

PREADVIES VAN DE VEREENIGING
'HANDELSRECHT'

2000

Het eigen gezicht van het handelsrecht

Mr R.Q.J. Klomp
Prof. mr M.M. Mendel
Prof. mr C.E. du Perron
Mr A.C. van Schaick

W.E.J. TJEENK WILLINK

0019 17



Het eigen gezicht van het handelsrecht

Mr B.Q.I. Klomp
Prof. mr M.M. Meesters
Prof. mr C.B. de Pauw
Mr A.C. van Schaik



W.A. (Juni) 2000 - 2001

665

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

1912

PAID

PREADVIES VAN DE VEREENIGING
'HANDELSRECHT'

2000

Het eigen gezicht
van het handelsrecht

Mr R.Q.J. Klomp
Prof. mr M.M. Mendel
Prof. mr C.E. du Perron
Mr A.C. van Schaick



W.E.J. Tjeenk Willink – 2000

W.E.J. Tjeenk Willink is een imprint van Kluwer Juridische Uitgevers te Deventer

ISBN 90-271-5244-6

©2000 Vereniging 'Handelsrecht'

Secretariaat van de Vereniging 'Handelsrecht':

Mr P. de Baat

Weena 70, 3012 CM Rotterdam

Postbus 100, 3000 AC Rotterdam

tel. (010) 4017927

Alle rechten voorbehouden. 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, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 aug. 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

INHOUDSOPGAVE

HET EIGEN GEZICHT VAN HET HANDELSRECHT

Geschiedenis, bij wijze van inleiding

Mr R.Q.J. Klomp

1. Inleiding	3
2. Wat werd en wordt onder handelsrecht verstaan?	4
2.1 Middeleeuwse oorsprong	4
2.2 Een apart handelswetboek in Nederland?	5
2.3 De totstandkoming van het Wetboek van Koophandel	11
2.4 Eigen handelsrechtbanken?	19
2.5 Tussenconclusie	23
3. Het eigen gezicht van het handelsrecht in de negentiende-eeuwse literatuur	25
3.1 Enkele schrijvers	25
3.2 Tussenconclusie	36
3.3 Het preadvies van Molengraaff: Schaf de wettelijke verschillen af	37
4. Vermaatschappelijking van het handelsrecht in de negentiende eeuw?	48
4.1 Wat wordt onder vermaatschappelijking verstaan?	49
4.2 De criteria toegepast op het handelsrecht aan het einde van de negentiende eeuw	51
4.3 De conclusies van Heyman en Valkhoff	57
4.4 Tussenconclusie	59

5.	Het eigen gezicht van het handelsrecht in de twinstigste eeuw	
5.1	De Wet van 2 juli 1934	61
5.2	Tussenconclusie	65
5.3	Moderne literatuur	66
5.4	Tussenconclusie	75

6.	Wat dacht men in 1899 over de toekomst van het handelsrecht?	77
-----------	---	----

7.	Conclusie	80
-----------	------------------	----

De ondernemer, de consument en hun overeenkomsten

Mr A.C. van Schaick

1.	Inleiding	85
2.	De relativiteit van de scheiding van handelsrecht en burgerlijk recht	87
3.	Vercommercialisering van het burgerlijk recht	
3a.	Startpunt: de Franse Code civil en de Code de commerce	89
3b.	Maatschappelijke veranderingen en het Duitse ADHGB	93
3c.	Begunstiging van het goederenverkeer	98
3d.	De situatie in Nederland	100
3e.	Evaluatie	106
3f.	Unificatiestreven	108
4.	Divergentie van burgerlijk recht en handelsrecht sinds 1950	
4a.	Relativering van het belang van de goederenomloop	109
4b.	Relativering van het belang van de goederenomloop in Nederland	111
4c.	Evaluatie	118
5.	De relativiteit van de scheiding van handelsrecht en burgerlijk recht	
5a.	Het unificatiestreven doorkruist	119
5b.	De noodzaak tot differentiatie	124
5c.	Conclusie	128

Welke rol spelen in het handelsrecht de redelijkheid en billijkheid – met name in hun beperkende werking – in rechtsverhoudingen tussen ondernemers en wat behoort die rol te zijn?

Prof. mr M.M. Mendel

1. Algemene opmerkingen

1.1	Probleemstelling	131
1.2	Begrenzing van het terrein	134
1.3	Terminologie: goede zeden en openbare orde, redelijkheid en billijkheid, misbruik van bevoegdheid, misbruik van recht	134
1.4	Redelijkheid en billijkheid nader beschouwd	137
1.5	Rechtszekerheid en redelijkheid en billijkheid	140
1.6	Rechtsverwerking	143
1.7	Algemene voorwaarden	144

- A. WELKE ROL SPELEN IN HET HANDELSRECHT DE REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID – MET NAME IN HUN BEPERKENDE WERKING – IN RECHTSVERHOUDINGEN TUSSEN ONDERNEMERS?

2. Buitenlands recht en internationale regelingen

2.1	Belgisch recht	148
2.2	Frans recht	150
2.3	Duits recht	152
2.4	Engels recht	156
2.5	Amerikaans recht	160
2.6	Unidroit Principles of International Commercial Contracts	162
2.7	Andere Unidroit regelingen	169
2.8	Uncitral-regelingen	170
2.9	The ICC Agency Model Contract	172

3. Nederlands handelsrecht

3.1	Inleiding	173
3.2	Vennootschaps- en ondernemingsrecht	174
3.3	Vervoerrecht	189
3.4	Verzekeringsrecht	198
3.5	Industriële en intellectuele eigendom	205
3.6	Waardepapieren en documentaire kredieten	221

B. WAT BEHOORT IN HET HANDELSRECHT IN RECHTSVERHOUDINGEN TUSSEN ONDERNEMERS DE ROL TE ZIJN VAN DE REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID, MET NAME IN HUN BEPERKENDE WERKING?

4.1	Inleiding	226
4.2	De Principles of European Contract Law	228
4.3	De opvatting van Tjittes	229
4.4	Conclusie	232

C. CONCLUSIES 233

Samenhangende rechtsverhoudingen in het handelsrecht

Prof. mr C.E. du Perron

1. Inleiding	241
2. Wanneer bestaat er samenhang?	
2.1 Inleiding	243
2.2 De Franse leer van de groepen van contracten	244
2.3 Netzverträge	247
2.4 Vranken	248
2.5 De met het samenhangcriterium verbonden problemen	248
3. Rechtsgevolgen van samenhang in ketens waarbij een prestatie wordt uitbesteed	
3.1 Inleiding	257
3.2 Onrechtmatigheid in uitbestedingsketens	258
3.3 Doorwerking in uitbestedingsketens	259
4. Tot slot een voorbeeld van andere gevolgen van eenheid: franchise	272

Geschiedenis, bij wijze van inleiding

Mr R.Q.J. Klomp

'Laat vrij de geschiedenis het heden bepalen, waar het eerbiedwaardige traditie behoedt en geen bewegelijkheid belemmert.'

J. Huizinga, *Hoe bepaalt de geschiedenis het heden?*, p. 30.

Wie wil een weg vinden doorheen de wereld die hij ziet, moet eerst weten wat hij wil. Het is niet genoeg om te weten wat er is, het is ook nodig om te weten wat er moet zijn. Het is niet genoeg om te weten wat er is, het is ook nodig om te weten wat er moet zijn. Het is niet genoeg om te weten wat er is, het is ook nodig om te weten wat er moet zijn.

De Nederlandse geschiedenis van het handelsrecht is een lange en interessante reis. Het begint met de eerste handelswet van 1817, die de basis legde voor het huidige handelsrecht. Dit was een belangrijke stap in de ontwikkeling van het handelsrecht in Nederland. Het was een belangrijke stap in de ontwikkeling van het handelsrecht in Nederland. Het was een belangrijke stap in de ontwikkeling van het handelsrecht in Nederland.

De eerste handelswet van 1817 was een belangrijke stap in de ontwikkeling van het handelsrecht in Nederland. Het was een belangrijke stap in de ontwikkeling van het handelsrecht in Nederland. Het was een belangrijke stap in de ontwikkeling van het handelsrecht in Nederland.

De eerste handelswet van 1817 was een belangrijke stap in de ontwikkeling van het handelsrecht in Nederland. Het was een belangrijke stap in de ontwikkeling van het handelsrecht in Nederland. Het was een belangrijke stap in de ontwikkeling van het handelsrecht in Nederland.

VERBODEN TOEGANG TOT DEZELVE
 Gevolgd door de heer van der
 ...

1	...	101
2	...	102
3	...	103
4	...	104
5	...	105
6	...	106
7	...	107
8	...	108
9	...	109
10	...	110
11	...	111
12	...	112
13	...	113
14	...	114
15	...	115
16	...	116
17	...	117
18	...	118
19	...	119
20	...	120
21	...	121
22	...	122
23	...	123
24	...	124
25	...	125
26	...	126
27	...	127
28	...	128
29	...	129
30	...	130
31	...	131
32	...	132
33	...	133
34	...	134
35	...	135
36	...	136
37	...	137
38	...	138
39	...	139
40	...	140
41	...	141
42	...	142
43	...	143
44	...	144
45	...	145
46	...	146
47	...	147
48	...	148
49	...	149
50	...	150
51	...	151
52	...	152
53	...	153
54	...	154
55	...	155
56	...	156
57	...	157
58	...	158
59	...	159
60	...	160
61	...	161
62	...	162
63	...	163
64	...	164
65	...	165
66	...	166
67	...	167
68	...	168
69	...	169
70	...	170
71	...	171
72	...	172
73	...	173
74	...	174
75	...	175
76	...	176
77	...	177
78	...	178
79	...	179
80	...	180
81	...	181
82	...	182
83	...	183
84	...	184
85	...	185
86	...	186
87	...	187
88	...	188
89	...	189
90	...	190
91	...	191
92	...	192
93	...	193
94	...	194
95	...	195
96	...	196
97	...	197
98	...	198
99	...	199
100	...	200

1. Inleiding

De vraag naar het eigen gezicht van het handelsrecht is niet van vandaag of gisteren. Al eeuwen vragen beoefenaren van het handelsrecht zich af wat de inhoud en de grenzen van hun vakgebied zijn. Het is verleidelijk te zeggen dat deze vragen zo oud zijn als het handelsrecht zelf, maar dat is riskant. De eerste handelsrechtelijke regels van Romeinse-Griekse oorsprong werden niet als zodanig benoemd. De *lex Rhodia de iactu*, opgenomen in *Dig.* 14.2.1 e.v. was bijvoorbeeld een wet als alle andere. Het was het op schrift gestelde beginsel, ontwikkeld uit een *usance*, dat gemeenschappelijke risico's ook gemeenschappelijk dienen te worden gedragen en kwam in essentie overeen met wat we tegenwoordig averij-grosse noemen; vergelijk de regeling uit Boek 8, artikel 610 tot en met 613.¹ Ook kan er gewezen worden op het *foenus nauticum* ('see loan', 'Seedarlehn'), dat een voorloper is van het bodemerij-contract.

Wie wil kan nog verder teruggaan. Bekend zijn de papyri met overeenkomsten betreffende vervoer over de Nijl. Zuiver vervoersrecht, zuiver handelsrecht zouden we tegenwoordig zeggen. Het onderscheid tussen handelsrecht enerzijds en burgerlijk recht anderzijds werd echter in het Romeinse recht niet gemaakt. En zolang dit onderscheid niet gemaakt werd, vroegen de handelsrechtbeoefenaren zich ook niet af wat hun vak precies inhield.²

De zelfstandige ontwikkeling van het handelsrecht is pas in de Middeleeuwen begonnen, en het heeft echt vorm gekregen in de afzonderlijke codificaties van het einde van de achttiende eeuw. Pas toen werd de vraag naar de inhoud en het karakter van het handelsrecht actueel. Sindsdien is de discussie hierover op gezette tijden gevoerd. Bij het overgaan naar de eenentwintigste eeuw doet zich weer zo'n moment voor van bezinning op de inhoud en de zelfstandigheid van het handelsrecht. Het is daarom een goede gedachte van het bestuur van de Vereeniging Handelsrecht geweest om het preadvies voor de vergadering van het jaar 2000 in het teken te stellen van het eigen gezicht van het handelsrecht.

¹ Zie voor het Romeinse recht M. Kaser/F.B.J. Wubbe, *Romeins privaatrecht*, Zwolle 1971, p. 217. *Dig.* 14.2.1 luidde: *Lege Rodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est.* De vertaling van J.E. Spruit e.a. luidt: Door de Rhodische wet wordt bepaald dat, wanneer men om een schip lichter te maken tot het overboord werpen van lading is overgegaan, door een omslag over alle betrokkenen vergoed moet worden wat ten behoeve van allen is prijsgegeven (Zutphen 1996, p. 198). Zie ook R. Zimmerman, *The Law of Obligations*, Oxford 1996, p. 406 e.v.

² Zie voor een uitgebreidere behandeling van de geschiedenis hieronder (§ 3.3) waar ik het preadvies van W.L.P.A. Molengraaff voor de NJV-vergadering van 1883 bespreek.

En wat doet men als men een blik in de toekomst wil werpen? Men doet een stap terug en begint bij het verleden. Alleen wie weet waar hij vandaan komt, kan nadenken over waar hij naartoe gaat. Dit eerste deel van het preadvies zal daarom een grotendeels historisch karakter hebben. Hierbij heb ik mij geconcentreerd op een aantal onderwerpen die kunnen dienen als historische inleiding op de overige delen van dit preadvies.

Ik zal inventariseren wat onder 'handelsrecht' werd verstaan, of er sprake was van een 'eigen gezicht' en zo ja, wat dat dan inhield. Beslissend voor het eigene van het handelsrecht is de beoordeling van de verhouding tot het burgerlijk recht en de waarde van een eigen wetboek. Was het wel zo verstandig een apart Wetboek van Koophandel in het leven te roepen? Of zou het juist weer tijd worden het handelsrecht als aparte rechtsgebied te erkennen? Een andere vraag betreft die naar de zogeheten vermaatschappelijking van het privaatrecht aan het einde van de negentiende eeuw. Het blijkt dat het handelsrecht hier een afwijkende positie innam. Tot slot is het natuurlijk een intrigerende vraag wat de handelsrechtjuristen aan het einde van de negentiende eeuw van de toekomst verwachtten. En wat is er van hun verwachtingen uitgekomen? Maar eerst een overzicht van het bonte palet aan inzichten wat in het bijzonder in de negentiende en twintigste eeuw door de beoefenaren zelf onder het handelsrecht werd verstaan.³

2. Wat werd en wordt onder handelsrecht verstaan?

2.1 Middeleeuwse oorsprong

Het hedendaagse handelsrecht vond zijn oorsprong in het middeleeuwse Zuid-Europa, in het bijzonder in de Italiaanse, Franse en Spaanse steden aan de Middellandse zee. Daar werd voor eerst een van het algemene burgerlijke recht afwijkende handelsrecht toegepast en beschreven. In Frankrijk heeft het vervolgens in de zestiende eeuw in belangrijke mate verder vorm gekregen. Vervolgens heeft minister van Financiën Jean Baptiste Colbert als auteur van de *Ordonnance du commerce* (1673) en de *Ordonnance de la marine* (1681) het handelsrecht als aparte rechtscategorie verder uitgewerkt. Met deze *Ordonnances* beoogde Colbert eenheid te brengen in de rechtsverscheidenheid van de naar plaatselijk gewoonterecht oordelende consulaire rechtbanken, respectievelijk te voorzien in de leemtes die het geleerde

³ Zie ook mijn proefschrift *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, diss. UvA, Nijmegen 1998.

Romeinse recht had ten aanzien van (zee)handelsovereenkomsten.⁴ Ontwikkeling van het handelsrecht vond verder plaats in de gilden, en wel in het bijzonder door het mogen uitoefenen van een eigen jurisdictie. Al was toen nog niemand van mening dat het handelsrecht een eigen rechtsgebied was.

'Au surplus, avant une époque récente, on n'a pas eu l'idée que le droit commercial pût constituer une *discipline indépendante*'.⁵

Pas toen Napoleon ruim honderd jaar na Colberts *Ordonnances* opdracht had gegeven nieuwe wetboeken, inclusief een *Code de commerce*, te ontwerpen werd het handelsrecht als zelfstandig vakgebied gezien. Het opstellen van een apart handelswetboek waarin tevens een gehele afgezonderde rechtsgang was geregeld voor handelszaken was de definitieve bezegeling van het eigen karakter van het handelsrecht, althans in Frankrijk.

2.2 Een apart handelswetboek in Nederland?

In Nederland kende men de traditie zoals Frankrijk deze kende niet. Toen Nederland overging tot het opstellen van een codificatie deed zich dan ook de vraag voor of er wel een apart wetboek voor handelszaken zou moeten komen.

De Nederlandse codificatiegeschiedenis begon met de 1 mei 1798 in werking getreden *Staatsregeling voor het Bataafsche Volk*. Vervolgens werd door het Uitvoerend Bewind in september 1798⁶ een codificatiecommissie benoemd, ook wel de commissie-Cras genaamd, naar H.C. Cras. De commissie kreeg tot taak uitvoering te geven aan artikel 28 van de Burgerlijke en Staatkundige Grondregels van de *Staatsregeling* van 1798 en een codificatie van het recht voor te bereiden, dat bepaalde:

'Er zal een Wetboek gemaakt worden, zoo wel van Burgerlijke, als van Lijfstraflijke Wetten, te gelijk met de wijze van Regts-vordering, op gronden, door de Staatsregeling verzekerd, en algemeen voor de

⁴ Zie ook D. Tallon, *Civil Law and Commercial Law*, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume VIII, *Specific contracts*, Chapter 2, p. 8; Jean Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, Paris 1986, p. 68, 69; Ripert/Roblot, *Traité de droit commercial*, 15e druk, Paris 1993, p. 13, 14; en O. Moorman van Kappen, 'Van scheiding naar hernieuwde eenheid', in: *150 jaar Wetboek van Koophandel*, Deventer 1989, p. 7-19.

⁵ G. Ripert/R. Roblot, *Traité de droit commercial*, 15e druk door M. Germain, Paris 1993, p. 10, 11.

⁶ In oktober 1796 was reeds door de Nationale Vergadering besloten dat een codificatiecommissie zou worden ingesteld.

gantsche Republiek. Deszelfs invoering zal zijn, uiterlijk binnen twee jaaren, na de invoering der Staatsregeling.⁷

Van een onderscheiding tussen burgerlijk recht en handelsrecht was dus nog geen sprake.⁸ Sterker, het handelsrecht werd begrepen onder 'Burgerlijke Wetten'. Juist met het oog op het handelsrecht werd door de codificatiecommissie geadviseerd voor het werk aan de 'Burgerlijke Wetten' meer tijd uit te trekken dan voor de 'Lijfstraffelijke Wetten', zodat de wetgever beter rekening zou kunnen houden met allerlei plaatselijke omstandigheden.⁹ Het handelsrecht werd hier dus onder het burgerlijk recht begrepen. Op welke plaats in het wetboek werden dan de typisch handelsrechtelijke onderwerpen geregeld? De commissie van twaalf, althans de subcommissie die zich bezighield met de verbintenissen uit overeenkomst, beschouwde het handelsrecht in haar ontwerp eind 1800 als een onderdeel van het verbintenissenrecht. In de toelichting repte J. Walraven met geen woord over de wenselijkheid van deze indeling. Hij merkte slechts op:

'Onder alle de onderwerpen welke den inhoud van een Civiel Wetboek moeten uitmaken, is er misschien geen te vinden het welk moeyelijker in algemeene beginselen en bepalingen kan gevat worden, dan dat van de assurantien en avarijen.'¹⁰

Echt soepel konden deze handelsrechtelijke onderwerpen dus niet gecodificeerd worden. Verder werd de afdeling over 'huur tusschen schippers, reeders, bevrachters en bootsgezellen', in navolging van Hugo de Groot in zijn *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid*, geplaatst ná 'huur en verhuur' en vóór 'maatschap'.¹¹ Bodemerij¹² kwam – eveneens in navolging

⁷ Over de totstandkoming van dit codificatieartikel: M.J.E.G. van Gessel-de Roo, 'De codificatiegedachte in Nederland in de jaren 1795-1798', in: *Twaalf bijdragen tot de studie van de rechtsgeschiedenis van de negentiende eeuw*, Amsterdam 1993.

⁸ L. de Gou (red.), *Het Plan van Constitutie van 1796*, 's-Gravenhage 1975, p. 165.

⁹ L. de Gou (red.), *Het Plan van Constitutie*, p. 165.

¹⁰ Collectie Kemper/Cras, nr. 1; zie ook C. van Nievelt, *Bronnen van de Nederlandse Codificatie van het zee- en assurantierecht 1798-1822*, diss. Leiden, Leiden 1978, p. XIX-XX en p. 5.

¹¹ H. de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid*, Boek III, deel 19: Van huur ende verhuuring; deel 20: Van huur tusschen schippers, reders, bevrachters ende bootsgezellen; deel 21: Van maatschap; Arnhem 1926 (1e druk 's Graven-Hage 1631).

¹² Bodemerij is een vorm van geldleen waarbij de uitlener een pandrecht op het schip of op de lading krijgt en het risico van verlies van schip of lading loopt. De lener is slechts tot teruggave van het geleende geld verplicht wanneer het schip en de lading de bestemming veilig hebben bereikt. Kist noemt het ook wel een 'omgekeerde verzekering'; *Beginselen van handelsregt*, vierde deel, 2e druk, 's-Gravenhage 1884, p. 130, en vijfde deel, Amsterdam 1875, p. 267 e.v. Hugo de Groot definieerde het aldus: 'Bodemerie is geld-

van De Groots *Inleidinge* – tussen 'verbruikleen' en 'lastgeving' terecht.¹³ Dit leverde een wat betreft handelsrecht en burgerlijk recht bijzonder geïntegreerd geheel op.

In het algemeen had men echter geen moeite met het invoegen van het handelsrecht. Het was voor de commissie vanzelfsprekend dat het handelsrecht deel uitmaakte van het burgerlijk recht.¹⁴

Van 1801 tot 1804 kwam het werk van de commissie vrijwel stil te liggen. Er werd nog slechts gesteggeld met het Uitvoerend Bewind over honoraria, declaraties en de volgorde van de nog te verrichten werkzaamheden. Er kwam definitief een einde aan de bezigheden van de commissie van twaalf toen Lodewijk Napoleon in 1807 aan de Amsterdamse advocaat Joannes van der Linden de opdracht gaf een burgerlijk wetboek op te stellen.

Van der Linden, tegenwoordig nog bekend als auteur van 'De ware pleiter'¹⁵, ging voortvarend te werk en behandelde het handelsrecht net als de eerste codificatiecommissie geïntegreerd met het burgerlijk recht. Datzelfde jaar leverde Van der Linden een ontwerp, bestaande uit vier boeken, bij de Staatssecretarie in. Zo behandelde hij het zeerecht bij het verbintenisrecht, hoewel hij een jaar eerder in zijn *Regtsgeleerd, Practicaal, en Koopmans Handboek* het handelsrecht nog in een apart boek had ondergebracht.¹⁶ Hij gaf hiervoor twee redenen. Ten eerste 'het bijzondere gewicht van de stof'. Ten tweede voerde hij aan

'dat geschillen in 't stuk van den Koophandel niet slechts met het oog van eenen stijven Regtsgeleerden, maar ook met dat van eenen Koopman, die zig met den *mercantielen stijl* gemeenzaam gemaakt heeft, doorgezien behooren te worden.'¹⁷

leening waer van den uitleener 't gevaer loopt van de zee.'; *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid*, Boek 3, Elfde deel, § 2, Arnhem 1926, p. 145.

¹³ H. de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid*, Boek III, deel 10: Van verbruick-leening ende woecker; deel 11: Van bodemerie; deel 12: Van last-geving.

¹⁴ NB: De wisselhandel werd gedefinieerd als de 'onderscheiden *burgerlijke* [curs., RK] handelingen, welke tusschen de onderscheiden personen die in een Wisselbrief voorkoomen worden aangegaan'; Algemeen Rijksarchief, Collectie Kemper/Cras, nr. 8, Inventarisnummer 2.21.098.

¹⁵ J. van der Linden, *De ware pleiter*, Amsterdam 1827; herdrukt door A. Jongbloed en zoon, 's-Gravenhage 1965 en 1989.

¹⁶ *Regtsgeleerd, Practicaal, en Koopmans Handboek*, Amsterdam 1806, bestaat uit Boek 1: Van de Burgerlijke Regtsgeleerdheid; Boek 2: Van de Lijfstraffelijke Regtsgeleerdheid; Boek 3: Van de Manier van Procederen, zoo in Burgerlijke, als in Lijfstraffelijke zaken; Boek 4: Van den Koophandel in het algemeen, en den Hollandschen in het bijzonder.

¹⁷ J. van der Linden, *Regtsgeleerd Handboek*, p. 424.

