderende combinatie. Nu de wegbreedte toereikend was om de combinatie ongehinderd te passeren, neemt het hof aan dat deze aan de bromfietser toe te rekenen omstandigheden mede tot het ongeval hebben bijgedragen. De wederzijdse omstandigheden waarderend komt het hof met toepassing van de primaire maatstaf van art. 6:101 BW uit op een causale schadedeling in de verhouding van 50:50. In relatie tot de ziektekostenverzekeraar Groene Land acht het hof geen termen aanwezig om met toepassing van de billijkheidscorrectie een andere uitkomst te realiseren en wordt de aansprakelijkheid aldus conform de causale verdeelsleutel afgewikkeld. Evenwel, in relatie tot het verkeersslachtoffer zelf oordeelt het hof dat de billijkheid een correctie op de causale verdeling eist, in die mate dat 75% van de schade voor rekening van de automobilist komt. Ter motivering voor deze correctie wijst het hof op het ernstige letsel met blijvende lichamelijke gebreken dat de bestuurder van de bromfiets op twintigjarige leeftijd ten gevolge van het ongeval ondervindt, welke gevolgen drastisch in zijn leven en toekomstverwachtingen ingrijpen. Daaraan voegt het hof toe:

> *'Daarnaast kan van een billijkheidscorrectie wegens de omstandigheid dat Stam (de bromfietser; ALMK) als zwakkere verkeersdeelnemer heeft te gelden geen sprake zijn, omdat die omstandigheid, die zich in het ernstige letsel dat Stam als gevolg van het ongeval is toegebracht heeft geconcretiseerd, geacht moet worden te zijn verdisconteerd in de wegens dat letsel toegepaste correctie.'*

6.3. In cassatie

Stad Rotterdam stelt cassatieberoep in. Evenals in de andere zaak, wordt hier geklaagd over de strenge maatstaf waaraan het gedrag van de automobilist is getoetst, als ook over de wijze waarop en de maatstaven aan de hand waarvan het hof de eigen schuld van de bromfietser heeft afgewogen. Ten onrechte zou het hof een verzwaarde, met art. 185 WVW vergelijkbare aansprakelijkheidsmaatstaf hebben aangelegd vanwege de ongelijkwaardigheid van partijen. Echter, volgens de Hoge Raad mist deze rechtsklacht feitelijke grondslag. Het hof heeft de feiten getoetst aan art. 6:162 BW en niet aan art. 185 WVW dat alleen van toepassing is op ongevallen tussen een gemotoriseerde en ongemotoriseerde. De stelling dat de concrete eisen die het hof aan het handelen van de automobilist stelt, te vergaand zijn, heeft evenmin succes. Van een weggebruiker mag worden verwacht dat hij zijn snelheid aanpast aan de concrete omstandigheden, waaronder het wegverloop en de omvang van diens voertuig. Het oordeel dat de automobilist onrechtmatig heeft gehandeld geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, aldus de Hoge Raad, en verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, kan het voor het overige in cassatie niet op juistheid worden getoetst.
De klacht dat de causale afweging die het hof maakt naar de maatstaf van art. 6:101 BW niet kan overtuigen, vindt bij de Hoge Raad evenmin gehoor. De Hoge Raad herinnert eraan dat de causaliteitsafweging en de eventuele toepassing van de billijkheidscorrectie nauw verweven zijn met waarderingen van feitelijke aard en in belangrijke mate op intuïtieve inzichten berusten, zodat voor de desbetreffende oordelen slechts beperkte motiveringseisen kunnen worden

gesteld. In het licht hiervan acht de Hoge Raad het oordeel van het hof dat de causaliteitsafweging uitkomt op een verdeling van de schade in de verhouding 50:50 niet onbegrijpelijk, noch onvoldoende gemotiveerd.
De toepassing van de billijkheidscorrectie die in het voordeel van de bromfietser uitmondt in een schadedeling van 25%:75%, kan de toets der kritiek eveneens doorstaan. De klacht dat het hof in dit verband een onderverdeling maakt in zwakkere en minder zwakke verkeersdeelnemers, hoewel daarvoor geen wettelijk aanknopingspunt bestaat, nu het gemotoriseerde verkeersdeelnemers onderling betreft, mist feitelijke grondslag. Het hof heeft namelijk geoordeeld dat het ernstige letsel en de gevolgen daarvan toepassing van de billijkheidscorrectie eisen. Daarbij is geen extra gewicht toegekend aan de omstandigheid dat de bromfietser als zwakkere verkeersdeelnemer heeft te gelden. Het hof ziet het immers aldus dat deze omstandigheid zich heeft geconcretiseerd in de ernstige gevolgen van het ongeval en daarmee ook is verdisconteerd in de wegens die gevolgen toegepaste correctie. De slotsom luidt dat ook dit arrest van het hof in stand kan blijven.

7. Gestandaardiseerde differentiatie van de baan

De Hoge Raad volgt de voorgestelde differentiatie naar kwetsbaarheid niet, zo leren de twee hierboven besproken arresten. In beide zaken heeft Stad Rotterdam betoogd dat de feitenrechters een verscherpte maatstaf voor aansprakelijkheid hebben aangelegd vanwege de ongelijkwaardigheid van partijen. Echter zonder succes; de Hoge Raad constateert dat de feiten zijn getoetst aan het normale aansprakelijkheidsregime dat op grond van de algemene onrechtmatige daadsbepaling van art. 6:162 BW geldt tussen gemotoriseerden onderling. Anders dan Van Maanen en Engelhard voorstaan, verbindt de Hoge Raad aan het enkele feit dat een ongeval heeft plaats gevonden tussen een automobilist en een bromfietser niet een vermoeden van een fout aan de zijde van de automobilist. In beide hierboven besproken zaken is het gedrag van de automobilist getoetst aan de maatstaven van zorgvuldigheid die in het verkeer door alle gemotoriseerden onderling in acht moeten worden genomen. Elke verkeersdeelnemer, of hij nu een vrachtwagen of een snorfiets bestuurt, moet zijn snelheid aan de situatie ter plekke aanpassen en moet zich bij het oprijden van een kruisingsvlak ervan vergewissen dat het vrij is. Deze zorgvuldigheid hebben de desbetreffende automobilisten niet in acht genomen op grond waarvan hun aansprakelijkheid is aangenomen. Een verscherpte maatstaf voor aansprakelijkheid zoals op de voet van art. 185 WVW geldt voor een gemotoriseerde in relatie tot een ongemotoriseerde, is hierbij niet aangelegd. Het systeem van Van Maanen en Engelhard waarbij de aansprakelijkheidsmaatstaf varieert naar gelang de ongelijkwaardigheid van gemotoriseerde verkeersdeelnemers, wordt derhalve niet door de Hoge Raad gevolgd.
Voor een gestandaardiseerde billijkheidscorrectie in het voordeel van de licht gemotoriseerde verkeersdeelnemer voelt de Hoge Raad evenmin. Weliswaar is het resultaat van de causaliteitsafweging in de beide hierboven besproken zaken op grond van de billijkheid gecorrigeerd in het voordeel van de bromfietser, maar dit wordt expliciet teruggevoerd op het concrete, ernstige letstel dat de slachtoffers is toegebracht, niet op de relatieve kwetsbaarheid van een bromfietser in het algemeen. Hier verdient weliswaar opmerking dat het letsel van bepaalde categorieën verkeersdeelnemers in veel gevallen ernstiger is dan dat van andere categorieën. Bestuurders van snorfietsen, bromfietsen of motorfietsen hebben nu eenmaal meer kans op ernstig letsel in het verkeer dan bijvoorbeeld bestuurders van personenauto's. Daarbij komt dat naarmate de ongelijkwaardigheid van de betrokken voertuigen uiteenloopt, het risico van extra schade voor de zwakkere partij in de regel toeneemt. Het toepassen van de billijkheidscorrectie wegens de ernst, aard en duur van het letsel, geschiedt in de praktijk dan ook meer dan eens ten gunste van de relatief zwakkere verkeersdeelnemer. Mogelijk blijft echter ook dat een correctie naar aanleiding van de ernst van een zekere schade kan plaats vinden tussen gelijkwaardige verkeersdeelnemers, zoals automobilisten onderling. Evenmin is uitgesloten dat een minder zwakke verkeersdeelnemer die in aanrijding komt met een in abstracto zwakkere verkeersdeelnemer, zeer ernstig letsel oploopt en dat om die reden een billijkheidscorrectie ten gunste van het op papier sterkere slachtoffer wordt toegepast.[12]

8. De status van het *Betriebsgefahr*

De gevoerde pleidooien ten spijt houdt de Hoge Raad het aldus op het systeem dat al jaren volgens vaste rechtspraak geldt, waarbij uitsluitend onverzekerde voetgangers en fietsers bescherming krijgen via art. 185 WVW en de gestandaardiseerde 50% en 100% billijkheidscorrecties. Voor de overige, al dan niet relatief zwakke, verkeersdeelnemers geldt het normale, casuïstische regime van art. 6:162 en 6:101 BW. Het enkele feit dat een relatief zwakke broeder met een sterkere verkeersdeelnemer in aanraking komt, legt derhalve niet reeds een zeker gewicht in de schaal bij de afweging van de (wederzijdse) verantwoordelijkheid. Betekent dit nu dat bij de begrenzing van aansprakelijkheid helemaal geen rekening mag worden gehouden met de ongelijk(w)aardigheid van gemotoriseerden onderling en uitsluitend concrete omstandigheden zoals de ernst en de mate van de schade in de afweging mogen worden betrokken?
Een positief antwoord op deze vraag laat zich moeilijk verenigen met de waarde die het *Betriebsgefahr* in andere arresten van de Hoge Raad is toegedicht.[13] Ten einde deze jurisprudentie te duiden is het verhelderend een onderscheid te maken tussen het zogenoemde *abstrakte Sach- oder Betriebsgefahr* enerzijds en het *konkrete Sach- oder Betriebsgefahr* anderzijds. Het abstracte *Betriebsgefahr* duidt op het bijzondere gevaar dat in het algemeen uitgaat van een bepaalde bedrijvigheid. Wat betreft het gemotoriseerd deelnemen aan het verkeer, gaat het dan om de omstandigheid dat het motorvoertuig in beweging door zijn massa en snelheid

12 Aldus ook A.S. Hartkamp, in zijn conclusie bij HR 24 september 2004, *RvdW* 2004, 110 (Groene Land/Stad Rotterdam), onder 19.

13 Zie onder meer HR 20 november 2000, *NJ* 2000, 718 (Levob/Van den Bos); HR 4 mei 2001, *NJ* 2002, 214 (Chan-a-Hung/Maalsté).

in het algemeen een bijzonder gevaar oplevert in het verkeer, dat ernstige en verstrekkende gevolgen kan hebben. Met het concrete *Betriebsgefahr* wordt daarentegen gedoeld op de aan de bedrijvigheid verbonden gevaren en omstandigheden die zich in het concrete schadegeval hebben verwezenlijkt. Het gaat daarbij niet om de objectieve gevaarlijkheid van het benzinemonster voor het dagelijkse verkeer, maar om de vraag in welke mate de gegeven massa en snelheid van het desbetreffende motorvoertuig tot het gegeven ongeval en tot de ernst van de gevolgen daarvan hebben bijgedragen.

Het abstracte *Betriebsgefahr* geldt als legitimatie voor juridische deelregels voor bepaalde gevaltypen, zoals een vermoeden van schuld of omkering van de bewijslast. Zo laat art. 185 WVW een zwaarder aansprakelijkheidsregime gelden voor gemotoriseerden in relatie tot ongemotoriseerden vanwege het schaderisico dat de gemotoriseerden in die hoedanigheid, nog los van eventuele schade in een concreet geval, in het verkeer brengen. Deze verscherpte aansprakelijkheid is niet zozeer gebaseerd op de juridisch causale impact van het *Betriebsgefahr* in een concreet geval, maar vindt haar legitimatie in het abstracte *Betriebsgefahr*. Dit blijkt ook uit het feit dat de gevolgen van een ongeval in het regime van art. 185 WVW in beginsel voor rekening van de eigenaar van het motorrijtuig komen, zonder dat vereist is dat het gevaar van het motorrijtuig in enigerlei mate concreet op de schade van invloed is geweest. Het motorrijtuig moet bij een ongeval met een ongemotoriseerde 'betrokken' zijn geweest, maar van enige schadeverhogende invloed van het aan het motorrijtuig inherente gevaar hoeft niet te blijken. Het aan het motorvoertuig inherente gevaar vormt in dit verband dus het funderende principe voor scherpere gedragsnormen voor gemotoriseerden en vergaande toerekening van schade.

Het is ook in deze betekenis dat het *Betriebsgefahr* een rol toekomt in het kader van de billijkheidscorrectie van art. 6:101 BW. Dit abstracte *Betriebsgefahr* ligt ten grondslag aan de gestandaardiseerde 50% en 100% billijkheidscorrecties ten behoeve van fietsers, voetgangers en kinderen.[14] Deze vaste deelregels vinden legitimatie in het gevaar dat het gemotoriseerde verkeer in het algemeen voor ongemotoriseerden meebrengt. Dat niet het concrete, maar het abstracte *Betriebsgefahr* de legitimatie vormt voor deze standaardisering van de billijkheidscorrectie blijkt alleen al uit het feit dat de standaardisering in zeer verschillende gevallen gelijkelijk van toepassing is, onafhankelijk van onder meer het soort motorrijtuig en de snelheid waarmee is gereden.

Welnu, uit de hier besproken arresten blijkt dat het gevaar dat automobilisten in het algemeen voor bromfietsers meebrengen in de visie van de Hoge Raad noch een scherpere gedragsnorm noch een gestandaardiseerde correctie in het kader van art. 6:101 BW kan rechtvaardigen. Dit verdient instemming. De argumentatie die ten grondslag ligt aan art. 185 WVW en de 50%-regel gaat hier niet in dezelfde mate op. De extra bescherming voor voetgangers en fietsers ten opzichte van het gemotoriseerde verkeer is ingegeven door het grote gewicht van het persoonlijke belang van het niet-gemotoriseerde slachtoffer zelf en van het maatschappelijke belang van een behoorlijke bescherming van deze groepen van verkeersslachtoffers in het algemeen in vergelijking met de belangen aan de zijde van het verzekerde gemotoriseerde verkeer.[15] Een dergelijke vergelijking van de belangen van zwakke en minder zwakke verkeersdeelnemers verschilt naar gelang het om ongemotoriseerden versus gemotoriseerden gaat dan wel gemotoriseerden onderling betreft.

Dit neemt niet weg dat de ongelijkwaardigheid van gemotoriseerde verkeersdeelnemers onderling van invloed kan zijn op het billijkheidsoordeel. Zoals de onderhavige arresten illustreren kan dit worden verdisconteerd in een billijkheidscorrectie die wordt toegepast vanwege de aard en de ernst van de opgetreden schade en de gevolgen daarvan voor het verdere leven van het slachtoffer. Maar er is meer. De mate van ongelijkwaardigheid van partijen kan ook tot uiting komen in andere relevante omstandigheden die bij de schadedeling op de voet van art. 6:101 BW gewicht in de schaal leggen. Denk bijvoorbeeld aan de hoedanigheid, de maatschappelijke positie, de leeftijd alsmede de geestelijke en lichamelijke ontwikkeling van partijen; het zijn factoren die in het kader van de billijkheidscorrectie een rol spelen. In dit verband is tevens van belang dat het billijkheidsargument de mogelijkheid biedt om met de vermogensposities en de verzekeringsposities van partijen rekening te houden.[16] Bovendien is het, gezien de casuïstische aard van de billijkheidscorrectie, moeilijk verdedigbaar een bepaalde omstandigheid zoals ongelijk(w)aardigheid in zijn algemeenheid van invloed uit te sluiten. Het zijn steeds de gegevenheden die het concrete geval kenmerken, die de billijkheidsbeslissing invullen. De daadwerkelijke aanleiding tot toepassing van het correctief zal van keer tot keer kunnen variëren.

Het normale onrechtmatige daadsregime in combinatie met de reguliere, casuïstische werking van de tweeledige verdelingsmaatstaf van art. 6:101 BW waarborgt al met al voor de bromfietser voldoende bescherming. De uitkomst van de hier besproken zaken bevestigt dit; de onderhavige slachtoffers krijgen 60% respectievelijk 75% van hun schade vergoed. Ook indien de slachtoffers geen bromfiets maar een fiets bestuurden, zouden de schadepercentages in het dan toepasselijke regime van art. 185 WVW en de 50%-regel op vergelijkbare hoogten kunnen zijn uitgekomen, nu deze de 50% overstijgen. Een correctie boven de 50% wordt in ieder geval niet gerechtvaardigd door enkel het algemene gevaar op zich dat een motorrijtuig in het verkeer voor ongemotoriseerden oplevert. Zo heeft de Hoge Raad recentelijk in *Wijnand/Koblenz* bevestigd.[17] Aanleiding hiervoor was een aanrijding tussen een tram en een onverzekerde, volwassen voetganger, een geval waarop de geïntroduceerde 50%-regel van toepassing is, aangezien het in de visie van de Hoge Raad, wat de afweging van billijkheidsfactoren betreft, niet zodanig afwijkt van dat van een aanrijding tussen een motorrijtuig en een volwassen voetganger of fietser, dat de billijkheid een voor laatstge-

14 Zo is recentelijk bevestigd door HR 3 juni 2005, *RvdW* 2005, 82 (Wijnand/Koblenz).

15 Aldus HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 400-402 (Saïd Hyati; Marleen Timmermans; Pierre Wildiers II).

16 Zie hierover nader A.L.M. Keirse, *De schadebeperkingsplicht; over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Serie Recht en Praktijk, nr. 127, Deventer 2003, p. 222 e.v.

17 HR 3 juni 2005, *RvdW* 2005, 82 (Wijnand/Koblenz).

noemde ongunstiger verdeling van de schade zou toelaten.[18] De omstandigheid dat een tram een groot gevaar voor voetgangers en fietsers in zich bergt gezien diens grote massa, lange remweg en de onmogelijkheid uit te wijken, rechtvaardigt de toepassing van de 50% regel, maar kan op zich geen aanleiding vormen om ook een deel van de resterende 50% voor rekening van de trambestuurder te brengen. De Hoge Raad verwoordt het in *Wijnand/Koblenz* aldus, dat het abstracte *Betriebsgefahr* in een dergelijk geval al is verdisconteerd in de 50%-regel en daarom niet nogmaals mag worden meegewogen bij de beoordeling van de vraag of aanleiding bestaat om redenen van billijkheid een kleiner gedeelte van de schade voor rekening van de benadeelde te laten dan voortvloeit uit een afweging van de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen.

Het gewicht of de snelheid van het motorvoertuig waarmee aan het verkeer wordt deelgenomen, kan overigens wel een factor van belang zijn bij de causaliteitsafweging van art. 6:101 BW. Bij deze primaire, causale deling waarbij de schade over partijen wordt verdeeld in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen komt het immers aan op het wegen van de wederzijdse mate van gevaarzetting.[19] De causale bijdragen van beide partijen moeten met andere woorden worden afgemeten aan de hand van hun veroorzakingswaarschijnlijkheid. Vanzelfsprekend is het concrete *Betriebsgefahr* in deze afweging te betrekken.[20] De wederzijdse mate van veroorzakingswaarschijnlijkheid bij een ongeval zal immers variëren naar gelang de snelheid en het type voertuig van de betrokkenen. Het gaat dan om de concrete, juridisch causale impact van het *Betriebsgefahr*, dat wil zeggen om de mate waarin de massa en de snelheid van het voertuig moet worden verondersteld de schade in concreto te hebben veroorzaakt of verhoogd.

Het *Betriebsgefahr* speelt hier alleen een rol, indien en voor zover het heeft bijgedragen tot de schade of de ernst daarvan. Dit concrete *Betriebsgefahr* kan dus niet forfaitair worden vastgesteld op een vast toerekeningspercentage. De concrete gevaarzetting die van het betrokken voertuig in de gegeven omstandigheden en met gegeven snelheid en gewicht uitgaat, is weliswaar een causale factor die in de causaliteitsafweging is verdisconteerd, maar hoeveel procent deze factor voor zijn rekening neemt, zal van geval tot geval moeten worden bepaald. Om te beginnen neemt de energie van een motorrijtuig in beweging lineair toe naarmate de massa van het voertuig groter wordt en neemt het kwadratisch toe met de snelheid. Het gevaar dat uitgaat van een bestelauto met aanhangwagen op snelheid is veel groter dan het gevaar van een bromfiets. Maar massa en snelheid zijn slechts *potentieel* gevaarlijk. Het zijn gevaren die zich kunnen verwezenlijken door de concrete omstandigheden van het geval, zoals onzorgvuldig verkeersgedrag van de bestuurder zelf of van een andere verkeersdeelnemer, een gebrek van het motorrijtuig, instabiliteit, beperkte wendbaarheid, slechte weersomstandigheden of een slecht wegdek. De hoegrootheid van het concrete *Betriebsgefahr*, alsook de hoegrootheid van de wederzijdse veroorzakingswaarschijnlijkheid, is daarvan dan ook mede afhankelijk. Het gaat daarbij namelijk niet om beantwoording van de vraag hoe groot het objectieve gevaar is dat met het gemotoriseerd rijden samenhangt, maar om beantwoording van de vraag hoe gevaarvol het gemotoriseerd rijden is gebleken voor het ongeval zoals zich dat heeft voorgedaan, een en ander uiteraard afgezet tegen de causale bijdrage van de andere partij.

Samenvattend kan worden geconstateerd, dat het concrete *Betriebsgefahr* van de bij een ongeval betrokken voertuigen gewicht toekomt bij de primaire schadedeling naar de wederzijdse causaliteit, terwijl het abstracte *Betriebsgefahr* en de daarop gebaseerde beschermingsgedachte als argument kan worden ingezet in het kader van de billijkheidscorrectie. Evenmin als gevaarzetting en bescherming, zijn het concrete en abstracte *Betriebsgefahr* te vereenzelvigen. Een schadedeling in evenredigheid met de mate van gevaarzetting draagt ongetwijfeld bij tot bescherming van de slachtoffers van het gevaar dat zich verwezenlijkt. Maar daarmee is nog niet het laatste woord gezegd over hoe ver die bescherming moet gaan. Dat doet de billijkheid. Waar billijkheid de toon zet, zal de beoordeling sterk afhankelijk zijn van de concrete omstandigheden van het geval en veelal mede op intuïtief inzicht berusten. De hier besproken arresten illustreren dit.

---

18 Zie ook HR 14 juli 2000, *NJ* 2001, 417 (Geertsema/De Niet).

19 Zie voor een uitgebreide bespreking van de verdelingsmaatstaf van art. 6:101 A.L.M. Keirse, *De schadebeperkingsplicht; over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Serie Recht en Praktijk, nr. 127, Deventer 2003, p. 192 e.v.

20 Anders J. Spier, in zijn conclusie bij HR 3 juni 2005, *RvdW* 2005, 82 (Wijnand/Koblenz), voetnoot 33. Op grond van HR 10 november 2000, *NJ* 2000, 718 (Levob/Van den Bos) neemt Spier aan dat het *Betriebsgefahr* alleen in het kader van de billijkheidscorrectie aan de orde kan komen. Mijns inziens echter moet de overweging van de Hoge Raad in Levob/Van de Bos dat de omstandigheid dat een motorrijtuig in het verkeer voor andere verkeersdeelnemers een bijzonder gevaar oplevert, niet in de causaliteitsafweging, maar alleen in het kader van een eventuele billijkheidscorrectie gewicht toekomt, uitsluitend op het *abstracte Betriebsgefahr* worden betrokken. In HR 6 februari 1987, *NJ* 1988, 57 (Saskia Mulder) en HR 4 mei 2001, *NJ* 2002, 214 (Chan-a-Hung/Maalsté) heeft de Hoge Raad het *concrete Betriebsgefahr* terecht in de sleutel van de primaire, causale verdeling betrokken. Daar rekende de Hoge Raad het concrete *Betriebsgefahr* aan de gemotoriseerde benadeelde toe als een vorm van eigen schuld. Met toepassing van de primaire causaliteitsmaatstaf van art. 6:101 BW leidt dit tot een vermindering van de aanspraak op schadevergoeding die de gemotoriseerde verkeersdeelnemer tegenover de fietser of voetganger geldend kan maken.

De Europese Executoriale Titel: een nieuw instrument ter verwezenlijking van het Europees procesterritoir*

Nr. 65

*Xandra E. Kramer***

1. Inleiding

Het Europees procesrecht krijgt een steeds prominentere plaats. In de afgelopen vijf jaar heeft het zich ontwikkeld tot een min of meer autonoom stelsel dat tussen het internationaal privaat- en procesrecht en het nationaal procesrecht instaat. De verordening tot invoering van een Europese Executoriale Titel voor niet-betwiste schuldvorderingen (EET-Vo) is de zevende verordening in een reeks van internationaal-procesrechtelijke verordeningen die sinds 2000 zijn vastgesteld.[1] De EET-Vo werd op 21 april 2004 aangenomen en zal op 21 oktober 2005 van kracht worden. Twee nieuwe procesrechtelijke verordeningen zitten alweer in de pijplijn. Deze verordeningen zijn een uitvloeisel van de verruimde bevoegdheid inzake het internationaal privaatrecht (IPR) ten gevolge van het in 1999 in werking getreden Verdrag van Amsterdam. Ook de Conclusies van de Europese Raad van Tampere van 1999, waarin de harmonisatie van het internationaal procesrecht en de wederzijdse erkenning van beslissingen als prioriteit worden genoemd, hebben een enorme impuls gegeven.

De EET-Vo strekt ertoe de wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen binnen de Europese Unie te bevorderen. Na enkele andere verordeningen waarin de tenuitvoerlegging van beslissingen is geregeld, zoals de EEX-Vo betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen in burgerlijke en handelszaken, is de EET-Vo een volgende stap in de verwezenlijking van één Europees procesterritoir. Bijzonder aan deze verordening is dat zij voorziet in de afschaffing van het exequatur. Indien aan bepaalde minimumnormen is voldaan, kan de rechter van de lidstaat die de beslissing gegeven heeft deze waarmerken als Europese executoriale titel (EET), welke in de hele EU ten uitvoer gelegd kan worden. Er vindt derhalve in beginsel geen enkele toetsing meer plaats in het land waar de beslissing geëxecuteerd dient te worden. Deze verordening is in de literatuur flink bekritiseerd, onder meer vanwege haar complexiteit.

Hieronder zal eerst de context van de EET-Vo worden verduidelijkt door kort aandacht te besteden aan de ontwikkeling van het Europees procesrecht in de afgelopen jaren. Daarna komt de EET-Vo inhoudelijk aan de orde, waarbij achtereenvolgens wordt ingegaan op de doelstelling en het toepassingsgebied, de voorwaarden voor waarmerking van de beslissing als EET en het verloop van de procedure. Afsluitend volgt een evaluatie aan de hand van enkele punten van kritiek.

2. Achtergrond van de totstandkoming van de EET-Vo

Zoals hierboven al naar voren kwam, staat de EET-Vo niet op zichzelf. Zij is onderdeel van een reeks verordeningen op het gebied van het procesrecht. Hieronder wordt kort ingegaan op de ontwikkeling van het Europees procesrecht en enkele met de EET-Vo verweven andere verordeningen.

2.1. Europees-rechtelijke basis en ontwikkelingen in Brussel

Tot de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam in mei 1999 was de bevoegdheid van de EU op het gebied het IPR beperkt. Op het bekende EEX-Verdrag van 1968 en het Europees Overeenkomsten verdrag (EVO) van 1980 bestonden er binnen de EU geen eenvormige IPR-regelingen. Het IPR, en meer in het bijzonder het internationaal procesrecht, had duidelijk weinig prioriteit.

In de jaren negentig komt hierin verandering. In Resoluties van de Raad uit 1996 en 1997 en een Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement van 1997 wordt het belang van de vereenvoudiging en versnelling van de exequaturprocedure, en uiteindelijk de afschaf-

* Citeerwijze: X.E. Kramer, 'De Europese Executoriale Titel: een nieuw instrument ter verwezenlijking van het Europees procesterritoir', *NTBR* 2005, 65.

** UD afdeling Internationaal Privaatrecht en Privaatrechtelijke Rechtsvergelijking Erasmus Universiteit Rotterdam en onderzoeks-fellow op het thema 'The harmonisation of civil procedural laws in Europe, in particular with regard to summary proceedings and provisional and protective measures'.

1 Verordening (EG) nr. 805/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen. Zie hierover o.m. M. Zilinsky, *De Europese executoriale titel*, (diss. VU) Deventer: Kluwer 2005, p. 145-198; B.J. van het Kaar, 'Nieuw Brussels procesrecht: de Europese Executoriale Titel en het Europese betalingsbevel', *NTER* 2005, p. 32-38; M. Freudenthal, 'De Europese Executoriale Titel en de Europese betalingsbevelprocedure: afstemming van Europese rechtsmaatregelen', *NIPR* 2004, p. 393-401; T. Rauscher, *Der Europaïsche Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen*, München/Heidelberg: Sellier European Law Publischers/Verlag Recht und Wirtschaft 2004.

fing hiervan, benadrukt.[2] Eind jaren negentig worden enkele voorstellen voor verdragen gepubliceerd, onder meer een herziene versie van het EEX-Verdrag en verdragen voor het faillissement en de bevoegdheid en erkenning en tenuitvoerlegging in echtscheidingszaken. Later worden deze in de vorm van een verordening gegoten.
Het Verdrag van Amsterdam introduceerde in art. 65 EG-Verdrag de bevoegdheid om verordeningen op het gebied van het IPR tot stand te brengen. Art. 65 bepaalt dat maatregelen kunnen worden getroffen op het gebied van samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen, voor zover nodig voor een goede werking van de interne markt. In art. 65 sub a en b wordt een aantal onderwerpen opgesomd, zoals internationale betekening, samenwerking bij de bewijsgaring, erkenning en tenuitvoerlegging en internationale bevoegdheid. Art. 65 sub c noemt meer in het algemeen de afschaffing van hindernissen voor de goede werking van burgerrechtelijke procedures, zo nodig door bevordering van de verenigbaarheid van de in de lidstaten geldende bepalingen van burgerlijke rechtsvordering. Een andere belangrijke impuls voor de totstandbrenging van procesrechtelijke regelingen zijn de Conclusies van Europese Raad van Tampere van 1999. Daarin wordt gewezen op het belang van een betere toegang tot de rechter, onder meer door het invoeren van gemeenschappelijke minimumnormen voor grensoverschrijdende zaken, alsmede een versterkte wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen door onderlinge aanpassing van wetgevingen en de invoering van nieuwe procesrechtelijke regels op een aantal gebieden.[3] Een in het kader van de EET-Vo belangrijke stap in de uitwerking van de Conclusies van Tampere is het Ontwerp-programma van maatregelen voor de wederzijdse erkenning van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, waarin de afschaffing van het exequatur een hoge prioriteit wordt toegekend.[4] Het belang van een EET wordt eveneens onderstreept in een Groenboek betreffende het betalingsbevel en procedures over geringe vorderingen van de Commissie[5], alsmede een Resolutie van het Europees Parlement.[6] Het Europees procesrecht staat dus hoog op de politieke agenda en ook aan daadkracht ontbreekt het gezien het aantal reeds tot stand gebrachte verordeningen niet.

2.2. Samenhangende verordeningen

2.2.1. Verordeningen op het gebied van het internationaal procesrecht

De ontwikkeling van het Europees procesrecht gaat buitengewoon snel. Sinds 2000 zijn, inclusief de EET-Vo, zeven verordeningen aangenomen op het gebied van het procesrecht. Deze zien alleen op geschillen met een grensoverschrijdend karakter en zijn typische IPR-verordeningen, in de zin dat ze een coördinerende functie hebben. Ze hebben niet tot doel het nationaal procesrecht van de lidstaten te harmoniseren, maar verschaffen regels voor de internationale bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen, de internationale betekening en bewijsgaring. Achtereenvolgens zijn in werking getreden de Brussel II Vo betreffende de internationale bevoegdheid en erkenning en tenuitvoerlegging in echtscheidingszaken (1 maart 2001), per 1 maart 2005 evenwel vervangen door Brussel II*bis*; de Betekenings-Vo (31 mei 2001); de EEX-Vo betreffende de internationale bevoegdheid en erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, welke voor alle EU-lidstaten met uitzondering van Denemarken het EEX-Verdrag heeft vervangen (1 maart 2002); de Insolventie-Vo (31 mei 2002); de Bewijs-Vo (1 januari 2004).
Van deze verordeningen bevatten Brussel II en opvolger Brussel II*bis*, de EEX-Vo en de Insolventie-Vo bepalingen voor de erkenning en tenuitvoerlegging. Bij deze regelingen is het, in tegenstelling tot de nieuwe EET-Vo, niet aan de rechter van de staat van herkomst van de beslissing, maar aan het bevoegde gerecht van de staat van tenuitvoerlegging om aan de hand van een exequaturverzoek over de tenuitvoerlegging te oordelen.[7] De EEX-Vo kent in vergelijking tot voorganger EEX-Verdrag wel een vereenvoudigde exequaturprocedure, waarbij de weigeringsgronden in eerste instantie niet meer worden getoetst.[8]

2.2.2. Voorstellen Europees betalingsbevel en Europese procedure voor geringe vorderingen

De EET-Vo heeft in haar kielzog twee nieuwe voorstellen voor een verordening. Dit is in de eerste plaats het voorstel voor een verordening tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure voor niet-betwiste schuldvorderingen van 25 april 2004 (EBB-Vo).[9] Deze voorziet in een uniforme incassoprocedure. Evenals de EET-Vo heeft zij betrekking op onbetwiste schuldvorderingen en in de literatuur is betoogd dat een gezamenlijke regeling in één verordening beter was geweest.[10] Besloten is echter tot twee afzonderlijke verordeningen, omdat de invoering van een eenvormige procedure voor de inning van geldvorderingen (betalingsbevelprocedure) en de opheffing van de exequaturprocedure (executoriale titel) twee afzonderlijke

2 Resolutie van de Raad van 14 oktober 1996 houdende vaststelling van de prioriteiten bij de samenwerking op het gebied van Justitie en Binnenlandse Zaken gedurende de periode 1 juli 1996 tot en met 30 juni 1998, *PbEG* 1996 C-319/1, i.h.b. punt 3.1c; Resolutie van de Raad van 18 december 1997 houdende vaststelling van de prioriteiten bij de samenwerking op het gebied van Justitie en Binnenlandse Zaken gedurende de periode 1 januari 1998 tot en met de datum van inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam, *PbEG* 1998 C-11/1, i.h.b. punt 5b; Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement, Naar meer doelmatigheid bij het verkrijgen en uitvoeren van rechterlijke beslissingen binnen de Europese Unie, *PbEG* 1998 C-33/03, i.h.b. punt 16-18.

3 Europese Raad van Tampere, 15 en 16 oktober 1999, conclusies van het voorzitterschap, punt 28-39.

4 Mededeling van de Raad van 15 januari 2001, Ontwerp-programma van maatregelen voor de invoering van het beginsel van wederzijdse erkenning van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* C 12/1.

5 Commissie van de EG, *Groenboek betreffende een Europese procedure inzake betalingsbevelen en maatregelen ter vereenvoudiging en bespoediging van de procesvoering over geringe vorderingen*, Brussel 20 december 2002, p. 17.

6 Resolutie van het Europees Parlement inzake de vooruitzichten voor de onderlinge aanpassing van het burgerlijk procesrecht in de Europese Unie, 2 februari 2004, zie i.h.b. sub G.

7 EEX II*bis*-Vo vereist overigens geen exequatur t.a.v. omgangsbeslissingen en teruggeleiding kind (zie art. 40 en 41).

8 Zie art. 41 EEX-Vo. Pas in de beroepsfase komen de weigeringsgronden aan de orde, zie art. 45.

9 Brussel, 25 mei 2004, COM(2004)173 def/3, 2004/055(COD).

10 Zie o.m. Freudenthal 2004, a.w. nt. 1, p. 401; Van het Kaar 2005, a.w. nt. 1, p. 37.

vraagstukken zijn en op een andere fase in de procedure zien, aldus de Commissie.[11]
Het tweede voorstel is de verordening tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen van 15 maart 2005 (EPGV-Vo).[12] Hierin wordt een uniforme procedure voor 'small claims' voorgesteld. In tegenstelling tot de EET-Vo ziet dit voorstel niet alleen op onbetwiste geldvorderingen, maar op alle geldelijke en niet-geldelijke vorderingen met een waarde tot € 2000. Uit art. 1 van dit voorstel blijkt dat deze verordening een aanvullende werking ten opzichte van de EET-Vo heeft. Daarin wordt bepaald dat deze verordening behalve de introductie van een eenvormige procedure voor geringe vorderingen, tevens voorziet in de afschaffing van tussenmaatregelen voor de erkenning en tenuitvoerlegging. Wat betreft de afschaffing van het exequatur breidt deze verordening dus de EET-Vo uit tot wel betwiste vorderingen tot € 2000.
Bijzonder aan deze twee voorstellen is dat zij een eenvormige procedure introduceren. Bij de EET-Vo is dat, evenals bij de andere IPR-verordeningen niet het geval, hoewel hierin wel minimumnormen zijn opgenomen waaraan de nationale procedure moet voldoen. Voorts is opzienbarend dat zij niet alleen op grensoverschrijdende gevallen zien, maar ook op puur nationale geschillen. Volgens de Commissie biedt art. 65 EG-Verdrag daartoe de mogelijkheid. Vanuit de lidstaten is hierop evenwel kritiek gekomen, en ook het Europees Parlement is voorstander van beperking tot grensschrijdende gevallen.[13] Het is daarom nog maar de vraag of deze voorstellen in hun huidige vorm zullen worden vastgesteld.

3. Doelstelling en toepassingsgebied van de EET-Vo

3.1. Doelstelling en verhouding tot de EEX-Vo

Blijkens art. 1 EET-Vo is het doel van deze verordening om door vastlegging van bepaalde minimumnormen een EET voor niet-betwiste schuldvorderingen in het leven te roepen ten behoeve van het vrije verkeer van beslissingen, gerechtelijke schikkingen en authentieke akten, zonder dat in de lidstaat van tenuitvoerlegging een intermediaire procedure hoeft te worden ingeleid voorafgaand aan de erkenning en tenuitvoerlegging.
De afschaffing van het exequatur betekent ten opzichte van de bestaande EEX-Vo een versoepeling van de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen, voorzover het om niet-betwiste geldvorderingen gaat. Het is niet langer nodig een verlof tot tenuitvoerlegging in het land of de landen van tenuitvoerlegging te verkrijgen, en daarmee wordt in beginsel een extra – zij het simpele en normaal gesproken korte – procedure voorkomen. De vereenvoudiging wordt ook bewerkstelligd door het gebruik van standaardformulieren (als bijlagen bij de verordening opgenomen), welke dienen als bewijs van waarmerking of waarmee een verzoek om rectificatie of intrekking van de waarmaking kan worden gedaan. De regeling van de EET-Vo is overigens facultatief van aard, in die zin dat het als alternatief naast de regeling van de tenuitvoerlegging onder de EEX-Vo kan worden gebruikt. De EET-Vo vervangt de EEX-Vo wat betreft de tenuitvoerlegging dus niet. Het is aan de eiser om de weg van ofwel EEX-Vo of EET-Vo te bewandelen. Voorts blijft de exequaturprocedure van de EEX-Vo van belang in het geval de procedure in de staat van herkomst niet aan de vereisten van de EET-Vo voldoet en dus geen waarmerking als executoriale titel kan plaatsvinden.
Van belang is dat met de EET-Vo de toetsing van de executeerbaarheid van een beslissing verschuift van het gerecht van het land van tenuitvoerlegging naar het gerecht van het land dat de beslissing gegeven heeft (het land van herkomst). De afschaffing van het exequatur wordt gerechtvaardigd door het beginsel van wederzijds vertrouwen van de lidstaten in elkaars rechtssystemen en rechterlijke instanties.[14] Teneinde zoveel mogelijk te garanderen dat in de staat van herkomst een behoorlijke procedure heeft plaatsgevonden, bevat de verordening in art. 12-19 bepaalde minimumnormen. Deze zien met name op de betekening en de behoorlijke inlichting van de schuldenaar.

3.2. Toepassingsgebied

3.2.1. Formeel en materiaal toepassingsgebied

In territoriaal opzicht is de verordening toepasselijk op beslissingen, gerechtelijke schikkingen en authentieke akten van een lidstaat, en de waarmerking daarvan heeft rechtskracht in alle andere lidstaten. Zij is van toepassing ongeacht de nationaliteit of woonplaats van betrokken partijen, en ongeacht op welke grond het desbetreffende gerecht bevoegd is (bijvoorbeeld de EEX-Vo of het nationaal bevoegdheidsrecht). De EET-Vo is niet van toepassing voor Denemarken.[15] De verordening is op 21 januari 2005 in werking getreden, maar toepasselijk vanaf 21 oktober 2005 (zie art. 33). Vanaf deze datum kan een beslissing derhalve als EET worden gewaarmerkt.
Het materieel toepassingsgebied is neergelegd in art. 2. De verordening is van toepassing in burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht. Evenals het geval is bij de EEX-Vo, zijn zaken van personen- en familierecht (met uitzondering van alimentatie), faillissement, sociale zekerheid en arbitrage van het toepassingsgebied uitgesloten.

3.2.2. Niet-betwiste schuldvorderingen

Art. 3 bepaalt dat de verordening van toepassing is op beslissingen, gerechtelijke schikkingen en authentieke akten inzake niet-betwiste schuldvorderingen. Een schuldvordering wordt in art. 4 gedefinieerd als een vordering tot beta-

11 Toelichting voorstel EET-Vo, COM(2002)159 def, p. 3; Toelichting voorstel EBB-Vo, COM(2004)173 def/3, p. 3.
12 Brussel, 15 maart 2005, COM(2005) 87 def, 2005/0020(COD).
13 Zo blijkt uit de reacties op het Groenboek. Zie voorts o.m. *Kamerstukken II* 2002/03, 22 112, nr. 275; Speech minister Donner presentatie Nederlands voorzitterschapsprogramma JBZ van 31 augustus 2004, WWW <www.justitie.nl/pers/speeches>; *Stct*. 11 januari 2005 'Europese incasso beperkt tot grensoverschrijdende zaken'; Europees Parlement 2004-2009, Commissie juridische zaken, Brussel 10 januari 2005, werkdocument.
14 Zie overweging 18 preambule EET-Vo en Toelichting voorstel EET-Vo, p. 4. Zie verder par. 6.1.
15 Zie art. 2 lid 3 EET-Vo. Evenals het Verenigd Koninkrijk en Ierland heeft Denemarken een voorbehoud gemaakt t.a.v. Titel IV (art. 61-69) EG-Verdrag; per Vo kan worden bepaald om al dan niet deel te nemen. Het Verenigd Koninkrijk en Ierland hebben zich tot nu toe nog aan iedere Vo verbonden verklaard, Denemarken aan geen enkele.

ling van een opeisbaar geldbedrag of waarvan de datum van opeisbaarheid blijkt uit de beslissing, gerechtelijke schikking of authentieke akte.
Een schuldvordering wordt in art. 3 lid 1 als niet betwist aangemerkt in een viertal gevallen. Een vordering is onbetwist indien de schuldenaar: a) uitdrukkelijk met de schuldvordering heeft ingestemd door middel van een door een gerecht goedgekeurde schikking of een in de loop van de procedure getroffen schikking, b) geen verweer voert tijdens de procedure overeenkomstig de toepasselijke voorschriften van de desbetreffende staat, c) na aanvankelijk tijdens de procedure de vordering te hebben betwist, niet verschijnt of niet vertegenwoordigd is tijdens de terechtzitting, voor zover dit volgens het recht van de desbetreffende lidstaat gelijk staat met stilzwijgende erkenning, d) bij authentieke akte uitdrukkelijk de schuldvordering heeft erkend. In sub a en d is sprake van 'actief onbetwiste schuldvorderingen' (de schuld is uitdrukkelijk erkend). Sub b en c kunnen worden gekwalificeerd als 'passief onbetwiste schuldvorderingen' (de schuld is niet uitdrukkelijk erkend, maar ook niet betwist).[16]
In de literatuur is gewezen op de wat raadselachtige formulering van art. 3 lid 1 sub c, waarin gesproken wordt over het niet verschijnen of niet vertegenwoordigd zijn, na aanvankelijk tijdens de procedure de vordering te hebben betwist.[17] Naar Nederlands recht kan immers ingevolge art. 139 Rv geen verstek meer worden verleend indien de verweerder al is verschenen om de vordering te betwisten. Mijns inziens wordt dit evenwel verduidelijkt door verwijzing naar het recht van de desbetreffende staat (de zogeheten *lex fori*); het verschilt immers per staat in welke gevallen er sprake is van verstek. In bijvoorbeeld Oostenrijk en Duitsland kan zich het geval voordoen dat een verweerder in het zogeheten 'Mahnverfahren' (een zeer korte, schriftelijke of elektronische incassoprocedure voor niet-betwiste geldvorderingen) aanvankelijk verweer voert, maar in de daaropvolgende procedure, welke het gevolg is van de betwisting, alsnog verstek laat gaan.[18] Ook kan worden gedacht aan het geval dat in eerste aanleg de vordering wordt betwist, maar in hoger beroep geen verweer wordt gevoerd. Zoals gezegd moet aan de hand van het recht van de desbetreffende staat worden beoordeeld of in een bepaald geval sprake is van 'niet verschijning' en of verstek wordt verleend.

4. Voorwaarden voor waarmerking als EET

Art. 5 EET-Vo bepaalt dat een beslissing die in de lidstaat van oorsprong als EET is gewaarmerkt, in de andere lidstaten wordt erkend en ten uitvoer gelegd zonder dat een verklaring van uitvoerbaarheid nodig is en zonder enige mogelijkheid de erkenning te betwisten. In art. 6 EET-Vo zijn de voorwaarden voor waarmerking als EET neergelegd. Art. 6 lid 1 bepaalt dat een in een lidstaat gegeven beslissing inzake een niet-betwiste schuldvordering, op te eniger tijd aan het gerecht van oorsprong gedaan verzoek, als Europese titel wordt aangemerkt, indien: a) de beslissing in de lidstaat van oorsprong uitvoerbaar is, b) de beslissing niet strijdig is met de bevoegdheidsregels van afd. 3 en 6 van hoofdstuk II van de EEX-Vo (betreffende verzekeringsovereenkomsten en exclusieve bevoegdheden), c) de procedure in de lidstaat van oorsprong aan de in hoofdstuk III gestelde minimumnormen voldoet indien het om een niet-betwiste schuld in de zin van art. 3 lid 1 sub b of c gaat, en d) de beslissing is gegeven in de lidstaat van de woonplaats van de schuldenaar indien het een niet-betwiste schuldvordering in de zin van art. 3 lid 1 sub b of c EET-Vo is en de schuldenaar een consument is.
Het in art. 6 lid 1 sub a neergelegde vereiste betreffende de uitvoerbaarheid in de staat van herkomst is voorwaarde in iedere executieregeling en spreekt verder voor zich.[19] De in art. 6 lid 1 sub b-d zullen hieronder nader worden besproken, waarbij eerst de bevoegdheidsvereisten als neergelegd in sub b en d aan de orde komen en vervolgens de minimumvereisten voor de procedure in de staat van herkomst, als bedoeld in sub c.

4.1. Bevoegdheid van het gerecht van oorsprong (art. 6 lid 1 sub b en d EET-Vo)

De zogeheten bevoegdheidstoets is in het internationale executierecht een bekend criterium. Wanneer het gerecht van herkomst niet op grond van de desbetreffende executieregeling (verdrag) of meer in het algemeen op grond van internationaal aanvaardbare criteria bevoegd was van de vordering kennis te nemen, dan vervalt als het ware de legitimiteit van de beslissing. De beslissing kan dan niet op internationale erkenning en tenuitvoerlegging rekenen.
De (beperkte) bevoegdheidstoets in art. 6 van de nieuwe EET-Vo is vrijwel identiek aan die van de EEX-Vo (zie art. 35 EEX-Vo). Ook spelen de bevoegdheidsregels van de EEX-Vo hierbij een belangrijke rol. Van belang om in het oog te houden is evenwel dat onder de EET-Vo het gerecht van het land waar de beslissing wordt gegeven zélf oordeelt of de genoemde bevoegdheidsregels niet zijn geschonden, en niet het gerecht van het land van de tenuitvoerlegging.
In art. 6 lid 1 sub b EET-Vo wordt verwezen naar de bevoegdheidsregels van afd. 3 en 6 EEX-Vo.[20] Afd. 3 (art. 8-14) EEX-Vo bevat dwingende bevoegdheidsregels voor verzekeringszaken. Globaal gezien komen deze erop neer dat de verzekeraar kan worden opgeroepen ofwel waar hij woonplaats heeft, ofwel waar de zwakkere partij (verzekeringnemer, verzekerde of begunstigde) woonplaats heeft, ofwel waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan. Wanneer de verzekeraar de eiser is, dan kan hij de zwakkere partij alleen oproepen daar waar deze woonplaats heeft. In afd. 6 (art. 22) EEX-Vo zijn de exclusieve bevoegdheidsgronden voor een vijftal bijzondere geschillen neergelegd. Deze zien op zakelijke rechten met betrekking tot onroerend goed, de geldigheid, nietigheid of ontbinding van vennootschappen, de geldigheid van in-

16 Termen gebruikt door Rauscher 2004, a.w. nt. 1, p. 24-25 ('Aktive/Passiv unbestrittene Forderung').
17 Zilinsky 2005, a.w. nt. 1, p. 149-150.
18 Zie Rauscher 2004, a.w. nt. 1, p. 26.
19 Het moment van uitvoerbaarheid wordt bepaald door het recht van het land waar de beslissing is gegeven. Dit verschilt per land; niet in ieder land heeft bijvoorbeeld hoger beroep schorsende werking. Zie hierover Zilinsky 2005, a.w. nt. 1, p. 30-32 en p. 152-153; Rauscher 2004, a.w. nt. 1, p. 30-31.
20 Vgl. art. 35 lid 1 EEX-Vo.

schrijvingen in openbare registers, de registratie of geldigheid van gedeponeerde of geregistreerde intellectuele eigendomsrechten en executiegeschillen.
Art. 6 lid 1 sub d EET-Vo heeft betrekking op de bevoegdheidsregels voor consumenten, welke in afd. 4 (art. 15-17) EEX-Vo zijn neergelegd. In sub d wordt evenwel niet volstaan met verwijzing naar de bevoegdheidsregels van deze afdeling, maar wordt een autonome bevoegdheidsregel gegeven.[21] Deze beoogt een ruimere bescherming aan de consument te geven dan onder de EEX-Vo het geval is. Bepaald wordt dat de beslissing in de lidstaat van de woonplaats van de schuldenaar moet zijn gegeven indien de schuldvordering niet betwist is in de zin van art. 3 lid 1 sub b of c EET-Vo en de schuldenaar een consument is. Drie elementen zijn derhalve van belang. Ten eerste moet de beslissing in het woonland van de consument zijn gegeven.[22] Inhoudelijk komt dit overeen met de bevoegdheidsregels van afd. 4 EEX-Vo, zij het dat het tijdstip waarop de consument woonplaats in het desbetreffende land moet hebben verschilt. Niet het moment van de vaststelling van de bevoegdheid, maar het moment van de waarmerking van de beslissing als EET is van belang. De consument verkrijgt hierdoor extra bescherming ten opzichte van de EEX-Vo. Ik zie de ratio van deze uitbreiding niet in omdat het aan een bevoegdheidstoets inherent is dat deze plaatsvindt aan de hand van het tijdstip waarop het gerecht zijn bevoegdheid beoordeelde, en niet op het moment dat over de executie wordt beslist.[23] Ten tweede dient sprake te zijn van een passief onbetwiste schuldvordering in de zin van art. 3 lid 1 sub b of c. Bij uitdrukkelijke erkenning van de schuld in de zin van art. 3 lid 1 sub a of d lijkt art. 6 lid 1 sub d niet toepasselijk en geniet de consument geen bescherming. Ook dit is een afwijzing van de EEX-Vo, waarin vanzelfsprekend het verschil tussen betwist en onbetwist geen enkele rol speelt. Overigens wordt in Bijlage I van de EET-Vo, dat het standaardformulier voor het bewijs tot waarmerking bevat, geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende vormen van onbetwiste vorderingen van art. 3 gemaakt, waardoor de consument ten onrechte alsnog bescherming zou krijgen indien sprake is van een actief onbetwiste schuldvordering (in de zin van art. 3 lid 1 sub a of d).[24] Ten derde moet de schuldenaar een consument zijn, wat ingevolge art. 6 lid 1 sub d inhoudt dat de overeenkomst betrekking moet hebben op een overeenkomst gesloten door een persoon, de consument, voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd. Ook op dit punt is de bescherming van de EET-Vo ruimer, omdat art. 15 EEX-Vo in lid 2 sub a-c voor de toepasselijkheid van de beschermende bevoegdheidsregels nadere vereisten stelt.[25]

4.2. Minimumnormen van Hoofdstuk III (art. 6 lid 1 sub c EET-Vo)

In het geval van passief onbetwiste vorderingen in de zin van art. 3 lid 1 sub b en c EET-Vo dient de procedure in de staat van herkomst bovendien aan de in hoofdstuk III (art. 12-19 EET-Vo) neergelegde minimumvoorwaarden te voldoen (zie art. 6 lid 1 sub c jo art. 12 lid 1 EET-Vo). Deze beogen te garanderen dat er in de staat van herkomst een behoorlijke rechtspleging heeft plaatsgevonden en de vordering daadwerkelijk onbetwist is. Zij zijn niet van toepassing in geval van uitdrukkelijk erkende vorderingen (art. 3 lid 1 sub a en d).

4.2.1. Betekeningsvereisten

De belangrijkste minimumnormen hebben betrekking op de betekening van het stuk dat het geding in de staat van herkomst inleidt en zijn neergelegd in art. 13-15 EET-Vo. Zij bevatten overigens geen toepasselijke rechtsregels voor de betekening, maar fungeren slechts als toetssteen. In geval van betekening aan een binnenlandse schuldenaar gelden de regels van 45 e.v. Rv. Ten aanzien van een verweerder met woonplaats in een andere EU-lidstaat geldt de Betekeningsverordening (Bet-Vo). Hoewel de preambule bij de EET-Vo vermeldt dat de EET-Vo de lidstaten niet verplicht hun nationale recht aan te passen, zal toch aan de autonome betekeningsvereisten van de EET-Vo moeten worden voldaan, wil men de beslissing als EET kunnen waarmerken.[26] De EET-Vo gaat hiermee verder dan bijvoorbeeld de EEX-Vo, die in art. 34 lid 2 een tijdige en juiste oproeping als vereiste voor de erkenning en tenuitvoerlegging stelt, maar geen concrete normen bevat. Ook gaan deze regels verder dan die van de Bet-Vo, welke voornamelijk organisatorische regels bevat en voor de concrete betekeningsvereisten naar het nationale betekeningsrecht van de lidstaten verwijst.[27]
Art. 13-15 EET-Vo bevatten elf mogelijke manieren van betekening, waarin – in tegenstelling tot het Nederlandse betekeningsrecht (zie met name art. 46 en 47 Rv) – geen rangorde zit. Uit het grote aantal mogelijkheden blijkt het compromiskarakter; er is zoveel mogelijk rekening gehouden met de verschillende wijzen van betekening in de lidstaten.[28] Art. 13 regelt vier manieren van betekening of kennisgeving met bewijs van ontvangst door de schuldenaar. Dit zijn de persoonlijke betekening of kennisgeving blijkend uit een door de schuldenaar ondertekende bevestiging (sub a) of blijkend uit een document ondertekend door de bevoegde persoon die de betekening of kennisgeving heeft verricht (sub b), betekening of kennisgeving per post of langs elektronische weg, blijkend uit een door de schuldenaar ondertekende en teruggezonden ontvangstbevestiging (sub c en d). In alle gevallen moet de ontvangstbevestiging de datum van inontvangstneming bevatten.

21 In het oorspronkelijke voorstel (Brussel, 18 april 2002, COM(2002) 159 def.) werd wel naar de bevoegdheidsregels van hoofdstuk 4 EEX-Vo verwezen. Dit stuitte op bezwaren omdat men om verschillende redenen de consument meer bescherming wilde geven. Zie hierover A. Stein, 'Der Europäische Vollstreckungstitel für unbestrittenen Fordering tritt in Kraft – Aufruf zu einer nüchternen Betrachtung', *IPRax* 2004, p. 188-189.
22 Voor het woonplaatsbegrip wordt verwezen naar art. 59 EEX-Vo.
23 Vgl. ook Zilinsky 2005, a.w. nt. 1, p. 153, die erop wijst dat de consument de waarmerking zelfs zou kunnen 'traineren' door halverwege de procedure te verhuizen.
24 Zie hierover Rauscher 2004, a.w. nt. 1, p. 39 en bijlage I EET-Vo, punt 10, 10.1 en 10.2.
25 Zie Rauscher 2004, a.w. nt. 1, p. 40; Stein, a.w. nt. 21. Zilinsky 2005, a.w. nt. 1, p. 153 verwijst hier ten onrechte naar het consumentenbegrip van art. 15 EEX-Vo.
26 Zie overweging 19 preambule EET-Vo. Art. 28 EET-Vo vermeldt dat zij de toepassing van de Bet-Vo onverlet laat.
27 Zie hierover ook Zilinsky 2005, a.w. nt. 1, p. 158-162; Freudenthal 2004, a.w. nt. 1, p. 400;
28 Zie uitgebreid over alle mogelijke manieren van betekening Rauscher 2004, a.w. nt. 1, p. 45-52.

Art. 14 EET-Vo verschaft zes betekeningsmogelijkheden zonder bewijs van ontvangst door de schuldenaar, waarbij de betekening doorgaans aan een ander persoon is gedaan. Dit kan zijn aan de huisgenoot (sub a), bij rechtspersonen aan iemand die aldaar in dienst is (sub b), door deponering in de brievenbus van de schuldenaar (sub c) of op het postkantoor of bij bevoegde autoriteiten onder schriftelijke mededeling daarvan in de brievenbus van de schuldenaar (sub d), per post zonder bewijs indien de schuldenaar zijn adres in de lidstaat van oorsprong heeft (sub e), langs elektronische weg, blijkens een automatische aankomstbevestiging, op voorwaarde dat de schuldenaar vooraf uitdrukkelijk met deze wijze van betekening heeft ingestemd (sub f). Deze wijzen van betekening zijn alleen toegestaan indien het adres van de schuldenaar met zekerheid bekend is (art. 14 lid 2 EET-Vo). De betekening moet blijken uit een document, ondertekend door de bevoegde persoon die de betekening heeft verricht, onder vermelding van datum en wijze van betekening of een ontvangstbevestiging van de persoon aan wie de betekening is geschied (art. 14 lid 3 EET-Vo).
Tot slot kan op grond van art. 15 EET-Vo de betekening of kennisgeving overeenkomstig art. 13 of 14 EET-Vo ook zijn geschied aan een vertegenwoordiger van de schuldenaar.
De vraag is in hoeverre de Nederlandse regeling voor betekening van stukken, als neergelegd in art. 45 e.v. Rv aan de betekeningsvereisten van de EET-Vo voldoet. In de memorie van toelichting bij het voorstel voor de Uitvoeringswet verordening Europese executoriale titel (hierna: Uitvoeringswet EET-Vo) wordt geconstateerd dat art. 13 en 14 EET-Vo methoden van betekening bevatten die de Nederlandse wet niet kent en dat daarin ook methoden niet worden genoemd die Nederland wel kent.[29] Omdat de EET-Vo als gezegd niet dwingt tot aanpassing van de nationale wetgeving, ziet de wetgever geen reden de Nederlandse regeling aan te passen. Een schuldeiser die de beslissing in een ander EU-land ten uitvoer wil laten leggen via een EET, dient bij aanvang van de procedure de deurwaarder hierover te informeren, zodat de betekening conform de voorschriften van de EET-Vo kan plaatsvinden.
Tot slot geldt op grond van art. 19 EET-Vo als aanvullend vereiste dat de schuldenaar volgens het recht van de lidstaat van oorsprong kan verzoeken om heroverweging van de beslissing indien de betekening of kennisgeving op een van de wijzen als vermeld in art. 14 EET-Vo is gebeurd en deze hem buiten zijn schuld om niet zo tijdig is geschied als met het oog op zijn verdediging nodig was (lid 1 sub a). Dit ziet bijvoorbeeld op het geval het stuk bij betekening per post verloren is gegaan en de verweerder niet heeft bereikt. In het oorspronkelijke voorstel van de Commissie was voor een tijdige betekening een termijn van 14 dagen voor een binnenlandse verweerder en 28 dagen voor een in een andere lidstaat wonende verweerder opgenomen.[30] Nu zal de tijdigheid in eerste instantie aan de hand van het recht van de desbetreffende lidstaat moeten worden bepaald. Voorts dient zowel in geval van betekening op grond van art. 13 of 14 een mogelijkheid tot heroverweging in de staat van herkomst ter beschikking te staan wanneer de verweerder wegens overmacht of buitengewone omstandigheden buiten zijn wil de vordering niet heeft kunnen betwisten (lid 1 sub b). In beide gevallen moet de betrokkene onverwijld handelen. Omdat de Nederlandse verzetregeling geheel andere gronden kent, voorziet art. 8 van het voorstel Uitvoeringswet EET-Vo in een aparte regeling. Een verzoek tot heroverweging moet worden ingediend binnen vier weken nadat de beslissing aan de schuldenaar bekend is geworden, of de buitengewone omstandigheden van sub b ophouden te bestaan. Gaat het om een vonnis of arrest dan wordt dit gedaan bij verzetexploot als bedoeld in art. 146 Rv, en in geval van een beschikking bij verzoekschrift.

4.2.2. Behoorlijke inlichting van de schuldenaar

Naast de betekeningsvoorschriften kent Hoofdstuk III ook meer inhoudelijke minimumvereisten. Art. 16 en 17 EET-Vo zien op de behoorlijke inlichting van de schuldenaar over de vordering. Art. 16 bepaalt dat om te verzekeren dat de schuldenaar naar behoren is ingelicht, het stuk dat het geding inleidt de naam en het adres van de partijen, het bedrag van de schuldvordering, de rentebepaling en de grondslag van de rechtsvordering moeten bevatten.
Art. 17 EET-Vo betreft de inlichting over de proceshandelingen die nodig zijn om de schuldvordering te betwisten. Het inleidende stuk moet duidelijke informatie bevatten ten aanzien van de vormvereisten voor de betwisting, met inbegrip van de termijn voor de schriftelijke betwisting of eventueel de datum van de terechtzitting, de naam en het adres van de instantie waaraan het antwoord moet worden gezonden of waarvoor men ter terechtzitting moet verschijnen en of procesvertegenwoordiging daarvoor noodzakelijk is. Voorts dient vermeld te worden wat de gevolgen zijn van het ontbreken van verweer of van het niet verschijnen ter terechtzitting, in het bijzonder een mogelijke beslissing of tenuitvoerlegging daarvan tegen de schuldenaar en een veroordeling in de proceskosten. Deze gegevens dienen ook ingevolge art. 111 Rv in de dagvaarding te worden vermeld. Wel moet met het oog op een gewenste EET bijzondere aandacht worden besteed aan de vermelding van de gevolgen van niet-betwisting als genoemd in art. 17.[31]

4.2.3. Herstel van niet-naleving van de minimumnormen

Art. 18 EET-Vo bevat de mogelijkheid van herstel van niet-naleving van de minimumnormen van art. 13-17, waardoor de beslissing alsnog als EET kan worden gewaarmerkt. Deze bepaling hangt samen met art. 34 lid 2 EEX-Vo.[32] Op grond hiervan kan ondanks een onjuiste of ontijdige betekening een exequatur worden verleend ten aanzien van een verstekbeslissing indien de verweerder de mogelijkheid heeft gehad in de staat van herkomst een rechtsmiddel in te stellen, maar dit niet heeft gedaan. Art. 18 lid 1 EET-Vo bepaalt in het verlengde hiervan dat een beslissing ondanks schending van art. 13-17 EET-Vo als een EET kan gelden indien deze beslissing zelf conform art. 13 en 14 is betekend en de schuldenaar naar behoren in kennis is gesteld van de mogelijkheid een rechtsmiddel met integrale toetsing in te

29 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 069, nr. 3, p. 4. Zie m.b.t. art. 55 Rv Zilinsky 2005, a.w. nt. 1, p. 162.
30 Art. 20 lid 3 voorstel (zie nt. 21).
31 Dit wordt wel in art. 111 lid 2 sub i Rv genoemd, maar art. 17 EET-Vo lijkt iets verder te gaan wat betreft de vermelding van een mogelijke beslissing en tenuitvoerlegging en veroordeling in de proceskosten. Zie hierover ook Zilinsky 2005, a.w. nt. 1, p. 165-166.
32 Zie Toelichting voorstel EET-Vo, p. 13.

stellen, maar dit heeft verzuimd. Lid 2 geeft een bijzondere herstelmogelijkheid indien de niet-naleving alleen de wijze van de betekening (als neergelegd in art. 13 en 14) betreft. Wanneer de vormvoorschriften van art. 13 of 14 niet in acht zijn genomen, dan worden de vormgebreken hersteld indien door het gedrag van de schuldenaar tijdens het proces is aangetoond dat hij het inleidende stuk wel degelijk persoonlijk en tijdig in ontvangst heeft genomen. Niet-naleving van de inhoudelijke vereisten van art. 16 en 17 EET-Vo kunnen dus niet worden geheeld door lid 2; hiervoor is integrale toetsing van de beslissing ingevolge lid 1 noodzakelijk.

5. Procedure tot waarmerking en de tenuitvoerlegging

5.1. Verstrekking van de EET en het bevoegde gerecht

Indien een beslissing betreffende een onbetwiste vordering in de zin van art. 3 EET-Vo aan de hierboven uitgewerkte vereisten van art. 6 jo. art. 12-19 EET-Vo voldoet, kan deze door een gerecht van de staat van herkomst als EET worden gewaarmerkt en ten uitvoer worden gelegd in alle andere lidstaten. Art. 6 EET-Vo bepaalt dat de waarmerking 'te eniger tijd' aan het gerecht van de staat van oorsprong verzocht kan worden. Dit kan derhalve ook geruime tijd na het geven van de beslissing. Ingevolge art. 7 EET-Vo kan ook de beslissing inzake de proceskosten als EET worden aangemerkt. Gedeeltelijke waarmerking van de beslissing als EET is mogelijk op grond van art. 8 EET-Vo.

De EET wordt op de voet van art. 9 EET-Vo verstrekt in de vorm van een standaardformulier, dat als bijlage I bij de verordening is opgenomen. Dit formulier bevat alle relevante gegevens, zoals de rechterlijke instantie die het bewijs verstrekt, de datum van de beslissing, namen en adressen van partijen, de hoogte van de erkende schuldvordering en de betalingstermijnen. Voorts dient dit formulier als checklist om te bepalen of aan de vereisten voor de waarmerking is voldaan. Voor gerechtelijke schikkingen en authentieke akten zijn in bijlage II en III standaardformulieren opgenomen (zie art. 24 en 25 EET-Vo). Het bewijs van waarmerking wordt verstrekt in de taal van de beslissing.

De verordening bepaalt niet welk gerecht bevoegd is de waarmerking te verlenen; dit wordt aan het nationale procesrecht overgelaten. Art. 6 spreekt alleen over een 'verzoek' aan het gerecht van oorsprong. Deze bepaling wordt uitgewerkt in art. 2 voorstel Uitvoeringswet EET-Vo. Conform art. 261 e.v. Rv kan de waarmerking worden verzocht door indiening van een verzoekschrift bij de voorzieningenrechter van het gerecht dat de beslissing heeft gegeven. Betreft het een beslissing van de kantonrechter, dan beslist deze over de waarmerking. Is de beslissing gegeven door het gerechtshof, dan dient het verzoek bij dit hof te worden gedaan. De schuldenaar wordt niet gehoord. Het verzoekschrift moet door een deurwaarder of procureur worden ingediend, behalve indien het een beslissing van de kantonrechter betreft.

5.2. Rechtsmiddelen tegen de verstrekking van EET

Het oorspronkelijke voorstel van de Commissie bevatte geen mogelijkheid een rechtsmiddel in te stellen tegen de toe- of afwijzing van de waarmerking, maar in navolging van de wijzigingsvoorstellen van het Europees Parlement is als compromis in art. 10 EET-Vo een nogal onduidelijke regeling opgenomen.[33] Het instellen van een rechtsmiddel werkt immers vertragend. Het uitgangspunt blijft ingevolge art. 10 lid 4 dat er geen rechtsmiddel ten gronde mogelijk is tegen het verstrekken van de waarmerking. In lid 1 worden evenwel twee gevallen genoemd waarin bij het gerecht van herkomst een verzoek tot rectificatie of intrekking van de waarmerking kan worden verzocht. Rectificatie kan plaatsvinden wanneer ten gevolge van een materiële fout de beslissing zelf en het bewijs van waarmerking verschillen. Niet aangegeven wordt wat onder een materiële fout wordt verstaan. In ieder geval zal het gaan om bijvoorbeeld het foutief overnemen van het verschuldigde bedrag in het bewijs van waarmerking. Voorts kan intrekking plaatsvinden wanneer in het licht van de in de verordening gestelde vereisten het bewijs van waarmerking kennelijk ten onrechte is toegekend. Hier zal het met name gaan om gevallen waarbij de in art. 3 en 6 jo. 12-19 EET-Vo gegeven voorwaarden niet in acht zijn genomen. Om een integrale toetsing lijkt het vanwege de toevoeging van 'kennelijk' niet te gaan. Voor het aanvragen van de rectificatie of intrekking kan gebruik worden gemaakt van het standaardformulier in bijlage VI (zie lid 3). Het recht van de lidstaat van herkomst is van toepassing op de procedure van rectificatie of intrekking (zie lid 2). Het voorstel Uitvoeringswet EET-Vo geeft hiertoe in art. 4 en 5 nadere regels.

5.3. Tenuitvoerlegging

De tenuitvoerlegging van de als EET gewaarmerkte beslissing vindt plaats conform het recht van de lidstaat van tenuitvoerlegging. Art. 20 EET-Vo bepaalt dat de EET onder dezelfde voorwaarden ten uitvoer wordt gelegd als een beslissing die in de lidstaat zelf is gegeven.[34]

De enige weigeringsgrond voor de tenuitvoerlegging is onverenigbaarheid met een in een van de lidstaten of een derde land gegeven eerdere beslissing. Vereist is dat de eerdere beslissing tussen dezelfde partijen is gegeven in een geschil dat hetzelfde onderwerp betreft en op dezelfde oorzaak berust en dat deze in de lidstaat van de tenuitvoerlegging is gegeven, of aan de voorwaarden voor erkenning in de lidstaat van tenuitvoerlegging voldoet. Voorts is van belang dat de onverenigbaarheid in de lidstaat van oorsprong in de gerechtelijke procedure niet als verweer is aangevoerd en niet aangevoerd had kunnen worden.[35] Dit laatste, nogal ongelukkig geformuleerde, vereiste strekt ertoe de verweerder te verplichten reeds in de procedure in het land van oorsprong de onverenigbaarheid aan de orde te stellen. Slechts wanneer hij hiertoe niet de mogelijkheid had, bijvoorbeeld omdat de strijdige beslissing in het land van oorsprong niet voor erkenning in aanmerking kwam, kan dit alsnog middels een executiegeschil in het land van tenuitvoerlegging aan de orde worden gesteld.

33 Europees Parlement, 8 april 2003, 1st reading T5-0135/2003, Amendment 8. Zie hierover Zilinsky 2005, a.w. nt. 1, p. 166-170; Rauscher 2004, a.w. nt. 1, p. 64-66.

34 Zie over de tenuitvoerlegging en de relevante Nederlandse bepalingen Zilinsky 2005, a.w. nt. 1, p. 172-187.

35 Op dit punt is de toetsing beperkter dan bij art. 34 lid 3 EEX-Vo.

6. Evaluatie en slotbeschouwing

De EET-Vo kan een waardevol instrument ter versnelling van de erkenning en tenuitvoerlegging, en daarmee de verwezenlijking van één Europees procesterritoir zijn. Dit oordeel is met opzet wat zuinig geformuleerd omdat er nogal wat haken en ogen zijn. Uit het bovenstaande is gebleken dat op een aantal punten onduidelijkheden bestaan en de regels een compromiskarakter hebben. Dit is onder meer het geval bij de formulering van de bevoegdheidstoets van art. 6 lid 1 sub d EET-Vo, verstekregeling van art. 13 en 14 EET-Vo en de rechtsmiddelenregeling van art. 10 EET-Vo. Een meer fundamenteel punt van kritiek is het vrijwel volledige gebrek aan toetsingsmogelijkheden in het land van de tenuitvoerlegging, ook wanneer het bijvoorbeeld de openbare orde aangaat. Ook wordt de bruikbaarheid in de praktijk wel betwijfeld vanwege de complexiteit en onduidelijkheid van bepaalde voorschriften. Hieronder wordt kort ingegaan op de belangrijkste punten van kritiek.

6.1. Systeemomslag en 'vertrouwensdogma'; het ontbreken van de openbare orde toets

Het meest in het oog springende gevolg van de EET-Vo is dat de (beperkte) toetsing in het kader van de tenuitvoerlegging verschuift van het gerecht van de staat van de tenuitvoerlegging naar de staat van oorsprong. In het klassieke systeem van internationale tenuitvoerlegging dient in de staat waar de executie plaats dient te vinden een exequatur te worden gevraagd. Het verschilt per executieregeling op welke punten de beslissing van het buitenlandse gerecht getoetst kan worden. Al onder het EEX-Verdrag gold binnen de EU een relatief soepele executieregeling, met beperkte toetsingsmogelijkheden. Bij de omzetting in een verordening is de regeling verder versoepeld. Onder de EEX-Vo geldt op grond van art. 41 EEX-Verdrag dat in eerste instantie geen toetsing aan de weigeringsgronden plaatsvindt. In beroep kan het gerecht evenwel alsnog de buitenlandse beslissing op een aantal punten toetsen (zie art. 45 jo. art. 34 en 35 EEX-Verdrag). Deze beperkte toetsing is gebaseerd op het vertrouwen in elkaars rechtssystemen en rechterlijke instanties. Dit vertrouwensbeginsel fungeert als leidraad in de rechtspraak van het Hof van Justitie betreffende het EEX-Verdrag/Vo.[36] In de EET-Vo ontbreekt iedere toetsingsmogelijkheid in de lidstaat van tenuitvoerlegging, behalve met betrekking tot de onverenigbaarheid van beslissingen in de zin van art. 21 EET-Vo. Daarmee wordt het vertrouwen in elkaars rechterlijke instanties daadwerkelijk blindelings. Het is aan het bevoegde gerecht van de staat die de beslissing gegeven heeft om te oordelen of deze in de andere EU-landen ten uitvoer gelegd mag worden. Afhankelijk van de uitvoeringsregeling die een land heeft, kan dit het gerecht (en de rechter) zijn die beslissing gegeven heeft, of wellicht een ander gerecht. In de literatuur is erop gewezen dat het kan gebeuren dat een rechter zichzelf op de vingers dient te tikken wanneer hij in het kader van de waarmerking constateert dat hij bijvoorbeeld de bevoegdheidsregels als bedoeld in art. 6 EET-Vo niet heeft nageleefd.[37]

In met name de Duitse literatuur is veel kritiek geuit op de schijnbaar onbeperkte drang om binnen de EU de tenuitvoerlegging te versoepelen, alsmede op het 'vertrouwensdogma'[38] waarop deze verordening is gebaseerd.[39] In verband hiermee is met name het ontbreken van de openbare orde toets een belangrijk punt van kritiek. Iedere internationale executieregeling kent als weigeringsgrond voor de tenuitvoerlegging strijd met de openbare orde. In de EET-Vo is deze bewust niet opgenomen. De consequentie hiervan is dat indien in een andere EU-lidstaat een vonnis wordt gewezen dat in strijd moet worden geacht met de Nederlandse openbare orde, deze toch zonder meer hier ten uitvoer kan worden gelegd wanneer het gerecht van het desbetreffende land deze als EET heeft gewaarmerkt. In de praktijk is het onderscheid met de executieregeling van de EEX-Vo op dit punt evenwel niet zo groot als het lijkt. Het Hof van Justitie hanteert een zeer restrictieve uitleg van de openbare orde exceptie, waardoor deze in de praktijk geen belangrijke rol speelt.[40] Ook komt deze exceptie pas aan de orde wanneer de geëxecuteerde na het instellen van een rechtsmiddel hierop een beroep doet.[41] Uit de rechtspraak blijkt dat de openbare orde nog wel een rol kan spelen in procedurele kwesties, bijvoorbeeld in geval van schending van art. 6 EVRM.[42] Naar mijn mening bevat de EET-Vo evenwel in beginsel afdoende garanties, in de vorm van de minimumnormen, om het ontbreken de openbare orde exceptie te ondervangen. Een principieel punt blijft evenwel dat het aan het gerecht van het herkomstland zelf is om de naleving van deze normen te beoordelen in het kader van de EET-waarmerking en dat de lidstaat van executie geen controle meer kan uitoefenen. Verder is het een gegeven dat veel Europese landen met procesrechtelijke problemen te kampen hebben. Dit varieert van (veel) te lang durende procedures, tot met name in de tien nieuwe lidstaten geconstateerde problemen als gebrekkige toegang tot de rechtspraak, gering vertrouwen van het publiek in de gerechtelijke instanties, gebrekkige kwaliteit van rechtspraak en zelfs (ernstige) corruptie.[43] In dit licht bezien is de betiteling van het vertrouwensbeginsel als 'vertrouwensdogma' enigszins begrijpelijk. De openbare orde kan niet meer worden ingezet tegen dergelijke uitwassen.

36 Zie HvJ EG 15 mei 1990, C-365/88, *Jur*. 1990, p. I-1845 (*Hagen*); HvJ EG 9 december 2003, zaak C-116/02, *NIPR* 2004, 36 (*Gasser*); HvJ EG 27 april 2004, C-159/02, *NIPR* 2004, 146 (*Turner*). Hierover 'X.E. Kramer, De harmoniserende werking van het Europees procesrecht: de diskwalificatie van de anti-suit injunction', *NIPR* 2005, nr. 2 (nng).

37 Zilinsky 2005, a.w. nt. 1, p. 153-154.

38 Term van Rauscher 2004, a.w. nt. 1, p. 7 ('das Vertrauensdogma').

39 Zie o.m. Rauscher 2004, a.w. nt. 1, p. 7-18; A. Stadler, 'Das Europaïsche Zivilprozessrecht-Wie viel Beschleunigung verträgt Europa?', *IPRax* 2004, p. 5, 7-9; Amendementsvoorstel I. Koukiadis als beschreven door Zilinsky 2005, a.w. nt. 1, p. 188. Anders: Zilinsky 2005, a.w. nt. 1, p. 189; Stein 2004, a.w. nt. 21, p. 182-187.

40 Zie o.m. HvJ EG 2 juni 1994, zaak C-414/92, *Jur*. 1994, p. I-2237 (*Solo Kleinmotoren GmbH/Boch*); HvJ EG 28 maart 2000, zaak C-7/98, *Jur*. 2000, p. I-1395 (*Krombach/Bamberski*).

41 Zie art. 41 en 45 EEX-Vo.

42 Zie *Krombach/Bamberski* (voetnoot 40); X.E. Kramer, 'Europees procesrecht en fundamentele procedurele vereisten: de rol van artikel 6 EVRM ter invulling van de openbare orde toets onder het EEX', *NIPR* 2004, p. 9-16.

43 Zie rapport 2003 betreffende nieuwe lidstaten: Comprehensive Country Monitoring Report, zie WWW <europa.eu.int/comm/enlargement/report_2003/>. Zie ook Kramer 2005, a.w. nt. 36.

Het is te hopen dat ook binnen EU-verband aan de verbetering van de procesrechtelijke praktijk kan worden gewerkt en van de verschillende verordeningen een goede invloed uitgaat.

6.2. Beperkte rechtsmiddelenregeling

Een ander punt van kritiek is de beperkte rechtsmiddelenregeling van art. 10 EET-Vo. Zoals hierboven aan de orde kwam, bevatte het oorspronkelijke ontwerp helemaal geen mogelijkheid om een rechtsmiddel tegen de EET-waarmerking in te stellen, maar is na kritiek toch een beperkte regeling opgenomen.[44] Van een volle beroepsmogelijkheid is echter geen sprake en betoogd is dat dit wellicht in strijd komt met het 'fair trial' beginsel.[45]

Mijns inziens is bij deze regeling een zorgvuldige afweging gemaakt tussen onnodige vertraging van de procedure en de mogelijkheid om fouten die gemaakt zijn bij de toekenning van de EET recht te zetten. Art. 10 EET-Vo maakt het instellen van een rechtsmiddel immers mogelijk wanneer de beslissing zelf en de waarmerking onderlinge verschillen vertonen, of wanneer de EET kennelijk ten onrechte is verleend. Hiermee worden voldoende waarborgen gegeven om onjuiste beslissingen ten aanzien van de waarmerking tegen te gaan. Wanneer eerst tegen de beslissing zelf, conform het nationale recht en met inachtneming van de minimumnormen van art. 18 en 19 EET-Vo, een rechtsmiddel kan worden ingesteld en vervolgens ook de waarmerking nog eens aan een volledige beroepsprocedure wordt onderworpen, schiet men het doel van het op korte termijn verkrijgen van een in EU-verband executeerbare titel voorbij. Voorts is ook in het kader van de klassieke exequaturverlening van de EEX-Vo de mogelijkheid om een rechtsmiddel in te stellen tegen de verlening van het verlof beperkt.[46] Wel ben ik van mening dat art. 10 EET-Vo niet helder is geformuleerd. Niet duidelijk is wat precies onder een 'materiële fout' moet worden verstaan en wat wordt bedoeld met het kennelijk ten onrechte toekennen van de waarmerking. Ook spreekt art. 10 zich alleen uit over het (ten onrechte) verlenen van de waarmerking, waardoor de vraag open blijft of tegen een afwijzing van de waarmerking wel volledig beroep conform de nationale regeling mogelijk is.