Van der Linden pleit hier voor een eigen, handelsrechtelijk perspectief en de inzet van ervaren kooplieden bij de beoordeling van geschillen. Met Van der Lindens ontwerp is verder niets gebeurd. Napoleon liet zijn broer Lodewijk Napoleon bij brief van 31 oktober 1807 weten dat de Franse wetgeving in Holland ingevoerd diende te worden.¹⁸ Lodewijk Napoleon belastte een commissie met de bewerking van de Franse codes, waaronder de Code de commerce. Deze commissie, onder voorzitterschap van A. van Gennep, hield op eigen initiatief vast aan een geïntegreerde behandeling van het handelsrecht en het burgerlijk recht. Zij stelde in januari 1808 voor het recht ten aanzien van onder andere *de wisselhandel, assurantien, averijen, bevrachtingen van schepen, rederijen* en enkele andere zeerechtelijke onderwerpen onder te brengen in een apart boek van het Burgerlijk Wetboek zodat het later desgewenst daaruit eenvoudig losgemaakt zou kunnen worden.¹⁹ In 1807 was immers inmiddels in Frankrijk de Code de commerce uitgevaardigd. Op 20 maart 1808 blijkt binnen de commissie-Van Gennep een omslag te hebben plaatsgevonden. Het komt haar nu verkieslijker voor de handelsrechtelijke onderwerpen *niet* in het Burgerlijk Wetboek op te nemen maar in een apart wetboek. Zij gebruikt hiervoor een drietal argumenten.

Allereerst behoren vele onderwerpen voor de handel anders uitgewerkt te worden dan voor het gewone leven. Ten tweede stelt ze – zonder er verder op in te gaan – dat het handelsrecht af en toe aan veranderde omstandigheden moet worden aangepast en dat dit met het burgerlijk recht zo min mogelijk moet gebeuren. Tot slot denkt ze met vrucht gebruik te kunnen maken van de resultaten van de Franse codificatiearbeid op het gebied van het handelsrecht.²⁰ Dit is in Nederland het eerste spoor van de wens om het handelsrecht apart te behandelen. Hierbij werd geen enkele relatie gelegd met de toenmalige sociaal-economische of politieke situatie. Het was een kwestie van opportuniteit en praktische inzichten.²¹

De suggestie een apart wetboek voor de koophandel te ontwerpen is door Lodewijk Napoleon overgenomen. In oktober 1808 heeft hij een nieuw

¹⁸ Napoleon schreef letterlijk: 'Je désirerais que vous ordonnassiez qu'à dater du 1er janvier le Code Napoléon sera la loi de vos peuples'; zie F. Rocquain, *Napoléon Ier et le roi Louis: d'après les documents conservés aux Archives nationales*, Parijs 1875, p. 142; C. van Nievelt, *Bronnen zee- en assurantierecht*, p. XXV.

¹⁹ ARA, Archief Staatssecretarie onder Lodewijk Napoléon (1806-1810) 116, exhibitum 29 januari 1808 nr. 3; zie ook C. van Nievelt, *Bronnen zee- en assurantierecht*, p. XXV.

²⁰ C. van Nievelt, *Bronnen zee- en assurantierecht*, p. XXVI; ARA Staatssecretarie onder Lodewijk Napoléon 123, exhibitum 20 maart 1808 nr. 38.

²¹ Anders A.C. van Schaick in zijn preadvies.

driemanschap, bestaande uit A. van Gennep, M.S. Asser en J. van der Linden, de opdracht gegeven een 'Wetboek van den Koophandel voor het Koninkrijk Holland' te concipiren. Nog geen acht maanden later, in juni 1809 bood dit driemanschap een ontwerp aan Koning Lodewijk Napoleon aan. Het was voor een belangrijk deel *niet* gebaseerd op de Code de commerce maar op nationale gewoonten en gebruiken.

'Si nous nous plaçons à constater que les vieilles ordonnances françaises et le code de commerce de notre pays sont encore les bases sur lesquelles la loi néerlandaise a été édiflée, nous devons en même temps reconnaître que le législateur hollandais y a introduit d'importantes modifications, et en a complété les prescriptions par un grand nombre de dispositions nouvelles, dignes d'un des premiers peuples commerçants du monde', aldus V. Foucher.²²

Wel was uit de Code de commerce de regeling van de rechtbanken van koophandel overgenomen. Door de inlijving van het Koninkrijk Holland bij Frankrijk in de zomer van 1810, is het ontwerp voor dit *Commerciële Wetboek* nooit tot wet verheven.²³ Op 1 januari en 1 maart 1811 werden de Code de commerce en de Code civil ook hier te lande van kracht. De Fransen waren wel zo vriendelijk een Nederlandse vertaling uit te brengen. De inlijving gebeurde tenslotte ook vanwege de economische motieven.

'La Hollande est une puissance maritime commerçante; elle a des postes magnifiques, des flottes, des matelots, des chefs habiles, et des colonies qui ne coûtent rien à la métropole; ses habitants ont le génie du commerce comme les Anglais',

zo schreef Napoleon op 3 april 1808 in een brief aan zijn broer Lodewijk Napoleon.²⁴

In de periode dat het driemanschap Van Gennep/Asser/Van der Linden aan zijn ontwerp werkte, werd ook in de literatuur aandacht besteed aan de codificatiearbeid. Zo vroeg de Rotterdamse advocaat A.S. van Reesema in een lang artikel zich af of een apart Wetboek van Koophandel noodzakelijk was, en zo ja,

²² V. Foucher, *Code de commerce du royaume de Hollande*, Collection des lois civiles et criminelles des États modernes, deel 7, Rennes/Paris/La Haye 1839, p. vi.

²³ Het is wel een tweede maal uitgegeven, door T.M.C. Asser: *Het eerste ontwerp van een Nederlandsch wetboek van koophandel*, Amsterdam 1866.

²⁴ Rocquain, *Napoléon Ier*, p. 169, 170.

'of dan ook deze noodzakelijkheid voortvloeije uit een onderscheid van de beginselen zelve, en of namelijk deze anders behooren te zijn in den Koophandel, anders in andere zaken en betrekkingen?'²⁵

Zijn conclusie was dat het eigen karakter van het handelsrecht een afzonderlijk wetboek voldoende rechtvaardigde. Als belangrijkste kenmerk van het handelsrecht beschouwde hij de wederkerigheid van in de handel gesloten overeenkomsten:

'Voor het eene het andere te ontvangen, of te verdienen, en hierdoor winst of gemak te erlangen, zie daar in twee woorden de hoofdinhoud eener Koopmansleer.'²⁶

Van Reesema maakte zich zorgen over de vrijheid die de rechter zich toe-eigende, in het bijzonder in handelsrechtelijke geschillen. Wat hem betrof diende de rechter zich tot toepassing van de wet te beperken. Hij hekelde rechters die zich meer gelegen lieten liggen aan handelsgebruiken dan aan de wet.

'Geene begunstiging derhalve, geen meerder geloof aan goede trouw, geene gehechtheid aan andere gewoontens, dan welke de wet goedkeurt komt te pas, na dat de Wetgever gesproken, – na dat hij 't oogpunt, waaruit alle toekomstige gevallen moeten beschouwd worden, bepaald, en den regter, wien slechts het opletten, luisteren, en nazeggen of vertolken voegt, heeft voorgesproken.'²⁷

Een opvallend legistisch geluid, zo vroeg in de negentiende eeuw. Verder kan geconstateerd worden dat ook in 1808 de indeling van de rechtsstof in verband met de codificatie voorwerp van beschouwing was. Van Reesema's conclusie is niet schokkend, zijn argumentatie is vooral natuurrechtelijk van aard en doet enigszins ouderwets aan. Wat zijn invloed is geweest, is moeilijk te zeggen. Het is mogelijk dat het driemanschap met tevredenheid van zijn denkbeelden heeft kennisgenomen aangezien het deze als steun voor zijn opzet kon beschouwen.

²⁵ A.S. van Reesema, 'Over den aard der wetten voor den Koophandel', *Schouwburg van in- en uitlandsche letter- en huishoudkunde*, 1808, p. 565-574, 619-643, 667-684 en 1809, p. 69-92.

²⁶ A.S. van Reesema, 'Over den aard der wetten voor den Koophandel', p. 632.

²⁷ A.S. Van Reesema, 'Over den aard der wetten voor den Koophandel', p. 639.

2.3 De totstandkoming van het Wetboek van Koophandel

Nadat Nederland in november 1813 zijn onafhankelijkheid had herwonnen is vrijwel direct een begin gemaakt met het ontwerpen van verschillende nationale (dat wil zeggen *niet-Franse*) wetboeken. In de Grondwet van 1814 is vastgelegd dat er naast een wetboek van burgerlijk recht, een wetboek 'van den koophandel' zou worden ingevoerd.²⁸ Dat was de eerste maal dat op het niveau van de constitutie gewag werd gemaakt van een Wetboek van Koophandel. Blijkbaar was de ervaring onder de Franse wetboeken tussen 1811 en 1813 niet negatief geweest. Mogelijk wilde men ook ten behoeve van het handelsverkeer aansluiting met Frankrijk behouden. J.R. Thorbecke gaat er in zijn artikelsgewijze commentaar op de Grondwet helaas niet op in.²⁹ In april 1814 werd een tien leden tellende commissie benoemd voor het ontwerpen van de gehele nationale wetgeving. Reeds in januari 1815 bood de commissie vier ontwerpen aan de Koning aan. Het vierde betrof het handelsrecht in de vorm van een ontwerp-Wetboek van Koophandel en was het werk van de leden J. Walraven, A. van Gennep en J.E. Reuvens.

Na de uitbreiding van het Koninkrijk met de Belgische provincies werden de verschillende ontwerp-codificaties in september 1815 voor commentaar aan de Belgen voorgelegd, wat weinig problemen opleverde voor de verdeling van het privaatrecht in een deel burgerlijk recht en een deel handelsrecht.³⁰ De Belgen hadden een sterke voorkeur voor wetboeken die zo min mogelijk van de Franse voorbeelden afweken.³¹

Een eerste kritisch geluid met betrekking tot de opzet van de codificatie van het handelsrecht is afkomstig van de Leidse hoogleraar H.W. Tydeman. Hij correspondeerde tussen mei 1814 en september 1819 onder het pseudoniem 'E' met enkele juristen die niet direct bij het wetgevingsproces waren

²⁸ De formulering van deze bepaling (art. 100 Grondwet 1814) komt vrijwel letterlijk overeen met die van artikel 52 uit de *Schets van eene Grondwet voor de Vereenigde Nederlanden* van G.K. van Hogendorp (1762-1834); zie J.R. Thorbeckes *Aanteekening op de Grondwet*, Amsterdam 1839, p. VI; zie ook H.T. Colenbrander, *Ontstaan der grondwet I*, 1908, p. 54.

²⁹ J.R. Thorbecke, *Aanteekening*, p. 236; 2e druk, deel II, p. 146, 147.

³⁰ Koninklijk Besluit van 5 september 1815.

³¹ Om een voorbeeld te geven: Barthélémy, lid van de Commissie van Redactie, opende op 10 februari 1826 de behandeling door de Tweede Kamer van het herziene ontwerp-WvK met het uitspreken van zijn tevredenheid dat het onderscheid tussen handelsrecht en burgerlijk recht gehandhaafd is; zie J.J.F. Noordziek *Geschiedenis der beraadslagingen WvK II*, 1e ged., 's-Gravenhage 1880, p. 9. R.P. Cleveringa spreekt in zijn bijdrage over de BW-ontwerpen van 1816 en 1820 in het *Gedenboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle 1938, p. 281, zelfs over de 'aan de Fransche wetgeving verkleefde Belgen'.

betrokken over de 'aanstaande Nederlandsche wetgeving'. Hij schreef in augustus 1814:

'Wat nu de vorm van ons nieuwe Koophandelsregt betreft. Ik zeide zoo even: "naauwst met het Civile Wetboek is dat van Koophandel verbonden"; maar eigenlijk is het *Koophandels*-regt slechts een bijzonder deel, eene toepassing, met eenige wijziging, van het algemeene *burgerlijke* regt; en ik twijfel zeer, of de Franschen wèl hebben gedaan, door de nieuwe redactie hunner *Ordonnances*, met eenige nieuwe titels aangevuld, tot een afzonderlijk[e] *Code de Commerce* te verheffen. Deze ijdele praal, maar inderdaad verwarrende sleep van onderscheidene Wetboeken, schijnt mij nadeelig, zoo wel voor de kennis en aanwending als ook, – waarop men toch, zoo ver het gevoegelijk kan, mede behoort te denken, – voor de beoefening en het onderwijs van het regt.³²

Wat Tydeman betrof had Nederland het Franse voorbeeld van twee wetboeken voor het privaatrecht niet hoeven te volgen. Het lijkt hem 'nadeelig' in de zin van onhandig, niet efficiënt, voor het gebruik in zowel de praktijk als het onderwijs. In 1819 werden de eerste twee boeken van het ontwerp-Wetboek van Koophandel bij de Koning ingediend. Mogelijk onder invloed van hetgeen Tydeman c.s. had geschreven, heeft men zich in het parlement voor het eerst serieus afgevraagd in hoeverre het Franse voorbeeld gevolgd moest worden. De behandeling van het derde boek van het ontwerp-Wetboek van Koophandel werd vervolgens uitgesteld vanwege in de Tweede Kamer gerezen bezwaren tegen de daarin geregelde aparte rechtsmacht in handelszaken. Pas nadat de regering deze regeling (en daarmee boek 3³³) uit het ontwerp geschrapt had, werd het ontwerp aan het parlement voorgelegd. Vervolgens werd het in 1820 – om andere redenen dan hier van belang – afgestemd.³⁴

Het duurde tot oktober 1822³⁵ voordat de eerste twee boeken van het herziene ontwerp-Wetboek van Koophandel bij de Tweede Kamer werden

³² Het citaat is afkomstig uit de reeds in 1814 afzonderlijk gepubliceerde tweede brief van E. (= H.W. Tydeman), gericht aan D. (= J.D. Meyer, 1780-1834) en G. (= ?) in: *Briefwisseling van eenige regtsgeleerden*, Leiden 1819, p. 120, 121.

³³ Boek 3 werd vervolgens in 1826 weer aan het ontwerp toegevoegd maar nu inhoudende de regeling van het faillissement, de rehabilitatie en de surséance van betaling.

³⁴ Voorduin, *Geschiedenis en beginselen* I, 1e stuk, Utrecht 1839, p. 72 e.v. Een gelijk-luidende bepaling betreffende de aparte rechtsmacht in handelszaken kwam ook voor in het wetsontwerp over het algemeen beleid van justitie c.a. Ook hier gaf zij aanleiding tot discussie.

³⁵ C. van Nievelt, *Bronnen zee- en assurantierecht*, p. XXIX, noemt als datum 24 oktober 1822.

ingediend.³⁶ De leden van afdelingen van de Kamer die de eerste twee boeken van het ontwerp-Wetboek van Koophandel bespraken, waren in het algemeen niet erg enthousiast.³⁷ Wat betreft de eigenheid van het handelsrecht werd door de Friese afgevaardigde D. Fockema opgemerkt dat het Wetboek van Koophandel de uitzonderingen op de algemene burgerlijke wet bevatte en bijzonderheden regelde waarvoor het Burgerlijk Wetboek geen burgerrechtelijke variant of equivalent kende. Regels die niet alleen op de koophandel maar tevens op 'het algemeen burgerlijk leven' van toepassing waren, dienden volgens Fockema in het Burgerlijk Wetboek opgenomen te worden.³⁸ Minister Van Maanen sloot zich in 1823 slechts gedeeltelijk bij deze visie aan. Hij legde meer de nadruk op de bijzondere onderwerpen die geen equivalent in het Burgerlijk Wetboek kenden, dan op de exceptieve bepalingen van het Wetboek van Koophandel:

'Men is uit een verkeerd oogpunt uitgegaan, door zich te verbeelden dat het *commerciëel* regt als eene *afwijking* van het burgerlijk regt kan worden beschouwd, en alzoo eene *exceptive* wetgeving uitmaakt. Wanneer men toch, met eenige kennis van zaken, de onderwerpen nagaat, welke bij het Wetboek van koophandel worden behandeld, zal men zich ras overtuigen, dat ieder afzonderlijk object, als zijn: wisselbrieven, de verzekeringen, avariën, bodemerijen enz., een stellig regt, naar de materie gewijzigd, bevat, hetwelk met het Burgerlijk Wetboek in geene aanraking staat.'³⁹

In oktober 1825 werd een gewijzigde versie van de eerste twee boeken van het ontwerp-Wetboek van Koophandel aan de Tweede Kamer gezonden, waarna in februari 1826 een ontwerp voor het derde boek volgde en de parlementaire behandeling kon beginnen. Tijdens deze behandeling is door een aantal sprekers aandacht besteed aan de wenselijkheid van een apart gecodificeerd handelsrecht. Het Tweede-Kamerlid J.C. Hooft vroeg zich af of een apart handelswetboek wel noodzakelijk was. Wat volgens hem tegen het wetboek pleitte was 'dat de handel als het ware boven de wet is verheven, en dat wel voornamelijk dáárom, omdat dezelve alleen is eene toepassing der goede trouw, en gewaarborgd wordt door dat zoo onbegrijpelijk krachtig werkende iets, hetwelk *crediet* genoemd wordt.' De

³⁶ Voorduin, *Geschiedenis en beginselen* VIII, p. XXII; Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen* WvK I, 's-Gravenhage 1880, p. XVII en I.

³⁷ Twee van de zeven afdelingen van de Tweede Kamer die het ter becommentariëring hadden ontvangen hebben hun werkzaamheden zelfs gestaakt, tot ongenoegen van minister van Justitie Van Maanen; zie Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen* WvK I, p. IV, V en 432.

³⁸ Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen* WvK I, p. 319, 320.

³⁹ Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen* WvK I, p. 439.

uitzonderingsbepalingen ten opzichte van het burgerlijk recht en de typisch handelsrechtelijke onderwerpen noemde Hooft hier niet. Hij stond in zijn argumentatie alleen. Het feit dat de Grondwet van 1815, in navolging van die van 1814, in artikel 163 'koophandel' apart noemde als een onderwerp dat in een algemeen wetboek behandeld zou moeten worden, was voor hem uiteindelijk een doorslaggevend argument het ontwerpen van een apart handelswetboek toch te steunen.⁴⁰ Maar dan moest er wel voor gezorgd worden dat het wetboek aan de handel 'een beschermende toekomst waarborg[t]' en dat de handelaren verzekerd werden van de voorrechten die verwacht mochten worden in een systeem dat een uitzondering vormde op de algemene burgerlijke wetgeving. Hooft beschouwde de handelsrechtelijke regelgeving dus als voorrecht, als privilege, als een verzameling uitzonderingen *ten behoeve van* de handel. Of hij ook de daarbij horende plichten zoals de boekhoudplicht als voorrecht zag, valt te betwijfelen. Ook op zijn interpretatie van artikel 163 van de Grondwet 1815 valt iets af te dingen. De formulering van dit artikel laat namelijk in het midden of het handelsrecht in een apart wetboek of als onderdeel van één algemeen wetboek geregeld zou moeten worden. Beide interpretaties zijn mogelijk. Bij de bespreking van titel 2 ('Van koopmansboeken') voerde hij stevig oppositie. De gehele titel achtte hij strijdig met het door hem voorgestane 'handels-systema'.⁴¹ Hij maakte vooral bezwaar tegen de verdenking van bankbreuk (een strafbaar faillissement⁴²) die de koopman ex artikel 4 WvK ten deel zou vallen zodra hij zijn boeken niet voldoende had bijgehouden. Hij betwistte het nut van deze regeling en vond haar in strijd met de goede trouw welke hij juist als basis van de handel zag.

W.B. Donker Curtius van Tienhoven, de latere president van de Hoge Raad, zag in de regeling van de koopmansboeken juist een uitzondering op de algemene regel dat een schriftelijk stuk niet iets ten voordele van de schrijver kan bewijzen (*Propria scriptura nihil probat pro scribente*). Hij beschouwde de uitzondering als een privilege voor de koopman. Deze redenering gaat mijns inziens alleen op indien het een overeenkomst tussen een koopman en een niet-koopman betreft. Zodra kooplieden tegen elkaar procederen is het voordeel van de een, een nadeel voor de ander.⁴³

⁴⁰ Voorduin, *Geschiedenis en beginselen* VIII, p. 20, 21; Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen WvK II*, 1e ged., p. 39; *Stcrt.* 15 februari 1826, nr. 39.

⁴¹ Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen WvK II*, 1e ged., p. 49.

⁴² C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude. Een studie naar de strafrechtelijke handhaving van faillissementsrechtelijke normen*, diss. Nijmegen, Zwolle 1992, p. 3-5.

⁴³ Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen WvK II*, 1e ged., p. 54.

Alleen de Belg P.T. Nicolaï pleitte ondubbelzinnig voor een apart Wetboek van Koophandel:

'Les règles, qui déterminent d'une manière générale toutes nos actions et qui établissent nos droits, ainsi que nos devoirs, sont écrites dans le Code Civil; mais les opérations de commerce s'étant multipliées à l'infini, ont amené une grande complication d'affaires et d'intérêts, et dès lors des dispositions nouvelles et particulières ont été jugées indispensables. Le besoin du commerce a donc dicté les ordonnances et les Codes qui traitent de cette matière, et qui renferment les principes fondamentaux de la profession du négociant.'⁴⁴

Opvallend is dat Nicolaï de nadruk legde op het beroep van koopman, hoewel na de Franse revolutie de gilden als beroepsorganisaties juist waren afgeschaft. Dat de traditie in deze sterker was dan de leer blijkt ook uit Donker Curtius van Tienhovens woorden, waar hij sprak over makelaars als een bepaalde 'classe de citoyens'.⁴⁵

De vraag of er überhaupt wel een apart Wetboek van Koophandel diende te komen werd dus slechts door enkele sprekers tijdens de parlementaire behandeling besproken. Daarnaast is het interessant te bezien wat men, als er dan toch een Wetboek van Koophandel moest komen, dacht van het karakter van een dergelijke codificatie. Maar ook hier is de score mager. Slechts een handjevol sprekers liet zich over deze vraag uit. D. Fockema noemde het een exceptief wetboek in die zin dat het Burgerlijk Wetboek van toepassing is voorzover het Wetboek van Koophandel geen uitzondering maakt.⁴⁶ De zoëven reeds genoemde Donker Curtius van Tienhoven was iets voorzichtiger in zijn oordeel:

'Mais les affaires de commerce étant, comme toutes les autres transactions dans la société, des affaires civiles, qui se règlent d'abord, et en premier lieu selon les dispositions du droit civil, il en résulte, à mon avis, que le Code de commerce, comme instituant un droit exceptionnel, ne doit contenir que ce qui vraiment est exceptionnel; qu'il est inutile au moins d'y répéter ce qui se trouve régi selon le droit civil, et par rapport à quoi on ne veut admettre d'exception; mais que seulement il doit contenir ces dispositions spéciales qui, en faveur du commerce, s'éloignent des principes du droit civil.'⁴⁷

⁴⁴ Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen WvK II*, 1e ged., p. 16; Voorduin, *Geschiedenis en beginselen* deel VIII, p. 1, 2.

⁴⁵ Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen WvK II*, 1e ged., p. 76.

⁴⁶ Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen WvK II*, 1e ged., p. 59.

⁴⁷ Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen WvK II*, 1e ged., p. 32, 33; W.B. Donker

Hij beschouwde het als een dwaling te denken dat men voor koophandels-geschillen aan het Wetboek van Koophandel genoeg zou hebben. Hij zag vele omissies en lacunes in het ontwerp-Wetboek van Koophandel, maar de basis van het ontwerp keurde hij goed.

'En consacrant ainsi le principe, que les affaires commerciales sont régies par le droit civil, on reconnaît que les lois commerciales ne sont que des lois exceptionnelles, et on supplée à une omission du Code actuel, qui a fait quelquefois tomber dans l'erreur grossière, de penser que ce n'était que le Code de commerce qu'on devait consulter pour la décision d'une contestation commerciale.⁴⁸

Met betrekking tot het bewijsrecht zag hij echter juist weer geen reden verschil te maken tussen handelsrecht en burgerlijk recht.⁴⁹ Dit is opvallend, omdat uiteindelijk de verschillen tussen beide rechtsgebieden voor een belangrijk deel met bewijsrecht te maken hebben.

A.J. Barthélémy was van mening dat er wat betreft verzekeringen geen onderscheid was (en ook niet gemaakt hoefde te worden) tussen handelsrecht en burgerlijk recht. Hij liet overigens geen onduidelijkheid bestaan over wat volgens hem de verhouding tussen het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Koophandel behoort te zijn:

'Ainsi, le Code civil, inaltérable en certains points, doit régir toutes les conventions commerciales en ce qui touche leur substance.⁵⁰

Curtius van Tienhoven, *Opinions énoncées*, Dordrecht 1826, p. 15; en Voorduin, *Geschiedenis en beginselen* VIII, p. 2, 3.

⁴⁸ Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen* WvK II, 1e ged., p. 33, 34. De redevoering van Donker Curtius is ook gepubliceerd in *Stcrt.* 23 februari 1826, nr. 46.

⁴⁹ Donker Curtius zegt over de als titel zes voorgestelde regeling van het bewijsrecht: 'J'ai d'abord cru, et je crois encore, que ce projet de loi est surabondant, puisque les opérations de commerce, étant des affaires civiles, il est évident que, pour autant qu'on n'exige pas impérativement telle ou telle sorte de preuve, dans ces cas déterminés, toutes les preuves en matière civile sont aussi admissibles en matière de commerce, et que là, où l'on en admet d'autres quant aux matières de commerce, la loi l'a déterminé spécialement. Or, quelles sont les preuves en matière civile? Et quelles sont les preuves, qu'en parcourant le code de commerce, on trouve partout spécialement admises? Les mêmes, qu'on a énoncées expressément dans cette loi, et aucune autre. D'où il suit, que la loi ne contient que le résultat doctrinaire, sur la preuve en matière de commerce. Je ne crois pas que, pour recueillir ce résultat dans un cadre, on ait besoin d'une loi, et qu'ainsi ce Titre, ne contenant qu'une doctrine, est inutile', in: *Opinions énoncées, lors de la discussion sur le projet du Code de commerce*, p. 41; zie ook: Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen* WvK II, 1e ged., p. 88, noot 1; en Voorduin, *Geschiedenis en beginselen* VIII, p. 10.