6.3. Complexiteit van de regeling en relevantie voor de praktijk

Naast de critici die de EET-Vo een stap te ver vinden gaan wat betreft bijvoorbeeld de afschaffing van de openbare orde toets, wordt ook betoogd dat zij juist niet ver genoeg gaat.[47] Zij ziet alleen op onbetwiste geldvorderingen, en de regeling van de minimumnormen en de rechtsmiddelen is nogal gecompliceerd. Dit dreigt de effectiviteit te ondergraven. Bovendien voorziet de EEX-Vo al in een eenvoudige exequaturprocedure, die in bepaalde gevallen wel eens sneller zou kunnen zijn.

De EET-Vo zou in beginsel een belangrijke rol kunnen spelen. In de lidstaten maken onbetwiste geldvorderingen zo'n 50 tot 80% van alle door de gewone burgerlijke rechtbanken behandelde zaken uit.[48] Voor Nederland is over 2002 het aantal verstekvonnissen in incassozaken op 191 000 vastgesteld, waarvan 0.75% een internationaal karakter heeft en daarmee komt het aantal beslissingen dat voor een EET in aanmerking zou komen op ongeveer 1432 gevallen per jaar.[49] De beperking tot onbetwiste geldvorderingen wordt voorts gerechtvaardigd door de buitenproportionele kosten die de inning van onbetwiste geldvorderingen in het buitenland voor het bedrijfsleven met zich meebrengen. Ook is de EET-Vo slechts een *pilot* in het proces van de vergemakkelijking van de executie en afschaffing van het exequatur.[50] Deze verordening lijdt nog onder de kenmerken van een compromis tussen enerzijds een vrij verkeer van beslissingen in de EU en anderzijds het behoud van enige nationale controle over buitenlandse beslissingen. Dit lijkt in het licht van de snelheid waarmee in de afgelopen jaren procesrechtelijke verordeningen zijn vastgesteld en de scepsis waarmee bepaalde ontwikkelingen en voorstellen door de lidstaten worden begroet vooralsnog onvermijdelijk.[51] Ook het gebrek aan harmonisatie van (incasso)procedures en procedurele normen, bijvoorbeeld waar het de betekening betreft, maakt het opstellen van minimumnormen met een weinig vastomlijnd karakter welhaast onontkoombaar.

Het is duidelijk dat de ontwikkeling van het procesrecht in de EU een hoge prioriteit heeft en een onomkeerbaar proces is. Nu moet alleen nog worden gezocht naar een duidelijkere gemeenschappelijke lijn waarlangs het beste gestalte kan worden gegeven aan het Europees procesrecht.

---

44 Zie par. 5.2.

45 Rauscher 2004, a.w. nt. 1, p. 64; Stadler 2004, a.w. nt. 39, p. 7. Anders: Zilinsky 2005, a.w. nt. 1, p. 168.

46 O.g.v. art. 45 is slechts toetsing aan de in art. 34 en 35 EEX-Vo limitatief opgenomen weigeringsgronden mogelijk.

47 Van het Kaar 2005, a.w. nt. 1, p. 37; Freudenthal 2004, a.w. nt. 1, p. 401; A.M.C. Boerwinkel en P.M.M. van der Grinten, 'Wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen', *Justitiële verkenningen* 2004, p. 56; A. Mourre en Y. Lahlou, 'Chronique de droit international privé (2004)', *RDAI/IBLJ* 2004, p. 553; C. Baker, Le titre exécutoire, Une avancée pour la libre circulation des décisions?, *JCP* 2003, p. 991.

48 Zie toelichting voorstel EBB-Vo, p. 5 (par. 2.2.2).

49 MvT voorstel Uitvoeringswet EET-Vo, p. 6.

50 Zie par. 2.1 en 2.2.2.

51 Zie bijv. de kritiek op de in par. 2.2.2 behandelde voorstellen en de afschaffing van de openbare orde in de EET-Vo.

KORT EN BONDIG

Nr. 66

De werknemer en secundair faillissement*

Steeds minder vaak beperken de gevolgen van een faillissement zich keurig tot de Nederlandse grens. Het is geen uitzondering meer dat vermogen en aansprakelijkheden van een schuldenaar op moment van faillissement zich in meerdere landen bevinden. Dat geldt ook voor de arbeidsovereenkomst. Mede dankzij de vrijheid van vestiging en vrij verkeer van werknemers binnen de EG is het goed mogelijk dat een werkgever in een lidstaat failliet wordt verklaard terwijl (een deel van de) werknemers bij een vestiging in een andere lidstaat werkzaam zijn.

Dit was ook het geval in het 'faillissement' van de Engelse vennootschap *TransBus International Ltd (TransBus)*. *TransBus* was gevestigd te Cardiff (VK) en werd op 31 maart 2004 door de Engelse rechter in *administration* geplaatst. *TransBus* had, ten behoeve van de import en groothandel in bus- en brandweerchassis binnen de Benelux, een vestiging in het Nederlandse Nuenen. Bij deze vestiging was Van der Putten als werknemer werkzaam. De Europese Insolventieverordening (IVO) beoogt voor de communautaire gevolgen van faillissementen duidelijkheid te scheppen maar is daar, blijkens een drietal uitspraken van de Rb. 's Hertogenbosch, in elk geval met betrekking tot de arbeidsovereenkomst niet geheel in geslaagd.[1]

Op grond van de Insolventieverordening verkrijgt een insolventieprocedure geopend in de lidstaat waar de schuldenaar zijn centrum van voornaamste belangen heeft in beginsel werking en kan de curator zijn bevoegdheden uitoefenen in de andere lidstaten. Hierop bestaan uitzonderingen. Rechten van derden op goederen (zekerheidsrechten) in andere lidstaten blijven buiten schot en in een aantal gevallen is een ander recht van toepassing. Voorts bestaat de mogelijkheid van een secundaire procedure. Secundaire procedures kunnen worden geopend in een lidstaat waar de schuldenaar een vestiging bezit. Zij beperken zich tot liquidatie van goederen in die lidstaat gelegen en worden in beginsel ook beheerst door het recht van die lidstaat.

De belangrijkste functie van de secundaire procedure is de bescherming van lokale belangen. Dit moet onder andere gezien worden in het licht van het feit dat de Insolventieverordening insolventieprocedures Europese werking verleent, ongeacht of dit reorganisatie- of liquidatieprocedures zijn. Reorganisatieprocedures kunnen de rechten van schuldeisers echter verregaand inperken. Er wordt wel gesproken van een *bankruptcy tax*: zouden reorganisatieprocedures onverkort in andere lidstaten werken, dan zouden buitenlandse crediteuren mee moeten betalen aan een reorganisatie in een ander land. Door crediteuren de mogelijkheid te geven een secundaire procedure aan te vragen, kunnen zij die gevolgen van de vreemde reorganisatieprocedure goeddeels blokkeren. Daarnaast kan de secundaire procedure de curator als 'hulpprocedure' dienen, indien dat voor een efficiënt beheer van de boedel nodig is. In het geval van *TransBus* en werknemer Van der Putten stonden deze functies haaks op elkaar.

Ingevolge art. 4 IVO werden de gevolgen van de Engelse *administration* procedure in Nederland in beginsel door Engels recht bepaald. Ten aanzien van de arbeidsovereenkomst tussen *TransBus* en Van der Putten bepaalt art. 10 IVO echter dat zij uitsluitend beheerst worden door het recht dat van toepassing is op de arbeidsovereenkomst; *in casu* Nederlands recht. De bedoeling van deze bepaling is dat een insolventieprocedure in een zuster-lidstaat dezelfde gevolgen heeft als een gelijksoortige, binnenlandse procedure. Voor de werknemer dient het in beginsel geen verschil te maken waar precies zijn werkgever in een insolventieprocedure belandt.

De Engelse *administration* procedure is gericht op reorganisatie en niet op liquidatie. Als zodanig laat deze procedure zich eerder vergelijken met de Nederlandse surséance van betaling dan met de faillissementsprocedure. Voor de positie van Van der Putten was dit van aanzienlijk belang. De gevolgen van een reorganisatieprocedure in een andere lidstaat voor zijn arbeidsovereenkomst waren in beginsel die gevolgen die een surséance van betaling in Nederland zou hebben gehad. Zouden de Engelse *administrators* zijn overeenkomst met *TranBus* hebben opgezegd, dan hadden zij daarbij de bepaling van art. 239 Fw in acht moeten nemen. Bovendien zouden zij voor opzegging een vergunning van de CWI nodig hebben gehad. Art. 6 lid 2 sub c BBA verklaart het vergunningsvereiste weliswaar niet van toepassing in faillissement en schuldsanering; in surséance blijft het onverminderd van kracht.

De Engelse *administrators* gingen echter niet over tot opzegging van de arbeidsovereenkomst met Van der Putten. In plaats daarvan dienden zij een verzoek in tot opening van een secundaire procedure in Nederland. Anders dan een hoofdprocedure is een secundaire procedure volgens art. 3(3) en 27 IVO noodzakelijkerwijs een 'liquidatieprocedure'. In Nederland kan derhalve slechts een faillissements- of schuldsaneringsprocedure als secundaire procedure worden geopend.[2] Op 24 mei wordt het (secundaire) faillissement ook inderdaad geopend.[3]

Van der Putten zag met opening van het secundaire faillissement de bui al hangen. Hij vermoedde dat, nu het niet langer zou gaan om een met een surséance van betaling gelijk te stellen buitenlandse 'reorganisatieprocedure' maar een Nederlands faillissement, de curator met gebruik van het versoepelde ontslagregime in faillissement een einde

* Citeerwijze: J. Israël, 'De werknemer en secundair faillissement', *NTBR* 2005, 66.

1 Rb. 's Hertogenbosch 24 mei 2004, *JOR* 2004, 212; 16 juni 2004, *JOR* 2004, 213; en 24 juni 2004, *JOR* 2004, 214, m.nt. Loesberg.

2 Bijlage B van de Verordening.

3 Rb. 's Hertogenbosch 24 mei 2004, *JOR* 2004, 212.

aan de arbeidsovereenkomst zou maken. In faillissement geldt een verkorte opzegtermijn van maximaal zes weken (art. 40 Fw) en behoeft de curator niet langer een vergunning van de CWI. Van der Putten tekende derhalve verzet aan tegen de faillietverklaring. Volgens hem hadden de *administrators* geen redelijk belang bij de faillissementsaanvraag en zou er sprake zijn van misbruik van de secundaire procedure.[4]

De rechtbank zag dat anders en verklaarde het verzet ongegrond. Volgens de rechtbank dient de secundaire insolventieprocedure onder een efficiënt beheer van de boedel. De Engelse *administrators* hadden daarbij aangevoerd dat zowel de bank waarbij *TransBus* een of meer rekeningen had als de verhuurder van het pand dat zij voor haar vestiging had gehuurd, niet zonder meer genegen waren met de *administrators* te handelen en deze als bevoegde partij te erkennen. 'Onder deze omstandigheden', zo overwoog de rechtbank, 'hebben de *administrators* voldoende belang bij het openen van een secundaire procedure' en 'is er geen sprake van een situatie waarin het faillissement enkel is aangevraagd met het doel afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming die hij geniet'.[5]

De rechtbank gaat ervan uit dat misbruik van faillissement, ook als dit wordt aangevraagd als secundaire procedure in het kader van de Insolventieverordening, in beginsel mogelijk moet worden geacht.[6] Dat lijkt mij op zich juist. Maar welke maatstaf dient hierbij gehanteerd te worden? Geldt het Nederlands recht inzake misbruik van faillissement of dient misbruik van secundair faillissement volgens communautaire, EU-maatstaven te worden bepaald? De verordening zwijgt hierover. Terecht lijkt de rechtbank uit te gaan van het eerste.

De opstellers van de Insolventieverordening hebben voor de bevoegdheid een secundaire procedure aan te vragen bewust een eis van specifiek belang achterwege gelaten. Dat betekent echter niet dat ieder verzoek van curator of schuldeiser tot opening van een secundaire procedure ook ingewilligd moet worden. Het recht van de lidstaat waar de procedure wordt aangevraagd, bepaalt de voorwaarden voor opening voor zover deze niet worden bestreken door de verordening. De verordening brengt slechts op twee punten verandering in de door het nationale recht gestelde voorwaarden: de bevoegdheid van de curator van de hoofdprocedure een secundaire procedure aan te vragen en de insolventie van de schuldenaar behoeft niet meer behandeld te worden. 'Voor het overige' zo meldt het Toelichtend Rapport, 'gelden *zonder meer* de voorwaarden van het nationale recht'. Ook *'frivolous filings'*[7] en (ander) misbruik worden derhalve beheerst door het nationale recht van de lidstaat waar de procedure wordt aangevraagd.[8]

De aanvraag van de Engelse *administrators* van *TransBus* diende derhalve aan het Nederlands recht te worden getoetst, meer in het bijzonder aan de bepaling omtrent misbruik van bevoegdheid van art. 3:13 BW. Daarbij is niet het doel van faillissement als zodanig bepalend maar het doel van faillissement als secundaire procedure. Derhalve deed de rechtbank terecht als niet relevant af de stelling van Van der Putten dat de Nuenense vestiging solvabel was. De vraag of de schuldenaar in een insolventieprocedure thuishoort, is de rechter van de hoofdprocedure voorbehouden en dient bij de secundaire procedure achterwege te blijven.[9]

Een vraag die helaas niet aan de orde kwam, is of er sprake was van misbruik gezien de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening van een bevoegdheid en het belang dat daardoor wordt geschaad. Het belang van de *administrators*, voozover dat uit de uitspraak blijkt, was immers welbeschouwd minimaal. Dat een bank en verhuurder niet zonder meer genegen zijn de *administrators* als bevoegde partij te erkennen kan nauwelijks meegerekend worden. Bevoegdheden die de *administrators* volgens Engels recht hebben, kunnen ook hier te lande worden uitgeoefend. Dat vloeit rechtstreeks voort uit de verordening; erkenning of medewerking van schuldeisers is niet nodig. Nu is het Van der Putten als werknemer die betaalt om aan de aarzeling van bank en verhuurder tegemoet te komen.

Met het verzet ongegrond was de kous niet af. De Nederlandse curator in het secundair faillissement ging op 1 juni inderdaad over tot opzegging van de arbeidsovereenkomst met Van der Putten, waar hij de benodigde machtiging van de rechter-commissaris voor had verkregen. Tegen deze machtiging stelt Van der Putten beroep in, op grond dat hij niet in dienst is bij het filiaal te Nuenen maar bij de buitenlandse vennootschap *TransBus*; dat de Nederlandse curator derhalve onbevoegd is; en dat de machtiging van de rechter-commissaris onterecht is afgegeven.

De verordening is op dit punt inderdaad pijnlijk onduidelijk. Omdat secundaire procedures slechts werken ten aanzien van de goederen in de lidstaat waar de procedure is geopend, is bepaling van de ligging van goederen cruciaal. Art. 2(g) IVO bevat een definitie van de zinsnede 'lidstaat waar een goed zich bevindt': zaken in de lidstaat waar ze zijn gelegen; registergoederen waar het register wordt gehouden en vorderingen van de schuldenaar op derden waar de derde zijn centrum van voornaamste belangen heeft. Deze bepaling is echter slecht toegesneden op lopende, wederkerige overeenkomsten met vorderingen over en weer. De rechtbank kiest dan ook voor een andere oplossing. Hij overweegt dat de curator benoemd in de Nederlandse secundaire procedure 'immers bevoegd (moet) worden geacht werknemers in Nederland te ontslaan'. De rechtbank volgt hiermee Van Galen die van mening is dat 'in ieder geval de overeenkomsten die uitsluitend de nevenvestiging aangaan onder de secundaire procedure vallen'. Het zou 'toch wat oneigenlijk' zijn als een buitenlandse curator de 'in Nederland werkzame werknemers' zou moeten ontslaan, terwijl er hier te lande een secundaire procedure loopt.[10]

Op het eerste gezicht lijkt hier veel voor te zeggen, zeker vanuit het oogpunt van effectieve afwikkeling van de (secundaire) boedel. Toch zitten hier de nodige haken en ogen aan. Vooreerst betekent feitelijk 'in Nederland werkzaam' zijn niet hetzelfde als het hebben van een arbeidsovereen-

4 Rb. 's Hertogenbosch 16 juni 2004, *JOR* 2004, 213.
5 Ibidem.
6 Vgl. noot Loesberg bij Rb. 's Hertogenbosch 24 juni 2004, *JOR* 2004, 214.
7 Balz, The European Convention on Insolvency Proceedings, Am. Bankr. L. J. 1996, 485, 522.
8 Zie toelichting bij art. 27, met name par. 211 en 223.
9 Zie ook art. 27 IVO.
10 Van Galen, *TvI* 2002, 139-147.

komst die 'uitsluitend' de nevenvestiging aangaat. In het verlengde hiervan, wanneer precies gaat een (arbeids-) overeenkomst 'uitlsuitend' een nevenvestiging aan en wat is rechtens indien de overeenkomst niet uitsluitend de nevenvestiging aangaat? Punt is dat het formuleren van een hanteerbaar criterium om lopende overeenkomsten de een of andere procedure toe te wijzen geen sinecure is. De rechtbank gaat er kennelijk vanuit dat art. 2(g) niet van toepassing is op lopende arbeidsovereenkomsten. Had het dan niet voor de hand gelegen te concluderen dat, aangezien de verordening niet bepaalt in welke lidstaat de arbeidsovereenkomst zich bevindt, de overeenkomst *dus* in de hoofdprocedure thuishoort? De overeenkomst zou dan nog steeds volgens Nederlands recht moeten worden opgezegd maar wel door de Engelse *administrators* en wel alsof het om een surséance en niet faillissement ging.

Deze uitkomst zou 'wat oneigenlijk' zijn maar is dat wel zo? Zonder secundaire procedure is de buitenlandse curator ook bevoegd tot opzegging van arbeidsovereenkomsten met werknemers werkzaam in een andere lidstaat dan wel ten behoeve van een vestiging in een andere lidstaat. Vormt het een onoverkomelijk obstakel voor de curator bij afwikkeling van de secundaire boedel? Ik betwijfel dat. Met voldoende overleg en samenwerking tussen de curator van de hoofdprocedure en secundaire procedure, kunnen hun beslissingen eenvoudig op elkaar worden afgestemd. Dat is overigens evenzeer nodig, indien de arbeidsovereenkomst in de secundaire procedure wordt ondergebracht maar de curator van de hoofdprocedure in het kader van een reorganisatie het bedrijf wil voortzetten. Het is juist met het oog op de noodzaak van de coördinatie van procedures dat art. 31 IVO curatoren verplicht tot wederzijds overleg en samenwerking.

De opening van een secundaire procedure roept voor arbeidsovereenkomsten enkele lastig te beantwoorden maar (voor de werknemer zeker) belangrijke vragen op. Het is wat dat betreft onbevredigend dat de rechtbank volstaat met de stelling dat de curator bevoegd *moet* worden geacht. Evenals de conclusie dat er geen sprake was van misbruik van secundaire procedure dient dit oordeel van de rechtbank mijns inziens niet al te snel als juist te worden aanvaard. Immers, het resultaat is dat het de (in dit geval Nederlandse) werknemer is die, juist vanwege een secundaire procedure, alsnog een *bankruptcy tax* moet betalen voor een reorganisatie die in een andere lidstaat plaatsvindt. En dat was nu juist niet de bedoeling.

Jona Israël
universitair docent handels- en ondernemingsrecht, verbonden aan de capaciteitsgroep privaatrecht, Universiteit Maastricht

Europese klassiekers

Walford v Miles [1992] 1 All ER 453, [1992] 2 AC 128*

Nr. 67

*C. Bollen***

1. De tegengestelde belangen van onderhandelende partijen

> *'Het concept van een verplichting om te goeder trouw te onderhandelen is inherent tegenstrijdig met de tegengestelde belangen van de onderhandelende partijen. Iedere partij mag haar eigen belangen nastreven'.*

Een Nederlandse jurist zou van een dergelijke overweging van ons hoogste rechtscollege schrikken. Wij zijn immers opgegroeid met de opvatting dat partijen door in onderhandelingen te treden tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding. Dit brengt mee dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van hun wederpartij.[1]

Hoe anders is dit in Engeland. Daar is het uitgangspunt dat je niet te goeder trouw hoeft te onderhandelen. Je hoeft geen rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Onderhandelingen vinden plaats 'at arms length'. De House of Lords heeft dat meer dan duidelijk gemaakt in de zaak Walford v Miles.[2] De vraag is ech-

* Citeerwijze: C. Bollen, 'Walford v Miles [1992] 1 All ER 453, [1992] 2 AC 128', *NTBR* 2005, 67.

** Universitair docent privaatrecht Universiteit Maastricht. Met dank aan Ton Hartlief, Nicole Kornet en Jan Smits voor hun opmerkingen bij een eerdere versie.

1 Vgl. HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67, m.nt. L.E.H.R. (Baris/Riezenkamp).

2 Over de zaak Walford v Miles en de verplichting om al dan niet te goeder trouw te onderhandelen is veel geschreven, ook in rechtsvergelijkend perspectief. Zie bijvoorbeeld de case notes bij Walford v Miles in ERPL 1994, p. 269-327; N. Cohen, 'Pre-contractual duties: two freedoms and the contract to negotiate', in: J. Beatson and D. Friedmann (eds.), *Good faith and fault in contract law*, Oxford: Clarendon Press 1997, p. 25-56; 'Case 3: Breaking off negotiations', in: R. Zimmermann and S. Whittaker (eds.), *Good faith in European contract law*, Cambridge: Cambridge University Press 2000, p. 236-257; M.W. Hesselink, *Contractenrecht in perspectief*, Den Haag: BJu 2004, p. 15 e.v.; J.H.M. van Erp, 'The pre-contractual stage', in: A.S. Hartkamp e.a. (eds.), *Towards a European Civil Code*, 3rd fully revised and expanded ed., Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 363-380. Deze greep uit de literatuur is verre van volledig.

ter of dit verschil in uitgangspunt ook leidt tot een verschil in uitkomst met het Nederlandse recht.

2. De feiten en het procesverloop

Het echtpaar Miles was eigenaar van een foto-ontwikkellaboratorium in Londen en de grond waarop dit bedrijf was gevestigd. In 1985 besloten zij wegens ziekte van mr. Miles de grond en het bedrijf te verkopen. Ze onderhandelden over een overname met de accountants van het bedrijf, Patel en Khanderia. Dit leidde uiteindelijk tot een bod van 1,9 miljoen pond. Tot een overeenkomst kwam het niet.
Inmiddels was het feit dat het bedrijf te koop stond ook ter ore gekomen van de broers Walford, die een koopje meenden te ruiken; volgens hen was het bedrijf 'dramatically undervalued'. Hoewel zij geen verstand hadden van de fotobusiness waren zij bereid 2 miljoen pond te betalen. Er vond een gesprek plaats tussen Martin Walford en mr. Miles. In dat gesprek werd een aantal punten van de beoogde overeenkomst besproken. Miles was bereid te garanderen dat, onder meer, de 'trading profits' in het eerste jaar minimaal 300 000 pond zouden bedragen. Verder zou Miles nog gedurende het eerste jaar meehelpen in de zaak om de Walfords zodoende de kneepjes van het vak bij te brengen.
Op basis van deze uitgangspunten onderhandelden de Walfords en Miles. Uiteindelijk werd afgesproken dat wanneer de Walfords voor 20 maart zorgden voor een 'comfort letter' van hun bank, een soort bankgarantie, Miles eventuele onderhandelingen met derden zou afbreken en ook niet zou ingaan op een aanbod of een uitnodiging om te onderhandelen van een derde. Een dergelijke afspraak wordt een 'lock-out agreement' genoemd. Wel was alles uitdrukkelijk 'subject to contract'.[3]
De Walfords zorgden voor de 'comfort letter'. Op 25 maart werd de ontvangst ervan schriftelijk bevestigd door een vertegenwoordiger van Miles, die tevens schreef dat Miles nog steeds de zaak wilde verkopen op de afgesproken voorwaarden, maar dat alles nog steeds 'subject to contract' was. Op 30 maart echter meldden de Miles dat zij besloten hadden met Patel en Khanderia in zee te gaan. De Walfords die een buitenkans in rook zagen opgaan, lieten het er niet bij zitten. Zij startten een procedure en vorderden 1 miljoen pond, zijnde het verschil tussen hetgeen het bedrijf volgens hen waard was (3 miljoen pond) en hetgeen zij ervoor zouden betalen (2 miljoen pond) en tevens de gedurende de onderhandelingen gemaakte kosten, onder andere voor het verkrijgen van de comfort letter, zijnde 700 pond.
Gedurende de behandeling van de zaak gaven de Miles de reden waarom zij uiteindelijk het bedrijf toch niet aan de Walfords wilden verkopen. De Miles waren bang dat zij en hun personeel niet overweg konden met Martin Walford, zodat het personeel mogelijk zou vertrekken en de gegeven garantie van 300 000 pond niet gehaald zou worden. Verder vreesden zij dat de gezondheid van mr. Miles achteruit zou gaan gedurende het jaar dat hij nog in de zaak moest blijven werken. Toen Patel en Khanderia bereid bleken ook 2 miljoen pond te betalen, hadden zij dan ook besloten de zaak aan hen te verkopen. De overeenkomst met Patel en Khanderia bevatte substantieel andere voorwaarden.
De eerste rechter, de 'trial judge' van de High Court, kwam tot het oordeel dat de lock-out agreement een 'collateral agreement', een soort nevenovereenkomst, was. Deze nevenovereenkomst strekte ertoe dat de Miles lopende onderhandelingen met derden zouden afbreken en ook niet zouden ingaan op een eventuele uitnodiging om te onderhandelen of een aanbod van een derde. Volgens de rechter hadden de Miles zich eenzijdig uit deze overeenkomst teruggetrokken en dus waren zij aansprakelijk. De schade, in dit geval de gederfde winst, kwam voor vergoeding in aanmerking en diende vervolgens nog te worden vastgesteld. Tevens veroordeelde de rechter de Miles tot vergoeding van de gemaakte kosten op grond van misrepresentation. Mr. Miles had immers gezegd dat hij niet met derden zou praten als de Walfords voor de comfort letter zouden zorgen. De rechter was er van overtuigd dat mr. Miles wel contact was blijven houden met Patel. De mededeling van Miles was dus volgens de rechter een misrepresentation, een onjuiste mededeling die naar Engels recht tot schadevergoeding verplicht.
De Court of Appeal oordeelde anders. Volgens twee van de drie rechters was de nevenovereenkomst een niet-afdwingbare overeenkomst. Wel liet de Court of Appeal de veroordeling tot vergoeding van de gemaakte kosten op grond van misrepresentation in stand.

3. De beslissing van de House of Lords

De Walfords legden deze beslissing voor aan de House of Lords. Dit rechterlijk college diende enkel te oordelen over de vraag of de onderhandelingen hadden mogen worden afgebroken; de veroordeling tot betaling van 700 pond voor de gemaakte kosten werd niet betwist door Miles.
De belangrijkste vraag was of de gemaakte afspraak om niet met derden te onderhandelen geldig was en wat deze afspraak nu precies inhield. De Walfords stelden dat deze nevenovereenkomst niet enkel inhield dat Miles niet met derden mocht onderhandelen, maar ook dat Miles 'in good faith' met de Walfords diende te onderhandelen. Er was dus niet enkel sprake van een lock-out agreement, maar deze overeenkomst was tevens een lock-in agreement. Een afspraak die alleen inhield dat Miles niet met derden mocht praten was in hun ogen weinig zinvol, dus voerden zij aan dat een dergelijke overeenkomst een implied term bevatte om te goeder trouw, in redelijkheid en billijkheid, met de Walfords te onderhandelen. Een dergelijke implied term was noodzakelijk om de nevenovereenkomst 'business efficacy' te geven.[4] Dus waren de Miles niet alleen 'loc-

3 Wat de precieze betekenis van een dergelijk beding is, is een kwestie van uitleg. Zie hierover H.J. de Kluiver en C.A. Schwarz, 'Onderhandelen onder voorbehoud, in het bijzonder met rechtspersonen', in: B. Wessels (red.), *Onderhandelen, bemiddelen en schikken*, 2e druk, Deventer 1998, p. 103-108. In casu werd het beding zo uitgelegd dat al hetgeen waarover overeenstemming leek te bestaan opnieuw in de onderhandelingen kon worden betrokken, zie de overweging van Lord Ackner, [1992] 1 All ER 453, op p. 460. Zie ook hierna, onder 5.

4 Zie over implied terms en wanneer deze in Engeland (kunnen) worden aangenomen uitgebreid N. Kornet, 'The Moorcock (1889) LR 14 P.D. 64', Europese klassiekers, *NTBR* 2005, nr. 21, p. 108-113.

ked out' om met derden te onderhandelen, ze waren ook 'locked in' om met de Walfords te onderhandelen.[5]
In een 'single speech' maakt Lord Ackner korte metten met deze redenering.[6] Eerst gaat hij in op de stelling dat de nevenovereenkomst een verplichting inhoudt voor Miles om met Walford te onderhandelen, dat dus sprake was van een lock-in agreement. De eerste vraag die dan opdoemt, is hoe lang deze verplichting tot onderhandelen duurt. De overeenkomst zelf bevatte hierover immers geen bepaling. Ook hier voerde Walford aan dat een implied term moest worden aangenomen, namelijk dat de onderhandelingen mochten worden afgebroken als de Miles daarvoor een goede reden, een 'proper reason' hadden. Lord Ackner verwerpt deze opvatting in duidelijke bewoordingen:

> *'The reason why an agreement to negotiate (dit is dus een lock-in agreement, CB) (...) is unenforceable is simply because it lacks the necessary certainty. (...) This uncertainty is demonstrated in the instant case by the provision which it is said has to be implied in the agreement for the determination of the negotiations. How can a court be expected to decide whether, subjectively, a proper reason existed for the termination of negotiations? The answer suggested depends upon whether the negotiations have been determined 'in good faith'. However, the concept of a duty to negotiate in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations'.*[7]

Lord Ackner geeft vervolgens aan waarom dit zo is:

> *'Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact in the hope that the opposite party may seek to reopen the negotiations by offering him improved terms. (Walford) accepts that the agreement upon which he relies does not contain a duty to complete the negotiations. But that still leaves the vital question: how is a vendor ever to know that he is entitled to withdraw from further negotiations? How is the court to police such an 'agreement'? A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of the negotiating party. It is here that the uncertainty lies. In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from these negotiations, at any time and for any reason. There can be thus no obligation to continue to negotiate until there is a 'proper reason' to withdraw. Accordingly, a bare agreement to negotiate has no legal content'.*[8]

Exit lock-in agreement. Exit verplichting om te goeder trouw te onderhandelen. De Walfords hadden nog één pijl op hun boog: de Miles hadden zich eenzijdig teruggetrokken uit de lock-out agreement en dit zou reeds tot aansprakelijkheid moeten leiden, zo had ook de 'trial judge' aangenomen. Maar ook deze pijl bleek weinig effectief te zijn. Weliswaar erkent ook Lord Ackner (en de House of Lords) een lock-out agreement als een 'exclusive opportunity' voor een partij om te proberen tot overeenstemming met de andere partij te komen, maar een dergelijke lock-out agreement moet wel voldoen aan de formele vereisten voor een overeenkomst om geldig en dus afdwingbaar te zijn.[9] En daar gaat het mis. Een van die vereisten is dat duidelijk is hoe lang de verplichting duurt om niet met derden te onderhandelen. Als dat niet duidelijk is afgesproken, dan is een lock-out agreement niet afdwingbaar wegens 'lack of certainty'. De verplichtingen die op partijen rusten zijn dan niet voldoende bepaalbaar.[10] Nu geen tijdsbepaling was afgesproken, was er geen geldige lock-out agreement. In een 'dissenting opinion' had Lord Bingham voor de Court of Appeal nog geprobeerd dit gebrek te repareren door aan te nemen dat de verplichting om niet met derden te onderhandelen zou gelden 'for such a time as is reasonable'. Ik laat Lord Bingham aan het woord:[11]

> *'... the time would end once the parties, acting in good faith, had found themselves unable to come to mutually acceptable terms ... The defendants could not ... bring the reasonable time to an end by procuring a bogus impasse, since this would involve a breach of the duty of reasonable good faith which parties such as these must, I think, be taken to owe to each other'.*

'Acting in good faith', 'a duty of reasonable good faith'... De conclusie van Lord Ackner is onvermijdelijk:

> *'such a duty, if it existed, would indirectly impose upon the respondents (de Miles, CB) a duty to negotiate in good faith. Such a duty, for the reasons I have given above, cannot be imposed'.*[12]

4. Onderhandelen en het Engelse recht

Het Engelse recht heeft de reputatie een hard recht te zijn, een recht voor commerciële partijen, voor 'shopkeepers'.[13] De zaak Walford v Miles bevestigt deze reputatie. Nederlandse (maar ook andere continentale) juristen zullen dan ook veelal met verwondering kijken naar deze uitspraak van de House of Lords. Het concept van 'good faith', redelijkheid en billijkheid, wordt in duidelijke bewoordingen afgewezen. Vanuit het Engelse systeem is dit begrijpelijk,

5 Zie ook M.W. Hesselink, *Contractenrecht in perspectief*, p. 18-19.
6 Bij een 'single speech' geeft één rechter zijn oordeel over de zaak en sluiten alle andere rechters zich aan bij dit oordeel. Anders dan in Nederland kan in Engeland iedere rechter zijn eigen oordeel geven over een zaak. Uiteindelijk is het meerderheidsoordeel beslissend voor de 'uitkomst' van de procedure. Bij een 'single speech' is feitelijk sprake van een unanieme beslissing.
7 [1992] 1 All ER 453, op p. 460.
8 [1992] 1 All ER 453, op p. 460-461.
9 Dat een 'lock-out agreement' die aan de formele vereisten voldoet geldig is en zin kan hebben, blijkt uit Pitt v PHH Asset Management Ltd [1993] 4 All ER 961.
10 Zie over het vereiste van certainty G.H. Treitel, *The law of contract*, London 11th ed. Sweet & Maxwell, 2003, p. 49-62.
11 Althans Lord Bingham zoals geciteerd door Lord Ackner, [1992] 1 All ER 453, at 462.
12 [1992] 1 All ER 453, op p. 462.
13 Vgl. O. Kahn-Freund, C. Lévy and B. Rudden, *A source-book on French law*, 2nd ed., Oxford: Clarendon Press 1979, p. 318.

hoewel zeker waar het onderhandelingen betreft niet onomstreden. Ik kom daar op terug.

Het Engelse recht heeft zich historisch ontwikkeld rond de case law, de jurisprudentie van vooral de hoogste Engelse rechters. Wetgeving was er slechts in beperkte mate, codificatie was afwezig. Dit betekende dat de rechtszekerheid moest worden gevonden in de consistentie van de rechtspraak, dus in het precedentenstelsel. Een open norm als 'good faith' past hier minder goed in, omdat dan een rechter met een beroep op deze good faith een beslissing kan geven die afwijkt van het precedent. De voorspelbaarheid van de rechtspraak zou hiermee in het gedrang kunnen komen. In de woorden van Roy Goode:

> *'the predictability of the legal outcome of a case is more important than absolute justice. (...) The last thing that we want to do is to drive business away by vague concepts of fairness which make judicial decisions unpredictable, and if that means that the outcome of disputes is sometimes hard on a party we regard that as an acceptable price to pay in the interest of the great majority of business litigants'.*[14]

Dit wil overigens niet zeggen dat het Engelse recht niet op specifieke terreinen of in specifieke situaties noties als bijvoorbeeld fairness als gedragslijn voor contractanten kent.[15] Ook is in wetgeving steeds vaker een soortgelijke notie te vinden, niet in het minst onder invloed van 'Europa'.[16]

Waar het de onderhandelingen betreft, partijen hoeven niet te goeder trouw te onderhandelen. Het klassieke uitgangspunt van het Engelse recht is dat iedere partij zelf verantwoordelijk is voor het behartigen van haar eigen belangen en dat dit dus niet de (mede)verantwoordelijkheid is van de andere partij.[17] Dit uitgangspunt geldt ook in de onderhandelingsfase. De House of Lords trekt deze lijn ver door. De gedachte lijkt te zijn dat onderhandelingen er juist toe dienen om de best mogelijke deal te krijgen en dat partijen dan ook een grote vrijheid hebben om dat te bereiken. Zij mogen dreigen om de onderhandelingen af te breken als zij denken dat zij hierdoor een betere overeenkomst kunnen bereiken, zij mogen verschillende partijen tegen elkaar uitspelen, zij mogen zelfs parallelle onderhandelingen voeren zonder dat de wederpartij hiervan weet heeft.[18] Onderhandelen is oorlog, er is sprake van een 'adversarial position' van de onderhandelende partijen.

Verder speelt als gezegd de rechtszekerheid een rol. Partijen zijn vrij om te onderhandelen, maar ook vrij om de onderhandelingen af te breken. In beginsel kan er pas aansprakelijkheid ontstaan als er een overeenkomst is. Zolang partijen onderhandelen is er nog geen overeenkomst en is het ook niet zeker dat er een overeenkomst uit de onderhandelingen zal rollen. Als partijen er gedurende de onderhandelingen voor kiezen om kosten te maken in de hoop dat het uiteindelijk tot een overeenkomst komt, dan doen zij dit voor eigen rekening. Zij kunnen niet de afbrekende partij aanspreken voor die kosten als zij uiteindelijk met lege handen blijven staan, zelfs niet als de kosten zijn gemaakt met medeweten van die partij.[19]

Er zijn echter grenzen. Weliswaar kent het Engelse recht geen algemene informatieplicht, maar het geven van onjuiste mededelingen, er is dan sprake van een misrepresentation, mag niet. Verder is het bijvoorbeeld ook niet toegestaan om onderhandelingen in te gaan terwijl er nooit de intentie is om tot een overeenkomst te komen.[20]

De uitspraak van de House of Lords lijkt dus in het Engelse recht te passen[21], maar is ook bekritiseerd.[22] De House of Lords zou de nadruk te veel leggen op de vrijheid om geen overeenkomst aan te gaan, de zogenaamde negatieve contractsvrijheid.[23] Verder wordt ontkend dat de posities van partijen in onderhandelingen zonder meer tegengesteld zijn, zoals Lord Ackner stelt.[24] Wanneer het bijvoorbeeld gaat om onderhandelingen over een samenwerkingsverband of de voortzetting van een duurovereenkomst waarbij beide partijen belang hebben, dan ligt het voor de hand dat partijen ook vanuit een commercieel oogpunt rekening gaan houden met elkaars belangen om het sluiten van de beoogde overeenkomst niet al te zeer in gevaar te brengen of de beoogde samenwerking niet reeds van tevoren te veel te belasten. Ook bij onderhandelingen kunnen de belangen van de partijen dus parallel lopen.

Ontmoet de redenering van de House of Lords dus de nodige kritiek, dit geldt niet voor de uitkomst van de procedure.[25] De algemene opvatting is dat de vordering van de

14 R. Goode, 'The concept of good faith in English law', lezing gehouden voor het Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero te Rome op 11 maart 1992, p. 6-7, te vinden op http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/02goode.pdf (laatst bezocht op 26 augustus 2005).

15 Zie hierover R. Goode, 'The concept of good faith in English law'. Zie voorts R. Goode, *Commercial law*, 3rd ed., London: Penguin Books 2004, p. 95-96. Verder zijn er typen contracten waarin good faith wel degelijk een rol speelt, de zogenaamde contracts uberrimae fidei oftewel contracts of the utmost good faith, zoals bijvoorbeeld verzekeringsovereenkomsten.

16 Zo heeft ook Engeland bijvoorbeeld de richtlijn oneerlijke bedingen (Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, PbEG L 095/29) moeten implementeren. Dit is gebeurd in de Unfair terms in consumer contracts regulations 1999. Regulation 5 (1) bepaalt dat 'a contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer'. Zie hierover onder meer R. Goode, *Commercial law*, p. 100-101.

17 Dit uitgangspunt is bijvoorbeeld ook terug te vinden in de 'caveat emptor'-rule. Het is echter niet onbegrensd, terwijl er bovendien op dit uitgangspunt tegenwoordig de nodige uitzonderingen bestaan, bijvoorbeeld bij consumentenkoop.

18 Vgl. R. Goode, 'The concept of good faith in English law', p. 6.

19 R. Goode, 'The concept of good faith in English law', p. 5-6. Zie ook Regalian Properties plc v London Dockland Development Corp [1995] 1 All ER 1005.

20 R. Goode, 'The concept of good faith in English law', p. 6.

21 Zo bijv. R. Goode, 'The concept of good faith in English law'.

22 Zie met verdere verwijzingen H. Kötz, 'Towards a European Civil Code: the duty of good faith', in: P. Cane and J. Stapleton (eds.), *The law of obligations* (Essays in celebration of John Fleming), Oxford: Clarendon Press 1998, p. 253, nt. 30, waaraan kan worden toegevoegd J. Steyn, 'Contract law: fulfilling the reasonable expectations of honest men', *L.Q.R.* 1997, p. 439.

23 Zie hierover N. Cohen, 'Pre-contractual duties: two freedoms and the contract to negotiate'. Dit geldt te meer daar partijen zelf deze negatieve contractsvrijheid hebben willen begrenzen door het opnemen van een lock-out agreement. Vgl. J. Cumberbatch, 'In freedom's cause: the contract to negotiate', *O.J.L.S.* 1992, p. 588.

24 Vgl. J. Shaw, 'Pre-contractual negotiations in English law: Walford v Miles and its aftermath', *ERPL* 1994, p. 270.

25 Zie bijv. G.H. Treitel, *The law of contract*, p. 60.

Walfords, 1 miljoen pond, zijnde het positief contractsbelang, terecht is afgewezen. Wat hen toekomt zijn de vergeefs gemaakte kosten, 700 pond en vergoeding hiervan is ook toegewezen.

5. Walford v Miles naar Nederlands recht

Anders dan in Engeland zijn in Nederland partijen die onderhandelen over het sluiten van een overeenkomst wel gehouden te goeder trouw te onderhandelen. Zij hebben dan ook rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.[26] Dit leidt ertoe dat het afbreken van de onderhandelingen in bepaalde gevallen onaanvaardbaar is. Breekt een partij dan desondanks de onderhandelingen af, dan kan zij zelfs worden veroordeeld tot vergoeding van het positief contractsbelang. Ook kan zij onder omstandigheden door de rechter op vordering van de wederpartij worden veroordeeld tot verder onderhandelen. Het afbreken kan onaanvaardbaar zijn wanneer de wederpartij van de afbrekende partij gerechtvaardigd heeft vertrouwd op het totstandkomen van een overeenkomst.[27] Het enkele gerechtvaardigd vertrouwen is echter niet zonder meer voldoende om tot de conclusie te komen dat het afbreken ook daadwerkelijk onaanvaardbaar is, zo heeft de Hoge Raad overwogen in het arrest De Ruijterij/MBO-Ruiters: 'Rekening dient ook te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt, tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen, en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij; hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan'.[28] In een recent arrest heeft de Hoge Raad een duidelijke samenvatting gegeven van zijn regels met betrekking tot het afbreken van onderhandelingen, waarbij hij tevens benadrukt dat de rechter terughoudend dient te zijn met het concluderen dat het afbreken in een concreet geval onaanvaardbaar is; er is volgens de Hoge Raad sprake van een 'strenge en tot terughoudendheid nopende' maatstaf.[29]

Als gezegd kan zelfs het positief contractsbelang voor vergoeding in aanmerking komen wanneer het afbreken onaanvaardbaar is. De Hoge Raad heeft deze mogelijkheid uitdrukkelijk opengelaten in het arrest Plas/Valburg. Dit zal echter uitzonderlijk zijn. Normaal zal in de situatie waarin het afbreken onaanvaardbaar is in eerste instantie het negatief belang moeten worden vergoed.[30] Ook wanneer het afbreken nog niet onaanvaardbaar is, kan het zo zijn dat de afbrekende partij de kosten die haar wederpartij heeft gemaakt, geheel of gedeeltelijk moet vergoeden, zo heeft de Hoge Raad overwogen in het arrest Plas/Valburg.[31]

De uitspraak van de House of Lords inzake Walford v Miles staat dus haaks op het Nederlandse systeem. Maar zou een Nederlandse rechter ook tot een andere uitkomst komen? Het veel gegeven antwoord luidt ontkennend. Hierbij wordt vaak gewezen op de regel die de Hoge Raad in De Ruijterij/MBO-Ruiters heeft gegeven. Niet alleen moet worden gekeken naar de belangen van de wederpartij van degene die afbreekt, maar ook naar de gerechtvaardigde belangen van de afbrekende partij, van Miles dus. Als deze een goede reden heeft om af te breken, kan de conclusie zijn dat het afbreken niet onaanvaardbaar is. Een goede reden zou bijvoorbeeld een beter aanbod zijn. Daarvan, zo wordt wel betoogd, was sprake in Walford v Miles. De voorwaarden van de overeenkomst met Patel en Khanderia waren duidelijk beter voor Miles: geen winstgarantie en mr. Miles hoefde niet nog een jaar te blijven werken ondanks zijn ziekte.[32] Weliswaar was er waarschijnlijk sprake van gerechtvaardigd vertrouwen bij Walford op het totstandkomen van een overeenkomst, maar door het bestaan van een goede reden was het afbreken niet onaanvaardbaar. Wel zouden de onderhandelingen reeds in een fase zijn terechtgekomen, waarin dit afbreken niet vrijstond zonder de kosten te vergoeden, zijnde 700 pond. Dit nu was precies hetgeen Walford vergoed kreeg.

Het is echter de vraag of de aangevoerde omstandigheden wel een goede reden zijn om het afbreken van de onderhandelingen te rechtvaardigen. Naar mijn mening is dat niet het geval. Het betreft hier immers feitelijke omstandigheden die reeds bekend waren.[33] Mr. Miles was immers al langer ziek. Sterker: het was juist vanwege het feit dat hij ziek was dat hij de zaak wenste te verkopen. Dat hij vervolgens een winstgarantie geeft om de deal aantrekkelijker te ma-

26 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67, m.nt. L.E.H.R. (Baris/Riezenkamp).

27 Vgl. HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723, m.nt. CJHB (Plas/Valburg) en HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017, m.nt. CJHB (VSH/Shell).

28 HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481, m.nt. HJS (Ruijterij/MBO-Ruiters).

29 HR 12 augustus 2005, nr. C04/163HR, *JWB Jurisprudentie @ctueel* 2005-282 (Centraal Bureau Bouwtoezicht/JPO Projecten).

30 Vergoeding van het positief contractsbelang beoogt een partij in de (financiële) positie te brengen waarin zij zich zou hebben bevonden als de overeenkomst tot stand was gekomen. Het omvat dus onder meer de gederfde winst van die beoogde overeenkomst. Vergoeding van het negatief belang beoogt de partij in de situatie te brengen waarin zij zich zou bevinden als de onderhandelingen niet hadden plaatsgevonden. Ook het negatief contractbelang kan gederfde winst omvatten, namelijk de winst die men is misgelopen omdat men geen overeenkomst heeft gesloten met een derde, de zogenaamde lost opportunities. Zie hierover uitgebreid C. Bollen, 'Afbreken van onderhandelingen: de drie mythes van Plas/Valburg. Van drie fasen naar twee stadia in het onderhandelingsproces', *WPNR* 6596 (2004), p. 863-864. Het etiket positief of negatief contractsbelang zegt dus uiteindelijk niets over de hoogte van de schadevergoeding, het geeft slechts aan welke hypothetische situatie moet worden bekeken voor de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding. Het negatief contractsbelang kan dus even groot of zelfs groter zijn dan het positief belang. Zie M.W. Hesselink, 'De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europese privaatrecht (II)', *WPNR* 6249 (1996), p. 906-907. Wel kan bij de bepaling van het negatief belang het moeilijk zijn om te bewijzen welke overeenkomsten men is misgelopen doordat men niet met een derde heeft onderhandeld en, als men dit al heeft kunnen bewijzen, wat de winst zou zijn geweest die met deze misgelopen contracten gerealiseerd had kunnen worden.

31 HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723, m.nt. CJHB.

32 Vgl. J. Shaw, 'Pre-contractual negotiations in English law: Walford v Miles and its aftermath', p. 271.

33 Vgl. N. Cohen, 'Pre-contractual duties: two freedoms and the contract to negotiate', p. 42. Ook M.W. Hesselink, *Contractenrecht in perspectief*, p. 22-23, lijkt er aan te twijfelen of de opgegeven redenen onder deze omstandigheden wel een goede reden opleveren. Eerder leek hij de door Miles opgegeven redenen wel te zien als een goede reden voor het afbreken, zie M.W. Hesselink, 'De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europese privaatrecht (II)', p. 909, nt. 73.

ken voor Walford komt voor zijn rekening, lijkt mij. Er zal in ieder geval geen sprake zijn van een onvoorziene omstandigheid. Bovendien werd niet met zomaar een derde gecontracteerd, maar met een partij die eerder reeds uitdrukkelijk in beeld was.

Was het afbreken dus toch onaanvaardbaar? Ik meen van niet. Walford en Miles hadden immers afgesproken dat alles 'subject to contract' was. De betekenis van een dergelijk beding is normaal gesproken dat de onderhandelingen voortduren tot het moment waarop alle afspraken zijn geformaliseerd in een schriftelijke, door partijen ondertekende overeenkomst en dat voor dat moment alles wat is besproken opnieuw in de onderhandelingen kan worden betrokken, dus ook punten waarover partijen het al eens leken te zijn.[34] Dit betekent dat voor het moment waarop de schriftelijke overeenkomst is gesloten, er geen gerechtvaardigd vertrouwen kan ontstaan bij de wederpartij.[35] Ergo: bij gebreke van gerechtvaardigd vertrouwen zou ook naar Nederlands recht het afbreken niet onaanvaardbaar zijn. Geen vergoeding dus van het positief contractsbelang, maar evenmin van het negatief contractsbelang. Dit sluit echter niet uit dat in bepaalde gevallen de afbrekende partij de door haar wederpartij gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk moeten worden vergoed. Mij lijkt dat de onderhandelingen reeds in een stadium waren terechtgekomen waarin Miles deze door Walford gemaakte kosten moest vergoeden.[36] 700 pond dus.

6. De Principles of European Contract Law

Een ander uitgangspunt, maar eenzelfde uitkomst dus in Engeland en Nederland. Twee verschillende wegen die allebei naar Rome leiden. Is er misschien nog een derde weg? Ook die lijkt er te zijn. In de Principles of European Contract Law. Article 2:301 handelt over 'negotiations contrary to good faith'. Lid 1 van deze bepaling geeft het algemene uitgangspunt: 'A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement'. De vrijheid om de onderhandelingen af te breken blijft te allen tijde bestaan, maar het afbreken kan wel tot aansprakelijkheid leiden. Lid 2 bepaalt immers: 'However, a party which has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party'. Er wordt wel betoogd dat de situatie zoals die zich heeft voorgedaan in Walford v Miles kan worden bestempeld als 'afbreken contrary to good faith and fair dealing' in de zin van de Principles. Dit zou dus leiden tot aansprakelijkheid voor de 'losses', waaronder naast de kosten ook de 'lost opportunities' kunnen vallen, zo blijkt uit de comments bij deze bepaling.[37] Het negatief contractsbelang dus.[38] In dit geval 700 pond.

De Principles lijken in grote lijnen ook het Duitse recht weer te geven. Uitgangspunt in Duitsland is dat partijen tijdens de onderhandelingen rekening hebben te houden met de belangen van de wederpartij.[39] Ook in Duitsland staat de vrijheid om de onderhandelingen af te breken voorop, maar kan het zo zijn dat de afbrekende partij schadevergoeding aan de wederpartij moet betalen, namelijk wanneer zij de onderhandelingen afbreekt zonder goede reden, nadat zij bij de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat een overeenkomst tot stand zal komen.[40] Algemeen wordt aangenomen dat enkel het negatief contractsbelang voor vergoeding in aanmerking komt[41], maar geheel onomstreden is dit niet.[42]

7. Hoe ziet het onderhandelingslandschap er uit in Europa?

In het voorgaande is gebleken dat het vertrekpunt van alle stelsels die aan de orde zijn gekomen, hetzelfde is: de vrijheid om te onderhandelen en de vrijheid om deze onderhandelingen af te breken. Wel is er een duidelijk verschil waar het het te verwachten gedrag van de onderhandelende partijen betreft.

Zo zijn in zowel Nederland en Duitsland als volgens de Principles partijen verplicht te goeder trouw te onderhandelen. Doen zij dit niet, dan kan dit leiden tot aansprakelijkheid. In grote lijnen is dit het systeem op het gehele continent.[43] In Engeland bestaat deze verplichting niet: 'the concept of a duty to negotiate in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations'.[44]

Uiteraard zijn er ook bij gelijkluidende uitgangspunten in Nederland, Duitsland en de Principles accentverschillen. Zo is in Nederland het afbreken in bepaalde gevallen onaanvaardbaar, hetgeen betekent dat onder omstandighe-

34 Zo hadden de Walfords aangevoerd dat er feitelijk al wilsovereenstemming was tussen partijen: 'every point that had been raised for discussion had been agreed'. Lord Ackner zegt hierover vervolgens: 'However this submission overlooked that what had been 'agreed' (...) was 'subject to contract'. Therefore the parties were still in negotiation even in relation to those matters', [1992] 1 All ER 453, op p. 460.

35 Vgl. HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 162 (Van Engen/Mirror Group Newspapers). Zie hierover voorts H.J. de Kluiver, 'Plas/Valburg. Afgebroken onderhandelingen: een terugblik op 20 jaar rechtsontwikkeling', Rechtspraak klassiek, *NTBR* 2002, p. 243 en uitgebreid H.J. de Kluiver en C.A. Schwarz, 'Onderhandelen onder voorbehoud, in het bijzonder met rechtspersonen', p. 101-138, i.h.b. p. 103-108. De Kluiver en Schwarz bespreken ook eventuele uitzonderingen op deze regel.

36 Over de precieze grondslag voor deze kostenvergoeding bestaat verschil van mening. Ik zie als grondslag de redelijkheid en billijkheid. Zie hierover uitgebreid C. Bollen, 'Afbreken van onderhandelingen: de drie mythes van Plas/Valburg. Van drie fasen naar twee stadia in het onderhandelingsproces', p. 861-863. Naar mijn mening deed zich dan ook in de casus van Walford v Miles de situatie voor waarin naar Nederlands recht de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat Miles de door Walford gemaakte kosten moet vergoeden.

37 O. Lando en H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law, parts I and II*, Den Haag: Kluwer Law International 2000, p. 191.

38 Zie over de begrippen negatief (en positief) contractsbelang en lost opportunities hiervoor, nt. 30.

39 Deze in de rechtspraak ontwikkelde regel is inmiddels in § 241 en 311 BGB gecodificeerd, zie hierover M.W. Hesselink, *Contractenrecht in perspectief*, p. 20-21.

40 Zie M.W. Hesselink, *Contractenrecht in perspectief*, p. 21-22.

41 Zie bijv. M.W. Hesselink, *Contractenrecht in perspectief*, p. 22.

42 Zie de aankondiging van de dissertatie van C. Nickel, *Die Rechtsfolgen der Culpa in Contrahendo* door E.H. Hondius, Kroniek algemeen, *NTBR* 2005, nr. p. 76.

43 Zo ook M.W. Hesselink, *Contractenrecht in perspectief*, p. 27.

44 Aldus Lord Ackner in Walford v Miles [1992] 1 All ER 453, op p. 460.

den een vordering tot dooronderhandelen kan worden ingesteld. In bijvoorbeeld Duitsland en in de Principles staat het partijen te allen tijde vrij de onderhandelingen af te breken. De consequentie hiervan lijkt te zijn dat dooronderhandelen niet kan worden gevorderd. Verder zijn er verschillen waar het de omvang van een eventuele schadevergoeding betreft: in Nederland behoort vergoeding van het positief contractsbelang tot de mogelijkheden, in de Principles is de vergoeding beperkt tot het negatief contractsbelang. De situatie in Duitsland is in dit opzicht niet geheel duidelijk. Algemeen wordt aangenomen dat alleen het negatief contractsbelang voor vergoeding in aanmerking komt, maar de hoogste rechter heeft nooit uitdrukkelijk uitgesproken dat het positief contractsbelang nooit voor vergoeding in aanmerking komt.

Uiteindelijk blijkt wel dat ondanks de gehanteerde verschillen in uitgangspunten, het resultaat in Europa in ieder geval in een situatie zoals zich voordeed in Walford v Miles, in grote lijnen gelijk is: de kosten die Walford heeft gemaakt in het kader van de onderhandelingen moeten worden vergoed door Miles.

Drie wegen dus met eenzelfde vertrekpunt, namelijk de vrijheid om de onderhandelingen af te breken. Vervolgens voeren deze wegen ieder door een ander landschap, waarbij sommige (continentale) wegen regelmatig parallel aan elkaar lopen en soms zelfs over enige afstand met elkaar samenvallen. Uiteindelijk blijken alle wegen in casu dezelfde eindbestemming te hebben.

8. Een Europese klassieker?

Walford v Miles is een Europese klassieker die op het eerste gezicht een duidelijke illustratie lijkt van de kloof tussen het Engelse en de continentale rechtsstelsels. Wat deze zaak bij een nadere beschouwing laat zien, is dat het toch veelal zo is dat in alle rechtsstelsels eenzelfde gedrag als niet acceptabel wordt beschouwd. Er zijn weliswaar duidelijk verschillen in de manier waarop dit gedrag wordt aangepakt – de grond voor aansprakelijkheid kan verschillen, mogelijk zal zelfs de 'uitkomst' van het geschil niet overal precies hetzelfde zijn –, in hoofdlijnen kent ieder stelsel zijn eigen instrumenten om het gedrag op redelijk identieke wijze te sanctioneren.

Kronieken

KRONIEK ALGEMEEN*

Nr. 68

1. Inleiding

De Kroniek Algemeen vangt deze maand aan met het tweede deel van een tweeluik gewijd aan Frans recht. Vroegen vorige maand de *Mélanges* (feestbundels) en een nieuw tijdschrift – de *Revue des contrats* – onze aandacht, ditmaal komen een dictionnaire en enige dissertaties (nr. 2) alsmede een reeds veel geciteerde monografie over de doctrine als rechtsbron (nr. 3) aan bod. Elk jaar is er wel een jubileum te vieren; ditmaal staat het Weens koopverdrag – vijfentwintig jaar geleden ten doop gehouden – in het zonnetje (nr. 4). Harmonisatie van het leerstuk van de onrechtmatige daad lijkt nog ver weg, maar aan de werkgroep van Spier en Koziol zal het niet liggen: die publiceerde dit jaar haar lang verbeide *Principles of European Tort Law*, terwijl ook een voorstudie over meerdaderschap in druk verscheen (nr. 5). Asbest is één van die afschuwelijke rampen die de mensheid heeft getroffen; de aansprakelijkheid hiervoor wordt belicht in Nederlandse en Franse studies (nr. 6). Wilsgebreken (nr. 7) en sancties (nr. 8) in het contractenrecht vormen het onderwerp van twee rechtsvergelijkende exercities, de eerste in het kader van het Trento project, de tweede als uitdrukking van de band tussen Israël en het westen. Kunst en recht blijven – ditmaal overigens maar heel kort – de aandacht trekken (nr. 9). Geld is niet alles, maar de rol van het geld in het privaatrecht blijft boeien (nr. 10). De massaschade komt er aan, althans de wettelijke regeling daarvoor, voorbode van een *class action* (nr. 11)? Europees privaatrecht afkomstig uit Duitsland (nr. 12), Italië (nr. 13), Spanje (nr. 14) en de rest van Europa (nr. 15) vormt het gebruikelijke Europese aandeel in deze kroniek, die wordt besloten met aandacht voor Nederlands (nr. 16), Scandinavisch (nr. 17) en Duits (nr. 18) recht in den vreemde.

2. Promoveren in Frankrijk

Naast de in de vorige kroniek gesignaleerde feestbundels treft men in de Franse boekhandels uiteraard ook de nodige andere juridische uitgaven aan. Allereerst vermeld ik de *Dictionnaire de la culture juridique*, een zusje van de eerder in deze kroniek aanbevolen *Dictionnaire de justice* (*NTBR* 2005, nr. 14, p. 72). Denis Alland en Stéphane Rials tekenen voor de redactie van eerstgenoemde bundel, welke 409 lemmata bevat, verzorgd door 213 auteurs. Om een idee te geven: onder de letter T vinden we bijdragen over *talion, temps, territoire, thora, tiers, topiques juridiques, trésor publique* en *trust*. Onder de 3500 in de *dictionnaire* vermelde personen bevinden zich welgeteld vijf Nederlanders: Hugo de Groot, Robert van Gulik (!), J.H.W. Verzijl, Arnold Vinnen (Vinnius) en C. van Vollenhoven. Voorts is er eerherstel voor J. van Kan's historie van de codificatie. In een eerdere kroniek beweerde ik dat deze prachtige Franstalige studie in Frankrijk zelf geheel en al vergeten was. Dat blijkt een valse beschuldiging: op p. 230 wordt Van Kan – evenals W.G. Vegting – in een bijdrage over codificatie wel degelijk vermeld. Wie aarzelt tussen beide *Dictionnaires*: de eerder aangekondigde *Dictionnaire de justice* is – op zijn minst – verrassender om te lezen.

De hier aangekondigde dissertaties hebben – in de volgorde van ons eigen Burgerlijk Wetboek – betrekking op huwelijksvermogensrecht, goederenrecht, hoofdelijkheid, niet-nakoming, schadevergoeding, produktenaansprakelijkheid, de contractsinhoud, het contractsdocument, toepasselijkheid van algemene voorwaarden, derdenwerking en bijzondere contracten. Het is in Frankrijk niet gebruikelijk dat een proefschrift al voor de verdediging in druk verschijnt. Hoewel dit alleszins begrijpelijk is, heeft de Franse gewoonte één belangrijk nadeel: na de promotie valt de druk om het geschrevenen te publiceren weg. Het gevolg is dat sommige studies in het geheel niet worden gepubliceerd en sommige eerst lange tijd nadien. Dat laatste is het geval met de Parijse dissertatie van *Anne Karm* over *L'entreprise conjugale*, die in 1999 werd verdedigd en in 2004 gepubliceerd. De auteur acht de huidige regeling van de verdeling van de opbrengst ontoereikend. Thans is het zo, dat de meewerkende echtgenoot tot de scheiding en deling moet wachten alvorens haar jaarlijkse deel in de opbrengst uitgekeerd te krijgen. Dat zou beter al op een eerder tijdstip kunnen geschieden. P.G. Marly analyseert in de eveneens Parijse dissertatie *Fongibilité et volonté individuelle* (2004) de kwalificatie van goederen. *Olivier Deshayes* bepleit in het derde Parijse proefschrift, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier* (2005), een ruimere toepassing van de cessie. Twee proefschriften handelen over hoofdelijkheid: van Antoine Hontebeyrie, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français* (2004) en Marc Mignot, *Les obligations solidaires et les obligations In solidum en droit privé français* (2002). Hontebeyrie analyseert in zijn – wederom – Parijse dissertatie de tegenstelling tussen gezamenlijke schuld en hoofdelijke schuld, welke terug gaat naar een door hem als artificieel aangeduide – en daarom alsnog af te schaffen – indeling van Justinianus. In navolging van art. 10:102 *PECL* stelt hij opname van de navolgende wetsbepaling voor 'Sauf disposition ou stipulation contraire, chacun de ceux qui sont créanciers ou débiteurs de la même obligation peuvent respectivement en demander le paiement et y être contraints en titalité' (p. 442). De mooiste van de hier aangekondigde dissertaties is in mijn ogen die van *Yves Marie Laithier*, gewijd aan de sancties op niet-nakoming (2004). Centraal staat hierin het onderscheid tussen *common law*, waar schadevergoeding voorop staat, en *civil law*,

* Citeerwijze: E.H. Hondius, 'Kroniek Algemeen', *NTBR* 2005, 68.

waar juist de nakoming de centrale sanctie is. Of is het centrale *remedie*, zoals al in 1971 is voorgesteld door André Tunc en in 1994 in de *Revue trimestrielle de droit civil* herhaald door Denis Tallon? In de Benelux is deze terminologie overgenomen door Smits en Stijns; Laithier moet er niets van hebben. Het is een 'suggestion inexacte, inopportune et inutile': 'Hormis son acception médicale (...) on a pu dénombrer pas moins de cinq significations juridiques possibles ...'. Ook in Engeland wordt de term 'remedy' wel verworpen – zie Peter Birks, 'Rights, wrongs, and remedies', (2000) 20 *Oxford Journal of Legal Studies* 1-37. Laithiers vergelijkende benadering is naar eigen zeggen niet gebaseerd op de functionele methode, maar op de theorie van Christian Mouly ('La doctrine, source d'unification internationale du droit, *Revue internationale de droit comparé* 1986, p. 351, 365-366): 'les raisons et l'argumentation qui soutiennent les solutions méritent davantage l'intérêt que la solution elle-même' en 'la distance qui sépare la règle de la solution est la part la plus importante du droit'. Zelf komt de auteur in deel I van zijn boek tot de slotsom dat het recht op nakoming niet logisch voortvloeit uit de verbindende kracht van de overeenkomst. Ten onrechte, zo stelt hij, houdt het Franse recht geen enkele rekening met de doeltreffendheid van de sanctie. De *common law* is op dat punt 'infiniment plus avancée' (p. 597). Wie overigens moeite heeft met zo'n lange verhandeling in het Frans: de auteur heeft in de dadelijk in nr. 8 aan te kondigen remedies-bundel een Engelstalige bijdrage over dit onderwerp geschreven, terwijl de in de vorige kroniek aangekondigde *Revue des contrats* ook al een korte samenvatting van zijn dissertatie bevat. In aansluiting hierop signaleer ik de dissertatie van Corinne Rigalle-Dumetz over *La responsabilité partielle du contrat* (2003), die tot de conclusie komt dat ontbinding de overeenkomst zelf intact laat en die uit Nancy van Eric Perru, *L'impayé* (2005), die het vraagstuk van de niet-nakoming geheel vanuit de positie van de schuldeiser benadert.

In haar dissertatie *Le juge et le préjudice/Etude comparée des droits français et anglais* (2003), verdedigd aan de Universiteit van Aix-Marseille, signaleert *Lydie Reiss* grote verschillen tussen de schadeberekening naar Engels en Frans recht; zij houdt een pleidooi voor convergentie. *Xavier Pradel* bepleit in zijn studie over 'Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité' (2004) invoering naar Canadees voorbeeld van een afzonderlijk begrip letselschade. Een dissertatie over massaschade zal de Nederlandse lezer zeker interesseren. Anne Gueyan-Lecuyer vergelijkt in haar niet uitgegeven Parijse studie *Les dommages de masse et la responsabilité civile* (2004) het aansprakelijkheidsrecht met andere stelsels van vergoeding van massaschade, waarbij zij het – tegen een deel van de doctrine – opneemt voor het aansprakelijkheidsrecht. De andere stelsels hebben in haar ogen teveel procedurele manco's.

Het aansprakelijkheidsrecht komt ook aan de orde in de studie van Mathilde Boutonnet, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile* (2003). Het voorzorgbeginsel, zo blijkt uit dit proefschrift, staat al sinds 1995 in de Franse (milieu)wet. De auteur ziet graag meer collectieve acties voor altruïstische doeleinden, zoals op het gebied van bio-ethiek, gezondheid en milieu. Produktenaansprakelijkheid is het voorwerp van de studie van *Jean Sébastien Borghetti* (2004). De auteur analyseert de ontwikkeling in Europa en in de Verenigde Staten, waar de *Restatement Third* een geheel nieuw regime lijkt te hebben gevestigd. In Europa gaat de belangstelling van de auteur vooral uit naar communautair, Frans en Duits recht. Daarnaast komen ook ontwikkelingen in België, Italië, Nederland, Oostenrijk, Portugal, Spanje, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland aan de orde. Borghetti zet zich af tegen de in Frankrijk bestaande voorstelling dat Frankrijk ten tijde van de totstandkoming van de Europese richtlijn (1985) een geavanceerd regime van risico-aansprakelijkheid had dat elders in Europa niet bestond. In feite, zo komt uit zijn studie naar voren, lagen de verschillende nationale regimes veel dichter bij elkaar, wat nog eens versterkt is door de richtlijn. Heel interessant is dat de auteur zich in navolging van Jane Stapleton (*Product liability*, London: 1994) afvraagt of de produktenaansprakelijkheid wel een bijzonder regime verdient. Hij trekt dit in twijfel en zet zich af tegen het voorstel van de *Study Group for a European Civil Code* onder leiding van Christian von Bar om dit wel te doen (art. 3:205 in de voorlopige versie). Zijn voorkeur gaat uit naar de bepaling in de zo dadelijk in nr. 5 te noemen *Principles of European Tort Law*, die geen onderscheid maken tussen produkten- en dienstenaansprakelijkheid, maar een *enterprise liability* – overigens met alleen een omkering van de bewijslast – introduceren (p. 640). Een grote bijzonderheid van dit proefschrift is dat het in drie delen is opgebouwd. Men moet het zien om het te geloven, want ik zou er bijna een eed op hebben gedaan dat elke Franse dissertatie tweedelig is (bij nader inzien blijkt ook de zojuist genoemde dissertatie van Hontebeyrie driedelig). Over de invloed van aansprakelijkheidsverzekering op de schadevergoeding handelt de dissertatie van Lydia Morlet, *L'influence de l'assurance accidents corporels sur le droit de l'indemnisation en droit privé* (2003).

Verscheidene proefschriften gaan over het contractenrecht. In zijn Parijse (X-Nanterre) dissertatie *Contrat et pouvoir* (2004) signaleert Pascal Lokiec het bekende verschijnsel dat de *Code civil* in 1804 uitging van twee vrije, gelijkwaardige contractspartijen. Om deze fictie in stand te houden hebben rechtsleer, jurisprudentie en wetgever een hele bescherming van de zwakke partij tot stand gebracht. De auteur verwerpt deze benadering en stelt in de plaats daarvan voor het kwaad bij de wortel aan te pakken via leerstukken als proportionaliteit, *détournement de pouvoir* en motivering. Anne Danis-Fatôme verdedigt in haar Parijse (eveneens X-Nanterre) dissertatie *Apparence et contrat* (2004) een veel grotere plaats voor de leer van de opgewekte schijn: thans fungeert deze vooral als noodklep voor niet goed geregelde contractsbetrekkingen. In de ogen van de auteur ligt een regime zoals wij dat in titel 3.2 BW kennen – dat door haar overigens niet wordt genoemd – meer voor de hand. De contractsinhoud komt aan de orde in het boek van Sébastien Pimont, *L'économie du contrat* (2004). De auteur stelt de figuur van het 'contrat-opération' in de plaats van het 'contrat-obligation'. Het contractsdocument is voorwerp van de Parijse studie van O. Audic, *Les fonctions du document en droit privé* (2004).

In zijn Duits/Franse dubbeldissertatie over de toepasselijkheid van algeme-

ne voorwaarden (2004) signaleert *François Limbach* een verschil tussen de Duitse en de Franse benadering – hij besteedt ook aandacht aan CISG, *PECL* en *UNIDROIT Principles*. In Frankrijk wordt net als bij ons een tweefasen toetsing uitgevoerd: eerst wordt bezien of de adherent weet dat er algemene voorwaarden zijn en vervolgens of hij in de gelegenheid is gesteld er kennis van te nemen. Limbach geeft de voorkeur aan de Duitse aanpak, waarin beide exercities net als in het Weense koopverdrag verenigd zijn. De auteur meent dat één front moet worden gemaakt tegen de dreigende invasie van de *common law*. Conflicterende belangen zijn zo ongeveer de bestaansbasis voor iedere jurist. Hoe zij in het contractenrecht moeten worden opgelost, probeert Mustapha Mekki ons in zijn – kloeke: dat kan men wel zeggen – Parijse (I) dissertatie over *L'intérêt général et le contrat* (2004) duidelijk te maken.
Robert Wintgen analyseert het ontstaan van de Franse leer van de tegenstelbaarheid van de overeenkomst tegen derden: de *opposabilité du contrat à l'égard des tiers* (2004), welke is uitgewerkt in de publikaties van Alex Weill (Straatsburg, 1938) en Simone Calastreng (Toulouse 1939). Hij plaatst deze in het licht van het merkwaardige feit dat deze leer in Duitsland niet tot ontwikkeling is gekomen. In plaats daarvan kennen de Duitsers voor verschillende gevallen uiteenlopende regels. De auteur bepleit een dergelijk stelsel ook voor Frankrijk. Zijn promotor Ghestin toont zich in zijn voorwoord opgetogen over deze studie, die mij minder heeft kunnen overtuigen.
Van de studies over de bijzondere overeenkomsten noem ik die van Hélène Boucard over *L'agréation de la livraison dans la vente/essai de théorie générale* (2005), de goedkeuring van het geleverde bij koop. De auteur betrekt in haar analyse zowel het Franse recht als het eenvormig kooprecht, de richtlijn consumentenkoop, de *PECL* en de *UNIDROIT Principles*. Uit de rechtspraak komt naar voren dat ook bij ons art. 7:17/23 tot steeds meer geschillen leidt, zodat reeds om die reden kennisneming van deze dissertatie loont.
Tot slot een praktisch punt. De lezer vraagt zich wellicht af waar ik niet gepubliceerde dissertaties vandaan haal. Deze manuscripten zijn in elk geval te vinden in de *Bibliothèque Cujas* aan de *Place du Panthéon* te Paris (de rangschikking in *thèses de Paris* en *thèses de province* komt wat arrogant over) en soms in Nederlandse bibliotheken die een ruilabonnement met de betrokken faculteit hebben.

(Denis Alland, Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris: Presses Universitaires de France 2003, 1649 p.; O. Audic, *Les fonctions du document en droit privé*, diss., Paris: LGDJ 2004, 506 p.; Hélène Boucard, *L'agréation de la livraison dans la vente/essai de théorie générale*, diss. Poitiers 2003, Paris: LGDJ 2005, 689 p.; Mathilde Boutonnet, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, diss. Orléans 2003, Paris: LGDJ 2003, 528 p.; Jean Sébastien Borghetti, *La responsabilité du fait des produits/E\Étude de droit comparé*, diss. Paris I, Paris: LGDJ 2004, 756 p.; Anne Danis-Fatôme, *Apparence et contrat*, diss. Paris X-Nanterre, Paris: LGDJ 2004, 688 p.; Olivier Deshayes, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, diss. Paris II, Paris: LGDJ 2005, 528 p.; Anne Gueyan-Lecuyer, *Les dommages de masse et la responsabilité civile*, diss. Paris I, 2004, 523 p.; Antoine Hontebeyrie, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, diss. Paris I 2002, Paris: Economica 2004, 480 p.; Anne Karm, *L'entreprise conjugale*, diss. Paris I 1999, Paris: Defrénois 2004, 561 p.; Yves Marie Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, diss. Paris I, Paris: LGDJ 2004, 666 p.; François Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats/De l'utilité du concept de la déclaration de volonté*, diss. Toulouse/Saarbrücken, Paris: LGDJ 2004, 362 p.; Pascal Lokiec, *Contrat et pouvoir/Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, diss. Paris X, Paris: LGDJ 2004, 512 p.; P.G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle/Etude sur la qualification juridique des biens*, diss. Paris I, Paris: LGDJ 2004, 366 p.; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat/-Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, diss. Paris I, 2003, Paris: LGDJ 2004, 910 p.; M. Mignot, *Les obligations solidaires et les obligations In solidum en droit privé français*, diss. Dijon 2000, Paris: Dalloz 2002, 857 p.; Lydia Morlet, *L'influence de l'assurance accidents corporels sur le droit de l'indemnisation en droit privé*, diss. Le Mans, 2003, 503 p.; Eric Perru, *L'impayé*, diss. Nancy, Paris: LGDJ 2005, 680 p.; Sébastien Pimont, *L'économie du contrat*, diss. Poitiers 2002, Aix: Presses universitaires 2004, 407 p.; Xavier Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsaibilité*, diss. Paris I, Paris: LGDJ 2004, 544 p.; Lydie Reiss, *Le juge et le préjudice/Etude comparée des droits français et anglais*, diss. Aix, Aix: Presses universitaires 2003, 569 p.; Corinne Rigalle-Dumetz, *La responsabilité partielle du contrat*, diss. 2001, Paris: Dalloz 2003, 466 p.; Fréderique Rovisère, *Le contenu du contrat: essai sur la notion d'inexécution*, diss. Aix, Aix: Presses universitaires 2005, 346 p.; Robert Wintgen, *Etude critique de la notion d'opposabilité/Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, diss. Paris I 2002, Paris: LGDJ 2004, 402 p.)

3. Over doctrine in Frankrijk

Reeds veel geciteerd, ook in ons land, is de studie van Jestaz en Jamin over de plaats van de doctrine in de Franse rechtsleer. Dit boek bestaat uit drie – voor Frankrijk een revolutie – delen. Eerst geven de auteurs een historische schets van de ontwikkeling van het begrip doctrine. Vervolgens analyseren zij de positie van de doctrine temidden van de andere rechtsbronnen en ten slotte vergelijken zij deze uitkomsten met het Amerikaanse 'antimodèle'. Het begrip 'doctrine' staat volgens hen voor drie zaken: het geleerde recht, een – zwakke – rechtsbron en het samenstel van juridische auteurs. De schrijvers verlevendigen hun betoog met mini-biografieën van grote Franse juristen als Domat, Dumoulin en Pothier, maar ook veel thans vergeten rechtsgeleerden van weleer. Welke invloed de doctrine – of in dat geval liever: twee auteurs – kan hebben, illustreren zij aan de hand van de Perruche-zaak. Twee hoogleraren zagen dankzij een ingezonden stuk in *Le Monde* kans om de aansprakelijkheid jegens een gehandicapt kind voor een onjuiste diagnose tijdens de zwangerschap via wetgeving terug te draaien (p. 241-243). Het derde hoofdstuk gaat behalve op Amerikaanse ook op Engelse ontwikkelingen in. Zo wordt geschetst hoe in Engeland pas aan het eind van de negentiende eeuw hoogleraren als Anson en Pollock een doctrine konden

introduceren, welke overigens pas tegen het eind van de twintigste eeuw door de rechter voor vol werd aangezien.
In het centrale tweede hoofdstuk kennen de auteurs de doctrine twee functies toe: opiniërend en legitimerend. Onder dat laatste verstaan zij dat schrijvers 'après avoir analysé la solution nouvelle, passent à la phase de synthèse consistant à en intégrer les éléments au sein du système juridique, autrement dit à reconstituer la ou les matières en cause après le bouleversement qu'elles viennent de subir' (p. 246).
Altijd aardig om te weten: wie zijn de goeroes van Jestaz en Jamin? Hier zijn de top twaalf meest geciteerde auteurs: Gény 45x, Saleilles 33x, Thirau 25x, Carbasse 21x, Capitant 20x, Duguit, Hauriou, Planiol en Rau elk 17x, Troplong 16x, Langdell en Ripert elk 15x. Een hedendaags auteur als Ghestin blijft steken op 2, evenveel als Hesselink, en Viney op 1, evenveel als onze eigen Mackaay (die dankzij zijn Franstalige introductie tot de rechtseconomie in Frankrijk veel debiet heeft).

(Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine*, Paris: Dalloz 2004, 314 p.)