⁵⁰ Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen* WvK II, 1e ged., p. 13.

G. Beelaerts van Blokland reageerde op de sprekers die meenden dat de handelswetgeving slechts exceptionele wetgeving was. Volgens Van Blokland bevatte het Wetboek van Koophandel een bijzondere wetgeving voor bijzondere onderwerpen ('une législation particulière sur des objets particulières'⁵¹), die niet in het Burgerlijk Wetboek behandeld werden.

Net als Hooft zag een aantal andere parlementsleden de uitzonderingen die in het Wetboek van Koophandel opgenomen zouden moeten worden, als uitzonderingen *ten behoeve van* de handel. Op grond van deze gedachte werden onder andere de voorstellen om de uitoefening van het recht van reclame buiten faillissement toe te staan en om zeeschepen als onroerende goederen te beschouwen aangenomen.⁵²

Voorzover het de regeling van bijzondere onderwerpen (als tegenstelling tot exceptieve regelingen) betrof, verwees men expliciet naar de regeling van het wisselrecht – 'Ik beschouw den wissel niet als eene uitzondering van den gemeenen regel, maar als iets dat op zichzelf bestaat, dat eene afzonderlijke handeling uitmaakt', aldus de Utrechtse afgevaardigde H.M.A.J. van Asch van Wijk – en naar die van de bodemerij, 'een eigenaardig onderwerp van een Wetboek van Koophandel', aldus Beelaerts van Blokland. De regeling van de verzekering, traditioneel een handelsrechtelijk onderwerp, zorgde in tegenstelling tot die van de wissel en de bodemerij, wél voor enige discussie. Zo verzetten Fockema en Hooft zich tegen het opnemen van een regeling van brand-, oogst- en levensverzekeringen in het Wetboek van Koophandel. Deze hoorden volgens hen niet bij de koophandel thuis.⁵³ Mede hierdoor werd de titel over het verzekeringsrecht in eerste instantie verworpen.

Een onderwerp dat met het oog op de latere geschiedenis van speciaal belang was, was het faillissementsrecht. In het ontwerp zoals dat in 1826 aan het parlement werd voorgelegd, vormde het faillissementsrecht de eerste titel van het derde Boek van het Wetboek van Koophandel. De verschillende sprekers beschouwden de voorgestelde regeling als een verbetering ten opzichte van het toen geldende recht, maar hadden toch ook veel kritiek. Geen woord werd echter gewijd aan de exclusiviteit van het faillissement voor kooplieden. Slechts Hooft merkte op dat de regeling zowel voor zeer grote en vermogende kooplieden gold als voor kleine winkeliers, wat

⁵¹ Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen WvK II*, 1e ged., p. 47.

⁵² Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen WvK II*, 1e ged., p. 185 (in het bijzonder gelet op hetgeen Le Hon naar voren heeft gebracht) en p. 195 (in het bijzonder Donker Curtius).

⁵³ Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen WvK II*, 1e ged., p. 329.

volgens hem 'op zich zelf reeds een bezwaar tegen de wet zoude zijn'.⁵⁴

In maart 1826 werd de behandeling van het ontwerp afgerond met het aannemen in de Tweede Kamer van alle titels van het nieuwe wetboek. Nadat ook de Eerste Kamer akkoord was gegaan, werden zij afgekondigd als wet van 23 maart 1826.⁵⁵

In 1828 werden nog enige ondergeschikte wijzigingen voorgesteld. Nadat de beide Kamers akkoord waren gegaan, werd als datum van inwerkingtreding 1 februari 1831 bepaald. De Belgische provincies gooiden echter roet in het eten door zich in 1830 onafhankelijk te verklaren. Het Wetboek van Koophandel werd naar aanleiding hiervan wederom op enkele onderdelen gewijzigd, in het bijzonder op de onderdelen die op verzoek van de Belgen waren opgenomen of aangepast. Hierdoor werd het eigen, nationale karakter tegenover de Code de commerce geaccentueerd.⁵⁶ De wenselijkheid van een apart handelswetboek heeft toen niet meer ter discussie gestaan.

In 1833 werden de eerste zes ontwerpen tot herziening van het Wetboek van Koophandel bij de Kamer ingediend. De bijbehorende Koninklijke Boodschap meldde:

'dat de ware belangen van den koophandel, daarbij waren in acht genomen, en zorgvuldig gelet was op al hetgeen dienstig konde zijn, om de commerciële wetgeving, zoo veel doenlijk, tot volmaaktheid te brengen.'

Het zou tenslotte tot 1 oktober 1838 duren voordat de wetboeken, waaronder het Wetboek van Koophandel, van kracht werden.

Bij de voorbereiding van de Wet op de zamenstelling van de regterlijke macht was de berechting van handelszaken oorspronkelijk opgedragen aan de kantongerechten en de arrondissementsrechtbanken, waarbij de mogelijkheid werd geopend 'assessoren' uit de handelsstand of het fabriekswezen aan te trekken.⁵⁷ Na de afscheiding van de Belgen is deze regeling weer geschrapt waardoor er geen bijzondere rechtsgang voor kooplieden en/of handelszaken is gekomen. De enige uitzonderingen die nog gemaakt werden, stonden in de artikelen 298 tot en met 321 van het Wetboek van

⁵⁴ Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen WvK II*, 1e ged., p. 414.

⁵⁵ *Stb.* 18-27, 31-34, 38, 39 en 43-48.

⁵⁶ P.W. Kamphuisen, 'Herdenking honderdjarige burgerlijke wetgeving 1838-1938', *Verzameld werk*, Amsterdam 1963, p. 24.

⁵⁷ Artikel 44 en artikel 54 van de Wet van 18 april 1827, *Stb.* 20.

Burgerlijke Rechtsvordering, betreffende de rechtspleging 'in zaken van koophandel'.⁵⁸

2.4 *Eigen handelsrechtbanken?*

Een belangrijk verschil tussen de tot voorbeeld gediend hebbende Code de commerce en het Wetboek van Koophandel bestond hierin dat het Wetboek van Koophandel geen aparte rechtbanken voor koophandel kende. Hoe is dit zo gekomen?

Reeds op 22 augustus 1799 werd in de Nationale Vergadering bij de bespreking van het ontwerp voor een wetboek over de 'Algemeene Manier van Procedeeren' ervan uitgegaan dat de bijzondere rechterlijke colleges op het gebied van de wisselbrieven, assuranties, averijen en andere zeezaken zouden verdwijnen.⁵⁹ Voortaan zouden deze zaken door burgerlijke rechtbanken worden behandeld. Verschillen met betrekking tot de manier van procederen zouden wel gehandhaafd blijven.⁶⁰

In het ontwerp van het driemanschap Van Gennep/Asser/Van der Linden uit 1809 doken de rechtbanken van koophandel weer op. Maar ze zouden alleen ingesteld hoeven te worden in de plaatsen waar men aangaf er behoefte aan te hebben ('naar mate de Plaatselijke omstandigheden dit zullen vereischen'⁶¹). Ze werden in ieder geval niet opgedrongen aan alle plaatsen waar ook een rechtbank was. De wettelijke regeling was opgenomen in het derde boek, samen met de manier van procederen. De competentie van deze rechtbanken was minder ruim dan die van de Franse handelsrechtbanken, maar ruimer dan die van de reeds bestaande kamers van assurantie- en zeezaken. Het belangrijkste argument van de drie-koppige commissie was dat sommige zaken zó commercieel van karakter waren (genoemd worden geschillen over de wisselhandel en over hulp- en berglonen), dat zij door een aparte handelsrechtbank beoordeeld dienden te worden. Tevens werd beargumenteerd waarom ook verzekeringen die geen betrekking hadden op

⁵⁸ Voorduin, *Geschiedenis en beginselen* X, p. 587, verwijst verder naar J. van den Honert, *Handboek voor de Burgerlijke Regtsvordering* I, 1, p. 48, 49 en 59-61, en II, 2, p. 360 e.v.

⁵⁹ Zie ook het 'Plan van algemeene verdeling van het Wetboek' van de commissie Cras (van de hand van P. Wierdsma), gepubliceerd in: *Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798*, I, Utrecht 1968, p. 75-81.

⁶⁰ Zie het *Dagverhaal der Handelingen van de Nationale Vergadering representeerende het Volk van Nederland* V, p. 86.

⁶¹ ARA Collectie Kemper/Cras, nr. 17.

(zee)vervoer toch tot de competentie van de rechtbank van koophandel zouden moeten behoren. De reden was dat ze sterk met de andere verzekeringen verwant waren en in het Burgerlijk Wetboek op gelijke voet werden genoemd.⁶²

In het eerste ontwerp van 1815 van de commissie-Kemper werd het derde boek gewijd aan 'de rechtbanken van assurantien, averijen en zeezaken, en de manier van procederen in zaken den koophandel betreffende'. Ook in dit ontwerp werden de handelsrechtbanken dus beperkt tot verzekerings- en zeezaken. Enerzijds sloot dit aan bij het oud-vaderlandsrechtelijke systeem waarbij een rechtbank een aparte kamer had voor verzekerings- en zeezaken. Anderzijds gaf men blijkbaar in 1815 toch nog wel de voorkeur aan een aparte rechtbank voor deze zaken. *Waarom* is niet helemaal duidelijk. De commissie-Kemper gaat echter om. De aparte handelsrechtbanken worden uit het ontwerp geschrapt. Weliswaar hadden de Amsterdamse Kamer van Koophandel en de Amsterdamse procureur S. Asser gepleit voor aparte handelsrechtbanken maar hun argumenten hebben de commissie-Kemper niet kunnen overtuigen.⁶³ De geschetste voordelen van een aparte rechtbank voor handelszaken betroffen in het bijzonder de verkorte manier van procederen en een flexibeler regeling van de relatieve competentie. De Kamer van Koophandel vreesde dat buitenlandse kooplieden de Nederlandse havens voorbij zouden varen wanneer Nederland geen aparte rechtsgang voor handelsrechtelijke geschillen zou kennen. De voorkeur van Asser en van de Kamer van Koophandel is opmerkelijk omdat Nederland vanaf 1811 kennis had gemaakt met aparte handelsrechtbanken en het algemene oordeel niet positief was.⁶⁴

In het ontwerp-Wetboek van Koophandel dat in 1819 is verschenen, is de regeling teruggebracht tot 'afdeelingen van den koophandel in de arrondissementsrechtbanken en de manier van procederen in zaken den koophandel betreffende'. Minister van Justitie C.F. van Maanen wijst in een toelichting op moeilijkheden die zich onder de Code de commerce voordeden bij het vinden van bekwame kooplieden die bereid waren zitting te

⁶² ARA Collectie Kemper/Cras, nr. 17.

⁶³ Voorduin, *Geschiedenis en beginselen* X, p. 580, 581; Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen* WvK I, p. XXXII.

⁶⁴ M.W. van Boven, 'De rechtbanken van koophandel (1811-1838). Iets over de geschiedenis, organisatie en archieven', *Nederlands Archiefblad* 1993, p. 5-27. Een van de weinigen die de voorkeur gaf aan het handhaven van de Franse wetboeken boven het vervaardigen van een eigen, nationale codificatie was een anonymus die onder het pseudoniem 'X' een stuk getiteld 'Nieuwe wetboeken', *De Weegschaal* 1820, p. 297-307 en p. 325-338, schreef en die daarin werd gesteund door de redactie van *De Weegschaal*.

nemen in een handelsrechtbank. Er was geen gebrek aan bekwame mensen, maar velen waren niet bereid dergelijk werk – onbezoldigd – te verrichten. Ook vroeg de minister zich af waarom de regeling eigenlijk beperkt zou moeten blijven tot de genoemde takken van handel, en niet zou moeten gelden voor allerlei andere deelgebieden van de handel. Van Maanen zag meer heil in facultatieve handelskamers of -afdelingen in de rechtbanken waar daar behoefte aan zou blijken te bestaan (genoemd worden Amsterdam, Rotterdam, Dordrecht, Middelburg, Antwerpen en Brugge). Hierin zouden dan in de handel geverseerde personen als rechterlijk ambtenaar geplaatst kunnen worden.⁶⁵

Wat minister Van Maanen wel wilde behouden – wij schrijven 1817 – was een enigszins afwijkende manier van procederen in handelszaken. De gewone, civielrechtelijke procesgang achtte hij te omslachtig. Hij stelde voor handelszaken op een kortere, meer summiere en bevoorrechte wijze te behandelen. Deze regeling zou dan niet in het Wetboek van Koophandel maar in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering haar plaats moeten krijgen. Een aantal leden van de Raad van State wees echter op het bijzondere karakter van handelszaken, in het bijzonder het opmaken van een averij-grosse en de waardering van hulp- en berglonen 'welke voor geene gewone behandeling vatbaar zijn'.⁶⁶ Zij wilden de rechter tegemoet komen door de regeling van het proces in het Wetboek van Koophandel te plaatsen zodat hij alles betreffende handelszaken in één wetboek zou kunnen vinden.

Doorgaans wordt aangenomen dat de Belgen dichter tegen het Franse recht aanschurkten. Des te opvallender is het dat juist na de discussie met de Belgen de aparte assurantie- en zeezakenrechtbank in het ontwerp geschrapt werd. Daar staat tegenover dat onder hun invloed de competentie van de handelskamers zodanig werd uitgebreid dat deze vergelijkbaar werd met die van de rechtbanken van koophandel onder de Code de commerce.

De commissie belast met het ontwerpen van een Wetboek van Koophandel werd in haar standpunt gesteund door het oordeel van althans drie van de deelnemers aan de *Briefwisseling van eenige regtsgeleerden*. H.W. Tydeman citeerde in een brief van 10 augustus 1814 (die hierboven reeds ter sprake is gekomen) een eerder geschreven frase van 'G', een correspondent wiens naam niet bekend is:

⁶⁵ Voorduin, *Geschiedenis en beginselen* X, p. 582.

⁶⁶ Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen* WvK I, 1822-1823, p. XXVII, XXVIII. Hetzelfde argument werd in 1809 door de commissie Van Gennep/Asser/Van der Linden gebruikt.

'Ik voor mij houde de Tribunaux de Commerce in het algemeen voor eene absurditeit, en bijzonder voor eene inconsequentie in het Franse recht.'

In een brief van 1 november 1814 stemde 'L', een andere anonymus, hier volledig mee in. Ook de reeds eerder genoemde Barthélémy verklaarde zich – in het parlement – tegen koopmansrechtbanken.⁶⁷

In plaats van aparte rechtbanken voor de koophandel werd in het ontwerp voor het derde boek van het Wetboek van Koophandel uit 1822 voorgesteld bij alle arrondissementsrechtbanken afdelingen voor de koophandel in te richten en aparte regels betreffende de manier van procederen in zaken van koophandel op te stellen. Wegens het nauwe verband met de regeling van de rechterlijke organisatie en de manier van procederen in burgerlijke zaken, werd de parlementaire behandeling uitgesteld. De regering wilde 'door geene *exceptieve* verordening (...) vooruit loopen', en bepaalde zich tot het 'stellig commerciëel regt', zich voorbehoudend 'om hetzij dat derde Boek, dat toch met de ingeleverde in geene verhouding stond, nader [lees: later en apart] aan te bieden, hetzij die stof bij de algemeene rechterlijke organisatie en wijze van rechtspleging, te doen behandelen.'⁶⁸

Steun krijgt de commissie ook van J.D. Meyer. Hij noemt in zijn beroemde *Esprit des institutions judiciaires* een viertal argumenten tegen aparte handelsrechtbanken. Ten eerste zou iedere branche van de handel een eigen rechtbank behoren te krijgen. Een koopman kent immers alleen de gebruiken van zijn eigen branche, maar het uitgangspunt van iedere branche een eigen rechtbank achtte hij ondoenlijk. Zijn tweede argument was dat kooplieden te weinig theoretische wetskennis hebben om alle staatswetten te kunnen toepassen. Ten derde zou het vreemd zijn om de vonnissen van handelsrechtbanken in hoger beroep door gewone raadsheren niet zijnde kooplieden te laten beoordelen. Ten vierde kon een koopman-rechter conflicterende belangen hebben, doordat hij als rechter ofwel een concurrent-koopman tegenover zich had, ofwel een bevriende relatie.⁶⁹ Latere auteurs waren van mening dat het idee van aparte handelsrechtbanken te weinig aansloot bij de Nederlandse traditie⁷⁰ en ook in de tijd dat de Franse wetgeving hier van

⁶⁷ Voorduin, *Geschiedenis en beginselen* VIII, p. 2, 3.

⁶⁸ Voorduin, *Geschiedenis en beginselen* VIII, p. XXV; Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen* WvK I, p. 1.

⁶⁹ J.D. Meyer, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, VI, *Résultats*, Amsterdam 1823, p. 490, 491.

⁷⁰ W.L.P.A. Molengraaff en H.F.W.D. Fischer zijn van mening dat er ten tijde van de Republiek geen aparte handelsrechtbanken zijn geweest. Zie respectievelijk *Leidraad bij*

kracht was geen wortel had geschoten in de Nederlandse juridische bodem.⁷¹

Het niet invoeren van aparte rechtbanken voor handelsrechtelijke geschillen leverde echter een lastig, wetstechnisch probleem op. Het Franse wetboek had, zoals opgemerkt, aan de hand van de regeling van de jurisdictie in handelszaken bepaald wie koopman was en wie niet.⁷² Door de aparte jurisdictie in handelszaken niet naar het Franse voorbeeld over te nemen, heeft de Nederlandse wetgever de afbakening van kooplieden en niet-kooplieden en zaken van koophandel ten opzichte van burgerlijke zaken los van de jurisdictie moeten regelen. Dit ontnam aan het onderscheid een belangrijk deel van zijn grondslag. Indien de wetgever er toen voor gekozen had in het geheel niet vast te leggen wie koopman was en wat een daad van koophandel inhield, dan had hij de handels- en rechtspraktijk een hoop problemen bespaard. Blijkbaar hechtte de toenmalige wetgever sterk aan de verschillen die de wet aan het zijn van koopman en het verrichten van een handelsdaad verbond en vertrouwde hij het niet aan de rechter toe om in concrete gevallen het onderscheid te maken.

2.5 Tussenconclusie

'Deze ijdele praal' was in 1814 het oordeel van H.W. Tydeman over een aparte Code de commerce. Tydeman was de eerste in Nederland die zich kritisch uitliet over een apart handelswetboek. Handelsrecht was voor hem slechts een toepassing van het algemene burgerlijke recht op kooplieden. Een apart wetboek scheen hem nadelig, zowel voor de praktijk als voor het onderwijs. De wetgever heeft zijn kritiek grotendeels naast zich neergelegd. De meest overtuigende voorstander van een apart handelswetboek was de Belg

de beoefening van het Nederlandsche Handelsrecht, 6e druk, Haarlem 1930, en *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1952, p. 601. W.F. Lichtenauer daarentegen ziet in onder andere de Dordtse Waterschepenen (15e eeuw) en de Amsterdamse 'Camere van Asseurantie', in het leven geroepen bij keur van 31 januari 1598, bewijs voor het bestaan van speciale handelsrechtbanken. Zie zijn *Geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht in Nederland tot 1809*, Amsterdam 1956, p. 142.

⁷¹ T.M.C. Asser noemt in *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1870, 's-Gravenhage 1870, p. 66, als oorzaak dat men moeilijk geschikte mensen uit de koopmansstand heeft kunnen vinden. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen* X, p. 581, maakt melding van een verslag (d.d. 15 augustus 1817) van de minister van Justitie aan de Koning waarin 'werd gewezen op de schier onoverkomelijke zwaarigheden, welke zich onder de Fransche wet, – door de ongezindheid van bekwame personen, om zich daartoe te verledigen, – tegen de instandhouding der regtbanken van koophandel hadden opgedaan, en waardoor men, zelfs te Amsterdam, die regtbank had moeten intrekken'.

⁷² Code de commerce, Boek vier, titel 2, artikel 631-641.

Nicolaï. Hij vond – aldus zijn bijdrage aan de discussie in het parlement in 1826 – een apart handelswetboek onontbeerlijk. De inhoud zou volgens hem bepaald moeten worden door de behoeften van de handel en diende de 'fundamentele principes van het beroep van koopman' te bevatten.

Verder heeft de discussie zich beperkt tot de vraag naar het karakter van het Wetboek van Koophandel. Minister van Justitie Van Maanen legde in zijn verdediging van het ontwerp van het Wetboek van Koophandel in 1817 de nadruk op de bijzondere onderwerpen die in het Wetboek van Koophandel wel geregeld werden en in het Burgerlijk Wetboek niet. Hij noemde in het bijzonder wisselbrieven, verzekeringen, averijen en bodemerijen. Hij bestreed het idee dat het handelsrecht slechts uitzonderingen ten opzichte van het burgerlijk recht omvatte. Waar minister Van Maanen in verband hiermee de nadruk legde op de bijzondere onderwerpen, wijst Donker Curtius van Tienhoven op de exceptieve regelingen.

Het onderscheid tussen bijzondere en exceptieve regelingen komt terug in de vraagstelling die Molengraaff aan zijn preadvies uit 1883 ten grondslag heeft gelegd. Afgezien van de vraag op welk van de twee elementen het accent ligt, is er dus – een enkele uitzondering daargelaten – een *communis opinio* wat betreft de aanduiding van de inhoud van het Wetboek van Koophandel: zowel bijzonder als exceptief. De uitgesproken voorstanders van een apart handelswetboek (Van Maanen, Nicolaï) leggen de nadruk op het bijzondere. De meer gematigden (Donker Curtius van Tienhoven, Barthélémy) wijzen vooral op het exceptieve, terwijl de tegenstanders (Tydeman, Hooft) noch de bijzondere onderwerpen, noch de uitzonderingen voldoende reden vinden voor een apart handelswetboek.

Verder kan geconstateerd worden dat los van de hierboven vermelde discussiepunten het idee om twee codificaties voor het privaatrecht te ontwerpen – nadat het door de commissie-Van Gennep in 1808 was gelanceerd – geen moment meer serieus is bedreigd. Het onderscheid tussen het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Koophandel is als min of meer vanzelfsprekend van de Fransen overgenomen, al was het feit dat de Fransen een dergelijk onderscheid kenden niet het belangrijkste argument.⁷³

⁷³ Zie in dezelfde zin F.F.X. Cerutti, 'Het ontwerp Burgerlijk Wetboek van Joannes van der Linden (1807)', in: *Opstellen over recht en rechtsgeschiedenis aangeboden aan prof. mr. B.H.D. Hermesdorf*, Deventer 1965, p. 70. Zie ook L.E. Visser, 'Het Burgerlijk Wetboek en het handelsrecht', in: *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, p. 559-578.

3. Het eigen gezicht van het handelsrecht in de negentiende-eeuwse literatuur

Op de een of andere manier hebben de beoefenaren van het handelsrecht zich altijd verplicht gevoeld het bestaan van hun vakgebied te legitimeren en te verdedigen. Een vergelijkbare andrang zie je nooit bij civilisten. Voor hen is het burgerlijk recht een vanzelfsprekendheid. De kern van hun vakgebied wordt gevormd door het vermogensrecht, bestaande uit contracten, onrechtmatige daden en schadevergoeding; niemand die dat betwist. Bij het handelsrecht ligt het allemaal iets genuanceerder. Iedere schrijver, iedere docent legt alvorens aan het echte werk te beginnen eerst verantwoording af over de onderwerpen en de grenzen van het vakgebied. Tijd voor een overzicht van het eigene in de handelsrechtelijke literatuur, die voor een belangrijk deel de neerslag vormt van door de auteur gegeven handelsrechtelijke colleges.

3.1 Enkele schrijvers

A.C. Holtius: Het handelsrecht schijnt een eigen plaats te vindiceren

A.C. Holtius behoort tot de eerste generatie Nederlandse hoogleraren die in het universitaire onderwijs systematisch aandacht besteedde aan het handelsrecht. Holtius' colleges zijn onder de titel *Voorlezingen over handels- en zeerecht* in 1861 verschenen. Holtius kent het handelsrecht binnen het recht en de rechtswetenschap een zelfstandige plaats toe op grond van wat hij noemt 'inwendige en uitwendige redenen'. Met 'uitwendige redenen' doelt hij op de sinds 1840⁷⁴ bestaande verplichting het handelsrecht op te nemen in het academische studieprogramma, op het bestaan van het Wetboek van Koophandel en op het verschijnsel dat bij een 'overvloed van zaken afzondering verligting aanbrengt'. De inwendige argumenten zijn natuurlijk belangrijker:

'Zij maken het wetenschappelijk verschil uit, waar door zich deze soort van regtskennis een eigen plaats schijnt te vindiceren, onder de vakken waar aan individualiteit wordt toegekend. Wij hebben hier met beginse-len te doen afwijkende van de gemeene regelen van het Burgerlijk Regt, of daar aan onbekend gebleven. Het Handelsregt heeft ook wel eenen anderen oorsprong, en eenen anderen werkkring.'⁷⁵

⁷⁴ KB 30 juni 1840, *Stcrt.* nr. 163.

⁷⁵ A.C. Holtius, *Voorlezingen I*, p. 3.