4. Vijfentwintig jaar Weens koopverdrag

Op 11 april 1980 kwam in Wenen het Weens koopverdrag tot stand. Na ratificatie door de voorgeschreven tien staten – Argentinië, China, Egypte, Frankrijk, Hongarijë, Italië, Lesotho, Syrië, de Verenigde Staten en Zambia (het zijn er inderdaad elf: na acht voorgangers ratificeerden China, Italië en de VS als laatste drie op dezelfde dag, 11 december 1986) – trad de *Convention on the International Sale of Goods (CISG)* per 1 januari 1988 in werking. Die trage inwerkingtreding, gekoppeld aan het feit dat veel van de thans ruim zestig aangesloten landen nog veel later ratificeerden, en dat een gerechtelijke procedure nu eenmaal geruime tijd in beslag neemt, verklaart dat er in veel landen nog betrekkelijk weinig rechtspraak is. Dat blijkt uit een publikatie welke naar aanleiding van het zilveren jubileum het licht zag en welke – zoals vaker – bezorgd is door Franco Ferrari. De feestbundel bestaat uit twee delen. In een algemeen deel zijn bijdragen opgenomen van redacteur Ferrari over de uniforme uitleg van het Weense verdrag (p. 3-23), van Filip De Ly over 'opting out' (p. 25-42) en van Marco Torsello over de sancties in geval van niet-nakoming (p. 43-87). Over het opstel van Ferrari wil ik dadelijk iets opmerken. De Ly acht niet bewezen dat ondernemers CISG steeds uitsluiten. Hij acht de vraag 'CISG wel of niet' ongelukkig gesteld: in plaats daarvan ziet hij een partiële *opt-out* onder gelijktijdig gebruik van een rechtskeuze voor overblijvende gevallen als een reële oplossing. Torsello wijst er op dat CISG uitgaat van het beginsel van *favor contractus*: overeenkomsten dienen bij voorkeur ten uitvoer te worden gelegd. Daarom is bijvoorbeeld ontbinding beperkt tot gevallen van wezenlijke tekortkoming (*fundamental breach*). Omdat evenwel de vordering tot nakoming (*specific performance*) helaas tot het procesrecht werd gerekend, is juist dit belangrijke punt aan de aangesloten staten overgelaten. De auteur bepleit dit probleem op te lossen door veelvuldig gebruik van het boetebeding in de beperkte betekenis van schadefixering (*liquidated damages*).
Het bijzondere deel telt acht opstellen over de toepassing van CISG in Australië en Nieuw-Zeeland door Bruno Zeller (p. 293-323), Duitsland door Ulrich Magnus (p. 211-234), Latijns Amerika door Alejandro M. Garro (p. 113-127), Nederland door André Janssen (p. 129-165), Oostenrijk door Willibald Posch en Ulfried Terlitza (p. 263-292), Scandinavië door Joseph Lookofsky (p. 167-209), Spanje door Pilar Perales Viscasillas (p. 235-261) en de Verenigde Staten door Harry M. Flechtner (p. 91-111). Een centrale vraag in deze bundel is in hoeverre de nationale rechter zich houdt aan het gebod van art. 7 lid 1 tot uniforme uitleg. Ferrari wijst er op dat dit gebod in 1998, bij het tienjarig jubileum van de inwerkingtreding, nog vrijwel niet in acht werd genomen. Mede dankzij de loffelijke pogingen om de rechtspraak beter toegankelijk te maken, ligt dit anno 2005 anders (p. 23). Verontrustend is dan evenwel wat André Janssen over de Nederlandse praktijk weet te melden: 'too often [the Dutch courts] assume an external gap in the sense of Article 7(2) CISG and fall back on national law again. This 'internal flight' from the CISG manifests itself in numerous decisions on important subjects like good faith, estoppel, incorporation of standard terms into the contract and the 'battle of forms'. In the key to avoiding these mistakes just listed lies simultaneously probably the most urgent and largest problem of Dutch case law: It is the almost complete lack of attention to other (foreign) decisions and secondary sources' (p. 164). Een loffelijke uitzondering maakt Janssen voor de Hoge Raad; de feitenrechter moet evenwel nog met de talloze beschikbare databanken leren omgaan, zo luidt zijn aanbeveling (p. 165).
De rechtspraak die er is, wordt al vele jaren verzameld en gepubliceerd, eerst door Cornell University en thans door Pace University, aanvankelijk uitgegeven bij Kluwer en thans bij Sellier. Onlangs verscheen de verzameling 2003-2004. Zij bevat excerpten van uitspraken over het Weense koopverdrag uit Argentinië, Australië, België, Bulgarijë, Canada, China, Duitsland, Finland, Frankrijk, Hongarijë, de Internationale Kamer van Koophandel, Italië, Nederland, Oostenrijk, Rusland, de Verenigde Staten en Zwitserland. Mist u wellicht het Verenigd Koninkrijk? Dat klopt, want dat is nog niet aangesloten bij CISG. Ik had zo'n idee dat Nederland koploper was met het aantal gepubliceerde uitspraken over het Koopverdrag. Dat blijkt er volkomen naast te zijn. Van ons land worden 15 uitspraken vermeld, maar van Duitsland bijvoorbeeld 120. Maar let op: het betreft hier uitsluitend uitspraken over art. 78 CISG inzake de wettelijke rente.
Deze rechtspraakverzameling wordt voorafgegaan door enige opstellen, toespraken en *case notes*. De opstellen zijn van de hand van Patrick C. Leyens over dwaling (p. 3-51) en Florian Mohs over de restitutie van goederen conform art. 82 lid 2 onder c CISG (p. 53-73, welk laatste opstel eerder werd gepubliceerd in *Internationales Handelsrecht*). Art. 4 CISG sluit de nietigheden en vernietigbaarheden geheel uit van de werkingssfeer. Valt daarmee ook het doek voor toepassing van het Verdrag op gevallen van dwaling? Dat is niet zo voor alle gevallen, zo stelt Leyens in het eerste opstel. Dwaling bij aanbod en aanvaarding en in de persoon blijft inderdaad een nationale aangelegenheid. Maar dwaling ten aanzien van het bestaan van de

goederen en in de aard van de wederpartij moet volgens CISG worden opgelost. De toespraken werden gehouden tijdens een seminar dat twee jaar geleden werd gehouden te New York. De *keynote address* is uitgesproken door Peter Schlechtriem (p. 79-90). John P. McMahon wijst op de zeven belangrijkste punten van verschil tussen CISG en de *Uniform Commercial Code* (p. 91-103). Jan Ramberg bespreekt het eerste advies van de *CISG Advisory Council* over electronische communicaties onder CISG (p. 105-112), dat we overigens integraal aantreffen in een recente uitgave van de hieronder in nr. 17 te vermelden *Scandinavian Studies in Law*.
De *case notes* hebben betrekking op Geneva Pharmaceuticals Technology Corp v Barr Laboratories Inc, 201 *F Supp 2d* 236 (New York 2002), geannoteerd door Joseph Lookofsky (p. 115-122) en Tribunale di Padova (2002/2004) besproken door Frances G. Mazzotta (p. 123-161). Beide uitspraken zijn te vinden op de website van Pace University. Vooral de Italiaanse uitspraak is interessant en zou aan Nederlandse rechters ten voorbeeld moeten worden gesteld. De Italiaanse rechter overweegt in deze zaak dat ingevolge art. 7 lid 1 CISG naar een uniforme interpretatie dient te worden gestreefd, waarna hij een twintigtal uitspraken uit diverse jurisdicties analyseert. Minstens even belangrijk vindt de annotator het dat deze rechter niet verwijst naar interne jurisprudentie die niets met CISG van doen heeft.
In ons land bestaat vrij algemeen – een uitzondering is De Ly: zie boven – de gedachte dat die uitspraken die er zijn aan bedrijfsongevallen moeten worden toegeschreven: iedere ondernemer die goed bij zijn hoofd is, zal er wel voor zorgen dat het Weense koopverdrag wordt uitgesloten (hetgeen geoorloofd is, zoals art. 6 nog eens benadrukt). Het verdrag wordt alleen toegepast, indien de ondernemer heeft verzuimd het op correcte wijze uit te sluiten. Voor Duitsland toont Meyer thans aan dat deze gedachte onjuist is. Hij komt tot de conclusie dat 'seine Akzeptanz in den letzten Jahren tendenziell zugenommen hat'. De conclusie is gebaseerd op een enquete onder 4000 Duitse advocaten met buitenlandse contacten, van wie er ruim 600 antwoordden. Uit de enquete blijkt dat het Weense koopverdrag in ca eenderde van de daarvoor in aanmerking komende gevallen van toepassing is en in tweederde van de gevallen wordt uitgesloten.

(Franco Ferrari (red.), *Quo vadis CISG?/Celebrating the 25th anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Brussel: Bruylant 2005, 323 p.; Justus Meyer, UN-Kaufrecht in der deutschen Anwaltspraxis, *Rabels-Zeistchrift* 2005, p. 457-486; Pace International Law Review (red.), *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2003-2004*, München: Sellier 2005, 318 p.)

5. Unification of tort law: Principles en multiple tortfeasors

De in deze kroniek veel genoemde *Principles of European Contract Law* hebben sinds dit jaar gezelschap gekregen van *Principles of European Tort Law*. Anders dan de PECL, waarvan ook de Franse tekst authentiek is, is van de PETL uitsluitend de Engelse versie maatgevend. De tekstuitgave bevat overigens wel vertalingen in dertien talen, waaronder het Catalaans, Chinees, Japans, Koreaans en Russisch (en niet het Nederlands). Bij een nadere kennisneming valt daarbij op dat de Chinese en de Japanse tekst – ofschoon de geschreven (anders dan de gesproken) talen sterk op elkaar gelijken – nogal uiteenlopen. De tekst behelst 35 artikelen, maar enkele daarvan hebben betrekking op wat bij ons bij de schadevergoeding is geregeld. Net als de PECL zijn ook de PETL alle van toelichtingen voorzien; anders dan de PECL zijn evenwel geen *Notes* met verwijzingen naar nationaal recht opgenomen.
Twee kanttekeningen wil ik bij deze PETL plaatsen. De eerste is dat de inhoud mij vaak wat ouderwets aandoet. Vergeleken bij ons Burgerlijk Wetboek wordt op sommige punten een (flinke) stap teruggedaan. Enkele voorbeelden? Laten we daartoe hoofdstuk 6 'Liability for Others' ter hand nemen. De ouderlijke aansprakelijkheid is zoals vroeger bij ons een omkering van de bewijslast en geen risico-aansprakelijkheid (art. 6:101). De aansprakelijkheid van de werkgever is beperkt tot 'damage caused by his auxiliaries acting within the scope of their function' (art. 6:102 lid 1). Er is geen aansprakelijkheid voor 'independent contractors' (art. 6:102 lid 2). Een voorbeeld uit een ander hoofdstuk is het hierboven in nr. 2 genoemde art. 4:202 inzake *enterprise liability*, dat in die zin progressief is dat het het onderscheid tussen produktenaansprakelijkheid en dienstenaansprakelijkheid afschaft, maar regressief inzoverre het voor beide slechts een omkering van de bewijslast en geen risico-aansprakelijkheid introduceert. Dat wil niet zeggen dat de PETL over de gehele lijn ouderwets zijn. Zo is bijvoorbeeld wel sprake van marktaandeelaansprakelijkheid (art. 3:103) en van affectieschade (art. 10:301).
Een tweede kanttekening betreft de gebezigde terminologie, die aangeeft hoe *non-native speakers* met de Engelse taal omgaan. Een formulering als 'A person to whom damage to another is legally attributed is liable to compensate that damage' (art. 1:101) zal meteen al geen eerste prijs in een schoonheidswedstrijd voor wetsteksten behalen. Nu zal men mij tegenwerpen dat dit ook niet de eerste ambitie van een wetgever dient te zijn, maar een beetje esthetiek mag toch wel, zelfs bij wetgeving. Overigens scoort de Study Group van Von Bar op dit punt niet veel beter.
Anders dan de Lando commissie en haar opvolger de Study Group for a European Civil Code heeft de *European Group on Tort Law* ook gedurende de rit verschillende deelstudies het licht doen zien, waarvan de meeste in deze kroniek zijn aangekondigd. Vermoedelijk een van de laatste betreft het meerdaderschap. Het is weer een fascinerende studie geworden, ditmaal – zoals vaker – onder redactie van Horton Rogers. De bundel telt nationale rapporten over België (H. Cousy, D. Droshout, p. 29-52), Duitsland (U. Magnus, p. 87-102), Engeland (W.V.H. Rogers, p. 65-85), Israël (I. Gilead, p. 103-116), Italië (F.D. Busnelli, G. Comandé, E. Bargelli, p. 117-133), Nederland (W.H. van Boom, p. 135-150), Oostenrijk (B.A. Koch, P. Schwarzenegger, p. 9-27), Polen (M. Nesterowicz, E. Baginska, p. 151-165), Portugal (J. Sinde Monteiro, A. Pereira, p. 167-173), Spanje (M. Martin-Casals, J. Solé, p. 189-213), Tsjechië (L. Tichý, p. 53-63), de Verenigde Staten (Michael D. Green, p. 261-270), Zuid-Afrika (J.

Neethling, p. 175-187), Zweden (B. Dufwa, p. 215-230) en Zwitserland (C. Chappuis, G. Petitpierre, B. Winiger, p. 231-260) – Frankrijk ontbreekt helaas. In de vergelijkende afsluiting (p. 271-309) komt de redacteur tot de conclusie dat het begrip hoofdelijkheid bij voorkeur niet moet worden beperkt tot contractuele aansprakelijkheid, zoals dat bij ons onder het oude Burgerlijk Wetboek en in veel Europese landen nog steeds het geval is. Het beginsel is in Europa overal dat iedere hoofdelijk schuldenaar voor het geheel van de schuld instaat. Alleen in de Verenigde Staten is dat anders: 'what was regarded as self-evident in the past in the context of comparatively simple accidents and litigation is perhaps no longer self-evident in the age of mass litigation on disease, pollution and product liability' (p. 288). Interessant voor ons is de uitvoerige aandacht die Rogers schenkt aan het onderling regres tussen de hoofdelijke medeschuldenaren.
Bij deze laatstgenoemde publicatie plaats ik tot slot nog een opmerking terzijde. Zelf moet ik geregeld questionnaires beantwoorden naar Nederlands recht. Het overkomt me dan wel eens dat ik gewoon geen precedenten vind evenmin als literatuur. Meestal word ik dan geacht aan de hand van mijn eigen intuïtie toch tot een oplossing te komen. Gelukkig blijken door de wol geverfde collega's ook wel eens met deze vraag te zitten. 'This is a problem too that not as yet has found any certain answer in Swedish law' (p. 229), schrijft Bill Dufwa.

(European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law/Text and Commentary*, Wien: Springer, 2005, 282 p., ook te vinden op <http://civil.udg.es/tort/Principles/text.htm>; W.V.H. Rogers (red.), *Unification of tort law: multiple tortfeasors*, The Hague: Kluwer 2004, 313 p.)

6. Asbest en aansprakelijkheid

De afgelopen jaren heeft dit tijdschrift en in het bijzonder ook deze kroniek regelmatig aandacht besteed aan de juridische problemen die verbonden zijn met de aansprakelijkheid jegens slachtoffers van mesothelioom en andere aan asbest gerelateerde ziekten. Hoe staat het momenteel met de positie van de slachtoffers en met name hun nabestaanden? Het tijdschrift *AV&S* geeft in een vierluik een goed beeld van de katalysatorfunctie die asbest voor het aansprakelijkheidsrecht heeft gehad en wellicht nog steeds heeft. Allereerst analyseert Hartlief de standaardarresten in deze materie, Janssen/Nefabas (*NJ* 1990, 573) en Cijsouw I (*NJ* 1993, 686) en II (*NJ* 1999, 683), alsmede de meer recente lichting. Hieruit komt voor de werkgever een verhoogde zorgplicht naar voren; hetgeen voor de werknemers en hun nabestaanden nog geen succes garandeert, getuige de problemen op het gebied van causaliteit, verjaring en solventie (p. 48). In 1999 vond te Utrecht een symposium plaats over de verjaring van asbestclaims, zo begint Smeehuijzen zijn bijdrage, om vervolgens te demonstreren dat de in Utrecht nog openstaande kwesties thans goeddeels zijn opgelost. Niet dat er geen kritiek op mogelijk is: de auteur stelt dat toepassing van Van Hese/De Schelde (*NJ* 2000, 430) tot onbevredigend gemotiveerde uitspraken van de feitenrechters leidt. Van Boom schetst de rol van het Instituut asbestslachtoffers (IAS) en de Regeling toekoming asbestslachtoffers (TAS). Beide kunnen als een succes voor de slachtoffers worden gekenschetst, maar volgens Van Boom mag men hieruit niet afleiden dat dit model ook in andere gevallen van massaschade goed zou werken. Fransen van de Putte tenslotte signaleert nog een ander probleem voor de toekomst: 'de slag met betrekking tot de schadevergoeding voor asbestslachtoffers is grotendeels door de slachtoffers gewonnen. De verzekeraars hebben nu echter hun maatregelen genomen om de volgende slagen en daarmee de oorlog te winnen. Er is vooralsnog geen reden aan te nemen dat zij daar niet in zullen slagen' (p. 72).
In Frankrijk is het gebruik van asbest per 1 januari 1997 verboden. In het jaar 2000 is ook daar een Schadevergoedingsfonds tot stand gekomen. Onlangs heeft de Franse Rekenkamer (*Cour des comptes*) er een verslag over uitgebracht. Ook hier is kritiek op het fonds te lezen: 'le délai de latence très long des maladies de l'amiante conduit souvent le juge à constater a posteriori que l'entreprise responsable n'existe plus' (p. 24).

(W.H. van Boom, 'Een uiting van maatschappelijke betrokkenheid', *AV&S* 2005, p. 60-67; Gérard Dériot, *Amiante: quelle indemnisation pour les victimes?*, Sénat No 301, 87 + XXII p.; A.S. Fransen van de Putte, 'Asbest en de AVB-verzekering', *AV&S* 2005, p. 67-72; T. Hartlief, 'Asbest en aansprakelijkheid: de reikwijdte van de rechtspraak omtrent werkgeversaansprakelijkheid', *AV&S* 2005, p. 41-49; J.L. Smeehuijzen, 'Naar een scherpere gezichtspuntencatalgus bij verjaring van asbestzaken', *AV&S* 2005, p. 49-59.)

7. Wilsgebreken in het contractenrecht

Het Trento *Common core of European private law* project begint, tien jaar na aanvang, op stoom te komen. Een van de mooie resultaten is de bundel *Mistake, fraud and duties to inform in European contract law*, die onlangs onder redactie van de Engelse Parijse Ruth Sefton-Green en met medewerking van onze landgenoot Martijn Hesselink uitkwam. Behalve een twaalftal *case studies* bevat de bundel een in- (p. 1-37) en uit- (p. 369-400) leiding van de redacteur, alsmede historische beschouwingen over het thema van de hand van Martin Josef Schermaier (*civil law, p. 39-64) en John Cartwright (common law, p. 65-86).*
Anders dan de hypothese was, blijken de oplossingen van de casus nogal verschillend. Ook blijken de onderzochte stelsels er allemaal verschillende noties van het begrip 'dwaling' op na te houden: 'French law probably provides the most extreme versions since the mere fact of a mistake can suffice to annul the contract, and the interests of the non-mistaken party are overridden. German law will annull under par. 119 BGB but par. 122 BGB puts a limit on annulment, which is not, therefore, absolute' (p. 381). Aan de andere zijde van het spectrum is de *common law* 'view which prefers that security of transactions be upheld over and above annulment on the basis of mistake (referred to as 'commerce-based protection')' (p. 382). Ons land behoort blijkens de antwoorden op de questionnaire tot de *mainstream* van Europese stelsels en waar het al afwijkt, is dat ten gunste van ingrijpen in de contractuele verhoudingen.
Tenslotte kan worden opgemerkt dat ook de PECL in deze studie uitvoerig aan bod komen.

(Ruth Sefton-Green (red.), *Mistake, fraud and duties to inform in European contract law*, Cambridge: University Press 2004, 414 p.)

8. Remedies in het contractenrecht

Drie jaar geleden, tijdens het hoogtepunt van de intifadah, vond in Israël een door buitenlanders slecht bezocht congres plaats over sancties bij wanprestatie. Wat bij ons gewoonlijk met sancties wordt aangeduid, heet in het Engels 'remedies' (ook enkele Nederlandstalige auteurs hebben hier een voorliefde voor ontwikkeld – zie hierboven in nr. 2), hetgeen de titel van de bundel *Comparative remedies for breach of contract* verklaart. De bundel telt drie (onder)delen. Deel 1 bevat onder de titel 'Concepts, coherence and choice' een drietal opstellen: een algemene beschouwing van Daniel Friedmann over de verhouding tussen recht en sanctie (p. 3-17), een opstel over 'multiplicity in contract remedies' van Roy Kreitner waarin het bestaan van één uniforme theorie inzake sancties wordt ontkend (p. 19-49) en een bijdrage van Barak Medina over het verschil in benadering tussen de traditionele leer volgens welke een overeenkomst compleet is en de economische theorie die een contract als incompleet aanmerkt (p. 51-72).
Deel 2 is getiteld 'Comparisons' en bevat zes opstellen. Mark P. Gergen bekritiseert het Amerikaanse recht dat bestraffing van niet-nakoming belangrijker acht dan het bevorderen van *efficient breach* (p. 75-101; ik dacht eigenlijk dat het net andersom was). Yves-Marie Laithier geeft een samenvatting van zijn eerder in deze kroniek in nr. 2 aangekondigde dissertatie (p. 103-122). Twee bijdragen zijn gewijd aan de Duitse *Schuldrechtsreform*: van Andreas Heldrich en Gebhard M. Rehm (p. 123-132) en van Dagmar Coester-Waltjen (p. 135-156). Nili Cohen analyseert de Israelische wet op het derdenbeding van 1973, meer in het bijzonder welke rechten de derde en de schuldeiser hebben tegen de wanpresterende schuldenaar (p. 157-187). Mauro Bussani en Vernon Palmer teren op oude roem, te weten hun Trento-onderzoek naar *pure economic loss* (p. 189-217).
Deel 3 gaat over 'Specific performance and damages'. Het bevat opstellen van Lionel Smith (p. 221-233), David Gilo (p. 235-247), Adam Kramer (p. 249-286) en ten slotte Ewan McKendrick en Katherine Worthington (p. 287-322). Smith plaatst *specific performance* in de reeks aanspraken die beogen vermogensrechten te beschermen. Gilo stelt voor om de regels inzake schadeberekening aan te passen aan de economische realiteit die inhoudt dat ondernemers hun schade vaak kunnen doorgeven aan cliënten en voorschakels. Kramer ziet de regels inzake causaal verband niet als aanvullend recht, maar als *implied promise*. McKendrick en Worthington analyseren de Engelse rechtspraak inzake toekenning van immateriële schadevergoeding bij wanprestatie. Traditioneel wordt deze in Engeland niet toegekend, maar de auteurs signaleren twee belangrijke uitzonderingen: 'a 'positive' loss of some non-pecuniary benefit contracted for and those in which the claimant is seeking to recover damages in respect of 'consequential' non-pecuniary losses suffered as a result of the defendant's breach' (p. 321).
In Engeland uitgegeven verzamelbundels beginnen vaak met een overzicht van de opgenomen bijdragen en dit boek is daar geen uitzondering op. Cohen en McKendrick geven de aanstaande lezer een uitstekend beeld van wat haar te wachten staat.

(Nili Cohen, Ewan McKendrick (red.), *Comparative remedies for breach of contract*, Oxford: Hart 2005, 326 p.)

9. Kunst en recht

Het vak kunst & recht ontwikkelt zich rap tot een heuse specialisatie, niet alleen hier te lande maar ook en vooral in Duitsland. Daar kent men sinds 1999 het tijdschrift *Kunstrecht und Urheberrecht*, uitgegeven bij de Keulse uitgever Heymann, die met Walter de Gruyter in Berlijn deze markt lijkt te beheersen. Twee recente publikaties wil ik hier noemen: de algemene inleiding van Haimo Schack en de monografie van Isabel Kühl over internationaal leenverkeer tussen musea. De geïnteresseerden wijs ik voorts op de – vele – publikaties van Jayme over dit thema (zie *NTBR* 2004, nr. 70, p. 373).

(Isabel Kühl, *Der internationale Leihverkehr der Museen*, Köln: Heymann 2004, 163 p.; Haimo Schack, *Kunst und Recht*, Köln: Heymann 2004, 381 p.)

10. Geld en privaatrecht

In het jaar 2000 was het een eeuw geleden dat de bekende Amsterdamse hoogleraar Marcel Henri Bregstein werd geboren. Bij die gelegenheid organiseerde de gelijknamige stichting onder voorzitterschap van E.J.H. Schrage een groot(s) symposium, waarvan de handelingen geruime tijd geleden in druk zijn verschenen. Aangestoken door het succes organiseerde de stichting in 2002 wederom een symposium, ditmaal geheel aan het verschijnsel geld gewijd. Twee jaar na dato kwam ook een publikatie van de inleidingen voor dit symposium van de pers. De bundel bevat zeven opstellen, waarvan ik er vijf vermeld. A.H.E.M. Wellink schetst de organisatie van 'De bank: Een hybride juridische organisatie' (p. 1-7). Met 'de' bank doelt hij niet op een van onze commerciële banken, die zich graag als zodanig aandient, maar op De Nederlandse Bank. E.J.H. Schrage maakt vervolgens 'Enige historisch-vergelijkende opmerkingen over de rol van het geld in het privaatrecht' (p. 9-16), waarin Lazarus, Accursius, Langemeijer en figuren als *tracing* de revue passeren. R.E. van Esch bepleit in 'Privaatrechtelijke aspecten Europese regelgeving girale en elektronisch betalingsverkeer: nu en in de toekomst' (p. 17-37) Europese totale – en niet: minimum- – harmonisatie voor het aanbieden van betaaldiensten. W. Snijders signaleert in 'Het monetaire grondpatroon van het vermogensrecht' (p. 87-98) op basis van de Nicomachische Ethica van Aristoteles vier monetaire grondpatronen van ons vermogensrecht: (a) Alle goederen zijn op geld waardeerbaar en kunnen op niets anders worden gewaardeerd dan op geld, (b) Voor iemand die geld heeft, zijn goederen beschikbaar, wat de verhandelbaarheid van die goederen veronderstelt, (c) Geld ontleent zijn karakter aan het recht en niet aan de natuur, en (d) De waarde van geld is veranderlijk. De eerste drie beginselen komen in het opstel van Snijders aan de orde. Het vierde wordt besproken door F.H.J. Mijnssen, die met een knipoog naar het Mark=mark-arrest (*NJ* 1931, 274) schrijft over 'Euro is euro' (p. 99-110). Deze auteur acht wanneer de euro-dollar koers sterk verandert, wijziging van een geldleningsovereenkomst op grond

van onvoorziene omstandigheden niet uitgesloten.

(*De rol van geld in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2004, 110 p.)

11. Massaschade en class actions

Deze zomer verscheen de wettelijke regeling van de massaschades in het Staatsblad – zie de bijdrage hierover in het september nummer *NTBR* van N. Frenk (p. 296-300). Vorig jaar wijdde de Vereniging voor procesrecht haar najaarsvergadering aan de procesrechtelijke aspecten van het – toen nog – wetsvoorstel. Na een algemene inleiding door A.I.M. van Mierlo (p. 11-25) belicht P.N. van Regteren Altena 'De collectieve afwikkeling van de DES-zaak in Nederland' (p. 27-35). Fiscale beschouwingen worden gegeven door R.H. Happé (p. 37-46). W.L. Valk ten slotte bespreekt het wetsvoorstel vanuit het perspectief van de rechtspraak (p. 47-53).

Hoe met massaschade om te gaan, is iets wat wij nog leren moeten. Vroeger placht een bedrijf dat hiervoor verantwoordelijk was, een commissie van wijze mannen te benoemen, die er veelal in slaagden de zaak op te lossen. Een goed voorbeeld is de wijze waarop Unilever indertijd de Planta-affaire aanpakte; een driemanschap wist vakkundig alle claims buiten rechte te schikken. Wellicht is dat iets van het verleden. Een toch niet van deskundigheid gespeende commissie, samengesteld uit Oosting (voorzitter), Du Perron en Sorgdrager, slaagde er niet in de Dexia-affaire op te lossen. Of de nadien ingeschakelde Duisenberg – het zou zijn laatste klus worden – het wel tot een goed einde heeft gebracht, moet nog blijken. Huls is er niet gerust op. Uit een van de overlijdensadvertenties d.d. 3 augustus 2005 leid ik af dat de gedupeerden daar anders over denken.

Met de wettelijke regeling van de massaschade komen wij in de buurt van de *class action*. Dat is een verschijnsel dat we niet alleen in de Verenigde Staten aantreffen, ook in andere *common law* landen is dat het geval. Een voortreffelijke studie van de regeling hiervan in een drietal jurisdicties, is die van Rachael Mulheron. Besproken worden de federale *class actions* in Australië en de Verenigde Staten en de provinciale actie in Ontario (en in mindere mate die van British Columbia). Het boek bestaat uit drie onderdelen. In een inleidend deel bespreekt de auteur de kenmerken van moderne *class actions* (p. 23-45) en de doelstellingen van de wettelijke regelingen (p. 47-111). Deel II is gewijd aan het aanvangen van een *class action*: welke zaken komen in aanmerking (p. 115-164), de voorwaarde van een gemeenschappelijk belang (p. 165-217) en die van de superioriteit boven andere processuele middelen (p. 219-273), en de beoordeling van de *class representative* (p. 275-318). Deel III gaat over het voeren van een *class action*: wie maken er deel uit van de *class* (p. 321-366), belemmeringen voor de voortgang (p. 367-388), de schadevergoeding (p. 389-434) en kosten en financiering (p. 435-479). Wat opvalt bij lezing van dit boek is hoe vaak een *class action* kan mislopen, bijvoorbeeld het aantal *class* leden is te klein (p. 115-130), degeen die zich opwerpt als vertegenwoordiger van de *class* komt niet in aanmerking (p. 275-318) of de vordering is reeds verjaard (p. 373-385). Het boek is rijkelijk geïllustreerd met casuïstiek. Alleen ontbreekt een conclusie, maar het zou mij niet verbazen als dat samenhangt met het feit dat het oorspronkelijk als dissertatie is verdedigd in Oxford.

Ook buiten de *common law* landen neemt de belangstelling voor de *class action* toe. Finland en Zweden kennen als eerste Europees-continentale staten een *class action*. In Zweden wijst de pionier van deze wetgeving, Per Henrik Lindblom, in een artikel in de *Svensk Juristtidning* op de ervaringen die gedurende de eerste twee jaar met de wettelijke regeling van de *grupptalan* zijn opgedaan. In het geheel zijn er niet meer dan vijf van dergelijke acties ingesteld, zodat het *floodgates* argument niet bepaald lijkt op te gaan. Van de vijf acties waren er vier van particulieren en een van de Consumentombudsman (net als bij ons over energievoorziening). In Finland heeft de consumentombudsman op internet een dossier gepubliceerd. In Oostenrijk heeft het parlement 'Die Bundesministerin für Justiz (...) ersucht, gesetzliche Möglichkeiten zur ökonomischen und sachgerechten Bewältigung von Massenklagen zu prüfen'. Naar aanleiding hiervan is op 27 juni jl. in Wenen een *Tagung* 'Massenverfahren/Reformbedarf für die ZPO?' gehouden. En in Frankrijk worden reeds *class actions* voorbereid, zo laat *le site français des actions collectives* ons weten. Dit alles is in overeenstemming met de tendens die wordt gesignaleerd in een – via het internet te verkrijgen – OESO-rapport over *consumer dispute resolution and redress in the global marketspace*. Een vergelijkend overzicht van de verschillende groepsacties, met voorstellen voor de toekomst, is onlangs in Duitsland door Micklitz en Stadler uitgebracht. Het rapport bevat niet alleen een analyse van de toestand in Duitsland, maar ook nationale berichten van Holger Beuchler (Frankrijk, Griekenland, Verenigd Koninkrijk, Verenigde Staten), Andreas Mom (Nederland, Spanje en Zweden) en Julia Müller (Italië).

(N.J.H. Huls, Is de Duisenberg-regeling royaal genoeg voor alle legitieme Dexiaclaims?, *NJB* 2005, p. 1386-1390; Per Henrik Lindblom, Lagen om grupprättegang – bakgrund och frantid, *Svensk Juristtidning* 2005, p. 129-191; Hans W. Micklitz, Astrid Stadler, *Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft*, Münster: Landwirtschaftsverlag 2005, ca 1500 p.; A.I.M. van Mierlo en anderen, *Het wetsvoorstel collectieve afwikkeling massaschade*, Den Haag: Boom 2005, 69 p.; Rachael Mulheron, *The class action/in common law legal systems – A comparative perspective*, Oxford: Hart 2004, 535 p.; OECD, *Workshop on consumer dispute resolution and redress in the global marketspace*, <http:www.oecd.org/dataoecd/59/21/34699496.pdf>; *Le site français des actions collectives*, *http://www.classaction.fr/*.)

12. Europees privaatrecht in Duitsland

In Duitsland is het in het algemeen niet zo eenvoudig om aan de universiteit nieuwe keuzevakken te introduceren. Een keuzevak Europees privaatrecht lijkt evenwel hard op weg om die status te bereiken. De studieboeken liggen al gereed. Drie wil ik er noemen. *Bettina Heiderhoff* schreef op basis van haar dissertatie over Europees consumentenrecht een handzaam studieboek over Europees privaatrecht. Zes hoofdstukken telt het boek: na een overzicht van het geldende Europese

privaatrecht in hoofdstuk 1 (p. 1-4) bespreekt zij in hoofdstuk 2 de bevoegdheid van de Europese Unie tot regelgeving (p. 5-32). Vervolgens komt in hoofdstuk 3 de implementatie en uitleg van richtlijnen en verordeningen aan de orde (p. 33-78), alsmede in hoofdstuk 4 de beginselen van communautair privaatrecht (p. 79-126). Het boek wordt afgesloten met in hoofdstuk 5 een overzicht van bestaande maatregelen (p. 127-217) en in hoofdstuk 6 een blik op de toekomst (p. 219-230). Zoals uit de aangeduide pagina's blijkt, is de indeling qua gelijke verdeling niet geheel fraai. Het voordeel van het kleine format kon voorts alleen worden bereikt door het weglaten van casuïstiek, die nu juist het privaatrecht zo boeiend maakt. Voorts treedt de auteur weinig met anderen in discussie en als ze dat al doet, zijn dat vrijwel steeds haar eigen landslieden.
Onder redactie van *Katja Langenbücher* verscheen eerder dit jaar een studieboek dat in negen hoofdstukken een overzicht biedt van enkele belangrijke onderdelen van het privaatrecht. Na een hoofdstuk over methodologie van de hand van de redacteur (p. 25-66) zijn hoofdstukken opgenomen over contractenrecht door Carsten Herrestahl (p. 67-180), verbintenissen uit de wet (p. 181-206) en handelsrecht (p. 207-237) door Thomas Riehm, ondernemingsrecht door Andreas Engert (p. 238-288), arbeidsrecht door Daniela Neumann (p. 289-332), internationaal privaatrecht door Christiane Wendehorst (p. 333-373), burgerlijk procesrecht door Gerald Mäsch (p. 374-399) en mededingingsrecht door Florian Wagner-von Papp (p. 400-469). Wat hier in onze ogen ontbreekt, is het familierecht dat immers juist de laatste jaren op het punt van de harmonisatie met een inhaalslag bezig lijkt. Wat niet ontbreekt, maar verscholen in de verschillende hoofdstukken is opgenomen, zijn themata als bijzondere overeenkomsten en derdenwerking van grondrechten (beide in hoofdstuk 2). Aardig zijn de casusposities – met antwoord – welke de soms wat dode stof zeer verlevendigen.
Karl Riesenhuber schreef een reusachtige dissertatie over 'System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts' (2003). Op basis daarvan ligt de veel beknoptere studie 'Europäisches Vertragsrecht' voor. Deze studie telt drie delen: 'Grundlagen' (p. 11-80), 'Sachfragen des Vertragsrechts' (p. 81-333) en 'System und Prinzipien' (p. 335-362). Zoals de aangeduide pagina's reeds doen vermoeden, ligt het zwaartepunt van het boek in deel 2. Daarin komen achtereenvolgens algemene vragen, precontractuele verhoudingen, de totstandkoming, inhoud, derden, inhoudscontrole en niet-nakoming aan de orde. Wat in dit boek wat vreemd aandoet, is dat de auteur vooral met landgenoten in discussie treedt. Slechts op één punt is dit duidelijk anders. Waar het om redelijkheid en billijkheid gaat, citeert hij opeens uitsluitend Engelstalige bronnen.

(Bettina Heiderhoff, *Gemeinschaftsprivatrecht*, München: Sellier 2005, 258 p.; Katja Langenbucher (red.), *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, Baden-Baden: Nomos 2005, 490 p.; Karl Riesenhuber, *Europäisches Vertragsrecht*, Berlijn: De Gruyter 2003, 378 p.)

13. Europees privaatrecht in Italië

Italiaanse juristen hebben steeds een bijzondere belangstelling voor Europees privaatrecht getoond. Verschillende malen kon ik reeds melding maken van Engelstalige publikaties voortvloeiend uit het Common Core of European Private Law project van de Universiteit van Trento – zie in deze Kroniek bijvoorbeeld nr. 7 en 8. Ook daarbuiten wordt veel over dit thema geschreven. Vorige maand signaleerde ik de Engelstalige vergelijking van de *Principles of European Contract Law* en het Italiaanse contractenrecht onder redactie van Antoniolli en Veneziano. Deze maand noem ik nog enige Engels- en Italiaanstalige – of gemengde – boeken.
Allereerst is er een mooi Engelstalig boek van Alpa. Guido Alpa is momenteel zeker buiten Italië de meest bekende civilist. Zijn boek *Tradition and Europeanization in Italian Law* is opgebouwd uit vijf, ten dele reeds eerder gepubliceerde opstellen. In een eerste hoofdstuk bespreekt hij de rechtsbronnen en uitlegmethoden, met bijzondere aandacht voor algemene beginselen, onrechtmatige daad, *Drittwirkung*, privacy, het gebruik van buitenlands recht door de rechter en open normen (p. 1-119). Vervolgens besteedt hij kort aandacht aan de impact van het Europese recht (p. 121-134, vooral over de richtlijn oneerlijke contractsbedingen: 'Especially when EC legislation addresses areas already covered by domestic statute and case law its impact seems to be quite low, because the resistance of the domestic measures already in force against the new changes imposed from an outside legislator is strong') en iets langer aan contractenrecht in een veranderende maatschappij (p. 135-162). Het recht en morele waarden komen aan de orde in hoofdstuk 4 (p. 163-198) en het slothoofdstuk is gewijd aan een toekomstperspectief van het Europees privaatrecht, inclusief de educatie van rechters (p. 199-230).
Licht misleidend in retrospectief is de titel 'A European Civil Code?/Perspectives & problems' voor het verslag van een conferentie die vorig jaar mei in Genua plaats vond. Dit was inderdaad de titel van de conferentie, maar inmiddels zijn de inleidingen, het voorwoord en de conclusies in druk verschenen en daarvan blijken slechts drie – van de twaalf – in het Engels te zijn gesteld. Eén bijdrage is in het Frans en de overige acht (inclusief het Voorwoord) zijn in het Italiaans geschreven. De Engelstalige bijdragen zijn afkomstig van een Duitser, Stefan Grundmann (p. 7-40), een Italiaan, de zojuist genoemde Guido Alpa (p. 41-77) en een echte Engelsman, Hugh Collins (p. 161-182). De Française is Pauline Rémy-Corlay (p. 113-138), die alleen het verbintenissenrecht wil harmoniseren. Zij moet niets hebben van afzonderlijke wetboeken van consumentenrecht en handelsrecht, zoals Frankrijk die heeft: 'de compilations de textes épars; l'autonomie de ces matières est très contestable' (p. 138).
Opgenomen zijn voorts Italiaanstalige opstellen van een Duitser, Christian Joerges (p. 197-215), een Spaanse, Encarnacion Roca Trias (p. 217-250), een Nederlander, uw kroniekschrijver (p. 79-112) en vier echte Italianen: Andrea D'Angelo (p. 139-159), Pietro Rescigno (p. 251-257), Stefano Rodotà (p. 183-196) en eindredacteur Vincenzo Roppo (p. 1-5, 261-284).
In een Italiaanse boekenwinkel trof ik deze zomer, net voor het referendum, een aardig ogend boekje met de titel *Diritto dei contratti e 'Costituzione' Eu-*

ropea/Regole e principi ordinanti van een mij niet bekende auteur. Het bleek, na aanschaf, een bundeling van een vijftal eerder, merendeels in de *Rivista di diritto privato*, gepubliceerde opstellen. Het eerste daarvan handelt over de constitutionalisering van het contractenrecht (p. 1-27). Vervolgens komen de menselijke waardigheid (p. 29-82), de rechtvaardigheid (p. 83-156), de redelijkheid en billijkheid (p. 157-195) en het mededingingsrecht (p. 197-240), steeds in hun relatie tot het contractenrecht, aan de orde.
Eveneens geheel Italiaanstalig is de bundel *Diritto privato europeo/Fonti ed effetti*, die de inleidingen bevat voor een symposium dat in november 2002 plaatsvond te Rome (het betreft een vervolg op een congres dat een jaar tevoren plaatsvond – zie mijn aankondiging in *NTBR* 2002, p. 402). Omdat het al enige tijd geleden is, noem ik alleen de auteurs: over 'Le fonti' berichten Guido Alpa (p. 9-21; leuk voor collega's: 'tra i centri più famosi in Europa, basti pensare a Londra, Osnabrueck, Treviri, Halle, Utrecht, Tilburg, Amsterdam, Parigi, Barcellona, Madrid, Coimbra, Oporto', p. 18), Nicolò Lipari (p. 23-27), Luigi Capogrossi Colognesi (p. 29-44), Alessandro Somma (p. 45-58), Salvatore Patti (p. 59-67), Francesco Macario (p. 69-98), Giuseppe Vettori (p. 99-113; ook als eerste opgenomen in de hierboven aangekondigde bundel), Aurelia Colombi Ciacchi (p. 115-121), Luigi Moccia (p. 123-146), Franco Cipriani (p. 147-167), Vincenzo Panuccio (p. 169-191), Antonio Palazzo (p. 193-202). Deel II bevat bijdragen over privaatrecht en publiekrecht van de hand van Martijn Hesselink (p. 245-254: over 'Fair prices in the common market/On commutative and distributive justice in European contract law'), Francesco Giglio (p. 255-268), Paolo Vitucci (p. 269-275), Vincenzo Zeno-Zencovich (p. 277-282), Andrea Fusaro (p. 283-285), Paolo Carbone (p. 287-297), Mario Bessone (p. 299-325) en Giuseppe Carriero (p. 327-339). Deel III bevat dan nog enige rechtshistorische opstellen.
Speciaal voor de Amsterdamse liefhebbers van de Italiaanse taal noem ik nog twee in het Italiaans gestelde bijdragen in het tijdschrift *Europa e diritto privato*. In de vorige jaargang ging Salvatore Mazzamuto in op de doctrinaire problemen waarvoor de Italiaanse rechtswetenschap door het Europees privaatrecht gesteld ziet. In de huidige jaargang wijdt Giuseppe Benedetti een bespreking aan de *PECL*-bepalingen inzake totstandkoming van de overeenkomst.
Tenslotte moet ik een verzuim goedmaken. Twee jaar geleden reeds publiceerde Ugo Mattei zijn boek over het Europese codificatieproces. Het betreft hier in feite een bundeling van eerder gepubliceerde opstellen, te beginnen met een bijdrage vanuit de zaal aan het symposium over Europees privaatrecht georganiseerd onder het voorvorige Nederlandse voorzitterschap in 1998. Die bijdrage heeft betrekking op de in Mattei's ogen noodzakelijke *law & economics* benadering van het vraagstuk van Europese harmonisatie (p. 1-27). In 1998 waren de meeste deelnemers aan het debat nog sterk nationaal geïndoctrineerd, aldus de auteur, maar hoe snel het kan verkeren bleek in 2001 toen hij op de SECOLA conferentie in Leuven zijn bekende voordracht 'Hard Code Now!' (p. 107-127: met de slotzin 'Suggesting soft solutions only confirms Europe as a periphery of the economic Europe') hield. Dit opstel was geschreven voor de conferentie te Tel Aviv over *Remedies* welke resulteerde in de publikatie hierboven aangekondigd in nr. 8, maar is daar niet in opgenomen.
Voorts zijn bijdragen opgenomen over de organisatie van de rechtspraktijk (p. 29-65) en van de academische praktijk (p. 67-80), over 'Postmodern legal scholarship and the codification process' (p. 81-105), een pleidooi tegen een tweedeling van het contractenrecht in consumtenrecht en handelsrecht ('schizophrenic contract law') in Europa (p. 129-159) en over de trust (p. 161-178), alsmede een epiloog (p. 179-183).