In verband met de 'oorsprong' wijst hij op behoeften, belangen en gebruiken van de koophandel vanaf de 14e/15e eeuw bij Italianen, Spanjaarden, Nederlanders en Engelsen. De beoefenaren van de wetenschap van het handelsrecht richten zich volgens Holtius niet op de traditionele rechtsbronnen van het burgerlijk recht, zoals het *Corpus iuris civilis* en het *Corpus iuris canonici*. In plaats daarvan bestuderen zij de costumen van de handelssteden, de optekeningen van het *consolato del mare*, de 'Oleronsche en Wisbysche zeerechten', en de wetten van Keizer Karel, Koning Philips⁷⁶ en Lodewijk de Veertiende. De omvang en de 'eigendommelijkheid' (lees: het eigen karakter) van de koophandel berusten vooral op het wisselrecht, het verzekeringsrecht en bepaalde onderdelen van het zeerecht, onderwerpen die naar de mening van Holtius niet als uitzonderingsrecht (= exceptioneel recht) gekwalificeerd kunnen worden. Uitzonderingsrecht zijn namelijk de van het burgerlijk recht afwijkende regels voor een verder identiek geval of probleem.⁷⁷ Dit uitzonderingsrecht vormt volgens Holtius niet de kern van het handelsrecht.

De 'andere werkkring' betreft het internationale aspect:

'Want het is niet uit het verkeer van de kooplieden in één en hetzelfde land, maar uit het gemeenschappelijke verkeer van allen, dat de gemeenzame regtovertuiging en hare ontwikkeling zijn voortgekomen'.⁷⁸

Holtius verzet zich tegen het idee dat het handelsrecht 'eene bloote toepassing van het gemeene regt op handelsbetrekkingen' zou zijn.⁷⁹ Zijn argumenten zijn niet zozeer kwalitatief (aanknopen bij de wettelijke categorieën van 'koopman' en 'daad van koophandel') als wel feitelijk en kwantitatief: kooplieden moeten elkaar meer vertrouwen schenken, ze verrichten meer handelingen, de handelingen die ze verrichten verrichten ze sneller, ze gebruiken eigen formulieren, ze hebben eigen bewijsregels en een snellere procesgang. Holtius ziet het handelsrecht als een zelfstandig, zij het aan het burgerlijk recht gelieerd, vakgebied. Zijn argumenten hiervoor zijn vooral van praktische aard. Hij hecht niet veel waarde aan de letter van de wet. Hij

⁷⁶ Holtius doelt op de Duitse Keizer Karel V die ook Graaf van Holland en Zeeland was en die in 1554 enkele plakaten betreffende het zeerecht heeft uitgevaardigd. Koning Philips is de Spaanse Koning Filips II die in 1563 eveneens enkele zeerechtelijke plakaten het licht heeft doen zien.

⁷⁷ Zo was het percentage van de wettelijke interest in handelszaken zes procent en in niet-handelszaken vijf procent; wet van 22 dec. 1857, *Stb.* 171. De achterliggende gedachte is volgens Molengraaff dat handelszaken meer winstgevend zijn en het derven van het verschuldigde dus meer verlies veroorzaakt (*Handelingen der NJV* 1883, I, p. 352). Bij de Wet van 2 juli 1934, *Stb.* 347 is deze regel afgeschaft.

⁷⁸ A.C. Holtius, *Voorlezingen* I, p. 8.

⁷⁹ A.C. Holtius, *Voorlezingen* I, p. 3.

noemt de wetgeving, de rechtspraak en de doctrine als de drie bronnen 'waaruit het regt vloeit'.⁸⁰ Hij neemt stelling tegen het legisme en wijst op het belang van samenwerking en wisselwerking van wetgeving, rechtspraak en doctrine.⁸¹

G. Diephuis: Het handelsrecht mist zelfstandigheid

De Groningse hoogleraar burgerlijk recht, handelsrecht en burgerlijk procesrecht G. Diephuis heeft eveneens een commentaar op het Wetboek van Koophandel geschreven, dat als *Handboek voor het Nederlandsche handelsrecht* tussen 1865 en 1867 gepubliceerd is. Diephuis heeft nogal geworsteld met de karakterisering van het handelsrecht. Enerzijds noemt hij het handelsrecht een afgezonderd deel dat een samenhangend en volledig geheel vormt, anderzijds ontzegt hij het zelfstandigheid.⁸² De afzondering wordt volgens Diephuis gewettigd door de eigen aard en tevens door de omvang van de handelsrechtelijke onderwerpen. Artikel 1 lid 1 WvK schijnt volgens hem de verhouding tussen het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Koophandel voor te stellen als regel (het BW) ten opzichte van uitzondering (het WvK), waardoor het Wetboek van Koophandel een exceptioneel karakter zou hebben.⁸³ Maar dat heeft volgens Diephuis het evenmin als het Burgerlijk Wetboek omdat het Burgerlijk Wetboek voor een groot deel evenzeer bestaat uit bijzondere bepalingen over bijzondere onderwerpen.⁸⁴ Het feit dat er een apart Wetboek van Koophandel bestaat heeft volgens Diephuis geen invloed gehad op het karakter van de daarin opgenomen regelgeving. Uiteindelijk komt hij tot het volgende, enigszins cryptische oordeel:

'Men kan veelmeer het B. W. een algemeen wetboek noemen, en het W. v. K. een bijzonder, van het ander afgescheiden en daarnevens geplaatst, niet als een zelfstandig geheel, maar als een daarmede tot één geheel behoorend deel.'⁸⁵

⁸⁰ A.C. Holtius, *Het Nederlandsche Faillitenrecht volgens het derde boek van het Wetboek van Koophandel*, Utrecht 1850, p. IV.

⁸¹ A.C. Holtius, *Het Nederlandsche Faillitenrecht*, p. IV, V; zie verder R.J.Q. Klomp, 'De opheffing van het onderscheid tussen burgerlijk recht en handelsrecht in Nederland', in: *Twaalf bijdragen tot de studie van de rechtsgeschiedenis van de negentiende eeuw*, Amsterdam 1993, p. 107, noot 28.

⁸² G. Diephuis, *Handboek voor het Nederlandsche handelsrecht* I, Groningen 1865, p. 3 en p. 8.

⁸³ G. Diephuis, *Handboek voor het Nederlandsche handelsrecht* I, p. 9. Diephuis beroept zich op uitspraken van Nicolaï en Donker Curtius tijdens de parlementaire behandeling (zie Voorduin, *Geschiedenis der beraadslagingen* VIII, p. 2 e.v.).

⁸⁴ Zie ook A.C. Holtius, *Voorlezingen* I, p. 5.

⁸⁵ G. Diephuis, *Handboek voor het Nederlandsche handelsrecht* I, p. 10.

Diephuis vermijdt een antwoord op de vraag of het Wetboek van Koophandel bijzonder of exceptioneel van aard. Hij stelt dat het Wetboek een aantal bijzondere handelsrechtelijke onderwerpen bevat, maar geen zelfstandig geheel vormt naast het BW.

J.G. Kist: Handelsrecht is burgerlijk recht voor handelszaken

Een andere gezaghebbende jurist uit de tweede helft van de vorige eeuw die een commentaar op het Wetboek van Koophandel schreef, is de latere president van de Hoge Raad J.G. Kist.⁸⁶ Hij beschouwt het handelsrecht als het burgerlijk recht voor handelszaken.⁸⁷ Het bijzondere van het handelsrecht zit volgens hem in de grotere invloed van de gewoonte als rechtsbron. Het burgerlijk recht is naar zijn mening veel meer bepaald door wetgeving. De beginselen die ten grondslag liggen aan het handelsrecht zijn niet anders dan die van het burgerlijk recht, maar het handelsrecht heeft een geheel andere, soms 'uitgebreidere toepassing', waarmee hij waarschijnlijk een extensievere interpretatie bedoelde, en vormt naast het burgerlijk recht een afgesloten geheel, aldus Kist.⁸⁸ Hij noemt het dan ook – in navolging van de Duitser L. Goldschmidt – een bijzonder, een speciaal recht, dit in tegenstelling tot hen die van mening zijn dat het een exceptioneel recht is bestaande uit louter uitzonderingen op het burgerlijk recht.^{89 90}

T.M.C. Asser: Verlaat de onvruchtbare weg der uitsluitend civilistische redeneringen!

T.M.C. Asser schreef geen handboek maar wijdde zijn inaugurele rede in 1862 *Handelsregt en handelsbedrijf* aan de aard van het handelsrecht.⁹¹ Het Wetboek van Koophandel duidt hij aan als

⁸⁶ J.G. Kist, *Beginnelsen van handelsregt volgens de Nederlandsche wet*, 6 delen, Amsterdam 1867-1877.

⁸⁷ J.G. Kist, *Beginnelsen van handelsregt* I, p. 1, 2. Vergelijk hiermee de mening van K.S. Zachariä (1769-1842), die het handelsrecht beschreef als de 'sämtlichen civilrechtlichen [curs., RK] Gesetze, welche den Land- und den Seehandel zum Gegenstande haben.' *Handbuch des französischen Civilrechts* I, 3e druk, p. 36.

⁸⁸ J.G. Kist, *Beginnelsen van handelsregt* I, p. 4.

⁸⁹ J.G. Kist, *Beginnelsen van handelsregt* I, p. 3; L. Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts* I, Stuttgart 1875, p. 4.

⁹⁰ J. de Wal (1816-1892), hoogleraar encyclopedie, methodologie en oud-vaderlands recht te Leiden, heeft ook een commentaar op het Wetboek van Koophandel geschreven dat ik echter vanwege de geringe diepgang hier niet zal bespreken. Volgens De Wal is het handelsrecht – sinds het einde van de achttiende eeuw – een 'afzonderlijk op zich zelve staande wetenschap'.

⁹¹ T.M.C. Asser, *Handelsregt en handelsbedrijf*, inaugurele rede Athenaeum Illustre, Amsterdam 1862.

'de zamenvatting der wettelijke bepalingen, die ten doel hebben, eensdeels aan den handel, in zijn verhouding tot den staat, de vrijheid te verzekeren, die hier de noodzakelijke voorwaarde is van bloei en ontwikkeling, – anderdeels, de regten en verplichtingen te regelen, die tusschen de bijzondere personen uit handelsverrigtingen voortvloeijen.'⁹²

Asser laat zich hier kennen als verdediger van een apart handelsrecht. Hij noemt 'vrijheid' de 'grondtoon van de handel'⁹³ en het bevorderen van het vertrouwen het doel van de handelswetgeving. Dit laatste sluit aan bij Holtius' opmerking dat kooplieden elkaar meer vertrouwen moeten schenken.⁹⁴ Daarom moet het handelsrecht volgens Asser 'eenen gelijke tred (...) houden met het zich ontwikkelende handelsverkeer'.⁹⁵ Ten onrechte heeft men door de eeuwen heen handelsrechtelijke rechtshandelingen willen persen in een of ander burgerrechtelijk keurslijf van een veelal uit het Romeinse recht afkomstig benoemd contract, aldus Asser. Wie in het handelsrecht slechts een samenstel van uitzonderingen op het burgerlijke recht ziet en niet een zelfstandig rechtssysteem met zijn eigen beginselen en zijn eigen contracten, zo spreekt Asser zijn hierboven aangehaalde collega's toe, miskent de oorsprong, de aard en de strekking van het handelsrecht.⁹⁶

Een belangrijke bevordering van het vertrouwen in de effectiviteit van het handelsrecht ligt in het waarborgen van spoed. Een koopman verlangt tenslotte meer dan een niet-koopman op een zo kort mogelijke termijn duidelijkheid met betrekking tot zijn juridische positie. De handel getroost zich volgens Asser liever onrecht dan oponthoud.⁹⁷ Asser zou het Wetboek van Koophandel dan ook willen uitbreiden tot een volledige samenvatting van bijzondere rechtsinstellingen op het gebied van de handel, en er bijvoorbeeld een regeling van de handelsovereenkomst in opnemen.⁹⁸ De algemene regels over de totstandkoming van overeenkomsten blijken volgens hem in de praktijk niet geschikt voor toepassing op overeenkomsten die bijvoorbeeld door middel van briefwisseling totstandkomen:

'Wil men in dergelijke gevallen tot eene gewenschte oplossing geraken, dan verlate men den op dit gebied *onvruchtbaren weg der uitsluitend civilistische redeneringen* [curs. RK]: de wetgever verklare onbeschroomd dat tusschen kooplieden het aanbod op zich zelf reeds eene

⁹² T.M.C. Asser, *Handelsregt en handelsbedrijf*, p. 3, 4.

⁹³ T.M.C. Asser, *Handelsregt en handelsbedrijf*, p. 8.

⁹⁴ A.C. Holtius, *Voorlezingen I*, p. 3.

⁹⁵ T.M.C. Asser, *Handelsregt en handelsbedrijf*, p. 9.

⁹⁶ T.M.C. Asser, *Handelsregt en handelsbedrijf*, p. 12, 13.

⁹⁷ T.M.C. Asser, *Handelsregt en handelsbedrijf*, p. 13.

⁹⁸ T.M.C. Asser, *Handelsregt en handelsbedrijf*, p. 15.

verbindtenis insluit, die echter ophoudt te bestaan, indien niet degeen, tot wien het aanbod gerigt is, binnen den daarbij of anders door de wet gestelden termijn, zich verklaart of hij tot aanneming bereid is.⁹⁹

Asser pleit zelfs voor overbrenging van de koopovereenkomst naar het Wetboek van Koophandel.¹⁰⁰ En over de wissel zegt hij:

'Men erkenne den wissel in zijne eigenaardigheid, en noeme hem noch papieren geld, noch iets anders wat hij niet is, – maar eenvoudig: *wissel*.'¹⁰¹

Asser verzet zich tegen de interpretatie die Holtius geeft aan 'dadn van koophandel'. Holtius volgt met betrekking tot dit punt de wet letterlijk waar deze bepaalt dat een daad van koophandel het *kopen* om te verkopen betreft (art. 3 WvK). Volgens Asser is echter ook het *verkopen* als zodanig een daad van koophandel, zeker indien het een koopman is die verkoopt. Hij beroept zich hierbij op het Tweede-Kamerlid W.B. Donker Curtius van Tienhoven, die zich tijdens de parlementaire behandeling ondubbelzinnig in deze zin had uitgelaten.¹⁰² Als grondslag van de zelfstandige positie van het handelsrecht noemt Asser aan het einde van zijn rede 'de erkenning der behoeften van den handel'.¹⁰³

'De strekking van mijn betoog was alleen, de overtuiging uit te spreken dat het in onzen tijd de roeping is, niet slechts van den wetgever en wetenschappelijken regtsbeoefenaar, – maar ook van hem wien de praktische toepassing is ten taak gesteld, – dat het hun aller roeping is om de voor het handelsregt, in verband met het handelsbelang, onmisbare *zelfstandigheid* te doen erkennen en zegeviereren.'¹⁰⁴

Het opmerkelijke van Asser is niet zozeer dat hij als uiterste consequentie van zijn visie op de autonomie van het handelsrecht pleit voor het regelen van de koopovereenkomst in het Wetboek van Koophandel, maar dat hij ruim twintig jaar later tot een geheel tegengestelde mening komt. Het is goed om daar nu reeds op te wijzen omdat anders wellicht een verkeerd beeld van Asser ontstaat; daarom nu een kleine sprong vooruit.

⁹⁹ T.M.C. Asser, *Handelsregt en handelsbedrijf*, p. 15, 18.

¹⁰⁰ T.M.C. Asser, *Handelsregt en handelsbedrijf*, p. 18.

¹⁰¹ T.M.C. Asser, *Handelsregt en handelsbedrijf*, p. 21.

¹⁰² T.M.C. Asser, *Handelsregt en handelsbedrijf*, p. 23, 24.

¹⁰³ T.M.C. Asser, *Handelsregt en handelsbedrijf*, p. 25.

¹⁰⁴ T.M.C. Asser, *Handelsregt en handelsbedrijf*, p. 28.

In 1887, dus precies vijftientwintig jaar na zijn inaugurele rede, kiest Asser namelijk de zijde van Molengraaff in zijn geschil met de voorzitter van de Staatscommissie tot herziening van het Wetboek van Koophandel. Molengraaff was van mening dat het onderscheid tussen kooplieden en niet-kooplieden uit de wet verwijderd zou moeten worden (zie ook hieronder § 3.3). De voorzitter van de Staatscommissie, J.G. Kist, was daar echter fel op tegen. In lijn met zijn hierboven reeds weergegeven standpunt was Kist van mening dat het handelsrecht en afgesloten geheel vormde dat niet zijn onderscheidende kenmerken met het burgerlijk recht zou mogen verliezen. Verrassend sloot Asser zich bij Molengraaff aan, waardoor de stemmen staakten in de Staatscommissie (M.J. Pijnappel, het vierde lid van de Commissie, koos partij voor Kist.) Hoewel Asser dus in zijn inaugurele rede nog een warm voorstander was geweest van een eigen, zo autonoom mogelijk handelsrecht, wilde hij inmiddels van geen onderscheid meer weten. Kist meende dat de Commissie zich onmogelijk tot de Koning kon wenden met de mededeling dat zij tot de ontdekking is gekomen dat er geen handelsrecht is en geen kooplieden bestaan. Asser repliceert door erop te wijzen dat het bestaan van kooplieden en van een handelsrecht door niemand ontkend wordt. Het is volgens hem alleen de vraag of de weinige bestaande van het burgerlijk recht afwijkende bepalingen voor kooplieden en handelsdaden gehandhaafd moeten worden.¹⁰⁵ Nadat Kist nog eens heeft verklaard dat het uitgangspunt van een herziening moet blijven de wenselijkheid van bijzondere bepalingen voor kooplieden en handelsdaden, acht Molengraaff het tijd om de opdracht van de Commissie terug te geven:

'Indien de prijs voor het aanblijven der Commissie deze moet zijn mede te werken tot het bestendigen van een verkeerd stelsel is ook hij [Molengraaff] er voor niets nieuws meer te ondernemen, maar zoo spoedig mogelijk ontslag te vragen.'¹⁰⁶

Wat opvalt is dat beide partijen het meningsverschil uiterst principieel opvatten. Een compromis lijkt uitgesloten.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Notulen van de vergaderingen der Staatscommissie voor de Herziening van het Wetboek van Koophandel, 8 oktober 1887. Overgenomen in de *Molengraaff Bundel. Keuze uit de verspreide geschriften van Mr. W.L.P.A. Molengraaff met levensbeschrijving en bibliografie*, Zwolle 1978, p. 65-76, in het bijzonder p. 71.

¹⁰⁶ Notulen van de vergaderingen der Staatscommissie voor de Herziening van het Wetboek van Koophandel, *Molengraaff Bundel*, p. 75 (= p. 506 van de notulen, Molengraaff-kast in Juridische Bibliotheek van de Universiteit Utrecht).

¹⁰⁷ A.S. Oppenheim spreekt als tijdelijk lector in het handelsrecht aan de Leidse universiteit in 1914/1915 van een 'cardinale twistvraag'; 'De plaats van het handelsrecht in het privaatrecht', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1915, p. 485.

D. de Blocq van Scheltinga: Handelsrecht is universeler, minder omslachtig en sneller

De Blocq van Scheltinga heeft in 1864 een uitvoerige monografie geschreven over de verhouding tussen het handelsrecht en het burgerlijk recht.¹⁰⁸ Hij twijfelt niet over het antwoord op de vraag of het handelsrecht een apart rechtsgebied met een eigen karakter vormt. Het verschil met het burgerlijk recht zit volgens hem in de strekking van het handelsrecht. Het burgerlijk recht is minder universeel (dus nationaler), omslachtiger en 'langzamer' dan het handelsrecht. Het handelsrecht is meer uitgebreid en 'minder aan angstvallige naleving van den vorm onderworpen'. Deze verschillen verklaart hij uit de 'eigenaardigheden der verschillende regtsverhoudingen'.¹⁰⁹

De Blocq van Scheltinga ziet voor de wetgever op het gebied van het handelsrecht een geheel andere rol dan op het gebied van het burgerlijk recht. Hij vraagt zich – enigszins retorisch – af of handelswetgeving überhaupt wel wenselijk is. En als de wetgever optreedt, dient deze zich volgens De Blocq van Scheltinga te beperken tot het vastleggen van (nationale) gewoontes.¹¹⁰ Doel van de wetgever dient volgens hem (evenals volgens Holtius en Asser) hierbij te zijn het op eenvoudige wijze aanbieden van goedkoop en snel recht.¹¹¹ Wat betreft het al dan niet exceptionele karakter van de aldus geconcipeerde wetgeving aarzelt De Blocq van Scheltinga:

'Hij moet de regelen, die hij geeft, wel niet beschouwd willen hebben als zooveele uitzonderingen op het gemeene regt, maar er toch op bedacht zijn, dat hij met exceptionele toestanden te doen heeft, bij wier regeling de voorschriften van het civiele regt niet blootelijk kunnen worden toegepast.'¹¹²

De Blocq van Scheltinga komt niet tot een duidelijke conclusie. De positie die hij inneemt met betrekking tot de vraag naar de zelfstandigheid van het handelsrecht komt het dichtst bij die van Holtius. Andere stellingnames, over bijvoorbeeld de taak van de handelswetgever in het algemeen, sluiten – zoals we hieronder zullen zien – dichter bij het liberale gedachtengoed van Levy aan.

¹⁰⁸ D. de Blocq van Scheltinga, *Verband tusschen het burgerlijk - en het handelsregt*, diss. Utrecht, Amsterdam 1864.

¹⁰⁹ D. de Blocq van Scheltinga, *Verband tusschen het burgerlijk - en het handelsregt*, p. 1.

¹¹⁰ D. de Blocq van Scheltinga, *Verband tusschen het burgerlijk - en het handelsregt*, p. 3.

¹¹¹ D. de Blocq van Scheltinga, *Verband tusschen het burgerlijk - en het handelsregt*, p. 3.

¹¹² D. de Blocq van Scheltinga, *Verband tusschen het burgerlijk - en het handelsregt*, p. 4.

J.A. Levy: *Kooplieden zijn geen personae miserales*

De Amsterdamse advocaat J.A. Levy¹¹³ heeft in 1868 – naar aanleiding van de totstandkoming van het Duitse handelswetboek – een verzameling opmerkingen over het handelsrecht het licht doen zien onder de titel *De herziening onzer handelswet*.¹¹⁴ Hoewel het boek als inleiding tot een vergelijking van het Wetboek van Koophandel met het Handelsgesetzbuch was bedoeld, is het een waterval van uiteenzettingen en standpunten op bijna alle onderdelen van het handelsrecht geworden.¹¹⁵ Een van de onderwerpen waar hij bij stilstaat, is de verhouding van het handelsrecht tot het burgerlijk recht. Ten eerste wijst Levy met nadruk op de grotere behoefte van de handel aan gelijkvormige regelingen in verschillende landen, met het oog op de veelvuldiger contacten van internationale aard.¹¹⁶ Ten tweede dringt hij, net als De Blocq van Scheltinga, aan op een zo groot mogelijke vrijheid voor de koopman, die het liefst helemaal geen wet op zich toegepast ziet worden. En nu er dan een wettelijke regeling van het handelsrecht is ingevoerd, dient deze met het oog op de historische ontwikkeling, de kosmopolitische natuur en de exceptionele aard van dat recht zo min mogelijk gewijzigd te worden en zo weinig mogelijk formaliteiten te bevatten. Hij voegt hier aan toe:

'Een afgerond stelsel, een eigenlijk gezegd systeem van regsregelen leverde het handelsrecht nooit op.'¹¹⁷

Hiermee wil Levy net als Diephuis aangeven dat het handelsrecht niet echt een *zelfstandig* rechtsgebied is. Een zekere mate van autonomie kent Levy wel aan het handelsrecht toe, en hij zou deze ook graag behouden zien blijven. Toch bepleit hij een aparte, zo zelfstandig mogelijke positie voor het handelsrecht:

'Van gansch en al exceptionnele natuur wordt zij daarentegen, wanneer men erkent dat hare bronnen een eigen zelfstandig bestaan, en hare ontwikkeling een particulier historisch karakter hebben. Welke meening wij zouden toegedaan zijn, wanneer eenmaal in ons land op nieuw eene keuze gedaan wordt [met betrekking tot het verdelen van het privaatrecht

¹¹³ Over Levy (1836-1920): BWN III, p. 379-381; A. van Oven, *Geschiedenis*, p. 43, 44; J. Domela Nieuwenhuis, *Mr. I.A. Levy*, in de serie *Mannen en Vrouwen van Beteekenis. Levens- en Karakterschetsen*, Nieuwe Reeks, Baarn 1916; J.H.A. Lokin en C.J.H. Jansen, *Tussen droom en daad*, p. 151, 152.

¹¹⁴ J.A. Levy, *De herziening onzer handelswet. Inleiding tot "Het algemeene Duitse Handels-wetboek, vergeleken met het Ned. Wetb. van Koophandel"*, Amsterdam 1868.

¹¹⁵ Ook bij Levy kon het Handelsgesetzbuch op groot enthousiasme rekenen: 'Het Algemeene Duitse handelswetboek is (...) het beste product van meer omvattende handelswetgeving', aldus J.A. Levy, *De herziening onzer handelswet*, p. 2.

¹¹⁶ J.A. Levy, *De herziening onzer handelswet*, p. 6.

¹¹⁷ J.A. Levy, *De herziening onzer handelswet*, p. 38.

over twee wetboeken], behoeft na het voorafgaande naauwelijks vermelding. De handel beschrme zich zelf, en de wet verleene hem haren steun, doch onthoude zich van alle patronaat – zou onze leus zijn.¹¹⁸

Bij strijd tussen een wettelijke regeling en een gebruikelijke handelspraktijk is Levy van mening dat de beoefenaar van het handelsrecht de theorie (lees: de wet) aan de praktijk (lees: de gewoonte) dient op te offeren.¹¹⁹ 'De wissel, het disconto, de koop met regt van wederinkoop, de bodemerij, waren even zoo vele middelen om eene wet onschadelijk te maken, die tegen het volksbewustzijn aandruischte.'¹²⁰ Als voorbeeld kan het handelspand dienen. Levy zou alle 'civiele beginselen' die het beheersen willen afschaffen, 'en deze arbeid is met een enkele pennestreek gedaan.'¹²¹ Hierna volgt een lofzang op artikel 1 van het Duitse handelswetboek omdat dit de handelsgebruiken vóór het burgerlijk recht noemt als aanvullend recht ingeval het handelswetboek geen uitkomst biedt.¹²²

Over de rechtbanken van koophandel komt Levy aan het einde van zijn betoog nog even te spreken. Hij wijst op de bijval die het plan voor dergelijke rechtbanken in Duitsland heeft gekregen. In Duitsland meende men dat afzonderlijke rechtbanken doelmatig waren voor de beslechting van handelsgeschillen, in ieder geval in de plaatsen waar een behoorlijke samenstelling kon worden gewaarborgd. Zij dienden te bestaan uit één jurist en twee kooplieden als assessoren per kamer. Ook in hoger beroep moesten kooplieden aan de beslissing deelnemen.¹²³ Levy bespeurt een tendens in Duitsland naar een aparte procedure voor handelszaken en noemt ter ondersteuning van deze waarneming een aantal Duitse publicaties waarin hiervoor gepleit wordt. De Duitse Juristentag van 1865 heeft erover vergaderd en zich ervoor uitgesproken.¹²⁴ Uiteindelijk wil Levy het aan

¹¹⁸ J.A. Levy, *De herziening onzer handelswet*, p. 51.

¹¹⁹ J.A. Levy, *De herziening onzer handelswet*, p. 41.

¹²⁰ J.A. Levy, *De herziening onzer handelswet*, p. 44.

¹²¹ J.A. Levy, *De herziening onzer handelswet*, p. 61.

¹²² J.A. Levy, *De herziening onzer handelswet*, p. 51.

¹²³ J.A. Levy, *De herziening onzer handelswet*, p. 116.

¹²⁴ Zie voor de conclusies: L. Goldschmidt, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht* IX, p. 418.

¹²⁵ Blijkbaar is Levy in korte tijd van mening veranderd over de mate van inheemsheid en de mate van wenselijkheid van aparte rechtbanken van koophandel. Hij schrijft in 1868 onder Duitse invloed tot inkeer te zijn gekomen en nu wel wat te voelen voor aparte rechtbanken van koophandel. In 1865 was hij nog van mening geweest dat rechtbanken van koophandel niet inheems waren. Levy verkondigde deze mening 'in een invloedrijk en geacht orgaan, naar aanleiding van een adres dd. 7 april 1865 bij de Regering ingediend tot herstel van de regtb. van koophandel, en uitgaande van de vereeniging van en

de handel zelf overlaten of die een aparte rechtsgang en aparte rechtbanken wenst.¹²⁶

Levy's stellingnames hebben niet uitsluitend op het handelsrecht betrekking, maar zijn wel vaak op handelsrechtelijke voorbeelden geïnspireerd. Wat hij over het handelsrecht schrijft, geldt vaak *mutatis mutandis* en enigszins gematigd ook voor het burgerlijk recht. Hij ziet beide rechtsgebieden dus niet zozeer als tegengesteld. Het verschil dat hij aanbrengt is geen scheiding, maar een onderscheiding met een gradueel karakter. Een echt principieel verschil brengt hij in *De herziening onzer handelswet* niet aan. In ieder geval blijkt in zijn visie op de rechtsvorming zoals deze uit dit werk naar voren komt, hier niets van, ondanks zijn soms provocerende stellingnames:

'Bij een eventuele herziening onzer handelswetgeving zal men, dunkt ons, vóór alles zich rekenschap geven moeten van deze vraag: of den handel zooveel mogelijk autonomie behoort te worden gewaarborgd, dan wel of de wet naauwlettende voorzorgen, preventieve maatregelen, een systeem van *curatele* [curs. RK] in te voeren heeft. Van de oplossing dier vraag in dezen of genen zin hangt niet meer of minder dan het gansche wettelijke systema af. De voorstanders der vrije handelsbeweging zullen in de wet het middel zien om algemeen erkende regten te handhaven, overigens aan partijen overlatende voor zich zelve te zorgen. De aanhangers der leer van de wettelijke tusschenkomst zullen zich ten doel stellen, buiten den wil en wensch des handels om, die regten te scheppen, en partijen aan den leiband van bepalingen te doen loopen, quasi in haar eigen belang geschreven. In den grond der zaak schijnt de strijd, ook ten onzent gevoerd, omtrent het standpunt dat het handelsregt tegenover het civiele regt innemen moet, geen andere dan eene verdeeldheid nopens de beide vermelde groote beginselen. Deel van het civiele regt is de handelswet alleen dan, wanneer men de kooplieden als *personae miserales* wil behandelen.'¹²⁷

Tijdens de NJV-vergadering van 1883 lijkt Levy echter van mening te zijn veranderd. Het onderscheid tussen het handelsrecht en het burgerlijk recht noemt hij tijdens het debat zowel wenselijk als noodzakelijk (zie § 3.3).

voor Nederl. Industriëlen'. Verdere aanduiding van het orgaan geeft hij niet: 'De bescheidenheid verbiedt ons de anonymiteit toen in 't oog gehouden op te heffen'; *De herziening onzer handelswet*, p. 121.

¹²⁶ J.A. Levy, *De herziening onzer handelswet*, p. 123.

¹²⁷ J.A. Levy, *De herziening onzer handelswet*, p. 50, 51.

3.2 *Tussenconclusie*

De handboekschrijvers uit het midden van de negentiende eeuw, met name Diephuis en Kist, zijn in meerderheid van mening dat het handelsrecht geen exceptioneel recht is. Zij beschouwen het handelsrecht als een afgezonderd geheel. Diephuis meent dat de eigen aard en de omvang van de materie tezamen een afzonderlijk wetboek rechtvaardigen. Kist dicht het handelsrecht een 'uitgebreidere toepassing' toe. Zou dat in essentie niet hetzelfde zijn? Holtius gaat van de vier handboekschrijvers het verst met zijn stelling dat het handelsrecht ten opzichte van het burgerlijk recht andere beginselen, een andere oorsprong en een andere werking kent en dat daaraan derhalve een zelfstandige plaats binnen de rechtswetenschap toekomt. Binnen het handelsrecht maakt hij onderscheid tussen exceptioneel recht, dat uitzonderingen op het burgerlijk recht bevat, en 'eigendommelijk' handelsrecht, dat rechtsfiguren betreft die in het burgerlijk recht in het geheel niet voorkomen. De visie van Holtius wordt onderschreven door T.M.C. Asser in zijn inaugurele rede. Ongetwijfeld had Asser, voordat hij in 1862 zijn rede hield, Holtius' *Voorlezingen* gelezen. Assers argumentatie sluit nauw aan bij die van Holtius. Zo wijst Asser op de bijzondere oorsprong, en de eigen aard en strekking van het handelsrecht hetgeen mijns inziens vergelijkbaar is met Holtius' 'werking'. Maar Asser gaat nog verder. Hij wil het Wetboek van Koophandel zelfs maken tot een 'volledige zamenvatting van bijzondere regtsinstellingen' die betrekking hebben op de handel, en daartoe onder andere de koopovereenkomst in het Wetboek van Koophandel opnemen. D. de Blocq van Scheltinga voegt hier in essentie niet veel aan toe. Ook hij is van mening dat het handelsrecht een eigen karakter heeft en een 'andere strekking' kent dan het burgerlijk recht. Het handelsrecht is volgens hem uitgebreider, universeler, minder omslachtig en 'sneller' dan het burgerlijk recht. J.A. Levy vindt eveneens dat het handelsrecht een eigen aard heeft. Het is volgens hem kosmopolitischer en exceptioneel ten opzichte van het burgerlijk recht. Een afgerond, zelfstandig geheel is het echter nooit geworden. Dit weerhoudt hem er niet van te pleiten voor een zo onafhankelijk mogelijk handelsrecht.

De omslag in het denken over het eigen gezicht van het handelsrecht in de negentiende eeuw is vrijwel geheel op het conto van Molengraaff te schrijven. Totdat hij zijn preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging in 1883 had geschreven waren de meningen verdeeld, daarna tekende zich een grote, en naar later blijkt beslissende, meerderheid af die, in navolging van Molengraaff, van mening was dat er onvoldoende reden was een apart koopmans-handelsrecht te handhaven. Tijd om het preadvies van Molengraaff nader te bekijken.

3.3 Het preadvies van Molengraaff: Schaf de wettelijke verschillen af¹²⁸

Molengraaff begint zijn preadvies met een uiteenzetting over het verschil tussen handelsrecht als *bijzonder recht* en handelsrecht als *exceptioneel recht*. Volgens hem bestaat het Nederlandse handelsrecht in het algemeen uit exceptioneel recht. Hij erkent wel dat een deel van het handelsrecht bijzonder recht is, dat wil zeggen recht dat een van het burgerlijk recht afgezonderd deel van het privaatrecht uitmaakt; hieronder verstaat hij wat hij 'objectieve handelsdaden/daden van koophandel' noemt. Maar het gemeenschappelijke van de onderdelen van het bijzondere deel is volgens Molengraaff dat het uit exceptionele bepalingen bestaat. Wat hij mijns inziens wil zeggen is dat hij het hele handelsrecht als niet meer beschouwt dan een aantal uitzonderingen op het gemene burgerlijke recht. Hiermee maakt Molengraaff het zich wel erg gemakkelijk in zijn poging aan te tonen dat het niet wenselijk is het onderscheid tussen handelsrecht en burgerlijk recht te handhaven. Het zijn vaak juist de bijzondere onderdelen van het handelsrecht waarnaar verwezen wordt door degenen die het handelsrecht een eigen aard, een eigen karakter en een eigen plaats toekennen.

Hij stelt zich met deze visie op tegenover de op dat moment volgens hem heersende leer die het handelsrecht als een afgezonderd geheel beschouwt en die stelt dat het Wetboek van Koophandel geen exceptioneel recht bevat. Hij verwijst in dit verband naar de opvattingen van Nicolaï, Donker Curtius, Kist, Diephuis en Holtius voor Nederland en Goldschmidt en Endemann voor Duitsland. Hiermee creëert Molengraaff een grotere tegenstelling dan in werkelijkheid heeft bestaan. Zo hebben we gezien dat Donker Curtius wel degelijk van mening is geweest dat het Wetboek van Koophandel exceptioneel recht bevat.¹²⁹

Voorzover het handelsrecht een afgezonderd deel is van het privaatrecht, is de scheiding, volgens Molengraaff, slechts een vorm, van geen grotere betekenis dan de verdeling van het Burgerlijk Wetboek in boeken, titels enzovoorts.¹³⁰ Hij laat vanaf het begin geen enkele onduidelijkheid over zijn bedoeling bestaan. Molengraaff werkt bij zijn aanval op de scheiding van het privaatrecht in burgerlijk recht en handelsrecht vanuit de overtuiging dat

¹²⁸ Ook A.F.K. Hartogh schreef een preadvies voor de NJV-vergadering van 1883 over de wenselijkheid van aparte handelswetgeving. De strekking kwam overeen met die van Molengraaffs preadvies; zie mijn proefschrift *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, p. 101 e.v.

¹²⁹ Noordziek, *Geschiedenis der Beraadslagingen WvK II*, 1e ged., p. 32, 33; zie ook hierboven, § 2.3.

¹³⁰ *Handelingen der NJV 1883*, I, p. 258.

zij niet deugt. De vraag die Molengraaff in zijn preadvies wil beantwoorden spitst hij geheel toe op het door de wetgever aan het handelsrecht gegeven exceptionele karakter.

Na zijn inleiding presenteert Molengraaff een uitgebreid historisch overzicht, waarbij hij sterk leunt op de Duitse hoogleraar W. Endemann.¹³¹ Molengraaff begint bij het Romeinse recht. Een scheiding tussen handelsrecht en burgerlijk recht zoals wij die in Nederland in de negentiende eeuw gekend hebben, was in het Romeinse recht onbekend. Het ontbreken van een aparte koopmansstand zoals deze zich later in de Middeleeuwen heeft ontwikkeld, was een van de oorzaken. Daarbij was het privaatrecht (Molengraaff spreekt van 'verkeersrecht') flexibel genoeg om adequaat op veranderingen in de maatschappij te reageren. Voorzover het *ius civile* tekortschoot, sprong het *ius gentium* bij. Zelfs toen zich een koopmansstand had gevormd, ontwikkelde zich geen scheiding tussen handelsrecht en burgerlijk recht. Met de neergang van het Romeinse Rijk en met de stagnatie van de rechtsontwikkeling stortte ook de handel in, zodat ook toen geen spanning ontstond tussen behoeften uit de praktijk en de regels van het privaatrecht.

Waar komt de scheiding dan vandaan? Molengraaff zoekt haar oorsprong in de steden aan de Middellandse Zee. De handel bloeide vanaf de tiende eeuw weer op en plaatsen als Barcelona, Marseille, Genua, Florence en Venetië waren de uitvalsbases voor de handel met de rest van de wereld. Doordat de slavenarbeid verdwenen was, was het karakter van de handel veranderd. Daarnaast was het aantal handelaren in de Romeinse tijd minder; in de tiende eeuw konden veel meer mensen in de handel participeren. Deze factoren werkten het ontstaan van gilden in de hand. Verschillende beroepsbeoefenaars zagen in dat ze zich beter in dergelijke samenwerkingsverbanden konden organiseren, onder het motto 'eendracht maakt macht'. Molengraaff veronderstelt dat een grote mate van homogeniteit van belangen een belangrijke rol heeft gespeeld bij de gildenvorming. In contrast met de ontwikkelingen op het gebied van de handel en het handelsrecht spreekt Molengraaff van 'stilstand in de verdere ontwikkeling van het Romeinse recht'. Deze stilstand ziet hij als oorzaak van de scheiding. De handelspraktijk had behoefte aan nieuwe vormen en nieuwe transacties, die geen regeling kenden in het Romeinse recht. En omdat zij niet in het Romeinse recht voorkwamen, treft men daarover niets aan bij de glossatoren en postglossatoren.¹³² Daar kwam dan nog bij dat de katholieke kerk, voorzover zij zich met wetgeving in wereldlijke zaken bemoeide, er eerder

¹³¹ W. Endemann, *Das Deutsche Handelsrecht*, Heidelberg 1865.

¹³² *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 264.

beperkende dan stimulerende ideeën voor het handelsverkeer op nahield, met als bekendste voorbeeld het interestverbod.¹³³ Door middel van de gilden konden kooplieden zich aan de invloed van de kerk onttrekken. Zo ontstond uit gewoonten en usanties een nieuw 'standrecht', door Molengraaff bij voorkeur 'beroepsrecht' genoemd.¹³⁴ Dit levert het volgende beeld op: de rechtswetenschap richtte zich in de Middeleeuwen op de beoefening van het Romeinse recht zonder zich te realiseren dat de economische omstandigheden sterk veranderd waren; de kerk propageerde geen handelsvrijheid maar legde vanuit haar theologisch-morele opvatting slechts beperkingen op; en de procespraktijk was traag. Dit alles voldeed niet aan de eisen van het handelsverkeer.¹³⁵

Molengraaff geeft twee oorzaken voor de meer dan gemiddelde invloed van gewoonterecht in de middeleeuwse handel: de autonomie van de belangrijkste handelsplaatsen en het gildenwezen. Veel steden hadden eigen jurisdictie en wetgevende macht. Voor elke stad was het bovendien van belang de handel zoveel mogelijk te beschermen en aan de belangen van de kooplieden tegemoet te komen door de vrijheid van handel te verzekeren. Hierdoor konden de gilden privileges verwerven in de vorm van eigen rechtspraak (met *consules mercatorum*, 'handelsrechters') op basis van eigen statuten, eerst door middel van scheidsgerechten, later door eigen rechters in aparte rechtbanken voor de koophandel. Het ligt dan voor de hand dat er veel ruimte voor de gewoontes van de handelaren zelf is. In combinatie met het gezag van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis wordt het beeld voltooid van tamelijk autonoom opererende handelskringen die in staat waren zelf regels te ontwikkelen, en deze ook af te dwingen. Het burgerlijk recht, dat wil zeggen het geleerde Romeinse recht, verschuift dan vanzelf naar de achtergrond. Meestal kwamen de gilden na verloop van tijd onder toezicht van het stedelijk bestuur te staan. Daar stond dan tegenover dat de stad zich bij overeenkomsten met andere steden of met vorsten sterk maakte voor de gilden door bijvoorbeeld het voorrecht te bedingen dat ze hun geschillen door eigen rechters mochten laten beslissen, veelal volgens een eenvoudiger en sneller procesrecht. Het middeleeuwse handelsrecht was dus deels stedelijk recht, deels gewoonterecht. In 1563 voerde de Franse Koning Karel IX bij *édit* voor Parijs standsrechtspraak voor kooplieden in. De standsrechtbank bestond uit *juges et consuls*, lekenrechters met handelservaring, de voorloper van de handelsrechtbanken. Met de scheiding van

¹³³ Zie o.a. Exodus 22, vers 25: 'Indien gij aan mijn volk, aan de arme bij u, geld leent, zult gij u niet als een schuldeiser jegens hem gedragen: gij zult hem geen rente opleggen'; *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 265.

¹³⁴ *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 264.

¹³⁵ *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 265.

procedure was er echter nog geen onderscheid tussen burgerlijk recht en handelsrecht ontstaan zoals dat in de negentiende eeuw bestond. Ook de verhouding tussen beide rechtsgebieden was niet overal dezelfde. De scheiding was het sterkst in de meer zuidelijke landen waar het Romeinse recht en het canonieke recht het meest tot gelding waren gekomen. Het duurde echter tot de zestiende eeuw voordat in de literatuur apart aandacht aan het handelsrecht wordt besteed. De Italiaan B. Straccha schreef de *Tractatus de mercatura seu mercatore* (1553) en de *Tractatus duo de assecurationibus et proxenetis*.¹³⁶ Enkele andere schrijvers, kort na Straccha waren: R. de Turri,¹³⁷ S. Scaccia,¹³⁸ F. Rocco,¹³⁹ J.B.C. de Luca,¹⁴⁰ A. de Ansaldis¹⁴¹ en J.L.M. de Casaregis.¹⁴² Toch brachten ook zij geen echte scheiding tot stand. Wat zij deden was veeleer de door de handel ontwikkelde vormen onder het systeem van het Romeinse recht (proberen te) brengen.

In Midden-Europa, Duitsland en Nederland is geen sprake geweest van een ten opzichte van het burgerlijk recht bijzonder handelsrecht. Zo was er geen bijzondere jurisdictie voor koopmanszaken; het waren dezelfde schout en schepenen die zowel in burgerlijke zaken als in handelszaken recht spraken. Molengraaff spreekt van 'harmonie en eene zekere mate van eenheid' tussen handelsrecht en burgerlijk recht.¹⁴³ Het Romeinse recht was hier niet van oorsprong ontwikkeld maar slechts gerecipieerd. Hierbij trad onvermijdelijk een vermenging met het inheemse recht op. In de keuren en het stadsrecht werd veel gewoonterecht vastgelegd. Het canonieke recht had veel minder invloed dan in de zuidelijker landen, en tot slot was er geen aparte procedure ontstaan. Slechts in zee- en assurantiezaken golden enkele afwijkende procesregels.

¹³⁶ Beide verschenen te Amsterdam in 1669.

¹³⁷ *Tractatus de cambiis*, z.p., 1641.

¹³⁸ *Tractatus de commerciis et cambio* (1618), Antwerpen 1620; *Tractatus de judiciis causarum civilium, criminalium et haereticalium*, Frankfurt 1669; en *Tractatus de Sententiae et Re iudicata*, Genève 1670.

¹³⁹ *Responsorum legalium cum decisionibus centuriae duo, ac mercatorum notabilia* (2 delen, 1655), vertaald in het Nederlands onder de titel: *Merkwaardige aanmerkingen in 2 tractaten, het eene over schepen en vrachtgelden, en het andere over assurantien*, door Joh. Feitema, Amsterdam 1737.

¹⁴⁰ *Theatrum veritatis ac justitiae*, 15 delen, z.p., 1758, en *Spicilegium, responsiones ad Tractatus de cessione iurium et actionum*, Leiden 1735.

¹⁴¹ A. de Ansaldis, *Discursus legales de commercio et mercatura*, z.p., 1689.

¹⁴² J.L.M. de Casaregis, *Discursus legales de commercio, in quibus tractantur materiae concernantes assecurationes, naves etc.*, 1e druk 1707.

¹⁴³ *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 272.

In de Nederlandse literatuur is het beeld hetzelfde als bij de Italiaanse schrijvers. Voet, Vinnius en Noodt behandelen in hun pandecten-commentaren de handelsrechtelijke onderwerpen bij de plaatsen waar ze volgens hen het beste passen. De Groot, Huber en Van der Keessel plaatsen ze in hun systematische overzichten bij de Romeinsrechtelijke overeenkomsten waar ze de meeste analogie mee vertonen. De scheiding zoals deze in de negentiende eeuw heeft bestaan komt het eerst voor in de *ordonnances* van Lodewijk XIV die onder leiding van zijn minister van Financiën J.B. Colbert tot stand zijn gekomen. Colbert was begonnen met het reglementeren van het gildenwezen, de industrie. Met de *Ordonnance du Commerce* (1673) beoogde Colbert eenheid te brengen in de rechtsverscheidenheid van de naar plaatselijk gewoonterecht oordelende consulaire rechtbanken. Het uitgangspunt van de bepalingen wordt gevormd door het 'subjectieve begrip van koopman'.¹⁴⁴ Alleen de wissel en het handelspapier worden als handelsrechtelijke overeenkomsten geregeld. Verder bevat de *Ordonnance* veel procesrecht, zoals de competentie van de *juges* en *consuls*, en formaliteiten. De *Ordonnance* codificeerde het handelsrecht als het recht van kooplieden, en dat was volgens Molengraaff te rechtvaardigen omdat het in de toenmalige maatschappij ook slechts (enkele) kooplieden waren die handelsdaden verrichtten. Een vergelijkbare behandeling viel het handelsrecht ten deel in het *Allgemeine Preussische Landrecht* van 1 juni 1794. Bij de uitvaardiging van de *Ordonnance de la Marine* (1681) werd expliciet vermeld dat men hoopte te voorzien in de leemtes die het geleerde Romeinse recht had ten aanzien van (zee)handelsovereenkomsten.

Met de Franse revolutie in 1789 kwam een einde aan de standenmaatschappij. De koopmansstand, het gildenwezen en de monopolisering van beroepen werden opgeheven. Daarvoor in de plaats kwam vrijheid van beroepsuitoefening. De vraag of het verstandig zou zijn het koopmansrecht te laten samensmelten met het burgerlijke recht werd niet gesteld. Molengraaff ziet twee redenen waarom men in Frankrijk de voorkeur gaf aan een wetboek van koophandel naast een burgerlijk wetboek. Sommige handelsrechtelijke instellingen, zoals de rechtspraak door leken en het faillissement, dacht men in het belang van de handel niet te kunnen missen. De tweede reden is dat de ten opzichte van het Romeinse recht nieuwe handelsovereenkomsten niet in een burgerlijk wetboek ingepast konden worden. In de Code civil was grotendeels het Romeinsrechtelijke contractensysteem gevolgd.¹⁴⁵ Hoe

¹⁴⁴ *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 275.

¹⁴⁵ 'Wat dus niet tot een der ons uit het Romeinsche recht bekende verkeersvormen was terug te brengen, zette men buiten het systeem; men herinnerde zich, dat het moderne verkeer ze in het leven geroepen had, en gaf ze dus als bijzondere handelsovereenkomsten in het handelsrecht een plaats.' *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 279.

moest nu de grens tussen het handelsrecht en het burgerlijk recht getrokken worden? Een standsrecht was het handelsrecht geweest, een beroepsrecht zou het kunnen worden. Gezocht werd een objectieve basis voor het onderscheid. In de Code de commerce werd het zo opgelost dat in artikel 1 de koopman nieuwe stijl gedefinieerd werd als degene die zijn beroep ervan maakt daden van koophandel te verrichten.¹⁴⁶ Wat als een daad van koophandel moest worden beschouwd werd in boek 4, de procedure en de competentie van de handelsrechtbanken betreffende, uitgemaakt.

In strijd met de traditie in Holland, die geen onderscheid tussen handelsrecht en burgerlijk recht had gekend, is in het begin van de negentiende eeuw onder Franse invloed het onderscheid in Nederland geïntroduceerd. Hoe dit gebeurd is, is hierboven reeds beschreven.

Op zoek naar verschillen tussen de Code de commerce en het Wetboek van Koophandel komt Molengraaff tot de volgende punten: Het Wetboek van Koophandel kent geen bijzondere bepalingen voor het handelspand¹⁴⁷, de Code de commerce kent een bijzondere regeling voor de echtgenote van een koopman en – mijns inziens het belangrijkste – het Wetboek van Koophandel kent geen rechtbanken van koophandel. Molengraaff stelt dat het tekortschieten van het burgerlijk recht de enige oorzaak was die een afgezonderd handelsrecht deed ontstaan en dat dat ook de enige reden is om het bestaan van een wetboek van koophandel te rechtvaardigen.¹⁴⁸ Het onderscheid tussen handelsdaden en niet-handelsdaden en kooplieden en niet-kooplieden is volgens Molengraaff in de Code de commerce niet goed uitgewerkt. 'Dezelfde stelsellooze verwarring tusschen subjectieve en objectieve daden van koophandel, tusschen beroepsrecht en het recht voor objectieve handelszaken vindt men ook in ons Wetboek van Koophandel'¹⁴⁹, aldus Molengraaff die hier in navolging van de Duitser H. Thöl stelt:

'Alleen als beroepsrecht kan het handelsrecht nog eenige raison d'être hebben, als recht van wat men noemt objectieve handelsdaden meen ik daarentegen, dat zijn afgezonderd bestaan niet te rechtvaardigen is.'¹⁵⁰

¹⁴⁶ Artikel 1 Code de commerce: 'Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle.'