(Guido Alpa, *Tradition and Europeanization in Italian Law*, London: British Institute of International and Comparative Law 2005, 230 p.; Guido Alpa en Remo Danovi (red.), *Diritto privato europeo/Fonti ed effetti, Materiali del seminario dell' 8-9 novembre 2002*, Milano: Giuffrè 2004, 380 p.; Luisa Antoniolli, Anna Veneziano (red.), *Principles of European Contract Law and Italian Law*, The Hague: Kluwer 2005, 518 p.; Giuseppe Benedetti, La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione/Dal codice civile ai Principi di diritto europeo dei contratti, *Europa e diritto privato* 2005, p. 309-339; Ugo Mattei, *The European codification process/Cut and paste*, The Hague: Kluwer 2003, 183 p.; Salvatore Mazzamuto, Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo, *Europa e diritto privato* 2004, p. 1029-1125; Vincenzo Roppo (red.), *A European Civil Code?/Perspectives & problems*, Milano: Giuffrè 2005, 284 p.; Giuseppe Vettori, *Diritto dei contratti e 'Costituzione' Europea/Regole e principi ordinanti*, Milano: Giuffrè 2005, 240 p.)

14. Europees privaatrecht in Spanje

In 2003 werd in het Spaanse Lerida voor de derde maal een conferentie gewijd aan een thema op het gebied van het Europees privaatrecht, ditmaal toevallig ook het derde deel van de *Principles of European Contract Law* (PECL) – een eerdere bundel van deze groep kondigde ik aan in *NTBR* 2003, p. 571. Thans liggen de gebundelde bijdragen voor. Het is een mix geworden van opstellen over algemene vraagstukken en over de heel specifieke bepalingen van PECL III. De auteurs zijn deels afkomstig uit de Lando commissie die de PECL ontwierp (Clive, MacQueen, Zimmermann), of de daaruit voortgekomen Study Group for a European Civil Code (Dacoronia, Lurger), deels van juristen van op dit punt onbesproken gedrag, en deels locale grootheden. Een van de leden van de Lando commissie – zij het dat zijn 'involvement was at a very late stage of the work on Part III and mainly in an editorial capacity' – die (nog eens) zijn licht over de materie doet schijnen, is Eric Clive met 'An overview and assessment' (p. 15-22). Zijn conclusie is dat de *Principles* 'represent a good set of model rules – well-drafted, readable, understandable, substantively fair, liberal and functional' en dat 'the Principles cannot be ignored. No self-respecting European contract lawyer or law reformer can leave them out of account' (p. 22).
Vervolgens komt er een reeks analyses van bepaalde in PECL III opgenomen regels of regelcomplexen. Over pluraliteit van schuldenaren en schuldeisers handelen de opstellen van Simon Whittaker ('plurality of debtors', p.

23-49: 'To many English lawyers, this topic would not be a first choice for examination, often being tucked away in works on contract or tort law at the end of what are seen as more fundamental (perhaps some may even say, more interesting) topics ...', p. 25), Eugenia Dacoronia ('plurality of creditors', p. 51-67: 'the Greek lawyer, judge or scholar will not raise any vivid objections', p. 67), Jesús Moro Almarez (wier bijdrage gaat over actieve hoofdelijkheid: 'solidaridad activa', p. 69-101), Belén Trigo García ('pluralidad de deudores', p. 103-117) en Marta Carballo Fidalgo ('deudas solidarias', p. 119-132). Cessie krijgt de aandacht van Brigitta Lurger ('Assignment of claims', p. 133-149: 'the overall impression of Chapter 11 stays a very positive one', p. 148) en Stefan Enchelmaier ('Assignment in its commercial context', p. 151-183: 'the [PECL] strike a happy balance of taking up the uncontroversial, cautiously developing it where possible, and avoiding those areas which are too much in flux or where consensus appears as yet unattainable', p. 183). Volmacht komt aan de orde bij Beatriz Fernández Gregoraci ('Undisclosed agency y cesión de créditos', p. 185-203) en de relatie tussen PECL III en de Europese insolventieverordening bij Angel Espiniella Menéndez ('El articulo 11:401 (4) de los PECL', p. 205-231).

Over hoofdstuk 12 van de PECL handelen opstellen van Stefan Leible ('Cambio de deudor', p. 233-244: 'El capitulo 12 de los Principios contiene un modelo de regulación acabado, completo y concluente (...)', p. 244) en Miguel A. Adams-Martinez ('A few remarks on Chapter 12 of the PECL', p. 245-280: 'I have to praise the solution given by the Commission regarding the effects of the substitution over the guarantees. But maybe there is still some work to be done regarding the defences, ...', p. 280). Schuldvergelijking is het thema van bijdragen van de Zwitser Pascal Pichonnaz, die hier al eens een rechtshistorisch georiënteerde dissertatie aan wijdde ('Set-off', p. 281-300), van Angeles Parra Lucán met een wat uit de hand gelopen vergelijking van de PECL en Spaans recht ('Compensación', p. 301-433) en Francisco Marcos ('Autonomia de la voluntad y compensación', p. 435-450).

De bevrijdende verjaring wordt behandeld door Reinhard Zimmermann, de auteur van de betrokken PECL-bepalingen, die hij vergelijkt met het nieuwe Duitse recht van na de *Schuldrechtsreform* ('The new German law of prescription', p. 451-494: 'so many architects have been involved in the process of construction, that the edifice of the new German law of prescription can hardly be called homogeneous', p. 493), Antoni Vaquer ('The new regulation of prescription in the civil law of Catalonia', p. 495-516) en Daniel Rodríguez Ruiz de Villa en Isabel Huerta Viesca ('Alterabilidad convencional uniforme de los plazos de prescripcion extintiva de las pretensiones', p. 517-548). Hector MacQueen tenslotte geeft op p. 549-566 een overzicht van het door hem ontworpen hoofdstuk 15 van de *Principles* over *illegality* en *immorality*, dat is overgenomen uit de derde editie van *Towards a European Civil Code*.

Niet specifiek op een bepaald onderdeel van PECL III zien de bijdragen van Smits, Havel, Carey Miller en Hernández Ruiz. Jan Smits betoogt in 'PECL and the harmonisation of private law in Europe' (p. 567-590) dat harmonisatie slechts kan worden bereikt als er niet alleen een gemeenschappelijke tekst, maar ook een dito praktijk is. Het is volgens hem alleen de praktijk die bepaalt welke waarden de overhand krijgen, op nationaal niveau. Bohumil Havel besteedt aandacht aan de invloed van het Europees contractenrecht op het Tsjechische privaatrecht (p. 591-602) en omgekeerd; over dat laatste is hij pessimistisch gestemd: 'With regard to the specificity of the Czech, and I believe that also the Slovak, Polish or Hungarian it is not sure whether those legal orders would be able to contribute to the discussions over the European Civil Code. Such as discussion requires a solid domestic legal background, not a disorderly and utilitarian reality that impedes advancement' (p. 601).

De Schot David L. Carey Miller analyseert in 'Principle v policy in title issues: a harmonisation bridge too far?' (p. 603-616) het Engelse arrest Shogun Finance Limited v Hudson, [2004] 1 *All ER* 215: 'to attempt to use this appeal to advocate, on the basis of continental legal systems which are open to cogent criticism, the abandonment of the soundly based *nemo dat quod non habet* rule (...) would be not only improper but even more damaging' (p. 604). M. Cristina Hernández Ruiz tenslotte bespreekt in 'Limitaciones clásicas y actuales a la libertad de contratación' (p. 617-675) de *laesio enormis* (zoals geregeld in het Catalaanse en Navarraanse recht), de algemene voorwaarden, strijd met de goede zeden en het mededingingsrecht.

Uit overweging van plaatsruimte heb ik de meeste titels van de bijdragen verkort weergegeven; maar ook uit deze korte aanduiding zal duidelijk zijn dat de meerderheid van de opstellen in het Engels is gesteld en een flinke minderheid in de Spaanse taal.

(Antoni Vaquer (red.), *La tercera parte de los Principios de derecho contractual europeo/ The Principles of European Contract Law Part III*, Valencia: Tirant lo Blanch 2005, 675 p.)

15. Europees privaatrecht elders in Europa

Niet alleen in Duitsland, Italië en Spanje krijgt de ontwikkeling van een Europees privaatrecht de aandacht, ook in andere landen – zelfs buiten Europa – is dat het geval. Vier landen wil ik nog noemen: Hongarijë, Oostenrijk, Slowakijë en de Verenigde Staten. In Hongarijë verscheen al in 2002 – maar eerst kort geleden door mij opgemerkt – een studie van de Romanist Gábor Hamza over de ontwikkeling van het privaatrecht op Romeinsrechtelijke grondslag – het Romeinse recht wordt door hem gezien als de juridische *lingua franca* van Europa. Zijn boek telt vier hoofdstukken. In hoofdstuk 1 komt de ontwikkeling van het Romeinse recht sinds Justinianus aan de orde. Vervolgens wordt de ontwikkeling gedurende de middeleeuwen uiteengezet, waarna in hoofdstuk 3 het *pièce de résistance* volgt: een encyclopedische analyse van de ontwikkeling van het moderne privaatrecht, met een accent op Duitsland, Zwitserland en Frankrijk. Het slothoofdstuk gaat in op de verspreiding van het Europese privaatrecht buiten Europa. Het boek wordt afgesloten met een rijke bibliografie en een inhoudsopgave in het Duits, Engels, Frans, Hongaars, Italiaans en Spaans.

Een van mijn favoriete auteurs is de Oostenrijker Franz Bydlinski (niet dat

ik het steeds met hem eens ben, in tegendeel, maar dat maakt het lezen juist zo aardig). In een Poolse feestbundel schrijft hij over 'Idee und Stand einer Zivilrechtskodifikation am Beispiel des österreichischen ABGB'. De auteur heeft kennelijk slechte ervaringen met het Oostenrijkse wetgevingsproces, waar uitgewogen compromissen op het laatste moment ingrijpend worden geamendeerd. Vandaar dat hij ook sceptisch is over de ontwikkeling van een Europees privaatrecht: 'Noch größere Skepsis als gegen das Gelingen einer nationalen Zivilrechtskodifikation habe ich gegenüber den Plänen für ein europäisches Zivilgesetzbuch, auf das heute manche setzen (...)' (p. 840). Die scepsis geldt niet de PECL en de zojuist in nr. 5 hierboven aangekondigde PETL, maar 'die Produkte der offiziellen europäischen Gesetzgebungsmaschinerie, durch die jedenfalls auch wohlgelungene wissenschaftliche Entwürfe gehen müssten, bevor sie Geltung erlangen können' (p. 841). Bydlinski heeft nogal wat aan te merken op de kwaliteit van Europese regelgeving: 'Im einzelnen ist aber auch der Stil der europäischen Richtlinien von der Kodifikationsidee wiet entfernt. Zahlreiche überflüssige Definitionen am Anfang, manchmal deutliche Widersprüche zwischen den im Gesetz selbst (als 'Präambel') verkündeten Leitzielen und dem tatsächlichen Gesetzesinhalt und begriffliche Unklarheiten sind vielfach auch an zentraler Stelle zu beobachten. (...). Die begriffliche Unklarheit scheint auch öfter beabsichtigt zu sein; in der naiven Meinung, durch Verwendung besonders unscharfer Allerwelktsbegriffe Interpretations- und Verständnisprobleme vermeiden zu können. Eine Gesamtkodifikation auch nur annähernd in solchem Stil ist eine Horror-Vorstellung' (*ibidem*).
In het Slowaakse Smolenice vonden in september 2004 de achtste *Luby Rechtstage* plaats. In aansluiting op het 75-jarig bestaan van UNIDROIT, dat in 2002 werd gevierd, stonden deze dagen in het teken van 'Kodifikation, Europäisierung und Harmonisierung des Privatrechts'. Uit de naar aanleiding van de conferentie verschenen bundel noem ik de Duitstalige bijdragen van Schlechtriem en Svidron, welke laatste is verbonden aan de Universiteit van Trnava. In zijn opstel 'Materielle und ideelle Interessen im Slowakischen und Europäischen Privatrecht' bepleit Svidron een ruime omschrijving van het eigendomsbegrip, inclusief de intellectuele eigendom.
Uit de Verenigde Staten tenslotte komt een mooi opstel van James Gordley. Gordley heeft in 1991 veel indruk gemaakt met zijn *The philosophical origins of modern contract doctrine* (Oxford: Clarendon Press, 1991). In zijn nieuwste essay bepleit hij een nieuwe aanpak voor de juridische opleiding, voor de Europese doctrine en voor de perceptie van geldend recht. In de opleiding moeten we ons niet bezighouden met hetgeen wet en rechter zeggen, maar met wat zij doen. De doctrine moet zich niet langer uitsluitend laten leiden door wat er in eigen land gebeurt. Dit lijkt een typisch Amerikaanse visie, zo stelt Gordley, maar deze 'in fact, brings European law closer to its roots' (p. 180).

(Franz Bydlinski, 'Idee und Stand einer Zivilrechtskodifikation am Beispiel des österreichischen ABGB', *Rozprawy prawnicze/Ksiega pamiatkowa Profesore Maksymiliana Pazdana*, Katowice: Zakamycze 2005, p. 827-842; James Gordley, The future of European contract law on the basis of Europe's heritage, *European Review of Contract Law* 2005, p. 163-183; Gábor Hamza, *Az európai magánjog fejlödése/A modern magánjogi rendszerek kialakulása a roómai jogi hagyományok alapján*, Budapest: Nemzeti Tankönyvkiadó 2002, 362 p., in het Duits vertaald onder de titel *Die Entwicklung des Privatrechts auf römischrechtlicher Grundlage unter besonderer Berücksichtigung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn*; Ján Svidron et al. (red.), *Materielle und ideelle Interessen im Slowakischen und Europäischen Privatrecht*, Trnava: Iura 2005.)

16. Nederlands recht in den vreemde

Regelmatig heb ik in deze kroniek gewezen op de aandacht die Belgische tijdschriften aan Nederlands recht besteden. Dat gebeurt door Nederlandse auteurs, maar ook door Belgische collega's. In het laatste geval gaat het gewoonlijk om rechtsvergelijking, maar soms is het eenvormig recht dat aan de orde is. Dat is bijvoorbeeld het geval in het 'Overzicht van rechtspraak: Auteurs- en modellenrecht 1990-2004' van de hand van F. Gotzen. Het eerste deel van deze kroniek is uitsluitend aan Belgisch auteursrecht gewijd, maar het tweede deel – over de Benelux Tekeningen- of Modellenwet – bestrijkt zowel de Belgische als de Nederlandse rechtspraak over deze gemeenschappelijke wet. Naast Belgische uitspraken verluchtigen tal van Nederlandse zaken – van pantoffels (*BIE* 1991, 47) tot paperclips (*IER* 2003, 374), van toiletverfrissers (*BIE* 2001, 493) tot zuigrietjes met een daaraan bevestigd molentje (*BIE* 1993, 60) – Gotzens betoog.
Nederlands verrijkingsrecht komt aan de orde in een drietal publikaties, waarvan er één nog moet verschijnen, één al is verschenen maar in deze kroniek nog moet worden aangekondigd en één bij deze wordt aangekondigd. In die laatste rubriek valt de bijdrage van Verhagen in de *Restitution Law Review* van vorig jaar. Tot de middelste categorie behoort de bijdrage van Van Kooten over verrijking die inmiddels is gepubliceerd in *Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts*, welk boek ik volgende maand in deze kroniek hoop aan te kondigen. Nog niet gepubliceerd zijn de opstellen voor het symposium dat eerder dit jaar werd aangeboden aan E.J.H. Schrage.

(F. Gotzen, 'Overzicht van rechtspraak: Auteurs- en modellenrecht 1990-2004', *TPR* 2004, p. 1439-1557; H.L.E. Verhagen, Absence of basis and unjustified enrichment in Dutch law/The condictio indebiti as an enrichment action, *Restitution Law Review* 2004, p. 132.)

17. Scandinavisch recht in den vreemde

Het blijft steeds een hele toer om Engelstalige publikaties over Nederlands recht op het spoor te komen. Voor Scandinavië ligt dit een stuk eenvoudiger. Daar kent men nu al bijna vijftig jaar de – geheel Engelstalige – *Scandinavian Studies in Law*. Steeds vaker wordt dit (half)jaarboek in het teken van één bepaald thema geplaatst. In 2003 waren dat het belastingrecht en het ondernemingsrecht, in 2004 het zee- en vervoerrecht en het IT-recht en dit jaar de algemene rechtsleer ('allmän rättslära'). Uit de IT-editie noem ik twee opstellen:

Christina Rambergs eerste *Advisory opinion* aan de CISG Advisory board (over de vraag of CISG aanpassing behoeft aan het elektronisch contracteren) (p. 111-130) en dat van Cecilia Magnusson Sjöberg en Anna Nordén over de elektronische handtekening (p. 79-95).
Vermeldenswaard in de editie over algemene rechtsleer zijn dunkt me bijdragen over precedentwerking, aansprakelijkheid, harmonisatie van contractenrecht, en eigendomsrecht. Het opstel van Peter Blume, 'The unbearable lightness of precedent' (p. 25-37) is mede daarom de moeite waard, omdat het zo'n geheel andere kant opgaat dan in continentaal Europa. Daar signaleert de doctrine een steeds verdergaande jurisprudentialisering, welke soms zelfs *common law* trekken vertoont. Niet zo Denemarken, waar Blume eerder een tendens in omgekeerde richting signaleert. Hij concludeert dat 'it is disturbing that there are many uncertainties related to precedents and that it seems likely that they are not always trustworthy'. Bill W. Dufwa is de Spier, Du Perron en Hartlief van Zweden, verenigd in één persoon. In zijn 'Collectivization of tort law/Satire, elegy, idyll and realism' (p. 51-63) geeft Dufwa een boeiende schets van het ontstaan van de verschillende verzekeringssystemen die in Zweden het individuele aansprakelijkheidsrecht voor een deel hebben vervangen. De huidige taak van de rechtswetenschap is het zoeken naar een evenwicht tussen individuele en collectieve schadevergoedingssystemen. Jori Munukka bepleit in zijn bijdrage 'Harmonisation of contract law: in search of a solution to the good faith problem' (p. 229-250) de proportionaliteit als gemeenschappelijk beginsel voor de zeer uiteenlopende vormen van redelijkheid en billijkheid die de Europese rechtsstelsels kennen. Ook deze auteur geeft een beeld van de historische ontwikkeling hiervan in de Scandinavische landen.
Dit deel van *Scandinavian Studies in Law* is opgedragen aan Jes Bjarup, een Deen die jarenlang de leerstoel voor rechtsfilosofie aan de Universiteit van Stockholm heeft bekleed. Dat is een aardig alternatief voor de traditionele feestbundel, oftewel *Festskrift* zoals men die in de Noordse talen noemt. Het verklaart ook dat deze jaargang een enkele bijdrage van een niet-Scandinaviër bevat. Dat geldt voor het opstel van de onlangs overleden hoogleraar aan de Universiteit van Oxford James W. Harris, 'The elusiveness of property' (p. 123-131), die zich voor een ruim begrip eigendomsrecht – en dus tegen de Nederlandse benadering – keert en daarbij op elegante wijze het verschil tussen *civil law* en *common law* schetst.

(Peter Wahlgren (red.), *IT law, Scandinavian Studies in Law*, Stockholm: 2004, 621 p.; Peter Wahlgren (red.), *Perspectives on jurisprudence: Essays in honor of Jes Bjarup, Scandinavian Studies in Law*, Stockholm: 2005, 622 p.)

18. Duits recht in den vreemde

Anders dan Nederland kon Duitsland er tot voor kort van uit gaan – althans men *ging* ervan uit – dat de buitenwereld de Duitse taal wel machtig zou zijn. Dit is ongetwijfeld – nog steeds – waar onder juristen uit landen als Griekenland, Japan, Korea en Turkijë, met een traditioneel sterke Duitse invloed. Er is ook een tijd geweest dat het in Frankrijk *bon ton* was om op het lyceum Duits en niet Engels te kiezen, daarmee duidelijk makend tot de groep goede leerlingen te behoren (tegenwoordig het *baccalauréat scientifique*). Maar de tijden veranderen en ook de Duitsers worden zich ervan bewust dat niet iedereen de Duitse taal (meer) beheerst. Een *German Studies in Law* is er nog niet, maar wel een elektronisch *German Law Journal*, dat merkwaardig genoeg vanuit Canada en de Verenigde Staten gepubliceerd wordt. Voor de lezers van dit blad zal dit tijdschrift van beperkte betekenis zijn. In de eerste plaats heeft het niet alleen betrekking op privaatrecht, maar ook – ruimschoots – op staats- en strafrecht. In de tweede plaats lezen wij het Duits natuurlijk nog wel en ten derde is de band van de opgenomen bijdragen met Duitsland niet steeds duidelijk. De eerste tegenwerping is dat uiteraard niet echt: ook Duits staats- en strafrecht zijn interessante rechtsgebieden. Wat het tweede punt betreft, kan het wel eens nuttig zijn om een commentaar te lezen dat niet gericht is tot Duitse landgenoten die geheel bekend met de materie zijn, maar tot de buitenlandse jurist. Een voorbeeld is het opstel van Giesela Rühl 'Preparing Germany for the 21st century: the reform of the Code of civil procedure' in het nummer van juni 2005.
Het derde punt bevat een lichte kritiek aan het adres van de redactie. Wat hebben boekbesprekingen van het boek van Marcel Storme, *Procedural laws in Europe/Towards harmonisation* door Jan Bolt in het nummer van april 2005 en van Nicola Lacey's biografie *A life of H.L.A. Hart/The nightmare and the noble dream* door Samantha Besson in het nummer van juli 2005 – beide plezierige recensies van interessante boeken, daar niet van – met Duitsland of de Duitse taal van doen? Wellicht heeft de redactie zich tegen deze tegenwerping willen indekken met de ondertitel 'Review of Developments in German, European and International Law', maar dat neemt toch niet weg dat de hoofdtitel 'German Law Journal' is, en blijft.

(*German Law Journal*, *http://www.germanlawjournal.com*.)

E.H. Hondius
hoogleraar burgerlijk recht Universiteit Utrecht

KRONIEK VAN HET ONDERNEMINGSRECHT*

Nr. 69

1. Inleiding

In deze kroniek staan de vermogensrechtelijke aspecten van de ontwikkeling van het ondernemingsrecht van de afgelopen anderhalf jaar centraal. De vorige kroniek van de hand van Verdam dateerde alweer van september 2001.[1] Reden genoeg om de ontwikkelingen op het gebied van het ondernemingsrecht in relatie tot het algemene vermogensrecht (in het bijzonder de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek) van commentaar te voorzien. Anders dan wel wordt be-

* Citeerwijze: G.J.H., van der Sangen, 'Kroniek van het ondernemingsrecht', *NTBR* 2005, 69.

1 *NTBR* 2001, nr. 7, p. 358-363.

weerd, is het ondernemingsrecht[2] geenszins een 'rustig bezit' noch een 'inherent zeker rechtsgebied'. De ontwikkelingen van de laatste jaren zijn ronduit onstuimig en volgen elkaar in hoog tempo op. Tegen de achtergrond van de voortgaande globalisering van het ondernemerschap, een toenemende internationalisering en concentratie van kapitaalmarkten en een toename van fusies van grensoverschrijdende concerns zijn er externe juridische factoren die het ondernemingsrechtelijke landschap ingrijpend doen veranderen. Ik noem de toegenomen competitie tussen nationale regelgevers om ondernemers het meest flexibele vennootschapsrecht te bieden, een ontwikkeling die versterkt wordt door constante jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie[3], de introductie van nieuwe grensoverschrijdende rechtsvormen en hun interne structuur[4] en de introductie van scherpere normen terzake van de taakvervulling van bestuurders en commissarissen geïndiceerd door beursschandalen als Enron, Worldcom, Parmalat en, dichter bij huis, Ahold. De maatschappelijke verontwaardiging heeft inmiddels geleid tot nadere regelgeving op het gebied van corporate governance, public oversight en toezicht op de toezichthouders (denk aan de AFM en het toezicht op accountants).
Bij dit alles moeten we bedenken dat de Nederlandse vennootschapsrechtelijke beleidsagenda en de uitvoering daarvan slechts zeer ten dele autonoom wordt bepaald door de nationale regelgever. Ondernemingsrechtelijke normen worden in belangrijke mate gedicteerd door 'Brussel' en 'Luxemburg'. In dit verband is het overigens opvallend dat enerzijds op het klassieke gebied van de kapitaalvennootschappen de harmonisatiegedachte wordt ingeruild voor de hierboven reeds genoemde regulatory competition, terwijl op het gebied van de regulering van het beurs- en effectenrecht – inclusief de internationale normen van jaarverslaglegging – de Europese regelgever gekozen heeft voor federalisering via verordeningen. De vraag is gerechtvaardigd of er eigenlijk nog wel zoiets bestaat als Nederlands vennootschapsrecht.
Ondertussen worstelt praktijk en rechtspraak met bestaande regels van ondernemingsrecht, gegoten als het is in het beton van de structuur van het (Nieuw) Burgerlijk Wetboek: personenvennootschappen zijn contracten en kunnen *dus* geen rechtspersoonlijkheid bezitten; kapitaalvennootschappen zijn rechtspersonen en kunnen *dus* niet tevens overeenkomst zijn, zo werd ons lange tijd voorgehouden. De hierachter schuilgaande instituutsgedachte[5] bij rechtspersonen verhindert mijns inziens een scherpe analyse van besloten verhoudingen bij de BV, niet alleen van *enkelvoudige* besloten verhoudingen – zoals de quasi vof-BV, de familie-BV en de joint venture-BV -, maar ook in concernverhoudingen. De scheuren in het gebouw van het vennootschapsrecht doen vermoeden dat er meer aan de hand is:[6] de fundamenten van het vennootschapsrecht zijn aan herziening toe. Er wordt weliswaar volledig gerenoveerd (personenvennootschappen), er worden hier en daar noodreparaties verricht (Code Tabaksblat en herziening structuurregeling), aperte fouten worden hersteld (de CV met één beherend vennoot heeft een afgescheiden vermogen) en er wordt gestut om het gebouw vooral overeind te houden (Flex-BV), maar het gebouw afbreken en het in zijn geheel opnieuw bouwen (een algehele herziening van het ondernemingsrecht) is voor de Nederlandse wetgever te veel gevraagd.[7] Dat is – ook in relatie tot het algemene vermogensrecht – een gemis.

2. Personenvennootschappen

Het wetsvoorstel tot herziening van titel 7.13 BW[8] inzake de personenvennootschappen bevat een aantal interessante vermogensrechtelijke ontwikkelingen.[9] Afgezien van de hoofdregel dat uittreding door een vennoot als hoofdregel slechts leidt tot partiële ontbinding – tegenover de verplichting van de overige vennoten tot uitkering aan de uittredende vennoot van de waarde van zijn aandeel in de gemeenschap – introduceert het wetsontwerp als belangrijkste noviteit een herschikking van personenvennootschappelijke rechtsvormen.
Naast de maatschap – die per definitie stil is en niet onder gemeenschappelijke naam naar buiten treedt – kent het wetsvoorstel de openbare vennootschap (OV) en de openbare commanditaire vennootschap (OCV). Onder de openbare vennootschap vallen dus in de toekomst de huidige vennootschap onder firma en de onder gemeenschappelijke naam naar buiten tredende, openbare maatschap. De OV en OVC kunnen echter door een

2 Onder ondernemingsrecht versta ik het recht met betrekking tot personenvennootschappen, kapitaalvennootschappen en commerciële rechtspersonen, zoals de coöperatie en de nijvere vereniging en stichting. Het omvat aldus het vennootschapsrecht en het rechtspersonenrecht. Ik realiseer me dat een bredere definitie van het ondernemingsrecht door sommigen ook wordt gehanteerd. Voor het doel van deze kroniek gaat het mij echter om ondernemingsrecht in enge zin.

3 Laatstelijk HvJ EG 30 september 2003, *JOR* 2003/249 (Inspire Art).

4 Zoals de Europese Vennootschap (SE) met ingang van 8 oktober 2004 en in de nabije toekomst de Europese Coöperatieve Vennootschap. Zie over de SE: *Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht' 2004*, Deventer: Kluwer 2004 en W.J.M. van Veen (red.), *De Europese naamloze vennootschap (SE)*, serie Recht en Praktijk, deel 130, Deventer: Kluwer 2004.

5 Zie voor een poging om deze instituutsgedachte ook thans nog – aan de vooravond van de introductie van de meer op contractuele consensus gebaseerde Flex-BV – kunstmatig te beademen W.J. Slagter, 'De lidmaatschapsverhouding als grondslag voor het rechtspersonenrecht', *Ondernemingsrecht* 2004-11.

6 De beeldspraak is ontleend aan L. Timmerman.

7 Zie voor een pleidooi daarvoor M.J.G.C. Raaijmakers in: Raaijmakers/Van der Sangen, *Herziening van persoonsgebonden samenwerkingsvormen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 1-53.

8 Wetsvoorstel vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek, kamerstukken 28{N}746. Het wetsvoorstel is thans aanhangig bij de Eerste Kamer, nadat de Tweede Kamer het op 25 januari na een aantal wijzigingen te hebben aangebracht, heeft aangenomen.

9 Het wetsvoorstel is reeds van verschillende kanten zeer kritisch besproken. Zie de themanummers in respectievelijk *WPNR* 03/6524 en *Ondernemingsrecht* 2003-4. De algemene opvatting is dat het wetsvoorstel een aantal oude strijdpunten inderdaad beslist, maar op belangrijke onderdelen inmiddels zo veel vragen oproept dat van een eenduidige toepassing geen sprake kan zijn. Terminologisch en systematisch is het wetsvoorstel niet steeds evenwichtig, terwijl de introductie van de OVR en OCR meer vragen oproept dan zij beantwoordt. Vlg. Raaijmakers/-Van der Sangen, *a.w.*

daarop gerichte, in een notariële akte opgenomen verklaring van de vennoten *rechtspersoonlijkheid* verkrijgen. Met de verworven rechtspersoonlijkheid zou het goederenrechtelijke regime voor de vennoten in geval van uittreding worden vereenvoudigd. Bovendien zou de rechtspersoonlijkheid het mogelijk maken dat de vennoten de rechtsvorm van hun onderneming eenvoudig zouden kunnen omzetten in een BV op een soortgelijke wijze als art. 2:18 BW dat mogelijk maakt voor de rechtspersonen van Boek 2 BW. Beiden vooronderstelde voordelen van de OVR en de OCVR berusten echter op een misvatting. Dat de introductie van de OVR (OCVR) de overdracht van een aandeel van een vennoot goederenrechtelijk eenvoudiger zou maken, zou men bij eerste lezing van het wetsvoorstel veronderstellen. De overdracht van een aandeel in een personenvennootschap wordt in het wetsvoorstel – na de ontkoppeling van het personenvennootschapsrecht van de gemeenschapstitel – geregeld in titel 7.13 BW zelf. Daar vinden we dat een deelgenoot zijn aandeel in de OVR kan overdragen bij akte. Bij nadere beschouwing blijkt de goederenrechtelijke vernieuwing niet al te veel af te wijken van hetgeen in het verleden volgens sommigen reeds gold: de overdracht van een aandeel in de gehele vennootschappelijke gemeenschap kan bij akte.[10] Waar naar huidig recht nog werd verwezen naar art. 3:96 BW – met als gevolg dat ten aanzien van alle goederen die betroffen zijn door de overdracht van het aandeel in de gemeenschap de daarvoor geldende leveringsvoorschriften dienden te worden nageleerd – wordt dit ook met het nieuwe wetsvoorstel niet anders: enerzijds wordt er gesproken van een aandeel van de vennoot in de goederen waartoe de rechtspersoon gerechtigd is, anderzijds over zijn economische deelgerechtigdheid. Terminologisch is dat geen sterk verhaal.[11] Ook op het punt van de beschikkingsbevoegdheid en het leerstuk van de gebonden gemeenschap vindt er geen verandering plaats door de introductie van de OVR. De vennoot is immers ook in de toekomst niet vrij in de overdracht, noch over zijn aandeel in het totale aan de OVR toebehorende vermogen, noch over (zijn aandeel in) afzonderlijke goederen.

Weliswaar wordt met de invoering van titel 7.13 BW de juridische omzetting van een OVR in een BV mogelijk gemaakt, maar de feitelijke en juridische omzetting van een OV in een OVR beschouwt de wetgever – mijn inziens ten onrechte – nog steeds als een inbreng van afzonderlijke aandelen in de goederen van de gemeenschap *onder bijzondere titel*, met de daaraan verbonden in acht te nemen overdrachtsvereisten, leveringsformaliteiten en de dientengevolge onontkoombare kosten. Het gebrek aan doortastendheid om het ondernemingsvermogen als eenheid en als een voor rechtsovergang onder algemene titel vatbaar rechtsobject te zien, leidt niet alleen tot een schijnoplossing, maar belemmert ook een ongehinderde omzetting van de eenmanszaak naar een openbare vennootschap en vervolgens naar de BV. Saillant is dat voor de overgang van OV naar OVR niet alleen een notariële akte is vereist, maar ook dat er een inbreng onder bijzondere titel dient plaats te vinden met alle vermogensrechtelijke consequenties van dien.

Al met al blijkt uit het onderscheid maatschap – openbare vennootschappen dat het onderscheid beroep en bedrijf minder van belang wordt. Het loslaten van dit onderscheid heeft echter ingrijpende gevolgen voor de regels van vertegenwoordiging en aansprakelijkheid. Met name voor openbare maatschappen bevat het wetsvoorstel een breuk met het verleden, hetgeen in beginsel leidt tot een verzwaarde aansprakelijkheid. Alle vennoten zijn hoofdelijk verbonden voor de schulden van de OV, waar in het verleden slechts sprake was van aansprakelijkheid naar gelijke delen, tenzij er sprake was van een opdracht of van een ondeelbare schuld. De in het wetsvoorstel gekozen oplossing in geval er sprake is van een opdracht, spreekt niet aan: individuele vennoten kunnen zich disculperen als de tekortkoming bij de uitvoering van de opdracht niet aan hem te wijten is. Wie zijn dat dan ingeval van een openbare advocaten- of accountantsvennootschap: alle overige vennoten die niet betrokken zijn bij de uitvoering? En wordt de vennoot die toezicht houdt c.q. moest houden, geacht wel of niet 'bij de uitvoering te zijn betrokken'? Of is het zo dat bij een gebrekkig intern toezicht op de uitvoering van de opdracht, de openbare vennootschap en daarmee alle andere vennoten ook aansprakelijk zijn? Art. 813 lid 2 van het wetsvoorstel beantwoordt deze vragen niet.[12]

Wel maakt het wetsvoorstel duidelijk dat zaakscrediteuren bij alle personenvennootschappen indien en voorzover er in naam van het samenwerkingsverband gehandeld wordt, een exclusieve verhaalsvoorrang hebben op het daartoe gevormde en gebonden vermogen van de vennootschap, en aldus is afgescheiden van het privévermogen van de vennoten, zij het dat voor de maatschap nieuwe stijl – die per definitie niet onder gemeenschappelijke (handels-)naam naar buiten treedt – geldt dat van crediteuren van de maatschap pas sprake kan zijn indien uitdrukkelijk in naam van het samenwerkingsverband werd gehandeld. Dat zal voor een derde niet steeds aanstonds duidelijk zijn. Anticiperend op het wetsvoorstel heeft de Hoge Raad overigens het afgescheiden vermogen van een commanditaire vennootschap met één beherend vennoot erkend in zijn arrest inzake Hovuma/Spreeuwenberg.[13] Daarmee is een lang bestaande weeffout hersteld. De klassiekers van de Hoge Raad inzake Erik Schaapers en Hardy zijn daarmee achterhaald en de kritiek

10 Vgl. M.J.G.C. Raaijmakers, *Overdracht van een onderneming onder algemene titel*, preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht' 2002, p. 32-35.

11 Zie de mijns inziens zeer terechte kritiek van A.L. Mohr, 'Goederenrechtelijke aspecten van de 'openbare vennootschap', *WPNR* 03/6524 p. 213-218.

12 Zie met betrekking tot de verruimde aansprakelijkheid van advocaten- en accountantskantoren N. D.F.M.M. Zaman, 'De vennootschap (titel 7.13): een hybridisch schepsel dat uitstekend past in de flexibilisering van het ondernemingsrecht', *WPNR* 6538, die erop heeft gewezen dat met een geringe aanpassing van het wetsvoorstel een beroepsvennootschap met beperkte aansprakelijkheid in Nederland had kunnen worden geïntroduceerd, zoals dat het geval is bij de in de Verenigde Staten bekende Limited Liability Partnership.

13 HR 14 maart 2003, *NJ* 2003, 327, *AA* 2003, 645 m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers.

vanuit de doctrine is ter harte genomen.[14] Het arrest roept ondertussen wel de vraag op waarom het ondernemingsvermogen van de eenmansondernemer geen van zijn privé-vermogen afgescheiden karakter draagt, zodat ook hier zaakscrediteuren verhaalsvoorrang genieten en, nog fundamenteler, waarom het door een ondernemer bestemde ondernemingsvermogen goederenrechtelijk niet als een eenheid wordt beschouwd c.q. zou moeten worden beschouwd. Op een andere plaats hoop ik deze vraag in positieve zin te beantwoorden.

3. BV-recht

Oprichtingsperikelen

Het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid bij oprichting van een BV wordt verkregen tegenover de verplichting te voldoen aan bepaalde kapitaaleisen als waarborg voor crediteuren van de vennootschap. De regels van kapitaalbescherming ten tijde van oprichting zouden moeten bewerkstelligen dat een BV vanaf haar oprichting over enig vermogen beschikt waarop crediteuren van de BV zich exclusief verhaal kunnen nemen. In de praktijk echter blijken deze regels van kapitaalbescherming weinig tot geen bescherming te bieden tegen een tekort aan verhaalsmogelijkheden voor niet betalende vennootschappen.[15] Regels terzake van 'wrongful trading' en terzake van ongeoorloofde uitdelingen van vermogen aan aandeelhouders ten nadele van crediteuren bieden meer soelaas in combinatie met de basisregel dat het vermogen van de vennootschap exclusief verhaal biedt voor haar eigen crediteuren. Een crediteur die op zeker wil gaan in zijn negotie met een BV, doet er verstandig aan juist géén waarde toe te kennen aan het gevormde aandelenkapitaal, maar zich – indien mogelijk – te bedienen van het uitgangspunt van 'creditor self-help'.[16] Naar Nederlands recht betekent dit het gebruik van het eigendomsvoorbehoud, gebruik van het recht van reclame, het retentierecht, of andere vormen van verzekering van prompte betaling, zoals een bankgarantie, documentair krediet of persoonlijke zekerheden. Wenst de *crediteur* de daarmee gepaard gaande kosten niet te dragen c.q. is deze niet in staat deze te dragen, dan geldt als hoofdregel dat toegezegd kapitaal opeisbaar dient te zijn, en dat eenmaal gestort kapitaal niet ten nadele van crediteuren kan worden uitgekeerd aan aandeelhouders. Dwingendrechtelijke regels voor het bijeenbrengen van een bepaald minimumkapitaal kunnen dan worden afgeschaft.