¹⁴⁷ Zie de preadviezen voor de NJV-vergadering van 1873, geschreven door J.C. Reepmaker en J.W. Tydeman.

¹⁴⁸ *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 296. Zie ook zijn *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsche handelsregt* I, 6e druk, Haarlem 1930, p. 19-21.

¹⁴⁹ *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 304.

¹⁵⁰ *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 311.

Molengraaff acht het praktisch onmogelijk ('en nog nimmer beproefd') de rechtshandelingen waarin het verkeer in juridische zin bestaat, te scheiden in handelsdaden en burgerlijke daden.¹⁵¹ Hij had het consequent gevonden indien de rechtshandelingen die nu de kern van de objectieve daden van koophandel uitmaken, wat betreft hun gevolgen verdeeld waren in de handelingen verricht door een koopman en de handelingen verricht door een niet-koopman. Hij voegt daar echter aan toe:

'Men heeft terecht begrepen, dat het niet consequent door te voeren is, aan dezelfde handelingen verschillende rechtsgevolgen te verbinden naar gelang van het doel waarmede zij gesloten worden.'¹⁵²

Molengraaff werpt het bekende probleem op onder welk regime een transactie valt tussen een producent enerzijds en een koopman anderzijds of tussen een koopman enerzijds en een consument anderzijds. In hoeverre zijn de rechtsbetrekkingen die hieruit voortvloeien onderworpen aan het handelsrecht? Volgens Molengraaff houdt dit punt zowel de 'rechtsleeraars' (hij noemt: Asser, Kist, Diephuis en Levy), als de jurisprudentie verdeeld. Molengraaff hekelt het feit dat via de zeeverzekering ook landverzekeringen (brand-, vee- en oogstverzekeringen) in het Wetboek van Koophandel zijn opgenomen, hoewel ze niets met de handel als zodanig te maken hebben. Zelfs de levensverzekering – 'Verder kan men zich van het begrip handel zeker niet verwijderen' – is erbij geplaatst.¹⁵³ Molengraaff ziet, vooral ook in het buitenland, de tendens dat het terrein van het handelsrecht wordt uitgebreid, ook met figuren en handelingen die tot die tijd niet geschikt werden geacht onder het handelsrecht te vallen, zoals de koop en verkoop van onroerend goed. Zo wordt de gemeenschappelijke noemer steeds vager. Hij spreekt zelfs van een 'langzaam absorptie-proces van het burgerlijk recht door het handelsrecht'.¹⁵⁴ Molengraaff betwijfelt of het überhaupt mogelijk is het gebied van het handelsrecht zo af te bakenen dat het in de praktijk niet tot ongerijmdheden leidt:

'Ten onzent is de scheiding even kunstmatig, evenzeer in tegenspraak met de reële verkeerstoestanden. Zij heeft ten gevolge gehad dat tacito en tevens *communi consensu* het handelsrecht ver buiten zijne wettelijke grenzen is uitgebreid; dat ten spijt van artikel 3 A.B. de gewoonte als wetsvormster is opgetreden.'¹⁵⁵

¹⁵¹ *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 312.

¹⁵² *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 312.

¹⁵³ *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 314.

¹⁵⁴ *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 318.

¹⁵⁵ *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 319. *Tacito en communi consensu*: stilzwijgend en met algemene instemming.

Volgens Molengraaff worden zij die leven van aanneming van werk en zelf hun materialen inkopen ten onrechte tot de kooplieden gerekend. De heersende leer is dat bijvoorbeeld drukkers, kleermakers, timmerlieden en ijzergieters die zelf hun materiaal inkopen wel kooplieden zijn, en zij die slechts aangeboden materialen bewerken, niet:¹⁵⁶

'... de grens tusschen burgers en kooplieden, tusschen burgerlijke en handelszaken is in het maatschappelijk leven nergens te zien of te vinden; zoo de wetgever haar trekt, zal deze daad altijd willekeurig zijn, en niet anders dan onzekerheid scheppen, daar tusschen hetgeen aan deze en gene zijde komt te liggen geen wezenlijk verschil valt waar te nemen.'¹⁵⁷

En naar aanleiding van het feit dat de grenzen overal anders getrokken worden:

'Bewijst het ons niet, dat wat de natuur vereenigd en samengeweven heeft, door den wetgever niet gescheiden kan worden? Niet alleen het handels-, maar het geheele verkeersrecht is kosmopolitisch, niet alleen de handel, maar het geheele verkeer verlangt een recht, dat vrijheid ademt en eene sanctie is van de goede trouw; het verkeersrecht in twee deelen te scheiden is rechtsverdeeldheid in het leven roepen zoowel in het nationale, als in het internationale recht.'¹⁵⁸

Of een splitsing gerechtvaardigd zou worden door de inhoud van het bijzondere handelsrecht onderzoekt Molengraaff aan de hand van de vraag wat de inhoud ervan naar Nederlands recht precies is, en of een beperking tot bepaalde personen of bepaalde categorieën van zaken wenselijk of nodig is. Wat Molengraaff over de lijfswang opmerkt, acht ik exemplarisch voor zijn benadering van het vraagstuk van de wenselijkheid van een aparte wettelijke regeling van het handelsrecht. Daarom volgt hier een lang citaat:

'Wat de beperking van den lijfswang betreft tot kooplieden wegens handelsschulden, ook deze acht ik verwerpelijk. Een van beide toch: de lijfswang is een goed executiemiddel, of hij is het niet. Is hij het wel (en dat hij het, mits behoorlijk geregeld, kan zijn, beaam ik ten volle), dan moet er ook niet met twee maten gemeten worden, maar moet hij bepaaldelijk voor geldschulden toegelaten worden tegen een ieder. Men beroepe zich ter motiveering van de beperking des lijfswangs tot zaken van koophandel er niet op, dat de handel niet kan bestaan zonder krediet

¹⁵⁶ Provinciaal Gerechtshof Groningen 31 mei 1848, *Weekblad van het Regt* 1848, nr. 957.

¹⁵⁷ *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 325.

¹⁵⁸ *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 325.

en goede trouw, en dus elke inbreuk daarop met strenge maatregelen moet te keer gegaan worden. Ook elk burgerlijk verkeer is zonder deze twee factoren geheel ondenkbaar; graden van goede trouw bestaan er niet, de behoeften van alle deelen van het verkeer zijn hier identiek.¹⁵⁹

Molengraaffs conclusie is dat geen van de verschilpunten tussen handelsrecht en burgerlijk recht de verschillende behandeling van deze rechtsgebieden kan rechtvaardigen.¹⁶⁰ Wel acht hij een groot aantal wetswijzigingen noodzakelijk, maar niet met inachtneming van het onderscheid tussen handelsrecht en burgerlijk recht.

'Men late eindelijk de laxen humaniteit varen en geve Themis in plaats van het rietje, waarmede zij zich thans moet behelpen, weder een zwaard in de handen, gelijk weleer.'¹⁶¹

Ook de vraag of er aparte handelsrechtbanken zouden moeten zijn, beantwoordt Molengraaff negatief. Hij sluit zich aan bij de uitkomst van de NJV-vergadering van 1872 en het door Asser (voor de vergadering van 1870) geschreven preadvies.¹⁶²

'Door bijzondere omstandigheden in het leven geroepen, moet de scheiding tusschen burgerlijk en handelsrecht weer verdwijnen, nu juist die omstandigheden hebben opgehouden te bestaan, of liever men moet, daar de hoofdoorzaak gelegen was in het onvoldoende en achterlijke van het burgerlijke recht, dat recht zóó trachten te ontwikkelen, dat het weer in harmonie komt met het verkeer, waarmede de bestaansredenen der scheiding van zelve vervalt.'¹⁶³

Molengraaff ziet zich in zijn oordeel gesteund door de verschillende sprekers op voorgaande NJV-vergaderingen (1872, 1873) en door de Duitser W. Endemann, in vele van zijn geschriften en in het bijzonder in zijn *Das Deutsche Handelsrecht*.¹⁶⁴ Molengraaff beëindigt zijn preadvies met de oproep aan de wetgever 'om weder te hereenigen, wat reeds te lang gescheiden is geweest'.¹⁶⁵

¹⁵⁹ *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 342.

¹⁶⁰ *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 344.

¹⁶¹ *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 347.

¹⁶² '... ik meen', zegt Molengraaff, 'dat juist in den tegenwoordigen tijd de rechtbanken met kooplieden-rechters het *raison d'être*, dat zij vroeger misschien bezaten, geheel verloren hebben.' *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 348.

¹⁶³ *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 354.

¹⁶⁴ W. Endemann, *Das Deutsche Handelsrecht*, § 4, door Molengraaff geciteerd op p. 355 van zijn preadvies, noot 2.

¹⁶⁵ *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 377.

Tijdens de discussie sluit een grote meerderheid van de aanwezigen zich aan bij Molengraaff. Slechts J.A. Levy doet een poging de uitkomsten van Molengraaff (en Hartogh, de andere preadviseur) ten principale te weerspreken. Hij noemt Molengraaffs preadvies een poging *om het burgerlijk recht bij het handelsrecht in te lijven*. Het onderscheid tussen beide rechtsgebieden is volgens hem echter zowel wenselijk als noodzakelijk, en hij geeft daarvoor als argumenten dat het handelsrecht over een eigen bron, de handelsgewoonte, beschikt. In het burgerlijk recht heeft de gewoonte vanwege artikel 3 Wet AB slechts interpretatieve kracht, maar in het handelsrecht heeft de gewoonte *derogatoire kracht*, aldus Levy.¹⁶⁶ Verder kent handelsrecht een eigen methode, met behulp waarvan veel leniger en sneller kan worden gewerkt dan in het civiele verbintenissenrecht dat geheel op Romeinsrechtelijke leest is geschoeid. Daar komt bij dat vele moderne rechtsfiguren niet van Romeinsrechtelijke oorsprong zijn en allerlei moderne rechtsvragen uit de handelspraktijk voortkomen en niet passen in een Romeinsrechtelijk keurslijf. Ten derde beschikt het handelsrecht over een eigen uitlegkunde, die zich toespitst op het vooropstellen van de goede trouw en het in acht nemen van vormen indien die vereist zijn. Als voorbeeld noemt hij het beheren van een zaak als een goed koopman, wat volgens hem iets anders is dan een goed huisvader. 'Men kan immers een goed koopman zijn en een slecht huisvader en omgekeerd.'¹⁶⁷ En ten vierde heeft het handelsrecht een eigen en wel *kosmopolitische* strekking. In alle vier punten heeft Levy 'eigen' in kwantitatieve zin gebruikt, waarmee hij wil aangeven dat het onderscheid minder principieel en meer praktisch is. Levy's conclusie luidt: 'er is geen macht ter wereld in staat om de onderscheiding die van nature bestaat op te heffen'.

S.J. Hingst stelt dat Levy zich ten onrechte op het *ius constitutum* beroept omdat het in de vergaderingen van de NJV over het *ius constituendum* gaat. Hij meent dat gewoonte geen recht geeft en ontkent dat het handelsrecht over een eigen rechtsbron of een eigen methode beschikt. Het is een kwestie van uitlegging van overeenkomsten: de overeenkomsten die op dezelfde basis berusten, worden door hetzelfde beginsel beheerst. Hetgeen partijen gewild hebben is recht. Hingst pleit voor een stelsel dat 'overeenkomt met de eenige ware wetenschap van het recht, die men leert kennen uit de bestudeering der maatschappelijke verhoudingen'.

H.L. Drucker stelt tegenover artikel 3 Wet AB, dat hij evenals vele anderen van kracht acht voor het handelsrecht, artikel 1375 BW, dat kracht geeft aan

¹⁶⁶ *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 98 e.v.

¹⁶⁷ *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 104.

gewoonterecht, ook in handelszaken. De argumenten die Levy aan de Duitse situatie ontleent kunnen volgens Drucker niet altijd in de Nederlandse situatie worden gebruikt, al was het alleen maar omdat Duitsland slechts over één codificatie beschikt: het *Handelsgesetzbuch*. Het burgerlijk recht van Nederland gelijkstellen met het Romeinse recht is onjuist omdat het veel meer rechtsfiguren omvat dan het Romeinse recht.

B.J. Polenaar kiest voor een positie tussen de preadviseurs en Levy in, niet dan nadat hij gewaarschuwd heeft tegen een al te gemakkelijk gebruik van de geschiedenis:

'De historie is echter eene eigenaardige zaak, die zich nog al kneden laat; men kan daaruit, evenals uit elk veelomvattend begrip, trekken wat men wil.'

Hij vraagt zich af of de verkeersbehoefte een samensmelting van de twee rechtsgebieden noodzakelijk of wenselijk maakt. Wat betreft het gewoonterecht sluit Polenaar zich bij Levy aan waar deze het verschil tussen burgerlijk en handelsrecht niet kwalitatief maar kwantitatief noemt. Doordat een koopman bepaalde handelingen veel vaker verricht, vestigt zich eerder een gewoonte. Bij het samensmelten loopt men het risico dat deze snellere gewoontevorming verloren gaat ten behoeve van de uniformiteit.

Molengraaff benadert de interventies genuanceerd en vraagt (wederom) aandacht voor het onderscheid tussen handelsrecht in de eigenlijke zin en koopmansrecht. Voor het handelsrecht in eigenlijke zin was het onderscheidende criterium 'omzet van waren'. Bij het opstellen van verschillende codificaties, waaronder de *Code de Commerce* en het Wetboek van Koophandel, is dit criterium niet meer gebruikt en er is geen nieuw voor in de plaats gekomen. Hierdoor is het onderscheid met het burgerlijk recht niet meer te rechtvaardigen. Voor het koopmansrecht geeft Molengraaff toe dat er wel een onderscheid mogelijk is, en dat indien de grens eventueel moeilijk te bepalen is, dit geen reden mag zijn haar niet te trekken. Wenselijk vindt hij zo'n onderscheid echter niet. Hij ontkent

'...dat er in het maatschappelijk leven een waarneembaar onderscheid bestaat tusschen burgers en kooplieden, dat er zich m.a.w. twee groepen van rechtssubjecten, van individuen laten aanwijzen, wier levensvoorwaarden, karakter en handelingen zoo verschillend zijn, dat voor de eene een ander recht zou moeten gelden dan voor de andere.'¹⁶⁸

¹⁶⁸ *Handelingen der NJV* 1883, II, p. 150.

Wat betreft het gewoonterecht ziet Molengraaff geen enkel probleem in de aanvullende werking voor zowel handels- als burgerlijk recht. Voor een derogerende werking is echter naast een codificatie principieel geen plaats. Ook in Duitsland kan de gewoonte *niet* aan het *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* derogeren, maar slechts aan niet-gecodificeerd gemeen recht. In het algemeen is een vergelijking met Duitsland niet goed mogelijk omdat de omstandigheden daar geheel anders zijn. In tegenstelling tot wat Levy suggereert was het Romeinse recht flexibel en dus altijd op de hoogte van zijn tijd.

Na de discussie werd de vraag op de NJV-vergadering van 1883: 'Moeten aan sommige rechtshandelingen, op grond dat zij zijn daden van koophandel uit haren aard, van het algemeene recht afwijkende rechtsgevolgen van materieelen of formeelen aard worden verbonden?', door 59 van de 67 aanwezigen negatief beantwoord. De tweede vraag luidde: 'Moeten aan sommige rechtshandelingen, op grond dat zij zijn daden van koophandel omdat zij verricht worden door kooplieden, van het algemeene recht afwijkende rechtsgevolgen van materieelen of formeelen aard worden verbonden?' Hier was, op vier aanwezigen na, iedereen op tegen.

De overgrote meerderheid van de spraakmakende juristen – als ik de aanwezigen op de NJV-vergadering zo mag noemen – was dus van mening dat het handelsrecht wat betreft de wetgeving geen bijzonder positie diende in te nemen. Dit wil echter nog niet zeggen dat het handelsrecht in alle opzichten een gelijke ontwikkeling doormaakte als het burgerlijk recht. Eén aspect van de eigen ontwikkeling van het handelsrecht wil ik hier in het bijzonder behandelen en dat is het verschijnsel dat met 'vermaatschappelijking' wordt aangeduid.

4. Vermaatschappelijking van het handelsrecht in de negentiende eeuw?

De negentiende eeuw werd gekenmerkt door een grote mate van vrijheid. De samenleving was op liberale beginselen gebaseerd en dit vertaald zich natuurlijk ook in de wetgeving. Na 1870 kwam daar verandering in. Een toenemende tendens van vermaatschappelijking was te constateren. De vraag is of dit ook voor het handelsrecht gold, of dat de handel en het handelsrecht zich van deze vermaatschappelijking afkerig hielden. We zullen zien dat ook wat de vermaatschappelijking betreft het handelsrecht aan het einde van de negentiende eeuw een eigen positie innam.¹⁶⁹

¹⁶⁹ Zie ook mijn bijdrage aan R. Pieterman e.a. (red.), *Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis*

4.1 Wat wordt onder vermaatschappelijking verstaan?

De geestelijke vader van het begrip 'vermaatschappelijking' is J. Valkhoff. Valkhoff was een van de eerste rechtsfilosofen die zich baseerde op het marxisme. In zijn proefschrift, *De Marxistiese opvattingen over recht en staat*¹⁷⁰, stelt Valkhoff zich als een historisch-materialist op, wat onder andere wil zeggen dat hij het recht als (een deel van) de maatschappelijke bovenbouw ziet dat – in ieder geval in laatste instantie – door de economische onderbouw wordt bepaald. Hij is deze denkbeelden echter niet in alle consequenties trouw gebleven. Van Maanen constateert een keerpunt met de publicatie van Valkhoffs boek *Een eeuw rechtsontwikkeling* in 1938¹⁷¹. Tussen de economische onderbouw en de juridische bovenbouw plaatst hij nu een extra schakel: de rechtsopvattingen van de bevolking. Valkhoff had zich inmiddels tot de sociaal-democratie bekeerd.¹⁷² Langemeijer beschouwt Valkhoffs rechtssociologische arbeid als zijn grootste verdienste en noemt hem een pionier op dat gebied.¹⁷³

Valkhoff verstaat onder vermaatschappelijking: 'een socialer worden van het privaatrecht, waarbij de collectiviteit meer op de voorgrond komt en de gemeenschapsbelangen meer gaan gelden naast die van de enkeling.'¹⁷⁴ Hij wijst in dit verband op de sociale functie van het recht die vroeger (dat wil zeggen in de negentiende eeuw) vooral gediend werd geacht met individuele eigendoms- en contractsvrijheid maar tegenwoordig (dat is: anno 1967; ik put uit zijn afscheidscollege) meer met maatschappelijke gebondenheid. 'Het individu wordt minder als uitgangspunt genomen.'¹⁷⁵

Valkhoff legt de meeste nadruk op de *collectivering*.¹⁷⁶ De gemeenschapsbelangen gaan meer gelden naast die van de enkeling en dat gaat gepaard

van de negentiende eeuw, SI-EUR-reeks, deel 2, Arnhem 1994, p. 157 e.v.

¹⁷⁰ Dissertatie Amsterdam (UvA), Groningen 1928.

¹⁷¹ J. Valkhoff, *Een eeuw rechtsontwikkeling. De vermaatschappelijking van het Nederlandse Privaatrecht sinds de codificatie (1838-1938)*, Amsterdam 1938.

¹⁷² Zie G.[E.] van Maanen, 'Johan Valkhoff, van marxist tot sociaal-democraat', in: *Recht en kritiek*, 1976, p. 349.

¹⁷³ G.E. Langemeijer, 'De plaats van Valkhoff onder de Nederlandse juristen', *SEW* 1967, p. 422.

¹⁷⁴ Valkhoff geeft de voorkeur aan de term vermaatschappelijking boven de term socialisering. Deze laatste term zou volgens hem zowel een germanisme als een gallicisme zijn en in het Nederlands een meer actieve betekenis hebben in de zin van 'doelbewust iets doen' en dan in het bijzonder slaan op het overbrengen van de productiemiddelen in handen van de gemeenschap.

¹⁷⁵ J. Valkhoff, *Vermaatschappelijkt vermogensrecht in het nieuwe B.W.*, Zwolle 1967, p. 3.

¹⁷⁶ Valkhoff heeft het ook over 'de uitbouw van het corporatief recht'; *Een eeuw rechtsontwikkeling*, p. 146 e.v.

met dwingendrechtelijk ingrijpen van de overheid in privaatrechtelijke verhoudingen. Het duidelijkste voorbeeld van het dwingendrechtelijke ingrijpen van de overheid is de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst uit 1907. Daarnaast neemt het belang van het publiekrecht toe doordat er een accentverschuiving plaatsvindt van privaatrecht naar publiekrecht. Valkhoff duidt dat aan als *publicisering*. Wat Valkhoff precies heeft bedoeld toen hij het had over het naar voren treden van de 'concrete mens' in het recht is mij niet duidelijk.¹⁷⁷ Valkhoff noemt het kind, de arbeider, de bewoner, de huurder: allemaal categorieën die je als zwakkeren in de samenleving kan beschouwen en aan wie daarom extra bescherming toekomt. Verschillende auteurs, zoals G.E. Langemeijer en F.A.J. Gras, zien het beschermen van zwakkeren (en dat gaat natuurlijk gepaard met dwingendrechtelijke regels) als belangrijkste criterium van vermaatschappelijking, of zoals Gras het noemt, socialisering.¹⁷⁸

H.W. Heyman heeft in zijn bijdrage aan de Rotterdamse feestbundel *Lof der Historie* in de voetsporen van Valkhoff elementen van vermaatschappelijking gezocht in de rechtsontwikkeling in Nederland tussen 1870 en 1880.¹⁷⁹ Hij beperkte zich tot het privaatrecht. Voor de beantwoording van de vraag die ik hier heb opgeworpen besteed ik in het bijzonder aandacht aan hetgeen Heyman hierover geschreven heeft. Heyman heeft onderzocht of gedurende de jaren zeventig van de negentiende eeuw reeds sporen te vinden zijn van de vermaatschappelijking van het privaatrecht. Heyman richtte zich bij zijn onderzoek op de Handelingen van de Nederlandse Juristen-Vereniging (verder: de NJV). Gezien het feit dat de Handelingen van deze vereniging,

¹⁷⁷ Deze term ontleent hij aan Radbruch die spreekt van 'den konkreten und vergesellschafteten Mensch'. Gustav Radbruch, *Der Mensch im Recht*, Göttingen 1957, p. 16, zoals geciteerd door Valkhoff, *Vermaatschappelijkt vermogensrecht in het nieuwe B.W.*, Zwolle 1967, p. 3. Langemeijer legt het verband tussen het naar voren komen van 'de concrete mens' en de vermaatschappelijking aldus uit: 'een maatschappij waarvan de leden de onderlinge banden sterk voelen en beamen zal er meer toe neigen in haar normstelsel rekening te houden met ieders individuele geval, terwijl een waarin de enkeling als zeer op zichzelf staand wordt gezien niet goed andere normen zal verdragen dan die op de meest algemene, dus allicht ook meest abstracte menselijke eigenschappen zijn berekend.' *SEW* 1967, p. 424. Ook A. van Oven blijkt moeilijkheden te hebben met het begrip 'de concrete mens'; zie zijn recensie van *Een eeuw rechtsontwikkeling*, 2e druk 1949, in *RM Themis* 1951, p. 579.

¹⁷⁸ Gras, 'Privaatrecht en problematische schulden', p. 428. G.E. Langemeijer noemt het beschermen van de zwakkere partij de enige geheel nieuwe gerechtigheidsgedachte die zich na de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek (1838) in het burgerlijk vermogensrecht een plaats heeft veroverd; zie zijn *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, 4e druk, Zwolle 1983, p. 88.

¹⁷⁹ H.W. Heyman, 'Juristen en vermaatschappelijking', in: *Lof der historie*, Rotterdam 1973, p. 241-286.

direct vanaf haar oprichting in 1870, een rijke bron voor onderzoek naar de ontwikkeling van de gedachten over tal van juridische onderwerpen vormen, zal ook ik me voornamelijk op de preadviezen en de naar aanleiding daarvan gevoerde discussies en gehouden stemmingen baseren. Ik acht de in de NJV-vergaderingen tot uitdrukking gebrachte ideeën en in de stemmingen bevestigde standpunten representatief voor de denkbeelden van juridisch Nederland in de door mij onderzochte tijd.¹⁸⁰

Heyman vult in zijn onderzoek de criteria van Valkhoff verder in. Hij noemt het meer op de voorgrond treden van groepen en corporaties en de uitbouw van het recht dat daarop betrekking heeft, de dwang op de individuele rechthebbende om meer rekening te houden met de belangen van anderen, zich met andere woorden socialer te gedragen, de bescherming van de sociaal en economisch zwakkeren (zoals arbeiders, huurders, pachters, kinderen), de toenemende invloed van de overheid in de privaatrechtelijke sfeer, het minder hechten aan formaliteiten in het proces en een actievere rol voor de rechter, en tot slot de veranderde visie op het recht zelf. Het recht wordt niet langer als een autonoom verschijnsel beschouwd, los van maatschappelijke feiten en belangen. Men kreeg, aldus Heyman, oog voor de samenhang en de wisselwerking tussen recht en maatschappij. Hierdoor ontstond een grotere maatschappelijke en ethische betrokkenheid, een sterkere gerichtheid op concrete feiten en mensen. Het is een ontwikkeling van abstract-logisch naar meer ethisch-sociologisch gericht civielrechtelijk denken. Al deze aspecten van de rechtsontwikkeling duidt Heyman met de term vermaatschappelijking aan, zonder overigens aan te geven wat de verhouding tussen de verschillende aspecten is.