Zover is het echter nog niet en de rechtspraak laat recentelijk een ware hausse zien van geschillen tussen benadeelde crediteuren – bij monde van de curator – en aandeelhouders van het eerste uur die alsnog en vaak met succes door de curator worden gedwongen tot volstorting. Uit de rechtspraak[17] komt het volgende beeld naar voren. In geval van storting in geld biedt de aanwezigheid van een bankverklaring voor de aandeelhouder geen garantie dat er ook gestort is op de aandelen. Daarvan is pas sprake in geval van een *daadwerkelijke* storting in die zin dat het geld na oprichting feitelijk ter beschikking staat van de BV. Anders gezegd, de aandeelhouder moet in zijn vermogen zijn verarmd.[18] Dat kan echter in de praktijk van alle dag waarbij de ondernemer bijvoorbeeld zijn eenmanszaak inbrengt in een BV tot onaangename verrassingen leiden, zoals het geval was in het arrest van de Hoge Raad inzake Hermsen q.q./Bont, indien daarbij geen duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen inbreng in geld en inbreng in natura, geen duidelijke voorstelling bestaat van hetgeen het handelen namens een BV in oprichting behelst, en geen duidelijkheid bestaat op welke wijze het ondernemingsvermogen in dit verband moet worden behandeld. In Hermsen q.q./De Bont ging het 'fout', omdat gelden die door De Bont op naam van de BV i.o. waren ontvangen, door de bekrachtiging na oprichting hadden te gelden – met terugwerkende kracht – als gelden van de BV en daardoor reeds afgescheiden waren van het privé-vermogen van De Bont. Blijkbaar is de eenmansondernemer volgens de Hoge Raad vanaf het moment dat hij handelt namens een BV in oprichting niet meer bevoegd om gelden die op naam van de BV in oprichting zijn ontvangen, vrijelijk over te hevelen naar zijn privé-vermogen, althans indien de BV na oprichting de ontvangst van de betaling aan de BV i.o. heeft bekrachtigd.[19] Ligt in deze beslissing – zo vraag ik mij af – niet reeds het begin van erkenning van het afgescheiden vermogen van de eenmanszaak?

Het niet voldoen aan de stortingsplicht leidt er uiteraard toe dat de aandeelhouder alsnog tot volstorting kan worden gedwongen, ook door de curator (vgl. art. 2:193 BW). De vordering tot volstorting wordt gezien als een vordering voortvloeiend uit overeenkomst, met als gevolg dat daarop ingevolge art. 3:307 BW een verjaringstermijn van 5 jaar na opeisbaarheid van toepassing is.[20] Het niet nakomen van de stortingsplicht kan evenwel ook leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders op grond van art. 2:180 lid 2 BW, zoals bleek in het arrest van de Hoge Raad inzake Hermsen q.q./De Bont. De verjaringstermijn hiervan is overigens 20 jaar, hetgeen een niet verklaarbare incongruentie in verjaringstermijnen oplevert. Deze aansprakelijkheid geldt in beginsel ook voor een opvolgend bestuurder, maar onder omstandigheden wordt dat in strijd ge-

14 Zie in dit verband de zeer lezenswaardige conclusie van A-G Bakels bij het arrest.

15 Zie in dit verband het onderzoek van Lennarts en Schutte-Veenstra, IVO RUG, d.d. 31 maart 2004 en het rapport van de expertgroep onder voorzitterschap van H.-J. de Kluiver, *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*, d.d. 6 mei 2004, te downloaden via de site van het ministerie van Economische Zaken.

16 Vlg. Raaijmakers/Van der Sangen, 'Modernisering van het BV-recht en crediteurenbescherming', *TvOB* 2004-6.

17 HR 24 maart 2000, *JOR* 2000/81 (WTN), HR 11 juli 2003, *JOR* 2003/193 (Hermsen q.q./De Bont), Rb. Alkmaar 2004, *JOR* 2004/126 (Jukema q.q./Derogee c.s.) en Rb. Den Haag 28 juli 2004, *JOR* 2004/319 (Voorts q.q./Van den Berg c.s). Vlg. Rb. Zwolle 7 juli 2004, *JOR* 2005/1 (AOB Compaz c.s./Van Gils).

18 De aard van de stortingsplicht brengt met zich dat de vennootschap de vordering tot volstorting niet kan cederen aan een derde. Deze vordering is uit haar aard niet overdraagbaar in de zin van art. 3:83 BW.

19 Het arrest is veel besproken, doorgaans met instemming. Zie voor een kritisch geluid Raaijmakers/Bouichi, 'Hermsen q.q./De Bont: incorporatie van een eenmanszaak in een BV', *AA* 53 (2004) 6, p. 430-437.

20 Zie HR 17 oktober 2003, *JOR* 2003/276 (De Rijk q.q./Van Roy).

acht met de redelijkheid en billijkheid, bijvoorbeeld omdat hij niet op de hoogte was van de stortingsperikelen, hij niet behoorde tot de oprichters en als latere bestuurder ook niet erop bedacht hoefde te zijn dat er in de beginfase van de BV niet op de aandelen is gestort.[21] Hoever gaat zijn eigen onderzoeksplicht? Moet hij er expliciet naar vragen, en zo ja, mag hij dan afgaan op mededelingen van de vorige bestuurders?

Uiteraard waren de problemen niet opgetreden indien De Bont zijn eenmanszaak had ingebracht ter storting op de aandelen in natura. Het gevaar van een inbreng in natura ligt met name hierin dat oprichters en/of de accountant, die naar huidig recht nog een goedkeurende verklaring terzake van de waardering van de in te brengen onderneming moet afgeven,[22] de eigen maar nog niet gerealiseerde goodwill tot uitdrukking wil zien komen in het aantal uit te reiken aandelen, waardoor bij crediteuren een schijn van kredietwaardigheid kan worden opgewekt.[23] Ook bij inbreng in natura zien we dat de *verbintenisrechtelijke* inbreng in natura gescheiden wordt van de *goederenrechtelijke* inbreng. Eenvoudiger gesteld, de inbrengverklaring in de notariële akte van oprichting wordt door de Hoge Raad[24] als hoofdregel gezien als de titel voor de levering van de in de opgerichte BV in te brengen goederen. In het geval een vordering wordt ingebracht, dienen de leveringsformaliteiten ter zake van cessie in acht te worden genomen, hetgeen naar huidig recht een aparte akte van cessie veronderstelt. De oprichtingsakte is daartoe in beginsel onvoldoende. Het arrest illustreert de nodeloze stuksgewijze goederenrechtelijke benadering van het ondernemingsvermogen naar huidig recht.

Steunverbod en doorleenconstructie

Tijdens de verslagperiode is door rechtspraak de praktijk van de management buy-out en het financieren van aandelenpakketten aanzienlijk vooruit geholpen door het arrest van de Hoge Raad inzake Muller q.q./Rabobank Katwijk.[25] In dit arrest geeft de Hoge Raad er blijk van regels van kapitaalbescherming waar mogelijk zo restrictief mogelijk toe te passen zonder dat de ratio van de regel geweld wordt aangedaan. Daarvoor gebruikt hij een combinatie van grammaticale en teleologische interpretatie van het hier aan de orde zijnde steunverbod van art. 2:207c lid 1 BW (verbod tot zekerheidsverschaffing) in combinatie met de toepassing van lid 2 (mogelijkheid tot het verstrekken van leningen onder voorwaarden). De Hoge Raad acht de constructie waarbij de vennootschap zelf gelden opneemt en voor deze eigen lening zekerheid verschaft ten einde deze gelden door te lenen aan een aspirant-aandeelhouder/koper niet in strijd met de tekst en de strekking van 2:207c lid 1 BW. Uiteraard moet de doorlening aan de aandeelhouder die met het doorgeleende geld aan zijn stortingsplicht voldoet, wel beantwoorden aan de in lid 2 neergelegde voorwaarden. De vennootschap mag dus een eigen lening opnemen en daarvoor zekerheid verschaffen, ook al is duidelijk dat dit geld wordt doorgeleend op de voet van lid 2 aan een aspirant-aandeelhouder/koper met het oog op de verkrijging van aandelen. Bedenk hierbij dat in deze casus het bedrag van de doorlening niet uitsluitend bestond uit het door de BV geleende bedrag, maar ook nog eigen middelen daarvoor werden aangewend en bovendien de zekerheidsverschaffing een bankhypotheek betrof. Of de hier bedoelde doorleenconstructie geoorloofd is indien één op één geld wordt geleend en doorgeleend door de BV, terwijl uitsluitend hiervoor zekerheid wordt verschaft, is niet geheel duidelijk. Wat de Hoge Raad in elk geval verbiedt, is dat de vennootschap zich rechtstreeks garant stelt of zekerheid verstrekt aan derden voor leningen ter financiering van de aankoop van een aandelenpakket, waarbij het risico van niet-aflossing door de koper aan de financier uiteindelijk bij de vennootschap wordt gelegd in het geval de financier voor de schuld van de koper/aandeelhouder het vermogen van de vennootschap kan uitwinnen. Daarmee wordt inderdaad het vermogen van de vennootschap aangetast, terwijl de derde wel aandeelhouder is geworden. Iets waar zich nu juist art. 2:205 en 207 BW tegen verzetten.

De regering overweegt in het kader van de aangekondigde vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht de regels van kapitaalbescherming drastisch te verminderen en waar mogelijk af te schaffen. Daarbij steunt de regering in belangrijke mate op het rapport van de door de regering ingestelde Commissie De Kluiver inzake de Flex-BV.[26] Dit rapport gaat uit van afschaffing van het steunverbod met uitzondering van het geven van koersgaranties. Leningen zijn toegestaan en dat geldt ook voor zekerheidsverschaffingen door de vennootschap voor leningen van derden, echter onder de voorwaarde dat het bestuur verklaart dat de BV ook na de verstrekking van de lening en/of de zekerheidsverschaffing in staat zal zijn haar schulden te blijven te voldoen. De voorgestelde liquiditeitsverklaring van het bestuur noopt tot een verhoogde waakzaamheid van het bestuur bij dit soort transacties, een techniek die ook wordt voorgesteld in het kader van het doen van uitkeringen aan aandeelhouders en in geval van inkoop van aandelen. Wordt de vennootschap binnen een jaar na een dergelijke 'verdachte' transactie failliet verklaard, dan wordt vermoed dat de bestuurder wist dat de vennootschap haar lopende schulden niet meer kon voldoen. Of dit in alle opzichten een gelukkige regeling is die neerkomt op een nadere invulling van de Beklamel-norm, waag ik te betwijfelen.[27]

21 In deze zin Rb. Den Haag 28 juli 2004, *JOR* 2004/319 (Voorts q.q./Van den Berg c.s).

22 In het rapport De Kluiver wordt voorgesteld de verplichte accountantsverklaring evenals de verplichte bankverklaring af te schaffen.

23 Zie HR 6 december 2002, *JOR* 2003/3 (Goedel/Arts q.q.) en Rb. Breda 30 juni 2004, *JOR* 2004/264 (Van Moorsel q.q./V.d. Berg & V. Oosten Accountantsbureau).

24 HR 29 oktober 2004, *JOR* 2004/325 (Tonnaer/Van Uden).

25 HR 7 mei 2004, *NJ* 2004, 360.

26 Rapport van de expertgroep ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische zaken, *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*, Den Haag, 6 mei 2004.

27 Zie Van der Sangen/Raaijmakers, *TvOB* 2004-6.

■ **'Regulatory competition' en formeel buitenlandse vennootschappen**

Zoals gezegd zullen de regels ter zake van kapitaalbescherming bij de BV naar alle waarschijnlijkheid ingrijpend worden verminderd c.q. worden afgeschaft. Of de nieuwe Flex-BV een adequaat vehikel zal blijken te zijn voor in Nederland opererende ondernemers, moet nog blijken. Met name is het de vraag of deze toekomstige Nederlandse rechtsvorm de competitie met rechtsvormen uit andere lid-staten aankan.[28] Het arrest van het HvJ EG inzake Inspire Art[29] maakt in elk geval duidelijk dat lidstaten geen nadere eisen mogen stellen aan rechtspersonen die volgens het recht van een andere lid-staat waar de statutaire zetel ligt, rechtsgeldig zijn opgericht. Een rechtstreeks gevolg van het arrest is dat de Wet Formeel Buitenlandse Vennootschappen, althans voor wat betreft communautaire verhoudingen, onverbindend is en derhalve op dit punt aangepast moest worden. Dat is inmiddels gebeurd.[30] Overigens betekent dit niet dat buitenlandse vennootschappen die uitsluitend of nagenoeg uitsluitend activiteiten verrichten in Nederland geheel gevrijwaard zijn van het opheffen van het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid. Hoewel Nederland formeel buitenlandse vennootschappen op grond van art. 2 WCC erkent, is in geval van faillissement art. 2:138 BW van toepassing ingevolge art. 5 WCC.[31] Daarnaast gelden de normen voor persoonlijke aansprakelijkheid voor onbehoorlijk bestuur zoals deze ontwikkeld zijn binnen het leerstuk van de onrechtmatige daad.[32]

4. Interne aansprakelijkheid

Beursschandalen hebben geleid tot een verscherpte normering van het handelen van bestuur en raad van commissarissen. Ten aanzien van beursvennootschappen met name door toepassing van de principles en best practices van de Code Tabaksblat.[33] Inmiddels heeft deze code – anders dan die van de Commissie Peters uit 1997 – een wettelijke basis gekregen in art. 2:391 lid 4 en lid 5 BW. Elke beursvennootschap moet in het jaarverslag aangeven of zij de code naleeft, en indien zij dat op punten niet doet, dan moet zij uitleg geven waarom zij van de code afwijkt. Een van de belangrijke nieuwe aspecten die een nadere inkleuring geven aan de verantwoordelijkheid van zowel bestuur als commissarissen, is de nadrukkelijke aandacht voor het hanteren van 'business control'. Het bestuur van een als internationaal concern georganiseerde onderneming dient er voor te zorgen dat er binnen het concern adequate monitoring- en controlesystemen bestaan met als doel bedrijfsrisico's en fraude binnen het concern vroegtijdig te kunnen opsporen en – waar nodig – actief corrigerend op te treden. Ook van de raad van commissarissen wordt in dit verband een actievere opstelling verwacht dan voorheen gebruikelijk was. We zien hierin een nadere invulling van de in de OGEM-beschikking[34] geformuleerde plicht tot concernleiding, hetgeen primair een norm is gericht tot het bestuur van de moeder in zijn relatie tot de eigen aandeelhouders/beleggers. Niet-naleving van deze 'zelf gekozen' normen voor goed bestuur en toezicht kan in theorie een onbehoorlijke taakvervulling opleveren in de zin van art. 2:9 BW mede in het licht van het arrest van de Hoge Raad inzake Schwandt/Berghuizer Papierfabriek.[35]

Voor het gevoerde concernbeleid legt het bestuur en de raad van commissarissen rekening en verantwoording af door het opmaken van de jaarrekening, waarin de cijfers van het gehele concern zijn geconsolideerd, naast de op basis van het effectenrecht bestaande verplichtingen tot doorlopende disclosure aan de markt. De 'zelf gekozen' normen voor goed bestuur en toezicht zoals deze voor beursvennootschappen gelden, zullen onherroepelijk hun weerslag krijgen in de beoordeling of het bestuur en de raad van commissarissen hun taak behoorlijk hebben verricht. Conceptueel vindt dit oordeel plaats in het kader van het verstrekken van decharge op de jaarvergadering. Onthouden van decharge – indien al mogelijk – is een ding, maar een aansprakelijkheidstelling op grond van art. 2:9 BW voor een onbehoorlijke taakvervulling is bij beursvennootschappen zeer uitzonderlijk. We moeten constateren dat toepassing van art. 2:9 BW bij beursvennootschappen in de regel een moeilijk te wandelen weg is, althans indien deze actie uitgaat van een minderheid van teleurgestelde aandeelhouders/beleggers. Mocht het ooit tot een faillissement komen, dan kan de actie op grond van art. 2:9 BW een belangrijk instrument

28 Vgl. in dit verband bijv. T. van Duuren/Chr. Teichmann, in het themanummer 'The Light Vehicle Competition', *European Company Law*, December 2004, E.P.M. Vermeulen, 'Regulatory Competition and the Challenges for Partnership Law Reform', *Tilburg Foreign Law Review*, 12e jaargang, nr. 1, en S.F.G. Rammeloo, 'Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa na HvJ EG Inspire Art Ltd', *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2004 nr. 3. Meer in algemene zin over regulatory competition E.P.M. Vermeulen, *The Evolution of Business Forms in Europe and the United States*, diss. UvT 2003.

29 HvJ EG 30 september 2003, *JOR* 2003/249 (Inspire Art).

30 Wet van 28 april 2005, *Stb*. 2005, 230 (kamerstukken 29{N}524), Wet tot wijziging van de wet op de formeel buitenlandse vennootschappen. De inwerkingtreding van deze wet zal plaatsvinden op een bij amvb aan te geven tijdstip. Zie hierover S.M. van den Braak, *WPNR* 6595.

31 Vlg. in dit verband Rb. Arnhem *JOR* 2004/265. In deze zaak ging het om de vraag of de bestuurders aan hun administratieplicht hadden voldaan, let wel volgens het recht van de staat van oprichting aangezien de incorporatieleer wordt toegepast (art. 2 WCC).

32 Ik doel daarbij onder andere op de Beklamel-norm, op het frustreren van richtige nakoming door de BV door een persoonlijk verwijt van de bestuurder, de normen terzake van selectieve wanbetaling en het misbruik van het identiteitsverschil van rechtspersonen.

33 Code van de Commissie Corporate Governance d.d. 9 december 2003 onder voorzitterschap van M. Tabaksblat.

34 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 465/466 (OGEM).

35 HR 29 november 2002, *JOR* 2003/2 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek). Uit dit arrest kan worden afgeleid dat het niet naleven van statutaire bepalingen die het belang van de rechtspersoon beogen te beschermen kan leiden tot een omkering van de bewijslast. De aangesproken bestuurder moet dan het bewijs leveren dat er wel sprake was van een behoorlijke taakvervulling. Niet-naleving van de binnen de rechtspersoon geldende normen ter waarborging van het belang van de rechtspersoon leveren derhalve het vermoeden van 'ernstige verwijtbaarheid' op. Vlg. ook HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 (Staleman/Van de Ven).

zijn voor de curator naast de actie uit 2:138 BW of op grond van 6:162 BW. Het systeem van rekening en verantwoording, het al dan niet verlenen van decharge en interne aansprakelijkheidstelling werkt echter niet optimaal bij beursvennootschappen. Het is dan ook niet verbazingwekkend dat het accent verschuift naar een systeem van (doorlopende) disclosure en beleggerbescherming bij onjuiste, onvolledige of ontijdige disclosure naar Amerikaanse stijl.

Dit gezegd hebbend laat evenwel onverlet dat ondernemingsbeleid – ook van beursvennootschappen – kritischer dan voorheen wordt gevolgd, en dat daar waar er aanleiding voor is, aansprakelijkheidstelling wordt overwogen. In dit verband vervult het enquêterecht een aan belang toenemende rol als voorportaal van persoonlijke aansprakelijkheid. Weliswaar staat met het oordeel wanbeleid persoonlijke aansprakelijkheid van de betrokken bestuurders en/of commissarissen nog niet vast, zoals bleek uit het arrest van de Hoge Raad inzake Skipper Club Charter[36], maar onduidelijkheid bestaat of de feiten zoals deze uit het enquêteverslag naar voren komen, ook in de aansprakelijkheidsprocedure bewijsrechtelijk verbindende kracht hebben in die zin dat de aangesproken bestuurder hiertegen geen tegenbewijs meer kan leveren. Het recente arrest van de Hoge Raad inzake Laurus[37] lijkt enige duidelijkheid te scheppen omtrent de verhouding tussen het oordeel wanbeleid in een enquêteprocedure en de daaraan te verbinden gevolgen in een aansprakelijkheidsprocedure. Hoewel als hoofdregel in aansluiting op zijn arrest inzake Skipper Club Charter wordt geformuleerd dat de constatering wanbeleid in een enquêteprocedure geen consequenties heeft voor een aansluitende aansprakelijkheidsprocedure, lijkt het erop dat de Hoge Raad de rechter wel de vrijheid laat om aan het oordeel wanbeleid als consequentie te verbinden dat vooralsnog in de aansprakelijkheidsprocedure ervan uit wordt gegaan dat er sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling en dat de aangesproken bestuurder zijn taak niet heeft vervuld op een wijze waarop een redelijk handelende functionaris die taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen.

Dit alles zou betekenen dat het aan het oordeel van de rechter is of er ten aanzien van de onbehoorlijke taakvervulling gronden zijn voor omkering van de bewijslast, zodat de aangesproken bestuurder vervolgens dient te bewijzen dat er geen sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling.[38] Uiteraard dienen in een aansprakelijkheidsprocedure de andere aansprakelijkheid constituerende criteria, zoals schade, schuld en causaliteit, wel te worden bewezen door de eisende partij conform de hoofdregel van art. 150 Rv. Welnu, blijkt uit het enquêteverslag wanbeleid ten aanzien van de wijze waarop het bestuur haar plicht tot concernleiding heeft vervuld, c.q. ten aanzien van de wijze waarop de raad van commissarissen hierop toezicht heeft gehouden, en neemt de OK deze kwalificatie over, dan komt aansprakelijkheidstelling dichterbij. De enquêteprocedure zou dan inderdaad gaan fungeren als 'fishing expedition' of als 'voorportaal voor persoonlijke aansprakelijkheid'. Daarbij dient men te bedenken dat het oordeel 'wanbeleid' een bot middel is. Hoewel formeel-juridisch het oordeel wanbeleid betrekking heeft op het functioneren van organen van de rechtspersoon, gaat in de praktijk van het oordeel wanbeleid – zeker als het gaat om het functioneren van een deel van het bestuur of de raad van commissarissen – een defamerende werking uit.[39] Dat op de eerste fase van enquêteprocedure art. 6 EVRM niet van toepassing is, maakt de zaken voor de betrokken functionarissen er niet beter op.[40]

De toegenomen claimcultuur – overigens gebruik ik deze term zonder de daaraan doorgaans toegekende pejoratieve betekenis – wordt verder versterkt door twee andere beschikkingen van de Hoge Raad over de verruimde reikwijdte van het enquêterecht. Ik doel daarbij op de beschikking inzake Scheipar[41] en die inzake Landis.[42] Uit de eerste beschikking volgt dat niet alleen de in art. 2:346 BW genoemde personen bevoegd zijn tot het instellen van een enquête[43], waaronder de juridische certificaathouder, maar dat ook de uiteindelijke kapitaalverschaffer als economisch certificaathouder daartoe bevoegd is indien hij in zijn relatie tot de juridische certificaathouder alle zeggenschapsrechten kan uitoefenen. Voor beursvennootschappen kan het hier gaan om buitenlandse kapitaalverschaffers die door tussenkomst van verschillende intermediaries investeren in een Nederlandse beursvennootschap. De tweede beschikking, inzake Landis, maakt het mogelijk dat de hiervoor enquêtebevoegde kapitaalverschaffers rechtstreeks kunnen verzoeken tot het houden van een enquête bij een dochter van de moedermaatschappij, mits – kort gezegd[44] – er sprake is van een volledig beleidsafhankelijke dochter. Daarmee is, zij het onder voorwaarden, een concernenquête erkend. Overigens gaat de reikwijdte van het enquêterecht nog niet zover dat de OK rechtstreeks een onderzoek kan bevelen bij een buitenlandse dochter, ook niet als deze haar werk-

36 HR 4 april 2003, *NJ* 2003, 538 (Skipper Club Charter).

37 HR 28 april 2005, *RvdW* 2005, 51 (Laurus). Zie voorts *JOR* 2005/119 met commentaar van M. Brink.

38 Deze redeneerwijze is niet geheel onbekend. Vlg. de mogelijkheid voor de rechter tot omkering van de bewijslast in het arrest van de Hoge Raad inzake Romme/Bakker, een arrest naar aanleiding van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW. Zie HR 10 juni 1994, *NJ* 1994, 766.

39 Een bestuurder of commissaris aan wie de kwalificatie 'wanbeleid' kleeft, is feitelijk gediskwalificeerd voor toekomstige functies. Overigens wordt als reactie op diverse beursschandalen in verschillende beleidsstukken, zoals het High Level Report van 4 november 2002, alsmede het Actieplan van de Europese commissie van 21 mei 2003, COM (2003) 284 final, gewag gemaakt van de introductie van de mogelijkheid om frauderende bestuurders uit te sluiten van toekomstige bestuursfuncties. Zie over deze 'directors disqualification', M. Bras en J. Winter, *Ondernemingsrecht* 2004-9.

40 EHRM 19 maart 2002, *JOR* 2002/127 (Textlite).

41 HR 6 juni 2003, *JOR* 2003/161 (Scheipar).

42 HR 4 februari 2005, *JOR* 2005/58 (Landis).

43 Uit HR 1 februari 2002, *JOR* 2002/29 (De Vries Robbé) blijkt dat dit bedoeld is als een limitatieve opsomming. Die limitatieve opsomming wordt thans 'opgerekt' door de uitleg in de Scheipar-beschikking van de Hoge Raad.

44 De relevante omstandigheden waren: doorslaggevende zeggenschap van M in D, geen beleidsvrijheid van D, een economische eenheid en organisatorische verbondenheid, en het resultaat van M is een resultante van het resultaat van D.

zaamheden geheel of nagenoeg geheel in Nederland verricht en geen werkelijke band heeft met de staat van incorporatie.[45] Dit alles tezamen leidt minst genomen tot een extra mogelijkheid tot verscherpt toezicht van kapitaalverschaffers op het door het bestuur van de moeder te voeren concernbeleid. Het enquêterecht lijkt zich te ontwikkelen tot een soort 'pretrial discovery'-procedure. Of deze ontwikkelingen zullen leiden tot een groter risico voor bestuurders en/of commissarissen om aansprakelijk te worden gesteld voor falend ondernemingsbeleid, moet worden afgewacht. Betekenisvol is wel dat in dit verband een hernieuwde aandacht bestaat voor de mogelijkheid tot vrijwaring en verzekering van bestuurders en commissarissen.[46]

5. Externe aansprakelijkheid

De verslagperiode kenmerkte zich door een grote stroom aan jurisprudentie op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 en 2:248 BW. Daarnaast werd een aantal keren verhaal gezocht door benadeelde crediteuren van een failliete dochter op de moeder en haar bestuurders. Dit heeft in de verslagperiode evenwel niet geleid tot belangrijke nieuwe rechtsregels op dit gebied. Het gaat veelal om een nadere verfijning van reeds bestaande normen terzake van externe bestuurdersaansprakelijkheid en doorbraak van aansprakelijkheid. Hieronder volgt een selectie. Verder zij verwezen naar de nieuwe druk van H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2003 en de nieuwe druk van Bartman/Dorresteijn, *Van het concern*, Deventer: Gouda Quint 2003.

6:162 BW

Zoals bekend is een bestuurder van een rechtspersoon persoonlijk aansprakelijk indien hij verplichtingen aangaat namens de rechtspersoon terwijl hij op dat moment reeds weet of behoort te weten dat de rechtspersoon deze verplichtingen niet na kan komen en ook overigens geen verhaal biedt. Deze Beklamel-norm dient te worden onderscheiden van de situatie dat een bestuurder verwijtbaar eraan meewerkt dat de BV een reeds bestaande verplichting van de BV niet nakomt. Ook dat leidt tot persoonlijke aansprakelijkheid, indien de bestuurder hiervan een voldoende ernstig verwijt valt te maken. Bepalend hiervoor is de voorzienbaarheid van de wanprestatie, de mate van betrokkenheid van de bestuurder en de mate van opzet bij het bewust meewerken aan het schenden van de verplichting.[47] Zie voor een geval waarbij een bestuurder onrechtmatig handelt jegens een bepaalde werknemer door het uitlokken van het faillissement van de BV, HR 28 mei 2004, *Ondernemingsrecht* 2004-11 (Digicolor). Schadevergoeding wegens misbruik van het identiteitsverschil van rechtspersonen werd gehonoreerd in Rb. Arnhem 17 maart 2004, *JOR* 2004/224 met een verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad inzake Rainbow.[48]
Zie voor een toepassing van de in het arrest SOBI/Hurks II geformuleerde actieve zorgplicht van de moeder jegens de crediteuren van de feitelijk insolvente dochter om deze te behoeden om zaken te blijven doen met de dochter op straffe van doorbraak van aansprakelijkheid *JOR* 2005/3 en *JOR* 2005/4.

2:248 BW

Bestuurders zijn op grond van dit artikel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort in het faillissement van de BV indien er sprake is van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Bij de beoordeling of er sprake is van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling geldt als criterium of 'geen redelijk denkend bestuurder onder de gegeven omstandigheden van het geval tot dezelfde handelwijze zou zijn gekomen'.[49] Een voorbeeld hiervan is de situatie dat de moeder overgaat tot een dividenduitkering in de wetenschap dat dit een ernstige bedreiging van de continuïteit van de dochter zou opleveren, omdat haar leencapaciteit drastisch zou afnemen hetgeen uiteindelijk heeft geleid tot het faillissement van de dochter.[50]
In beginsel rust op de curator de bewijslast. In zijn bewijsnood wordt de curator bijgestaan door toepassing van art. 2:248 lid 2 BW: schending van de boekhoudplicht van art. 2:10 BW en of niet (tijdig) publiceren van de jaarrekening op grond van art. 2:394 BW leidt tot een onweerlegbaar vermoeden dat er sprake is van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het is niet verwonderlijk dat aangesproken bestuurders juist hiertegen in het geweer komen en betogen dat er wel een adequate administratie aanwezig was.[51] Zie voor een geval waarbij verweer wordt gevoerd tegen het oordeel dat de vaststaande kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is, Hof Leeuwarden 13 oktober 2004, *JOR* 2004/296 (Runneboom c.s./Werle q.q.).
Rb. Utrecht 9 juni 2004, *JOR* 2004/227 (Ten Doeschate q.q./Van Riet) geeft een voorbeeld van toepassing van art. 2:248 BW op stichtingen. Ingevolge art. 2:300a BW is dat mogelijk indien de stichting onderworpen is aan de vennootschapsbelasting. Het gaat in deze zaak om een stichting die optrad als beherend vennoot van een commanditaire vennootschap die zich bezighield met het onderbrengen van gelden van beleggers bij vermogensbeheerders. Van het vereiste 'onder-

45 Vlg. Hof Amsterdam (OK) *JOR* 2004/230 (Citadel Beheer). Vgl. in dit verband ook de beschikking van de Hoge Raad inzake Scheipar ten aanzien van de vraag of op grond van art. 2:351 lid 2 BW het onderzoek zich kan uitstrekken tot buitenlandse dochters. Beantwoording van deze vraag kwam om cassatietechnische redenen evenwel niet meer aan de orde. Inmiddels heeft de Hoge Raad deze vraag bevestigend beantwoord. Vgl. HR 13 mei 2005, *JOR* 2005/147 (Aannemersbedrijf Zeelandia Curaçao).

46 Zie hierover M. de Kort-de Wolde en G. Potjeswijd, 'Verzekering en vrijwaring', *Ondernemingsrecht* 2005-8, p. 278-283 met literatuurverwijzingen. Zie over bestuurdersaansprakelijkheid in het algemeen H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, serie Recht en Praktijk, deel 67, Deventer: Kluwer 2003.

47 Zie HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 (Oosterhof), HR 6 juni 2003, *JOR* 2003/162 (Kuipers/Wentink) en HR 23 januari 2004, *Ondernemingsrecht* 2004-6 (Tectomat).

48 HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698.

49 HR 8 juni 2001, *JOR* 2001/171.

50 HR 6 februari 2004, *JOR* 2004/67 (Reinders Didam/Gunning q.q.).

51 Zie over de administratieplicht van de moeder mede in het licht van art. 2:406 BW HR 5 september 2003, *JOR* 2003/225 (Van Gijtenbeek/Trijzelaar q.q.) en Hof Den Bosch *JOR* 2004/292 (Faas/Luchtmann q.q.).

worpen aan de vennootschapsbelasting' is sprake indien er sprake is van een onderneming die in concurrentie treedt met andere ondernemingen die onderhevig zijn aan de heffing van IB of Vpb. Blijkbaar gaat het dus niet erom dat er aangifte is gedaan of dat men bekend is bij de fiscus. Ook hier kwam de vraag aan de orde of er al dan niet sprake was van een adequate administratie. Hiervan is sprake indien zonder al te veel inspanningen de vermogentoestand van de vennootschap uit de administratie valt af te lezen. In casu werd overigens een extra zorgvuldigheidsplicht van bestuurders ten aanzien van omvang en gedetailleerdheid van de administratie aangenomen, nu het ging om het beheer van gelden van derden/beleggers.
In HR 20 februari 2004[52] kwam de vraag aan de orde of de bestuurder van een vennootschap die op de voet van art. 2:248 BW jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk was voor het tekort, onder de opschortende voorwaarde van voldoening van de boedel crediteur is van de failliete vennootschap. Deze stelling is echter onjuist. De betalende bestuurder verkrijgt geen regresrecht op de boedel en wordt door deze betaling ook niet voorwaardelijk crediteur van de boedel in de zin van art. 69 FW.

Samenloop

In de arresten van de Hoge Raad inzake SOBI/Hurks II en Lunderstadt/De Kok[53] is indertijd getracht om crediteuren jegens wie bestuurders van de dochter en/of de moedermaatschappij onrechtmatig hebben gehandeld van een actie op grond van art. 6:162 BW af te houden met de stelling dat de curator in het faillissement van de dochter hiertoe exclusief bevoegd was. Een eigen actie van de crediteuren van de dochter zou dan immers leiden – zo was de gedachte – tot een doorbreking van de paritas creditorum. Beide arresten maakten duidelijk dit hier geen sprake van kon zijn. Dit oordeel is thans nogmaals bevestigd door de Hoge Raad.[54]

6. Tegenstrijdig belang

In de verslagperiode heeft zich een belangrijke ontwikkeling voorgedaan ten aanzien van de uitleg en toepassing van art. 2:256 BW. Uit het arrest van de Hoge Raad inzake Duplicado[55] blijkt dat de tegenstrijdig belangregeling ook van toepassing is op een eenmans-BV.[56] De ratio hiervan is dat het vermogen van de BV uiteindelijk niet vereenzelvigd mag worden met het vermogen van de directeur/grootaandeelhouder. Doel en strekking van de regeling is immers het beschermen van de belangen van de vennootschap, waaronder ook de belangen van de crediteuren bij instandhouding van het vermogen van de vennootschap moeten worden gerekend. Dit is overigens geheel in lijn met de leer van de Hoge Raad in het Poot/ABP-arrest. In faillissement komt de vordering tot vernietiging van de bestreden tegenstrijdige rechtshandeling toe aan de curator.
De strekking van art. 2:256 BW is te voorkomen dat een bestuurder zich laat leiden door zijn eigen persoonlijk belang. Niet is vereist dat de tegenstrijdigheid van belangen ook daadwerkelijk reeds heeft geleid tot benadeling van de vennootschap.
Voldoende is dat de kans op belangenverstrengeling reëel is; derhalve hoeft er ook geen schade te zijn. Er geldt dus geen benadelingsvereiste.
Verder is het arrest van belang voor de invulling van het begrip 'tegenstrijdig belang'. Van een indirect tegenstrijdig belang kan reeds sprake zijn indien de directeur/grootaandeelhouder gehandeld heeft met een andere vennootschap waarbij hij nauw betrokken is. Niet is vereist dat hij in privé bij de overeenkomst partij is. Een tegenstrijdig belang kan ook bestaan indien de hoedanigheden van de directeur/grootaandeelhouder bij de betrokken vennootschappen in één persoon zijn verenigd. In dat geval lopen de belangen van beide vennootschappen niet noodzakelijkerwijs samen en kan niet zonder meer worden aangenomen dat de aandeelhoudersvergadering het onbevoegde handelen van de bestuurder (stilzwijgend) heeft bekrachtigd. Dit vereist volgens de Hoge Raad een aanwijzing van een bijzondere vertegenwoordiger bij expliciet besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders, geheel in lijn met het arrest van de Hoge Raad inzake Sundat:[57] op de bestuurder rust de plicht in geval van een tegenstrijdig belang de algemene vergadering op eigen initiatief hierover te informeren teneinde deze in staat te stellen een bijzondere vertegenwoordiger aan te stellen. De 'besmette' bestuurder aanwijzen als bijzonder vertegenwoordiger moet derhalve plaatsvinden bij uitdrukkelijk besluit van de algemene vergadering, en in verband met 2:238 BW op schrift, tenzij het tegenstrijdig belang is 'weggeschreven' in de statuten. Ook bekrachtiging achteraf moet uitdrukkelijk geschieden.
Toepassing van art. 2:256 BW wordt nogal eens door de curator van een failliete dochter in stelling gebracht om aan de verplichtingen uit een concernfinanciering te ontkomen. Het geschil speelt zich – eigenaardigerwijs – af tussen de curator en veelal de financierende bank. Zoals bekend leidt het bestaan van een tegenstrijdig belang tot een uit de wet voortvloeiende beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid, mits de derde wist of behoorde te weten van het bestaan van het tegenstrijdig belang. Een voorbeeld hiervan vinden we in Hof Leeuwarden 6 oktober 2004, *JOR* 2004/323 (ABN/Amro/Dijkema q.q.). In dit geval bestaat de potentiële tegenstrijdigheid van belangen hieruit dat het bestuur van de in het concernkrediet mede verbonden dochters wordt gevoerd door de moedermaatschappij in die zin dat de moedermaatschappij formeel bestuurder is van haar dochters (vgl. art. 2:11 BW). Feitelijk wordt vastgesteld door het hof dat er sprake is van een indirect tegenstrijdig belang en dat de bank dit had kunnen weten door raadpleging van het handelsregister. Dit kan verstrekkende gevolgen hebben voor concernfinancieringsarrangementen waarbij het bestuur van de dochters

52 HR 20 februari 2004, *JOR* 2004/121 en 122 (Pannekeet/De Witt Wijnen).
53 HR 21 december 2001, *RvdW* 2002, 6 respectievelijk *RvdW* 2002, 7.
54 HR 5 september 2003, *JOR* 2003/226 (Van Rossum/BLN).
55 HR 9 juli 2004, *RvdW* 2004, 92 (Duplicado).
56 Zie naar aanleiding van HR Duplicado J.B. Huizink, *WPNR* 6599 en W.J.M. van Veen, *Nieuwsbrief Bedrijfsjuridische berichten*, 2004 nr. 19. Zie verder A.F. Verdam, 'Tegenstrijdig belang en de rol van de aandeelhoudersvergadering, in het bijzonder bij beursvennootschappen, *WPNR* 6626, p. 505-513.
57 HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 393.

door en vanwege de holding wordt gevoerd. De wederpartij, de bank die concernfinanciering verstrekt, dient er dan ook zelf op bedacht te zijn dat er sprake is van een mogelijk tegenstrijdig belang en erop toe te zien dat een expliciete aanwijzing door de algemene vergadering plaatsvindt vóór het aangaan van het concernkrediet, dan wel erop toe te zien dat in de statuten het tegenstrijdig belang wordt weggeschreven. Overigens wordt in het Flex-rapport van de expertgroep De Kluiver voorgesteld om de tegenstrijdig belangregeling te herzien, in elk geval in die zin dat deze geen externe werking meer heeft. De curator zal zich dan moeten bedienen van het argument dat de wederpartij wist van het bestaan van het tegenstrijdig belang en dat de redelijkheid en billijkheid eraan in de weg staat dat de wederpartij de vennootschap gebonden houdt aan de overeenkomst, zoals het geval was in het arrest van de Hoge Raad inzake Bibolini.[58] De bewijslast voor de curator is dan echter groter, aangezien enkele wetenschap van het tegenstrijdig belang bij derde volgens dit arrest niet voldoende is.