4.2 *De criteria toegepast op het handelsrecht aan het einde van de negentiende eeuw*

4.2.1 *Kapitaal van de Naamloze Vennootschap*

De eerste voor ons relevante preadviezen zijn van 1872 en betreffen de wettelijke regeling van het kapitaal van de Naamloze Vennootschap: waardering en moment van inbreng, verplichtingen van de aandeelhouder, vermeerdering en vermindering van het kapitaal, openbaarheid van de

¹⁸⁰ Heyman richt zich op de jaren zeventig enerzijds omdat Valkhoff dit decennium 'een markantere tijd in de ontwikkeling van het Nederlandsche burgerlijk en handelsrecht' noemde en omdat in deze jaren de vermaatschappelijking van het privaatrecht op gang is gekomen.

vermogenstoestand.¹⁸¹ De preadviseurs zijn M. Mees en C.A. Cosman.

Mees ziet niets in een gedetailleerde wettelijke regeling van de NV. Een afdoende wettelijke regeling omtrent de soliditeit van een NV is volgens hem onmogelijk. Of de regeling is te algemeen en daardoor niet adequaat, of de regeling is te gedetailleerd en daardoor te belemmerend. Het enige dat zijns inziens zinvol is, is het waarborgen van een zo groot mogelijke publiciteit voor belanghebbenden. Dus: openbaarmaking van de cijfers, de balansen en een lijst met alle aandeelhouders. Verder moet de wet volgens Mees zo min mogelijk bevatten. Tevens pleit hij voor persoonlijke (strafrechtelijke) aansprakelijkheid van directeuren en commissarissen voor het bewust opmaken of goedkeuren van valse balansen.¹⁸²

Cosman pleit in dezelfde richting: geen onnodige overheidsbemoeienis, veel vrijheid en slechts verplichtingen met betrekking tot de publiciteit ten behoeve van belanghebbenden. Hij drukt zich nog wat stelliger uit dan Mees en citeert instemmend T.M.C. Asser die op zijn beurt weer een Engelsman citeert:

'Indien men lust heeft, geld te leenen aan een rotte maatschappij, men leene het en verlieze het en men zal 't niet weêr doen.'¹⁸³

Cosman verzet zich tegen een wettelijke regeling om een geldschieter te beschermen tegen vennootschappen die hun vermogen in gevaar brengen of hun lasten bovenmatig verzwaren. Een geldschieter moet zich zelf zien te beschermen, bijvoorbeeld door zich op de hoogte te stellen van de balanspositie van de vennootschap die, als het aan Cosman ligt, jaarlijks openbaar gemaakt wordt.¹⁸⁴

We kunnen hieruit opmaken dat er nauwelijks sprake was van vermaatschappelijking van het handelsrecht. Slechts het pleidooi voor grotere publiciteit van de jaarcijfers kan beschouwd worden als een aanzet tot vermaatschappelijking, in die zin dat het een verantwoording is van een onderneming ten overstaan van de samenleving. Verder kunnen we

¹⁸¹ *Handelingen der NJV* 1872, I, p. 61-117, 'Welke beginselen moet eene wettelijke regeling der Naamlooze Vennootschappen huldigen ten aanzien van het kapitaal der vennootschap?'

¹⁸² *Handelingen der NJV* 1872, I, p. 68.

¹⁸³ *Handelingen der NJV* 1872, I, p. 102. Het oorspronkelijke citaat is van Newmarch die tijdens een Engelse parlementaire enquête in 1867 zei: 'If people like to lend money to a rotten company, let them lend it, and let them lose their money, and they will not do it any more'; *Nieuwe Rotterdamsche Courant*, 21 januari 1872.

¹⁸⁴ *Handelingen der NJV* 1872, I, p. 103.

constateren dat de preadviseurs de zegeningen van het kapitalisme, waarin individuele vrijheid centraal staat, bezongen met een pleidooi voor een zo minimaal mogelijk ingrijpende wetgever. Waren dit de particuliere meningen van twee buitenstaanders, of werd hun mening gedeeld door anderen? Voor zover hun stellingen in de door het bestuur geformuleerde vraagpunten (die alle varianten met betrekking tot openbaarheid van gegevens van de vennootschap betroffen) waren gevat, stemde de meerderheid van de aanwezigen (op een enkele uitzondering na zonder hoofdelijke stemming) met de conclusies van de preadviseurs in.

4.2.2 *Lijfswang*

Het volgende voor ons interessante preadvies betreft de wenselijkheid van lijfswang, geschreven voor de NJV-vergadering van 1874. Het is door Heyman ten onrechte niet in zijn beschouwingen betrokken. Lijfswang is een dwangmiddel om onwillige debiteuren zo ver te krijgen dat ze hun verplichtingen vastgesteld bij rechterlijke uitspraak zullen nakomen. Het kan alleen worden gehanteerd indien de rechter dit expliciet en op verzoek van de eiser in het vonnis heeft bepaald; de kosten van onderhoud van de gegijzelden komen voor rekening van de crediteur.

De vraag naar de wenselijkheid van deze rechtsfiguur wordt zowel met betrekking tot het burgerlijk recht als met betrekking tot het handelsrecht gesteld maar noch bij de discussie noch bij de stemming komt dit onderscheid tot uitdrukking. Ik neem echter aan dat zij voor het handelsrecht van groter belang is aangezien er in de handel nu eenmaal meer debiteuren en dus ook meer onwillige debiteuren zijn.

J.A. Levy was gevraagd een preadvies te schrijven en hij pleit op basis van een voornamelijk historisch betoog vóór afschaffing van de lijfswang. Indien de vergadering Levy's preadvies had gevolgd en in meerderheid vóór de afschaffing van lijfswang had gestemd, had dit geïnterpreteerd kunnen worden als een sociaalere aanpak van het privaatrecht, inclusief het handelsrecht. Het zou als bescherming van de maatschappelijk zwakkere gezien kunnen worden. Tevens zou het een teken van grotere ethische betrokkenheid zijn geweest, één van de criteria van zowel Valkhoff als Heyman. Maar helaas, ondanks het gloedvolle pleidooi van preadviseur Levy vóór afschaffing, stemmen 51 van de 66 aanwezigen tégen.

4.2.3 Aansprakelijkheid van spoorwegondernemingen

Tijdens de NJV-vergadering van 1874 staat nog een handelsrechtelijk georiënteerd onderwerp op de agenda en wel de aansprakelijkheid van spoorwegondernemingen bij het vervoer van goederen en personen. Een punt dat de preadviseurs G.H. van Bolhuis en M.J. Pijnappel en alle sprekers in hun beschouwingen betrekken, is de vraag of de rechtsverhouding tussen een spoorwegmaatschappij enerzijds en een passagier of een verzender van goederen anderzijds zuiver contractueel en dus privaatrechtelijk is, of dat het algemeen belang zo groot is dat deze als publiekrechtelijk moet worden beschouwd. Aug. Philips., stelt de vraag zo:

'Is het vervoer via het spoor de vervulling van een openbare dienst of is het de uitvoering van een met de reiziger gesloten overeenkomst?'

Hij is van mening dat de reis- en vervoersovereenkomsten puur privaatrechtelijke overeenkomsten zijn en sluit zich wat dit betreft aan bij de stellingen van de preadviseurs. Enige (privaatrechtelijke) regelgeving acht hij op zijn plaats.

Een tegenovergesteld standpunt wordt ingenomen door J.W. Tydeman. Hij bestrijdt, overeenkomstig de ideeën van zijn leermeester, de theorie dat spoorwegvervoer plaatsvindt op basis van een privaatrechtelijke overeenkomst. Het vervoer door de spoorwegen beschouwt hij als een staatsactiviteit, door concessies uitbesteed aan ondernemingen *ad usum publicum*: 'Het is de Staat die vervoert.'¹⁸⁵ De achterliggende gedachte is van liberale snit. De staat moet onder andere door het creëren van vervoersmogelijkheden de voorwaarden scheppen waaronder een vrije markteconomie het beste gedijt. Hij krijgt echter direct repliek van preadviseur Bolhuis. Bolhuis stelt dat de vervoersovereenkomst als *lex specialis* van de huurovereenkomst moet worden beschouwd, dat wil zeggen dat de vervoerder een plaats in of op het vervoermiddel verhuurt met het daaraan verbonden recht dat een persoon of de goederen (naar de juiste bestemming) worden vervoerd. Er is volgens hem in ieder geval sprake van een overeenkomst.¹⁸⁶ Beperkende publiekrechtelijke bepalingen ter bestrijding van (ten onrechte) gevreesd misbruik van de monopolie-positie van de spoorwegmaatschappijen is volgens Bolhuis 'in strijd met de vrijheid, welke men bij de vaststelling van 't wetboek van koophandel, o.a. bij de regeling der naamloze vennootschappen, heeft verdedigd, en die de grondslag moet zijn van onze maatschappij.'¹⁸⁷

¹⁸⁵ *Handelingen der NJV* 1874, II, p. 174.

¹⁸⁶ *Handelingen der NJV* 1874, II, p. 190.

¹⁸⁷ *Handelingen der NJV* 1874, II, p. 194.

Bij de stemmingen bleek de meerderheid van mening dat er geen andere rechtsregels gesteld moesten worden voor de aansprakelijkheid van de spoorwegondernemingen bij het vervoer van personen en goederen dan voor het vervoer in het algemeen. Met andere woorden: de overheid dient zich te onthouden van extra regelgeving aangezien de vervoersovereenkomst per spoor een privaatrechtelijke verhouding betreft waarbij staatsinmenging niet gewenst wordt.

Ook op dit gebied valt dus geen aanzet tot vermaatschappelijking te constateren.

4.2.4 *Transacties gesloten door reizigers, bedienden of tussenpersonen*

De vraag of de regeling van het bewijs van handelstransacties die gesloten zijn door handelsreizigers, handelsbedienden of tussenpersonen gewijzigd zou moeten worden staat tijdens de NJV-vergadering van 1876 centraal. Zonder uitzondering pleiten preadviseur M.Th. Goudsmit, en alle sprekers voor ruimere mogelijkheden van bewijs, in ieder geval in het handelsrecht. In de handelspraktijk is gewoon geen tijd voor het opmaken van authentieke of onderhandse akten: 'Spoed staat op den voorgrond, en daarvoor moet meermalen de voorzichtigheid, die men gaarne zou wenschen in acht te nemen, wijken', aldus Goudsmit.¹⁸⁸ Levy wil nog een stap verder gaan. Van hem mag het hele bewijsrecht, zoals geregeld in het vierde boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, voor handelszaken geschrapt worden. Hij wil een geheel vrije bewijsvoering. J. Pols rechter, steunt Levy:

'De rechter moet de bevoegdheid erlangen om in iedere zaak alle bewijsmiddelen aantewenden, maar tevens door geen dier middelen gebonden zijn.'¹⁸⁹

Hoe groter de bewijsvrijheid, des te geringer het dwingendrechtelijk overheidsingrijpen. Op het eerste gezicht kan hetgeen op deze NJV-vergadering naar voren is gebracht niet geduid worden als een aanzet tot vermaatschappelijking. Maar als in een proces de rechter de vrije hand zou krijgen bij het toelaten van bewijsmiddelen en het waarderen van het bewijs, wordt hem de mogelijkheid gegeven meer rekening te houden met de specifieke omstandigheden van het geval. Daarmee krijgt hij meer ruimte voor het bereiken van een billijke, maatschappelijk bevredigende oplossing. Met enige goede wil kan dit als vermaatschappelijking worden geduid. Heyman

¹⁸⁸ *Handelingen der NJV* 1876, I, p. 115.

¹⁸⁹ *Handelingen der NJV* 1876, I, p. 88.

beschouwde een actievare rol voor de rechter dan ook als één van de criteria van vermaatschappelijking.

4.2.5 *Wilsleer of vertrouwensleer?*

Het laatste preadvies dat ik wil bespreken is van 1877 en gaat over de totstandkoming van de koopovereenkomst en over de vraag of de wettelijke regeling daarvan aanvulling behoeft voor handelszaken. De discussie concentreert zich rond de vraag of de koopovereenkomst tot stand komt op het moment dat van wilsovereenstemming blijkt of op het moment dat partijen er op mogen vertrouwen dat er overeenstemming is. En wanneer vindt de aanvaarding plaats? Op het moment dat iemand accoord gaat of op het moment dat de aanbieder hiervan op de hoogte raakt? En voor de handel speelt dan vooral de vraag hoe je een en ander moet voorstellen indien partijen zich op verschillende plaatsen bevinden en de overeenkomst bijvoorbeeld wordt gesloten door een schriftelijk aanbod en een dito aanvaarding.

Preadviseur C. Asser (van de Asser-serie) is zich bewust van de eisen die het handelsverkeer stelt. De regels mogen niet omslachtig zijn, zij moeten zo min mogelijk complicaties veroorzaken en zo veel mogelijk oplossen of voorkomen en zij moeten zo veel mogelijk zekerheid bieden zodat snel verder gehandeld kan worden. Hij spreekt zich in zoverre voor de vertrouwensleer uit dat wat hem betreft ook uit een doen of niet-doen de totstandkoming van een (koop)overeenkomst mag worden afgeleid. De tweede preadviseur, J.C. de Marez Oyens is het geheel met Asser eens, met dien verstande dat hij meer dan Asser het handelsrecht als voorloper/voortrekker van het burgerlijk recht ziet als het gaat om nieuwe ontwikkelingen. Vergeleken met het burgerlijk recht volgt het handelsrecht sneller ontwikkelingen in de praktijk.

Het bepleiten van de vertrouwensleer met het oog op de noden van het handelsverkeer zou je mijns inziens onder vermaatschappelijking kunnen begrijpen. De handelspraktijk is tenslotte ook een deel van de maatschappij. Met betrekking tot de vraag naar de wenselijkheid van de vertrouwensleer kwamen de voorstanders op de NJV-vergadering van 1877 echter van een koude kermis thuis. Een grote meerderheid wees de ideeën zoals Asser en De Marez Oyens deze hebben verdedigd af.

4.3 De conclusies van Heyman en Valkhoff

Wat zegt Valkhoff over het handelsrecht en wat concludeerde Heyman naar aanleiding van deze preadviezen? Valkhoff constateert in zijn *Een eeuw rechtsontwikkeling* in de negentiende eeuw een uitbouw van het corporatief recht. Hij verstaat onder corporatief privaatrecht 'de groepsvorming, de associaties van individuen met hun verschillende doeleinden, middelen en functies',¹⁹⁰ en hij beschouwt deze uitbouw natuurlijk als teken van collectivisering. Naast (vooral) burgerrechtelijke voorbeelden die hij noemt, zoals de vereniging, de stichting, de maatschap, zijn het op handelsrechtelijk gebied de coöperatie en de naamloze vennootschap die de laatste decennia van de negentiende eeuw een zekere ontwikkeling hebben doorgemaakt.

Heyman wijst er naar aanleiding van het preadvies van 1872 inzake de wettelijke regeling van het kapitaal van de Naamloze Vennootschap op dat enkele sprekers tijdens de discussie een rol voor de overheid zagen weggelegd. De overheid zou door middel van wetgeving en toetsing controle op vennootschappen uit kunnen oefenen. Heyman constateert een 'toenemende betekenis van de collectiviteit' in het corporatief recht (waartoe hij zowel het recht met betrekking tot de N.V. als het stichtingsrecht bedoelt) en hij heeft in de NJV-preadviezen menig pleidooi aangetroffen 'voor effectievere staatscontrole ter bescherming van het algemeen belang (...) ook ten aanzien van de N.V.', 'maar', zo voegt hij daar aan toe, 'wanneer wij kijken naar de wijze waarop men dit recht wilde uitbouwen, dan blijkt van vermaatschappelijking nog niet zo veel'.¹⁹¹ Zijn conclusie luidt dat 'een tendens naar vermaatschappelijking niet geheel afwezig' was.¹⁹² Wat betreft het vervoersrecht (dat hij samen met het faillissementsrecht de 'nuchterder en zakelijker stukken van het privaatrecht' noemt) neemt Heyman eveneens 'reeds in de zeventiger jaren van de 19e eeuw hier en daar de tendens naar vermaatschappelijking' waar.¹⁹³ Ook in de verschuiving van de wilsleer naar de vertrouwensleer ziet Heyman een teken van vermaatschappelijking: niet het subjectieve wilsmoment maar een objectief criterium wordt de grondslag van contractuele gebondenheid.¹⁹⁴

Noch in het corporatieve recht, noch in het vervoersrecht zie ik duidelijke tekenen die duiden op vermaatschappelijking. Weliswaar is het aantal associaties, corporaties en vennootschappen in de tweede helft van de

¹⁹⁰ Valkhoff, *Een eeuw rechtsontwikkeling*, p. 147.

¹⁹¹ Heyman, 'Juristen en vermaatschappelijking', p. 256.

¹⁹² Heyman, 'Juristen en vermaatschappelijking', p. 260.

¹⁹³ Heyman, 'Juristen en vermaatschappelijking', p. 266.

¹⁹⁴ Heyman, 'Juristen en vermaatschappelijking', p. 271.

negentiende eeuw toegenomen, maar de vraag is of daar veel betekenis aan moet worden gehecht. Ten eerste hebben deze vormen van collectivering niets te maken met bescherming van zwakkeren. Voor degenen die vermaatschappelijking vooral in deze sleutel zien, heeft een dergelijke toename van collectivering geen enkele betekenis. Ten tweede werden de rechtsfiguren allemaal al in de wetboeken van 1838 geregeld, met uitzondering van de stichting en dat is nu juist geen handelsrechtelijke rechtsfiguur. En de uitgebreide wettelijke regeling van de naamloze vennootschap dateert van 1928.¹⁹⁵ Tot dan is de naamloze vennootschap zeker wel een voorbeeld van collectivering – namelijk van kapitaal en zeggenschap – dat geheel tot de handelssfeer behoort. Of het een teken van vermaatschappelijking is dat het aantal vennootschappen in de loop van de negentiende eeuw flink is toegenomen betwijfel ik.¹⁹⁶ In wezen is het aandeelhouderschap een financieringsconstructie. Er wordt *kapitaal* bijeen gebracht, van bescherming van zwakkeren is geen sprake, van dwingende overheidsvoorschriften ook nauwelijks. In 1872 bleek de overgrote meerderheid van de aanwezigen op de NJV-vergadering niets voor inmenging van de overheid in het vennootschapsrecht te voelen. De aandrang voor een grotere publiciteit van jaarcijfers e.d. zou als inmenging in het vrije handelsverkeer kunnen worden beschouwd. Het is echter wel de meest liberale vorm van bescherming. Niemand kan er tenslotte rechten aan ontlelen.

Hetzelfde geldt voor het vervoersrecht. Heyman neemt hier en daar een tendens tot vermaatschappelijking waar. Afgaand op de NJV-preadviezen uit 1874 constateer ik dat met betrekking tot de aansprakelijkheid van spoorwegondernemingen de meerderheid van de ter vergadering aanwezigen tegen staatsinmenging stemt.

Wat betreft de kwestie van de wilsleer of de vertrouwensleer ligt het iets genuanceerder. Weliswaar denk ik dat in de vertrouwensleer geen sprake is van een grotere ethische betrokkenheid, evenmin wordt de uitoefening van individuele rechten beperkt. Je kan er echter wel een grotere sociale gebondenheid in zien. De vertrouwensleer kan dan beschouwd worden als uitwer-

¹⁹⁵ De nieuwe regeling van de NV (uit 1928) noemt Valkhoff als voorbeeld van toename van dwingend recht in het privaatrecht, en wel ten behoeve van het algemene belang. Zo is de vrijheid om de statuten naar eigen goeddunken in te richten ingeperkt. Een ander voorbeeld dat Valkhoff noemt is de wettelijke regeling van de koop op afbetaling (art. 1576a oud BW) die in 1936 (Stb. 202) is vastgesteld en waarvan in principe niet mag worden afgeweken. Merk op dat beide voorbeelden ruim na de eeuwwisseling gesitueerd zijn. In het laatste geval gaat het om het beschermen van een economisch zwakkere, de consument.

¹⁹⁶ Zie over de toename Valkhoff, *Een eeuw rechtsontwikkeling*, p. 151, 152.

king van het idee dat een ieder bij zijn handelen rekening moet houden met het feit dat hij deel uitmaakt van een maatschappij en derhalve rekening moet houden met de belangen van anderen. En voor zover de vertrouwensleer poogt aan te sluiten bij de praktijk zou je ook van vermaatschappelijking kunnen spreken. Toch denk ik dat Heyman ook met betrekking tot dit onderwerp iets te veel vermaatschappelijking heeft willen ontdekken. Zo werd de vertrouwensleer zoals reeds gezegd, tijdens de NJV-vergadering van 1877 juist weggestemd.

4.4 Tussenconclusie

Ik zie veel minder vermaatschappelijking in het handelsrecht van de negentiende eeuw dan Valkhoff en Heyman.¹⁹⁷ Heyman begint zijn onderzoek in 1870 en dat is het jaar waarin I.J. Brugmans voor Nederland het begin ziet van de modern-kapitalistische maatschappij.¹⁹⁸ Brugmans schrijft hierover:

'De verandering, die omstreeks het midden der eeuw inzet, gaat gepaard met en wordt voor een belangrijk deel verklaard door de opheffing van de talrijke belemmeringen, die een vrije ontplooiing van de economische krachten in de weg stonden.'¹⁹⁹

In de, sinds 1848, liberaal georiënteerde maatschappij probeert de overheid zich vanaf ongeveer 1850 steeds meer te onthouden van inmenging in economische verhoudingen. Brugmans beschouwt deze periode tot 1870 als een overgangsfase; in 1870 acht hij het proces van de overgang naar een modern-kapitalistische maatschappij voltooid.²⁰⁰ Hij ziet in deze periode de theorie van de staatsonthouding in de praktijk toegepast.²⁰¹ Gezien tegen deze achtergrond is het des te opmerkelijker dat Valkhoff en vooral Heyman reeds in de jaren zeventig van de negentiende eeuw het begin van vermaatschappelijking denken te zien. Het was juist de vrijheid van de producent die

¹⁹⁷ Het lijkt alsof Heyman zijn ferme stellingnames wel iets terugneemt in zijn conclusie: 'Over het algemeen bleek de neiging tot ethische en sociale overwegingen minder groot wanneer de vrijheid van handel en bedrijf in het geding was, zoals bijv. bij de N.V. en bij de koopovereenkomst in handelszaken. Aan de vrije wil der vennoten resp. der contractanten wenste men niet te tornen. Buiten de commerciële sfeer was men wat toegever, zoals bij de stichting, de ouderlijke macht en de voogdij.' 'Juristen en vermaatschappelijking', p. 274, 275.

¹⁹⁸ I.J. Brugmans, *De arbeidende klasse in Nederland in de 19e eeuw (1813-1870)*, 3e druk, Utrecht-Antwerpen 1958, p. 214 e.v.

¹⁹⁹ I.J. Brugmans, *De arbeidende klasse in Nederland*, p. 215.

²⁰⁰ I.J. Brugmans, *De arbeidende klasse in Nederland*, p. 214.

²⁰¹ I.J. Brugmans, *De arbeidende klasse in Nederland*, p. 218.

werd nagestreefd en niet de bescherming van de consument of de kleine handelaar. Pas met de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst in 1907 wordt de arbeider wettelijk in bescherming genomen als zwakkere tegenover machtige werkgevers. Maar dit beschouw ik niet als een handelsrechtelijke ontwikkeling. Terecht merkt Valkhoff op dat de vermaatschappelijking pas goed op gang komt ná 1900.²⁰² In verschillende belangrijke rechtsgebieden wordt een principiële keuze gemaakt voor de zwakkere partij zoals de arbeider of de huurder.

De vraag blijft echter in hoeverre in het handelsrecht überhaupt van vermaatschappelijking kan worden gesproken. Vermaatschappelijking betreft de bescherming van belangen die anders in de knel komen (van werknemers, huurders, kinderen). Dit leidt noodzakelijk tot grotere inmenging van de overheid met doorgaans een nogal dwingend karakter. In de handel speelt dat niet. Kleine handelaren werden aan het einde van de vorige eeuw niet beschermd en worden nog steeds niet beschermd. Hun risico is handelsrisico zonder welke de handel niet kan bestaan. Het is ieders goed recht meer verplichtingen aan te gaan dan hij wellicht kan nakomen. Zo is het mogelijk door middel van risicovolle investeringen grote winsten te maken. Het is essentieel voor de handel om risico te lopen. Daar komt bij dat in de handel meer dan in het gewone, burgerlijke niet-koopmansleven, het de bedoeling is te concurreren. Beter, slimmer, sneller, goedkoper etc. te zijn dan je concurrenten is het hele spel dat handel heet. Hier is voor de overheid slechts een voorwaardescheppende taak weggelegd. Dwingendrechtelijk ingrijpen ter bescherming van zwakkeren is in strijd met de essentie van de handel. Voor zover er al enige vermaatschappelijking in het handelsrecht bespeurd kan worden, is het op een geheel ander nivo dan in het burgerlijk recht.