7. De toekomst...

Binnen afzienbare tijd zal het ondernemingsrecht 'verrijkt' worden met een aantal nieuwe rechtsvormen voor persoonsgebonden samenwerking tussen ondernemers: ik noem de openbare vennootschap, de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid en, naast de reeds bestaande toepassingen van de BV – zoals de eenmans-BV, de familie-BV, de quasi-vof BV en de joint venture-BV – de Flex-BV. Ik doel daarbij op een kapitaalvennootschap zonder minimumkapitaal en waarvan de inrichting mogelijk in zijn geheel ter vrije dispositie staat (contractueel kan worden overeengekomen) van de samenwerkende aandeelhouders. Hoe dit in concreto vorm zal krijgen, is nog onzeker. Zeker is wel dat het BV-recht ingrijpend wordt 'gestut'. Daarnaast drijft het NV-recht richting beurs- en effectenrecht, zij het dat ook het in Nederland gevoerde corporate governance debat heeft geleid c.q. zal leiden tot aanpassingen in de Boek 2 BW (ontkoppeling decharge van winstvaststelling in de besluitvorming, herziening van de structuurregeling, goedkeuringsrecht van aandeelhouders terzake van majeure beslissingen, een regeling voor het elektronisch stemmen, het beloningsbeleid, enz.). Op Europees niveau wordt er nagedacht over de mogelijkheid tot grensoverschrijdend stemmen en de versoepeling van bepaalde regels van kapitaalbescherming bij de NV. Ook de Nota herziening ondernemingsrecht maakt duidelijk dat dit proces nog niet ten einde is. Kortom, toekomstige wetgeving op detailniveau is in de maak.

Wat er evenwel ontbreekt, is mijns inziens een fundamentele herbezinning op het doel en nut – zo men wel de functie – van bepaalde rechtsvormen.[59] Het gehele menu van rechtsvormen overziend (de niet geregelde eenmanszaak, de maatschap, de openbare vennootschap, de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid, de commanditaire evenknieën, de BV in al zijn toepasbare modaliteiten, en de NV, soms wel en soms niet als beurs-NV opererend) geeft een fragmentarisch beeld. Waarom zouden samenwerkende ondernemers kiezen voor een OVR, indien een Limited naar Engels of Iers recht en in de toekomst een BV met € 1 aan geplaatst kapitaal voor het oprapen ligt? Waarom krijgen wij geen Limited Liability Partnership, waarom geen Limited Liability Company? De praktijk vraagt erom. Waarom krijgen wij een Europese vennootschap en in de nabij toekomst een Europese Coöperatieve Vennootschap, terwijl multinationals hierop niet echt zitten te wachten?

In de tweede plaats ontbreekt er een alomvattend systeem van reorganisaties in de ruime zin van het woord, d.w.z. een algehele regeling van omzetting en fusie van alle rechtspersonen, en, nu we toch bezig zijn, met de mogelijkheid van grensoverschrijdende reorganisatie en zetelverplaatsing. Waarom kan een openbare vennootschap – let wel, hieronder vallen ook accountantskantoren en advocatenkantoren van grote omvang – zich niet rechtstreeks op de wijze van art. 2:18 BW en derhalve met behoud van identiteit van het ondernemingsvermogen, omzetten in een NV? En waarom zouden twee advocatenkantoren niet onder algemene titel met elkaar kunnen fuseren, ook al zijn zij openbare vennootschappen met rechtspersoonlijkheid? Waarom is inbreng van een eenmanszaak steeds een inbreng onder bijzondere titel, en waarom kan een eenmanszaak of een openbare vennootschap zich niet rechtstreeks juridisch omzetten in een BV of juridisch fuseren met een BV? Veel van deze praktijkproblemen zouden kunnen worden opgelost indien los van de rechtssubjectiviteit van de ondernemer het ondernemingsvermogen wordt gezien als een eenheid, ook in goederenrechtelijke zin. Nadrukkelijk zou in dit verband ook aandacht dienen te worden besteed aan grensoverschrijdende reorganisaties en de daarmee gepaarde IPR-problematiek.[60] Vooralsnog biedt het SE-statuut de mogelijkheid in het kader van de vorming van een SE over te gaan tot een grensoverschrijdende juridische fusie en tot zetelverplaatsing. De 10e EG-richtlijn breidt de mogelijkheid tot grensoverschrijdende juridische fusie uit tot alle kapitaalvennootschappen. De 14e EG-richtlijn met betrekking tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing wordt binnen afzienbare tijd verwacht.[61] Maar deze richtlijnen betreffen uitsluitend kapitaalvennootschappen. De kloof tussen conceptueel contractueel bepaalde personenvennootschappen wordt in de toekomst mogelijk gedicht door de introductie van de hierboven genoemde Flex-BV. De kloof is overbrugbaar met een flexibel reorganisatie-instrumentarium dat geen onderscheid maakt tussen personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen, maar de ondernemer en de eenheid en identiteit van zijn ondernemingsvermogen centraal stelt.

G.J.H. van der Sangen
universitair hoofddocent Ondernemingsrecht aan de Universiteit van Tilburg, vakgroep Business Law, en verbonden aan het onderzoekscentrum Center for Company Law

58 HR 17 december 1982, *NJ* 1983, 480.

59 Zie hierover M.J.G.C. Raaijmakers *WPNR* 6601.

60 Zie hierover H.J. Portengen en L.F.A Steffens, *Ondernemingsrecht* 2004-15, voortbouwend op de analyse van G. van Solinge, *Grensoverschrijdende juridische fusie*, Deventer: Kluwer 1994.

61 Zie hierover E. Werlauff, 'Cross-border Transfers of SE Companies', *European Company Law* oktober 2004.

Recensie

Nr. 70

I. Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden.*

1. Opkomst van de toezichthouderaansprakelijkheid

Opeens was het daar: de aansprakelijkheid van de toezichthouder. Even niet opgelet en je loopt helemaal achter. Nu kun je de krant niet meer opslaan of het gaat over aansprakelijkheid van de AFM (Ed Maas – ooit de grote man achter de Lijst Pim Fortuyn – acht deze Autoriteit Financiële Markten aansprakelijk voor het instorten van zijn vastgoedfonds VHS en wil een schadeclaim indienen) of aansprakelijkheid van de Inspectie Verkeer en Waterstaat (vliegverbod voor Onur air). Maar ook op juridisch-wetenschappelijk gebied gaat het over toezicht: de preadviezen van de NJV[1], waar in juni 2005 over gediscussieerd is en natuurlijk het hier te bespreken boek van Ivo Giesen.
In de rechtspraktijk zien we dat in toenemende mate niet de primaire dader aansprakelijk wordt gesteld maar dat de overheid als kapitaalkrachtige toezichthouder voor de rechter gedaagd wordt: de schuld voor het zinken van een roestige duwbak, genaamd 'Linda', wordt bij de overheid gelegd omdat die deze bak goedgekeurd had voor de Rijnvaart.[2] Andere voorbeelden zijn te vinden in het kader van een aantal ernstige rampen die de laatste jaren in ons land hebben plaatsgevonden. Zo hebben de slachtoffers van de vuurwerkramp in Enschede zowel de gemeente als de Staat civielrechtelijk aangesproken, evenwel voorlopig zonder succes.[3]

2. Het boek van Giesen

Om maar gelijk met de deur in huis te vallen: Giesen heeft een prachtig boek geschreven. Informatief, helder en goed beargumenteerd. Ik zal hier eerst kort aangeven wat men in het boek zoal kan aantreffen en vervolgens zal ik er de naar mijn smaak meest saillante punten uitlichten en van commentaar voorzien.
In de eerste drie hoofdstukken wordt uiteengezet wat we wel en niet onder toezicht moeten verstaan, welke actoren daarbij betrokken zijn en wat maakt dat hier sprake is van een afgeleide verantwoordelijkheid.
Hoofdstuk 4 is gewijd aan de specifieke (dogmatische) problemen die eigen zijn aan aansprakelijkheid voor nalaten (het verzuimen om adequaat toezicht te houden). Dit hoofdstuk is evenals de meeste die erop volgen rechtsvergelijkend opgezet. Rechtsvergelijking is bij Giesen overigens niet slechts bedoeld als blijk van zijn grote belezenheid, maar vervult een wezenlijk nuttige functie.
In hoofdstuk 5 komt de invloed van het bestuursrechtelijke kader aan de orde. Toezicht van de overheid zal immers veelal de vorm aannemen van besluiten (Milieu- en bouwvergunningen, gedoogbesluiten, handhavingsbesluiten, etc.). Het vonnis inzake de Enschedese vuurwerkramp laat zien dat verwijten die samenhangen met het – gesteld ten onrechte – verleend zijn van bepaalde vergunningen in het algemeen zullen stranden op de formele rechtskracht van die vergunning. Hoe wereldvreemd dat ook op buitenstaanders moge overkomen: het antwoord op dat verwijt zal zijn dat de slachtoffers van de vuurwerkramp binnen 6 weken na het verlenen van die vergunning bezwaar hadden moeten aantekenen. Nu ze dat – vanzelfsprekend! – niet gedaan hebben stuit dit verwijt af op de formele rechtskracht van die besluiten. Ze worden daarna geacht zowel qua wijze van totstandkoming als qua inhoud geacht juist te zijn (hoe verkeerd misschien ook). Giesen is vrij summier over dit bestuursrechtelijke kader. Ik kom daar hieronder nog op terug.
Beleidsvrijheid is het tweede thema dat hij in dit hoofdstuk aan de orde stelt. De hoofdstukken 7 en 8 vormen de kern van het boek. Daar wordt nader uitgewerkt hoe de zorgvuldigheidsnorm (kelderluikfactoren!) moet worden ingevuld in toezichtrelaties.
In hoofdstuk 9 geeft Giesen een overzicht van de argumenten voor en tegen aansprakelijkheid van toezichthouders. Hij doet dat op een mooie en afgewogen manier. Ik zal daar hieronder graag nog wat van laten zien.
De volgende hoofdstukken gaan over relativiteit, causaal verband en eigen schuld (10), vrijwaring en immuniteit (11) en in hoofdstuk 12 komt dan vervolgens nog het processuele kader aan de orde. Het boek wordt afgesloten met een slotbeschouwing waarin Giesen duidelijk positie kiest ten faveure van het handhaven van het huidige (algemene) aansprakelijkheidssysteem en immuniteit van toezichthouders van de hand wijst.
In deze bespreking wil ik mij beperken tot twee thema's: de argumenten voor en tegen civiele aansprakelijkheid van toezichthouders en het bestuursrechtelijke kader waarbinnen die aansprakelijkheid figureert.

3. De argumenten voor en tegen civielrechtelijke aansprakelijkheid

Er bestaat bij veel mensen (waaronder ik in dit verband ook juristen begrijp) een zekere weerzin tegen het aansprakelijk houden van de overheid in het kader van – al dan niet ernstig te-

* Citeerwijze: G.E. van Maanen, 'I. Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden', *NTBR* 2005, 70.

1 A.A. van Rossem en L.F.M. Verhey & N. Verheij, 'Toezicht', *Preadviezen NJV* 2005, Deventer 2005, 332 p.; zie voorts de bespreking daarvan door o.a. Hartlief in het *NJB* 2005, p. 1126-1130.

2 HR 7 mei 2004, *RvdW* 2004, 67 (Linda); *NTBR* 2004, 84, p. 482-483 m.nt. G.E. van Maanen.

3 Rb. 's-Gravenhage, 24 december 2004, *JB* 2005, 69 m.nt. C.L.G.F.H. A.

kortschieten – in de taak van toezichthouder. Die weerzin heeft enerzijds te maken met het feit dat in bijna alle gevallen van toezichtfalen de werkelijke oorzaak bij de feitelijke dader gezocht moet worden (S.E. Fireworks, c.q. de brandstichter) en niet bij de falende toezichthouder (de gemeente Enschede). De overheid is hier – zo wordt vaak gesteld[4] – slechts 'peripheral tortfeaser', zijdelingse laedens.[5] Anderzijds heeft dit te maken met de zorg bij sommigen dat dit kan leiden tot een vloedgolf van claims die uiteindelijk toch allemaal door de belastingbetaler moeten worden betaald ('waar gaat dat naar toe?'). Tegenover deze wat subjectieve, intuïtieve notie's stelt Giesen een aantal zakelijke argumenten die mijn inziens wel overtuigen.

Het eerste en misschien wel belangrijkste argument is de preventieve werking die uitgaat van het aansprakelijk gesteld kunnen worden van de toezichthouder. Het 'incentive' van mogelijke aansprakelijkheid zal – zo is de (rechtseconomische) gedachte – de toezichthouder extra prikkelen om zelf zorgvuldig toezicht te houden en tevens om de potentiële 'primaire' daders aan te zetten tot zorgvuldiger gedrag. Een bijkomend argument voor deze *civielrechtelijke* aansprakelijkheid van de toezichthouder is dat het in veel gevallen zal gaan om zuivere vermogensschade – zo stelt Giesen – hetgeen meebrengt dat andere prikkels, zoals strafrechtelijke ontbreken.

Ik weet niet of dit laatste argument wel zo sterk is; er zijn immers ook vormen van toezicht waar wel degelijk persoonsschade aan de orde is (denk maar aan Enschede!, en bijvoorbeeld de veiligheid in de luchtvaart: Onur air!). Bovendien is het strafrecht niet het enige alternatief voor privaatrechtelijke handhaving. Op basis van het EVRM (Öneryildiz) geldt dat bij ernstige rampen strafrechtelijke aansprakelijkheid niet uitgesloten mag worden. Ook bestuursrechtelijke en politieke controle behoort tot de handhavingsmogelijkheden, evenals bijvoorbeeld publiciteit in de media. Terecht stelt Giesen dat de civielrechtelijke prikkel het meeste effect zal hebben in situaties van concreet toezichtfalen (de toezichthouder is geattendeerd op een specifiek risico) en minder in gevallen van wat heet algemeen toezichtfalen (de toezichthouder had actiever of ander beleid moeten voeren).

Een tweede argument dat Giesen naar voren brengt is dat met de institutionalisering van een bepaalde vorm van toezicht de burgers er op zullen mogen vertrouwen dat er over hun belangen wordt gewaakt (als ik mijn geld op een bank zet, doe ik dat mede omdat ik weet dat De Nederlandse Bank de betrouwbaarheid van mijn bank in het oog houdt). Dat gewekte vertrouwen rechtvaardigt volgens Giesen de potentiële aansprakelijkheid van die toezichthouder.

Een derde argument vindt Giesen in de ratio van toezicht, namelijk het voorkomen van letsel en gevaar. De toezichthouder moet er 'bovenop' zitten om de primaire daders te herinneren aan hun taak. Dat brengt mee dat toezichthouders gewoon hun werk moeten doen en als ze dat niet goed doen gewoon aansprakelijk moeten zijn.

Een volgend, dragend argument (dat Giesen overigens verderop in zijn betoog vermeldt) is de spreiding van schade en kosten van aansprakelijkheid die plaatsvindt als de toezichthouder (zeker als dat de overheid is) de schade draagt. Giesen noemt in dat verband de aansprakelijkheid van de staat voor TBS-ers die in de fout gaan tijdens proefverlof. In een recente uitspraak heeft de Hoge Raad overigens deze aansprakelijkheid afgewezen. Zelf heb ik bepleit om hier eerder te denken aan schadevergoeding op grond van rechtmatige daad (solidariteitsgedachte) dan onrechtmatige daad.[6] In dat verband zou ik spreiding wél een dragend argument vinden. Uiteindelijk kiest Giesen ervoor om dit spreidingsargument 'neutraal' te bezien.

Als tegenargumenten bespreekt Giesen eerst de terughoudendheid die het gevolg zou moeten zijn van het feit dat het hier vooral gaat om aansprakelijkheid voor *nalaten*. Een plicht tot handelen opleggen zou ingrijpender zijn dan een plicht om iets niet te doen. Daar staat tegenover dat er sprake is van een speciale (veelal wettelijke) relatie tussen de toezichthouder en de ondertoezicht gestelde, hetgeen juist weer een plicht tot handelen kan meebrengen.

Een ander tegenargument dat Giesen bespreekt is het bekende 'floodgates'-argument: het leidt tot een stortvloed aan claims en is niet meer te betalen. Hij bestrijdt dit argument door op te merken dat het allemaal wel meevalt met die stortvloed aan claims. Met een verwijzing naar Van Boom wordt vervolgens uiteengezet dat het enkele feit dat niet altijd vast is te stellen hoeveel claims zullen volgen, iets is wat in het aansprakelijkheidsrecht niet onbekend is en dus niet als een zelfstandig, nieuw argument gezien kan worden.

Belangrijker tegenargument lijkt gevonden te kunnen worden in wat men zou kunnen noemen 'defensive conduct', de toezichthouder laat zich teveel leiden door potentiële aansprakelijkheid en ziet derhalve af van ingrijpen (de Inspectie Verkeer en Waterstaat laat Onur air gewoon vliegen terwijl de kerosine uit de tanks loopt...). Giesen benadert dit argument een beetje met 'ik weet het nog niet zo net' en voorzover er al iets inzit zegt hij dat het ook geldt voor de andere meer klassieke terreinen van het aansprakelijkheidsrecht. Deze wijze van afdoen van dit argument acht ik minder sterk temeer omdat Giesen zelf heeft gewezen op de grote bedragen waar het veelal om gaat én op het zogenaamde toezichthoudersdilemma. Dat laatste houdt in dat de toezichthouder soms moet kiezen uit twee kwaden: ingrijpen (in een financiële instelling of luchtvaartmaatschappij) kan enorme reputatieschade en dus financiële consequenties hebben, niet ingrijpen – op termijn – evenzeer. Het blijft dus altijd een pre-

4 Bijv. in het preadvies van A.A. van Rossum voor de NJV p. 91 e.v.

5 De term 'zijdelingse' laedens, of 'afgeleide' aansprakelijkheid die men in dit verband ook wel tegenkomt is in zoverre misleidend, dat daarmee onvoldoende tot uitdrukking komt dat de toezichthouder wel degelijk aansprakelijk is voor zijn eigen tekortschieten in zijn primaire taak, namelijk toezicht houden. Hij is niet aansprakelijk omdat de primaire, feitelijke dader iets verkeerd heeft gedaan, maar omdat hij zelf als toezichthouder is tekortgeschoten.

6 HR 28 mei 2004, *RvdW* 2004, 78 (Staat/K); *AV&S* 2004/5, p. 214-218, m.nt. G.E. van Maanen.

caire zaak, die – zo voeg ik eraan toe – niet daarbij nog eens belast moet worden met het risico van zeer grote potentiële claims.
Beleidsvrijheid van met name overheidstoezichthouders is ook een argument dat tegen een (scherpe) aansprakelijkheid pleit. Die beleidsvrijheid wordt evenwel ook meegewogen in het kader of wel of niet zorgvuldig is gehandeld. Dat geldt wel als er sprake is van algemeen, maar niet – zo stelt Giesen – in geval van concreet toezichtfalen.
In zijn uiteindelijke afweging van argumenten noemt Giesen als belangrijkste pijlers de preventie van schade, het opgewekte doch beschaamde vertrouwen en de ratio van het instellen van toezicht. Naar zijn mening wordt deze basis versterkt door het feit dat de tegenargumenten niet zo sterk zijn. In het verlengde van deze keuze vóór aansprakelijkheid van toezichthouders, waarschuwt hij er voor dat áls we het met zijn argumenten eens zijn, dat we dan niet alsnog een blokkade zouden moeten opwerpen door alsnog een rechtspolitiek oordeel binnen te sluizen in bijvoorbeeld het causaliteitsoordeel. Men kan dus niet zeggen dat causaliteit of relativiteit *in zijn algemeenheid* aan aansprakelijkheid in de weg staan. In de concrete (niet rechtspolitieke) afweging kan dat uiteraard wel het geval zijn.
Wat er overblijft van de bespreking van argumenten is dus vooral het preventieargument. Dat is mijns inziens het enige echte sterke (rechtseconomische) argument. Daar tegenover staat in mijn visie toch wel het belangrijke argument dat vrees voor aansprakelijkheid verlammend kan werken op de toezichthouder. Toezicht houden brengt nu eenmaal met zich dat de grote veiligheidsrisico's (denk aan de luchtvaart) ingrijpen kan rechtvaardigen terwijl er maar beperkte aanwijzingen zijn (die *achteraf* mogelijk onvoldoende blijken te zijn). Maar willen we dan dat de Inspectie Verkeer en waterstaat heel terughoudend gaat optreden? De (miljoenen-) claims van Onur air én reisorganisaties liggen er nu al. Zou de prikkel die van civielrechtelijke aansprakelijkheid uitgaat niet evenzeer bewerkstelligd kunnen worden door *politiek* toezicht? Kamervragen, televisieprogramma's kunnen ook heel effectief zijn.

4. Het bestuursrechtelijke kader

In hoofdstuk 5 komt het bestuursrechtelijke kader aan de orde. Kort wordt besproken wat er in de Awb geregeld is over toezicht (art. 5:10-20 Awb) om vervolgens met name het probleem van de *formele rechtskracht* te bespreken. Wat is daarvan de achtergrond? Het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht wordt gekenmerkt door een zwart/wit benadering. Dat is begrijpelijk als de *burgerlijke* rechter wordt geadieerd met een verzoek tot schadevergoeding. De beslissing van de *bestuursrechter* is dan immers veelal bepalend voor het oordeel van de burgerlijke rechter.
Iets vergelijkbaars geldt ten aanzien van besluiten waar niet tijdig bezwaar tegen is gemaakt. Een besluit, waartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open heeft gestaan, geldt dan als rechtens onaantastbaar indien van de bestuursrechtelijke beroepsmogelijkheden geen gebruik zijn gemaakt. Dit heeft tot gevolg dat het besluit geacht wordt totstandgekomen te zijn in overeenstemming met de betreffende voorschriften; een dergelijk besluit heeft dan *formele rechtskracht* verkregen. De term 'formeel' slaat dan op het feit dat de burgerlijke rechter niet meer toekomt aan een inhoudelijke beoordeling van de onrechtmatigheidsvraag, maar de rechtmatigheid van het besluit aanneemt op grond van het feit dat de bestuursrechter het besluit niet heeft vernietigd, dan wel de burger heeft nagelaten bezwaar te maken tegen dat besluit bij het bevoegde orgaan (in dat geval zal de burgerlijke rechter de eiser niet-ontvankelijk verklaren).
Hetzelfde geldt indien het beroep bij de bestuursrechter ongegrond wordt bevonden. De burgerlijke rechter zal in beginsel dit oordeel van zijn bestuursrechtelijke ambtgenoot respecteren. De Hoge Raad gaat dan uit van de 'bindende kracht' van dat oordeel.[7]
Dat zijn allemaal logische en begrijpelijke consequenties van de taakverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter. Indien gebruik is gemaakt van een bestuursrechtelijke weg maar het besluit wordt *niet* vernietigd, dan zal een verzoek tot schadevergoeding bij de burgerlijke rechter wegens het ontbreken van de gestelde 'onrechtmatigheid' van het besluit – in beginsel – tot afwijzing van de vordering leiden; immers dat oordeel is al gegeven door de bestuursrechter. Ook hier geldt weer dat de formele rechtskracht van het besluit aan een (nieuw) inhoudelijk oordeel over de (on)rechtmatigheid van het besluit door de burgerlijke rechter in de weg staat.
Wordt evenwel over iets anders geklaagd dan enkel de onrechtmatigheid van het besluit (bijvoorbeeld onjuiste inlichtingen voorafgaande aan het besluit), dan zal de eiser wel ontvankelijk kunnen zijn in zijn vordering, maar zal de burgerlijke rechter zich van een oordeel onthouden over de (on)rechtmatigheid van het besluit zélf en zich moeten beperken tot andere omstandigheden. Het achterwege laten van het doorlopen van een (openstaande) bestuursrechtelijke rechtsgang (bezwaar of beroep) kan zeer nadelig voor de burger uitpakken. De eiser wordt dan immers, zonder enige vorm van (publiek- of privaatrechtelijke) belangenafweging bij de burgerlijke rechter niet in zijn vordering ontvangen, c.q. zijn vordering wordt ongegrond verklaard.[8] Om in bepaalde gevallen aan die consequentie te ontsnappen heeft men een fors aantal *uitzonderingen* op het uitgangspunt van formele rechtskracht moeten aanvaarden, waardoor het stelsel buitengewoon complex is geworden.[9]
Omdat het merendeel van de toezichthouders bestuursorganen zijn in de zin van de Awb (art. 1:1 lid 1Awb) zal het toezicht veelal plaatsvinden in de vorm van besluiten. Dat heeft een

7 *Van Gog/Nederweert*, HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112 m.nt. CJHB.
8 Vergelijk ook HR 17 juni 1983, *NJ* 1984, 148, m.nt. MS; *AB* 1984, 38, m.nt. JRSt.
9 De absurde consequenties van de figuur van formele rechtskracht in geval van 'fictieve weigering', kwamen naar voren in het arrest *Slegers/Asten* van 15 december 2000, *NJ* 2001, 318; *JB* 2001, 26. In HR 25 oktober 2002, *NJ* 2003, 171 m.nt. MS, wordt daar een einde aan gemaakt, door weer een uitzondering op de hoofdregel van formele rechtskracht aan te nemen.

aantal belangrijke consequenties. In de eerste plaats kan men als belanghebbende aan het bestuursorgaan vragen om (handhavend) op te treden. Een weigering of onvoldoende actie kan dan via het bestuursrechtelijke traject bestreden worden (bezwaar en beroep). Dat kan leiden tot de merkwaardige situatie dat een civielrechtelijk geschil over het uitbrengen van een tenderbod op aandelen Hunter Douglas wordt voorgelegd aan een bestuursrechter, in casu het Cbb omdat de AFM had geweigerd een besluit te nemen waarbij dat zou worden verboden.[10]

In de tweede plaats kan, als de toezichthouder in de ogen van de burger onjuist heeft opgetreden, de burger proberen het besluit te laten vernietigen, waarmee hij in veel gevallen de civielrechtelijke onrechtmatigheid van het optreden van de toezichthouder heeft aangetoond. Daarbij verdient het nog op te merken dat in het bestuursrecht niet het relativiteitsvereiste wordt gesteld. Dat betekent dat als er ergens een klein technisch foutje is gemaakt in de vergunningverlening dat die vergunning vernietigd moet worden. Maar daar staat tegenover dat met een nieuwe vergunning het gebrek weer snel hersteld zal kunnen worden.

Als dus de gemeente Enschede ten onrechte een bouwvergunning en/of milieuvergunning aan S.E. Fireworks heeft afgegeven, dan krijgt zo'n vergunning na zes weken formele rechtskracht. En dat betekent dat daarover dus geen discussie meer mogelijk is bij de burgerlijke rechter. We moet er dan van uit gaan dat het besluit inhoudelijk en procedureel correct was. Ik ben het met Giesen en Albers[11] eens dat dit in deze procedure nogal vreemd uitpakt; het lijkt tegenover de burger nauwelijks uit te leggen (te 'verkopen') dat de vergunningen wellicht nooit zo afgegeven hadden mogen worden maar dat dit aspect nu in de civiele procedure buiten discussie staat.

Aan dit bestuursrechtelijke kader zitten nog een aantal onverwachte bestuursrechtelijke 'grappen' vast. Zo geldt in het bestuursrecht de regel dat alleen tegenover diegene die een besluit met succes heeft doen vernietigen het besluit als onrechtmatig geldt. Dus zelfs al zou één van de bewoners van de Enschedese rampwijk met succes de milieuvergunning heeft aangevochten dan zou dat de andere slachtoffers niet kunnen baten. Ten opzichte van diegenen die geen bezwaar hebben gemaakt geldt het besluit als formeel juist.[12] De enige optie die ik zie om de formele rechtskracht in dit soort situaties van rampen waar de overheid een ernstig verwijt kan worden gemaakt van niet ingrijpen, zou zijn om op basis van de Öneryildiz-uitspraak van het EHRM deze nationaal-rechtelijke eigenaardigheid aan de kant te schuiven. De rechtspraak van het EHRM (zie ook bijvoorbeeld Osman) laat immers zien dat het hof eist dat een effectieve rechtsbescherming geboden moet worden. Onze eigen subtiliteiten zoals formele rechtskracht vanwege de taakverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter leggen dan geen gewicht in de schaal.

Ik geef toe voor veel civilisten is dit wellicht een nogal ontoegankelijk terrein, maar juist op het terrein van aansprakelijkheid voor (overheids-) toezichthouders valt er nog veel winst te behalen, door optimaal gebruik te maken van dat 'rare' bestuursrecht (tegen de achtergrond ook van het EVRM!). Ik denk dat Giesen daar nog net iets meer uit had kunnen halen.

5. Afronding

In het voorgaande ben ik – zoals aangekondigd – wat langs de kern van het werk van Giesen heengegaan. Maar die kernhoofdstukken zijn gewoon goed en moet de geïnteresseerde lezer zelf bestuderen. Daar zal hij zeker geen spijt van krijgen. Ik heb hier vooral van mijn enthousiasme voor dit boek blijk willen geven door met Giesen in debat te gaan, in de hoop dat we daar weer een beetje wijzer van worden.

G.E. van Maanen
hoogleraar privaatrecht Universiteit Maastricht en redacteur van dit blad

10 Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft op 30 juni 2005 uitspraak gedaan inzake het beroep tegen de weigering van AFM (Autoriteit Financiële Markten) op te treden tegen het voorgenomen tenderbod van Bergson. Het beroep van Hunter Douglas ongegrond verklaard. Het besluit van AFM blijft dus in stand. Franklin Templeton Investment Funds en drie andere houders van aandelen Hunter Douglas hadden de AFM gevraagd om maatregelen te nemen tegen het voornemen van Bergson Holdings N.V. om een openbaar tenderbod uit te brengen op 10 500 000 gewone aandelen in het kapitaal van Hunter Douglas. Vindplaats: LJN: AT8543, College van Beroep voor het bedrijfsleven, AWB 05/415; *NJB* 2005, p. 1529.

11 Albers in haar noot in *JB* 2004, 69.

12 HR 19 juni 1998, *NJ* 1999, 869 (*Kaveka/Apeldoorn*).

Wetgeving

Dit overzicht komt buiten verantwoordelijkheid van de redactie tot stand

Stand van zaken wetgeving t/m 10 oktober 2005

		Tweede Kamer						Eerste Kamer				Staatsblad	
		Voorstel van wet	(Voorlopig) verslag	Nota n.a.v. verslag	Nader (voorlopig) verslag	Eind verslag	Aangenomen	(Voorlopig) verslag	Memorie van antwoord	Nader (voorlopig) verslag	Eindverslag	Plaatsing	Inwerkingstreding
BOEK 1 BW													
Aanpassing Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en enkele wetten i.v.m. het nieuwe procesrecht (20, 20F, 24, 25F, 204, 685)	28863											455	484
Wijziging titels 6, 7, en 8 van Boek 1 BW (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen) (83, 87, 93 t/m 99, 102, 122 t/m 128, 130, 131, 133, 134, 142)	28867												
Wet dualisering gemeentelijke medebewindsbevoegdheden (16D)	28995												
Wijziging Boek I BW m.b.t. het geregistreerd partnerschap, de geslachtsnaam en het verkrijgen van gezamenlijk gezag (5, 253AA, 253Q, 253SA, 253V, 277)	29353												
Wet herziening kinderalimentatiestelsel (394, 395, 400, 401, 404, 406, 406AA, 406AB, 408)	29480												
Wetsvoorstel beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst en vormgeving voortgezet ouderschap (16A, 77A, 80^{E}, 149 t/m 152, 154, 169, 247, 251, 251A, 252, 253A, 253AA, 253SA, 377A, 377^{E}, 377H)	29676												
Uitvoeringswet internationale kinderbescherming (2530)	29980												
Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding (16A, 77A, 800, 149, 235, 247, 250, 251, 251A, 253A, 253AA, 253N, 253SA, 377A, 377^{E}, 377F, 377G, 377H)	30145												
Wijziging Boek 1 BW om bijdrage te leveren aan voorkomen van gebruik van geweld bij verzorging en opvoeding van kinderen (247)	30316												
BOEK 2 BW													
Zeggenschap NV (bijzondere maatregelen Ondernemingskamer) (335, 359A t/m 359I)	25732												
Voorstel van wet van de leden Koenders en Rabbae inzake verantwoording maatschappelijk ondernemen (391, 396)	27905												
Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met gebruik van internationale jaarrekeningstandaarden (362, 386, 389)	28220												
Wijziging Boek 2 BW in verband met wijziging bepalingen voor financiële verslaglegging door verzekeringsmaatschappen (434, 435, 435A, 438, 439, 440A, 441 t/m 443, 444A)	28799												
Aanpassing Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en enkele wetten i.v.m. het nieuwe procesrecht (138, 248)	28863											455	484
Wet melding zeggenschap en kapitaalbelang in ter beurze genoteerde vennootschappen (96)	28985												
Wijziging wet toezicht beleggingsinstellingen (modernisering en implementatie richtlijn nr. 2001/107/EG en 2001/108/EG (49, 58, 101, 210, 300, 401)	28998											401	403
Wet uitvoering IAS-verordening, IAS-39 richtlijn en moderniseringsrichtlijn (117, 362, 374, 379, 381A, 381B, 384, 387, 389, 390, 391, 393, 395, 396, 397, 398, 401, 406, 407, 410, 411, 420, 422, 426, 428, 429, 430, 438, 440, 442, 445, 446)	29737											377	378
Initiatiefwetvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek i.v.m. aanpassing uitzonderingspositie kerkgenootschappen (2)	29757												

▬ nieuw wetsvoorstel of nieuw fase(n) in de parlementaire behandeling t.o.v. de vorige stand van zaken

Wetgeving

Dit overzicht komt buiten verantwoordelijkheid van de redactie tot stand

Stand van zaken wetgeving t/m 10 oktober 2005

		Tweede Kamer						Eerste Kamer				Staatsblad	
		Voorstel van wet	(Voorlopig) verslag	Nota n.a.v. verslag	Nader (voorlopig) verslag	Eind verslag	Aangenomen	(Voorlopig) verslag	Memorie van antwoord	Nader (voorlopig) verslag	Eindverslag	Plaatsing	Inwerkingstreding
Goedkeuring Europees Verdrag erkenning rechtspersoonlijkheid internationale niet-gouvernementele organisaties (20)	28764												
Invoeringswet Wet medezeggenschap werknemers (63E, 157, 267, 314, 334H)	29945												
Wijziging Boek 2 BW ter bevordering gebruik elektronische communicatiemiddelen bij besluitvorming in rechtspersonen (38, 41, 113, 117A, 117B, 119, 128, 158, 223, 224, 227A, 227B, 238, 268)	30019												
Invoerings- en aanpassingswet Zorgverzekeringswet (53)	30124												
Reparatiewet II Justitie (22A, 138, 158, 248, 264, 268, 316, 398)	30171												
BOEK 3 BW													
Wet dualisering gemeentelijke medebewindsbevoegdheden (43)	28995												
Huurkoop onroerende zaken, Vaststellingswet (282)	24212												
Herzieningswet kadasterwet I (19)	28443											107	416
Wet collectieve afwikkeling massaschade (31)	29414											340	380
Invoeringswet titel 7.17 en titel 7.18 BW (287)	30137												
Wet tot teruggave cultuurgoederen afkomstig uit bezet gebied (238, 291)	30165												
BOEK 4 BW													
Aanpassing Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en enkele andere wetten i.v.m. het nieuwe procesrecht (204)	28863											455	484
Wetsvoorstel beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst en vormgeving voortgezet onderwijs (8, 32)	29676												
Invoeringswet titel 7.17 en titel 7.18 BW (128)	30137												
Reparatiewet II Justitie (184)	30171												
BOEK 5 BW													
Warmtewet (58)	29048												
BOEK 6 BW													
Aanpassing Burgerlijk Wetboek en andere wetten i.v.m. de vergoedbaarheid van schade door overlijden of ernstig letsel (107, 108)	28781												
Warmtewet (236)	29048												
Wijz. Wegenverkeerswet en Burgerlijk Wetboek i.v.m. verhaal van schade als gevolg van ongeval of gebrek aan motorrijtuig (173)	29955											357	451
Wet Invoering en financiering Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (197)	30118												
Invoerings- en aanpassingswet Zorgverzekeringswet (197)	30124												
Invoeringswet titel 7.17 en titel 7.18 BW (197)	30137												
Reparatiewet II Justitie (175, 190)	30171												
BOEK 7 BW													
Huurkoop onroerende zaken, Vaststellingswet (2, 3, toevoeging afd. 7.1.12, 49)	24212												

▬ nieuw wetsvoorstel of nieuw fase(n) in de parlementaire behandeling t.o.v. de vorige stand van zaken

Wetgeving

Dit overzicht komt buiten verantwoordelijkheid van de redactie tot stand

Stand van zaken wetgeving t/m 10 oktober 2005

		Tweede Kamer						Eerste Kamer				Staatsblad	
		Voorstel van wet	(Voorlopig) verslag	Nota n.a.v. verslag	Nader (voorlopig) verslag	Eind verslag	Aangenomen	(Voorlopig) verslag	Memorie van antwoord	Nader (voorlopig) verslag	Eindverslag	Plaatsing	Inwerkingstreding
Gewetensbezwaren zondagsarbeid (670, 670B, 677)	27075												
Wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het concurrentie-beding (653, 685)	28167												
Wijziging Hoofdstuk III Wet op de Geneesmiddelenvoorziening en afdeling 5 van titel 7 van Boek 7 BW (446, 459, 464)	28494												
Voorstel van wet van het lid Van Gent inzake regeling vrijheid van meningsuiting werknemers i.v.m. klokkenluiders (660B, 670, 670B, 677)	28990												
Wijziging BW i.v.m. invoering klachtrecht werknemers (657, 670, 670B, 677)	27274												
Wet Invoering en financiering Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (629, 631, 635, 658A, 658B, 660A, 670, 670B)	30118												
Invoerings- en aanpassingswet Zorgverzekeringswet (462)	30124												
Wet maatschappelijke ondersteuning (255, 274)	30131												
Invoeringswet titel 7.17 en titel 7.18 BW (7.17.1.9, 7.17.11 t/m 7.17.1.16, 7.17.2.1 t/m 7.17.2.25A, 7.17.3.1 t/m 7.17.3.25, 7.18.1 t/m 7.18.3)	30137												
Uitvoering Richtlijn nr. 2002/47/EG van Europees Parlement en Raad van de Europese Unie van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten (51 t/m 56)	30138												
Wijz. van de Woningwet (verbetering handhaafbaarheid en handhaving bouwregelgeving) (243, 256, 305)	29392												
Invoeringswet Wet medezeggenschap werknemers (665A, 670, 670A)	29945												
Vaststelling van titel 7.17 (verzekering) en titel 7.18 (lijfrente) van het nieuwe BW (17.1.1 t/m 17.1.16, 17.2.1 t/m 17.2.25A, 17.3.1 t/m 17.3.25, 18.1 t/m 18.3)	19529												
Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (800 t/m 837)	28746												
Aanpassing Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en enkele andere wetten i.v.m. het nieuwe procesrecht (685)	28863											455	484
Wet collectieve afwikkeling massaschade (907 t/m 910)	29414											340	380
Wet financiële dienstverlening (7, 46A, 46I, 46J, 428)	29507											339	
Warmtewet (5)	29048												
Structuur van de uitvoering werk en inkomen (SUWI) (629)	26448												
Wijziging art. 274, Boek 7 BW teneinde doorstroming in voor studenten bestemde woonruimte te bevorderen (247)	29707												
Wetsvoorstel beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst en vormgeving voortgezet ouderschap (266)	29676												
Wijziging van o.m. enige bepalingen in het Burgerlijk Wetboek omtrent de geneeskundige behandelingsovereenkomst (454, 464)	30049												
Wet bijzondere maatregelen grootstedelijke problematiek (231)	30091												
Wijziging Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van Richtlijn 2002/73/EG (646, 647)	30237												

▬ nieuw wetsvoorstel of nieuw fase(n) in de parlementaire behandeling t.o.v. de vorige stand van zaken

Wetgeving

Dit overzicht komt buiten verantwoordelijkheid van de redactie tot stand

Stand van zaken wetgeving t/m 10 oktober 2005

		Tweede Kamer						Eerste Kamer				Staatsblad	
		Voorstel van wet	(Voorlopig) verslag	Nota n.a.v. verslag	Nader (voorlopig) verslag	Eind verslag	Aangenomen	(Voorlopig) verslag	Memorie van antwoord	Nader (voorlopig) verslag	Eindverslag	Plaatsing	Inwerkingstreding
Wijziging van een aantal socialeverzekeringswetten en enige andere wetten (Verzamelwet sociale verzekeringen 2006) (629)	30238	▬											
BOEK 8 BW													
Wet publiekrechtelijke registratie zeeschepen (169, 171, 175, 194, 195A)	28180	▒	▒										
Herziening Kadasterwet I (2, 3, 191, 193 t/m 197, 199, 230, 781, 783, 784, 786, 787, 790, 840, 1300, 1302, 1303, 1305, 1306, 1315 t/m 1317)	28443	▒	▒	▒	▒	▒	▒	▒	▒	▒	▒	107	416
Wet internationaal goederenvervoer over de binnenwateren (889, 890)	29943	▒	▒										
Reparatieweg II Justitie (1220, 1680)	30171	▒	▬										

▬ nieuw wetsvoorstel of nieuw fase(n) in de parlementaire behandeling t.o.v. de vorige stand van zaken