De reeds door Valkhoff geciteerde Radbruch zet het arbeidsrecht van het einde van de negentiende eeuw zelfs tegenover het handelsrecht:

'Alles das läßt sich besonders anschaulich machen im Arbeitsrecht, das für das soziale Rechtszeitalter in demselben Sinne bahnweisend ist, wie es für das liberale Zeitalter das Handelsrecht war.'²⁰³

Een ander typisch handelsrechtelijk verschijnsel is de verzekering. Reeds in de oudheid bestonden er constructies om de risico's van schade bij zeevervoer over een grote groep te spreiden. Het is dan ook de handel waarbinnen de verzekeringsovereenkomst tot ontwikkeling is gekomen. Een

²⁰² Valkhoff, *Een eeuw rechtsontwikkeling*, p. 232.

²⁰³ G. Radbruch, *Der Mensch im Recht. Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts*, 2e druk, Göttingen 1961, p. 16 (1ste druk, Tübingen 1927, p. 12).

mooier voorbeeld van collectivering is nauwelijks denkbaar. Omdat de verzekering een zeer oud verschijnsel is, is het door Valkhoff en Heyman – terecht – niet in verband gebracht met de door hen gesignaleerde vermaatschappelijking aan het einde van de negentiende eeuw. De reden waarom ik haar hier wel noem, ligt in het feit dat zij zo'n fraai voorbeeld is van collectivering zonder dat er sprake is van dwingende overheidsvoorschriften, van een zwakkere partij of meer in het algemeen van een socialer worden van het (handels)recht. Slechts daar waar bepaalde verzekeringen verplicht gesteld worden kan van vermaatschappelijking gesproken worden. Denk hierbij aan de autoverzekering. Het is echter hedentendage nog steeds niet verplicht om je tegen iedere wettelijke aansprakelijkheid te verzekeren.

Mijn conclusie is dat er geen sprake was van enige vermaatschappelijking van het negentiende-eeuwse handelsrecht.

5. Het eigen gezicht van het handelsrecht in de twintigste eeuw

5.1 *De Wet van 2 juli 1934*

Molengraaffs kruistocht tegen een zelfstandig, afgezonderd handelsrecht heeft uiteindelijk, drie jaar na zijn dood, geleid tot de Wet van 2 juli 1934 waarbij het onderscheid tussen kooplieden en niet-kooplieden en handelsdaden en niet-handelsdaden is opgeheven. Sinds de Wet van 2 juli 1934 is het Nederlandse handelsrecht tot een algemeen bedrijfsrecht geworden, aldus minister Donner in de Memorie van Toelichting bij het ontwerp. Of zoals de redactie van het NJB het prozaïsch stelde:

'Met het slaan van twaalf derhalve in den oudejaarsnacht, heeft de doodsklok geluid over het 'handelsrecht' in den zin van samenstel van voorschriften over kooplieden, handelsdaden en handelszaken, en is daarvoor in de plaats getreden een 'handelsrecht' in de beteekenis van een aantal voorschriften over het 'bedrijf' (...) Requiescat in pace!'.²⁰⁴

Mede naar aanleiding van de wet uit 1934 heeft een aantal auteurs zich nog eens gebogen over de vraag wat nu toch het eigene van het handelsrecht is.

Kisch

Op 6 juni 1935 houdt I. Kisch als privaatsdocent in de rechtsvergelijking en het buitenlands privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam een open-

²⁰⁴ 'Handelsdaden, kooplieden en art. 1934 B.W. exeunt', NJB 1935, p. 1.

bare les²⁰⁵ over de mogelijkheid van rechtseenheid op het gebied van het handelsrecht, 'de belangrijkste categorie uit het privaatrecht'²⁰⁶, en vraagt zich af of er anno 1935 nog wel zo iets als een categorie van het handelsrecht is.²⁰⁷ Hierbij let hij op *vindplaats*, *werking* en *deugdelijkheid/realiteit*. Hij beantwoordt deze vraag bevestigend. Het handelsrecht voegt volgens Kisch rechtsbetekenis toe aan de in het betreffende rechtsgebied verzamelde figuren. Met andere woorden, het is juridisch relevant of een rechtsfiguur al dan niet tot het handelsrecht wordt gerekend. Het handelsrecht is bron van bijzondere rechtsgevolgen. Sinds de Wet van 2 juli 1934 van kracht is geworden, heeft het handelsrecht in Nederland echter zijn *rechtsbetekenis* volgens Kisch verloren.

Hij beschouwt het handelsrecht als een functie van economische verschijnselen, gekenmerkt door de onderneming, het streven naar winst en het veelvuldig sluiten van gelijksoortige transacties.²⁰⁸ Gezien de toenemende internationale handelsbetrekkingen, is er behoefte aan uniform recht. En dit, zo luidt de centrale stelling van Kisch' betoog, gaat principieel niet samen met eenheid met het burgerlijk recht op nationaal niveau.

'Het burgerlijke recht is functie van de nationale [lees: nationale] gemeenschap, het handelsrecht is, of ontwikkelt zich als functie van internationale verschijnselen. Elk trekt in een andere richting; in één tuig gaan zij niet samen.'²⁰⁹

Een codificatie waarin het handelsrecht en het burgerlijk recht samen worden gebracht is volgens Kisch niet alleen als gedachte onjuist, maar ook als ideaal onaantrekkelijk. Het zou het handelsrecht belemmeren in zijn ontwikkeling naar internationaal-uniform recht.

'[H]et handelsrecht is gerechtvaardigd als afzonderlijke, positieve categorie en omdat het een functie is van de economische verschijnselen die worden gekenmerkt door streven naar winst, door regelmaat en frequentie van soortgelijke transacties – en omdat het, meer dan eenig ander deel van het privaatrecht, tendeert naar unificatie.'²¹⁰

Kisch verklaart zich dus tegen het samenvoegen van het Wetboek van Koophandel met het Burgerlijk Wetboek.

²⁰⁵ I. Kisch, 'Rechtsvergelijking en handelsrecht', openbare les UvA, 1935, opgenomen in: *Uitgelezen opstellen*, p. 119-133.

²⁰⁶ I. Kisch, *Uitgelezen opstellen*, p. 120.

²⁰⁷ Onder categorie verstaat hij een verzameling van rechtsfiguren.

²⁰⁸ I. Kisch, *Uitgelezen opstellen*, p. 128.

²⁰⁹ I. Kisch, *Uitgelezen opstellen*, p. 131.

²¹⁰ I. Kisch, *Uitgelezen opstellen*, p. 131.

Lichtenauer

W.F. Lichtenauer heeft in de Meijers-bundel in 1935 een beschouwing gewijd aan het eigen karakter van het handelsrecht.²¹¹ Het blijkt een vinger-oefening te zijn geweest voor zijn in 1956 verschenen boek over de geschiedenis van de wetenschap van het Nederlandse handelsrecht tot 1809. Lichtenauer vindt dat Molengraaff c.s. het bij het verkeerde eind had door de eenmaking van het handelsrecht en het burgerlijk recht te bepleiten. Lichtenauer betwist de analyse die Molengraaff in zijn NJV-preadvis van 1883 geeft en stelt zich in het jaar waarin de laatste speciale bepalingen voor kooplieden uit de wetgeving zijn verwijderd, de vraag 'of er een onderdeel van het privaatrecht is, dat door bijzondere verbondenheid met de economische sfeer van de menselijke activiteit een eigen karakter heeft en in verband daarmee afzonderlijke behandeling verdient en eigen eisen stelt aan degenen, die het beoefenen en toepassen.'²¹² Deze vraag beantwoordt Lichtenauer positief. Zijn belangrijkste argument is dat handelaren – hij spreekt van 'bedrijfsmannen' – meer bedrijfsmatige rechtshandelingen verrichten. En zij modificeren het toepasselijke recht bij het gebruik van de bronnen, in de uitlegkunde en bij de rechtshantering zó dat het een eigen soort recht wordt.

'De grotere frequentie van de bemoeiingen van den bedrijfsman met het hem onmiddellijk rakende onderdeel der rechtsstof, waardoor deze verschillende eigenaardige kenmerken heeft gekregen, heeft naar mijn oordeel het ontstaan ten gevolge gehad van twee tastbaar verschillende onderdelen van het civiele recht.'²¹³

Lichtenauer ziet het verschil tussen burgerlijk en handelsrecht als een tempo-verskil. Het handelsrecht is dynamischer, het burgerlijk recht statischer. Hij hecht niet aan een apart wetboek voor het handelsrecht. Ook zonder wetboek zal het handelsrecht volgens hem een eigen plaats blijven innemen in wetenschap, rechtspraak en praktijk. In het in 1956 gepubliceerde boek over de geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht werkt Lichtenauer een en ander nader uit.²¹⁴ Volgens hem berust de scheiding tussen handelsrecht en burgerlijk recht op 'het rechtsgevoel', 'de rechtsbeleving' en 'de rechtsverwerkelijking' van hen die door de eeuwen

²¹¹ W.F. Lichtenauer, 'Burgerlijk en handelsrecht', in: *Rechtskundige opstellen aangeboden aan Prof. Mr. E.M. Meijers*, Zwolle 1935, p. 337-365.

²¹² W.F. Lichtenauer, *Meijers-bundel*, p. 339.

²¹³ W.F. Lichtenauer, *Meijers-bundel*, p. 365.

²¹⁴ W.F. Lichtenauer, *Geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht in Nederland tot 1809*, deel V, afl. I van de serie 'Geschiedenis der Nederlandsche rechtswetenschap', Amsterdam 1956.

heen handel hebben gedreven. Deze elementen vormden het 'levend recht' van en voor het bedrijfsleven overeenkomstig de door hen gedeelde normen en waarden, ook wel aangeduid als *stylus mercatorum*.²¹⁵

P.W.A. Immink schrijft in een recensie dat Lichtenauer zich 'wat zijn hoofdstellingen betreft, op een eenzame post bevindt, aan alle zijden door tegenstanders ingesloten'.²¹⁶

Dorhout Mees

Het algemene oordeel van de Utrechtse hoogleraar handelsrecht en burgerlijke rechtsvordering T.J. Dorhout Mees over de Wet van 2 juli 1934 is positief.²¹⁷ Hij spreekt van 'eene groote verbetering' doordat de vroegere, merendeels ongerechtvaardigde verschillen tussen zaken en daden van koophandel eenerzijds en hetgeen daar buiten viel anderzijds vrijwel zijn verdwenen.²¹⁸ Hij ziet geen principieel verschil tussen de koopman van voor 1935 en degene die een bedrijf uitoefent na 1935. Wel vindt hij het moeilijk de betekenis van het begrip 'bedrijf' te bepalen. In ieder geval is hij van mening dat het begrip 'bedrijf' uit de Wet van 2 juli 1934 een eigen betekenis dient te krijgen, waardoor een nieuw uitzonderingsrecht zal ontstaan. Hij ziet de afbakeningsproblemen als onvermijdelijk en verwacht dat er vanwege het verdwijnen van de procesrechtelijke verschillen minder over grensgevallen zal worden geprocedeerd.²¹⁹ Het meest in de buurt van de eigen betekenis komt bedrijf in de zin van handelsonderneming, wat volgens Dorhout Mees geen juridisch begrip is, maar wel een – voor juristen duidelijk genoeg – economisch begrip.²²⁰

Offerhaus

J. Offerhaus besteedde in 1941 bij de aanvaarding van het hoogleraarschap burgerlijk recht, handelsrecht en faillissementsrecht aan de Economische Faculteit van de Universiteit van Amsterdam uitgebreid aandacht aan de Wet van 2 juli 1934.²²¹ Naar aanleiding van deze wet dient men zich volgens hem af te vragen of het handelsrecht nog wel wezenlijk betekenis heeft als zelfstandig onderdeel van het recht, en hij wijst daarbij op de verschillen die

²¹⁵ W.F. Lichtenauer, *Geschiedenis*, p. 213.

²¹⁶ P.W.A. Immink, *WPNR* 1960, nr. 4629, p. 219. Ten onrechte noemt A.C. van Schaick in zijn preadvies Lichtenauer als voorbeeld voor Nederland (noot 4).

²¹⁷ T.J. Dorhout Mees, 'Bedrijf en beroep', *WPNR* 1936, nrs. 3478, 3479, resp. p. 441-443, 449-451.

²¹⁸ T.J. Dorhout Mees, *WPNR* nr. 3478, p. 441.

²¹⁹ T.J. Dorhout Mees, *WPNR* nr. 3479, p. 451.

²²⁰ T.J. Dorhout Mees, *WPNR* nr. 3478, p. 443.

²²¹ J. Offerhaus, *Geschreven en ongeschreven handelsrecht*, inaugurele rede UvA 1941.

na 1 januari 1935 tussen het handelsrecht en het burgerlijk recht zijn gehandhaafd. Hij stelt dat de huidige stand van zaken geen eindpunt kan zijn, en dat deze verschillen een restcategorie vormen die van weinig fundamentele betekenis is en bestemd is om 'eerlang te verdwijnen'.²²²

'De regels, naar welke de maatschappelijke gedragingen in het bedrijf zijn te waardeeren, zijn geen andere dan die gelden voor het gewone privaatrechtelijk verkeer. De nieuwe en bijzondere vormen echter, welke het verkeer aanneemt, zullen evenzeer door de helpende hand van den wetgever gestalte moeten verkrijgen, als de andere, die tot de bijzondere overeenkomsten van het Derde Boek B.W. behooren of tot de in het W.v.K. geregelde wissel-, assurantie- of zeerechtelijke verhoudingen. Noemt men een deel van die verhoudingen 'handelsrecht', dan is dat een redelijke en bruikbare, maar slechts formeele samenvatting van het gehele privaatrechtelijk bedrijfsrecht, dat in en om het Wetboek van Koophandel is gegroepeerd, maar dat evenals het overig privaatrecht stoelt op den gemeenschappelijken wortel van het Burgerlijk Wetboek.'²²³

Kortom, Offerhaus sluit zich geheel aan bij de door Molengraaff bepleite ontwikkeling.²²⁴ Zijn stelling dat het 'handelsrecht' nog slechts een formele samenvatting is van het gehele privaatrechtelijk bedrijfsrecht lijkt correct. De handhaving van de aanduiding 'handelsrecht' als een redelijke en bruikbare term getuigt van inzicht.

5.2 Tussenconclusie

Degenen die zich in de literatuur over de Wet van 2 juli 1934 hebben uitgelaten zijn het overwegend met de strekking van deze wet eens. Slechts Kisch (expliciet) en Lichtenauer (impliciet) opponeren. Zij baseren zich beiden op het door hen gestelde bijzondere karakter van het handelsrecht, maar komen vervolgens tot tegengestelde conclusies. Kisch verzet zich tegen het doen opgaan van het Wetboek van Koophandel in het Burgerlijk Wetboek, Lichtenauer heeft daar geen enkel bezwaar tegen. Kisch' bezwaren zijn inmiddels ten dele achterhaald. Sinds enige tijd wordt er in EU-verband en door UNIDROIT gewerkt aan de eenmaking van (delen van) het

²²² J. Offerhaus, *Geschreven en ongeschreven handelsrecht*, p. 6.

²²³ J. Offerhaus, *Geschreven en ongeschreven handelsrecht*, p. 7.

²²⁴ Zie ook J. Offerhaus, 'L'évolution du droit commercial spécialement aux Pays-Bas', waarin hij over het nieuwe Burgerlijk Wetboek instemmend schreef: 'On exécutera ce qu'a (...) voulu Molengraaff en 1883. Dans un avenir pas trop éloigné une période historique aura pris fin', *Revue internationale de droit comparé* 1955, p. 296-310.

burgerlijk recht, in bijzonder het contractenrecht.²²⁵ Het burgerlijk recht wordt hiermee op een internationaal niveau getild, met andere woorden het raakt uit het door Kisch gesignaleerde internationale isolement. Hierdoor verliest het argument van Kisch dat het burgerlijk recht nationaal recht is aan kracht. Daarnaast heeft Kisch ook op een ander punt ongelijk. Het is bij de invoering van Boek 8 BW gebleken dat het mogelijk is internationaal totstandgekomen regels zo te formuleren dat zij in het systeem van een nationale codificatie passen. Ik heb de indruk dat dit in de praktijk niet tot onoverkomelijke problemen heeft geleid, ook al zijn er kritische opmerkingen te maken over de mate waarin Boek 8 aansluit bij de Boeken 3, 5 en 6. Ik ben van mening dat Offerhaus de meest heldere en – naar achteraf valt te constateren – juiste analyse heeft gegeven, namelijk dat weliswaar bepaalde bijzonder overeenkomsten tezamen als 'handelsrecht' aangeduid kunnen worden, maar dat dat handelsrecht rust op een civielrechtelijk fundament.

5.3 *Moderne literatuur*

Na de publicaties die naar aanleiding van het van kracht worden van de Wet van 2 juli 1934 zijn verschenen, is sporadisch aandacht besteed aan vragen als in hoeverre het handelsrecht nog bestaansrecht heeft als apart vak en wat er onder verstaan moet worden. In alle leer- en handboeken wordt – meestal meteen in het eerste hoofdstuk – verantwoording afgelegd van de keuzes die gemaakt zijn en de afgrenzing van de stof die behandeld is. Deze beschouwingen sluiten vaak aan bij het heersende beeld dat het handelsrecht geen bestaansrecht meer heeft als autonome discipline en de aanwezigheid ervan slechts historisch verklaard kan worden. Daarnaast is een aantal beschouwingen gewijd aan de hier opgeworpen vragen.

Van Oven

A. van Oven heeft in dezelfde serie waarin Lichtenauers hierboven genoemde boek verscheen de geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht in Nederland in de 19e eeuw voor zijn rekening genomen.²²⁶ Ook Van Oven

²²⁵ De door de Europese Unie in het leven geroepen Commissie Lando heeft de 'Principles of European Contract Law' (PECL) opgesteld waarvan het eerste deel betreft de 'Performance and Non-performance of Contracts'; zie *Towards a European Civil Code*, Nijmegen/Dordrecht/Boston/London 1994, p. 405-415. UNIDROIT (Institut International pour l'Unification du Droit Privé) heeft in 1994 de *Principles of International Commercial Contracts* gepubliceerd (Rome 1994). Zie over beide unificatieprojecten A.S. Hartkamp, 'Principles of Contract Law', in: *Towards a European Civil Code*, 2e druk 1998, p. 105-120.

²²⁶ A. van Oven, *Geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht in Nederland in de*

legt de omslag in de discussie over de zelfstandigheid van het handelsrecht rond 1870. Het kunstmatige en willekeurige der scheiding is volgens hem door de preadviezen van 1883 aangetoond.²²⁷ De samenvoeging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Koophandel in één nieuw Burgerlijk Wetboek ziet hij als de logische afsluiting van deze ontwikkeling.²²⁸ Dat na de afschaffing van de kooplieden en de handelsdaden een nieuw onderscheidend criterium op de voorgrond zou treden – 'handelend in de uitoefening van beroep of bedrijf' – wordt door Van Oven genegeerd. En aan het economisch privaatrecht besteedt hij ook geen aandacht. Het grote verschil tussen toen (zeg midden vorige eeuw) en nu (1968) is, volgens Van Oven – en ik ben het op dit punt met hem eens – dat het burgerlijk recht zich bevrijd heeft uit 'de knellende banden van de negentiende-eeuwse interpretatiemethoden', lees: van het legisme. Sinds de rechter zich vrijer ten opzichte van de wet opstelt, is het burgerlijk recht veel meer en beter op de hoogte van de tijd, voldoet het beter aan de eisen die de (handels)praktijk stelt. Daarmee is een belangrijke belemmering weggenomen en de voorstanders van de scheiding een belangrijk argument uit handen geslagen.

In het voorwoord van zijn studieboek *Handelsrecht*²²⁹ vraagt Van Oven zich – anno 1980 – af of het handelsrecht eigenlijk nog wel bestaat.

'Het antwoord luidt: *niet* als een zelfstandig onderdeel van het recht, niet in de zin van de tijdens een groot deel van de vorige eeuw nog heersende opvatting, die er 'een zelfstandig regtssysteem, met zijne eigene beginse-len en zijne eigene contracten' in zag, zij het dan ook tegen de achtergrond van de algemene leer van het burgerlijk recht, het 'uitgangspunt van elke juridische beschouwing...' (aldus T.M.C. Asser, 'Handelsregt en handelsbedrijf', inaugurele rede, 1862).'²³⁰

Vervolgens stelt hij de vraag of het voortbestaan van het begrip handelsrecht onder deze omstandigheden nog wel zin heeft, 'wat is handelsrecht dan wèl?' En zijn antwoord is dat het enige benoemde contracten omvat en enige specifieke verhoudingen op het gebied van het buitencontractueel verbintenissenrecht en van het zakenrecht, die niet méér gemeenschappelijk hebben dan dat het bedrijfsleven er nauw bij betrokken is. Zelfstandige bestudering blijft desondanks volgens hem de moeite waard wegens de verwevenheid met andere disciplines zoals maatschappijleer en economie, 'die afzonderlij-

19e eeuw, deel V, afl. II van de serie 'Geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap', Amsterdam 1968.

²²⁷ A. van Oven, *Geschiedenis*, p. 66.

²²⁸ A. van Oven, *Geschiedenis*, p. 67.

²²⁹ A. van Oven, *Handelsrecht*, Zwolle 1981.

²³⁰ A. van Oven, *Handelsrecht*, p. V.

ke bestudering van dit samenraapsel van privaatrechtelijke onderwerpen aanbevelenswaardig maakt'.²³¹ Interessant is dat Van Oven enkele traditioneel burgerrechtelijke onderwerpen zoals de maatschap en de volmacht zodanig verband houden met het bedrijfsleven dat zij geacht moeten worden mede onder het handelsrecht te vallen. Hij verstaat onder handelsrecht de stof van het Wetboek van Koophandel tezamen met die van de industriële eigendomswetgeving, de Faillissementswet en de Handelsregisterwet en aangevuld met de genoemde traditioneel burgerrechtelijke onderwerpen die een sterke band met het bedrijfsleven hebben.

Wessels

B. Wessels wijdde zijn inaugurele rede aan de verschillen en overeenkomsten tussen de begrippen beroep, bedrijf en onderneming.²³² Hij heeft zich beperkt tot de verschillen die in het nieuwe Burgerlijk Wetboek tot uitdrukking komen. Volgens Wessels is het oogmerk van de wetgever om deze begrippen ieder een eigen inhoud mee te geven *mislukt*. Voorzover door de wetgever niet alleen in het nieuwe Burgerlijk Wetboek maar ook in een aantal andere wetten een onderscheid wordt gemaakt, gebeurt dit volgens Wessels op verkeerde gronden. Tegenwoordig geldt ook voor het uitoefenen van een beroep dat er een winstoogmerk is, dat men in concurrentie treedt, dat er reclame wordt gemaakt, en dat het persoonlijke karakter niet altijd in onderscheidende mate aanwezig is.²³³ Zelf omschrijft hij beroep liever als het regelmatig verrichten van maatschappelijke werkzaamheden met een overwegend persoonlijk karakter. Daarnaast staat dan bedrijf als de werkzaamheid waarbij niet de persoonlijke kwaliteiten van de beoefenaar op de voorgrond treden. En onder een onderneming verstaat hij een organisatorisch verband dat erop is gericht geregeld en stelselmatig aan het economisch verkeer deel te nemen.²³⁴ In de praktijk worden bedrijf en onderneming vaak door elkaar gebruikt. Wessels komt tot de conclusie dat de wetgever terminologisch niet consequent is geweest en dat dit voor het nieuwe Burgerlijk Wetboek betekent dat de begrippen bedrijf, beroep en onderneming samenvallen.

Timmerman

Wat precies onder 'handelsrecht' verstaan zou moeten worden is de vraag die

²³¹ A. van Oven, *Handelsrecht*, p. V.

²³² B. Wessels, *Beroep, bedrijf en onderneming*, inaugurele rede VU, Zwolle 1989.

²³³ Hij ziet zich gesterkt door onder andere HR 2 april 1982, *NJ* 1983, 429, m.nt. BW, waarin de Hoge Raad overweegt dat 'valt op te merken dat de uitoefening van een beroep zodanig kan zijn georganiseerd dat sprake is van een onderneming in de zin van de Handelsregisterwet'.

²³⁴ B. Wessels, *Beroep, bedrijf en onderneming*, p. 8.

L. Timmerman, hoogleraar handelsrecht en ondernemingsrecht te Groningen, zich begin 1990 in een redactioneel in *TVVS* stelde.²³⁵ Timmerman kiest in navolging van J.M.M. Maeijer voor een functionele benadering, waarin de onderneming het centrale begrip is. Handelsrecht omvat dan die onderdelen van het privaatrecht die een bijzonder belang voor het functioneren van een onderneming hebben. Timmerman aarzelt of het handelsrecht volgens deze functionele opzet een eigen karakter heeft. Dit is volgens hem slechts in beperkte mate het geval. Het handelsrecht wordt te zeer beïnvloed door het algemene privaatrecht om het een eigen karakter toe te kunnen dichten. Wel is Timmerman bereid van een 'eigen kleur' van het handelsrecht te spreken. Hij duidt vijf factoren aan die samen de 'eigen kleur' geven:

- a) Het handelsrecht ondervindt allereerst als ondernemingsrecht een sterke invloed uit de economie;
- b) Ondernemingen zijn meer dan andere rechtssubjecten geïnteresseerd in het kanaliseren van risico's, zie bijvoorbeeld (de ontwikkeling van) het verzekeringsrecht en de risico-verdeling in het vennootschapsrecht;
- c) In handelsrechtelijke verhoudingen spelen vaak drie of meer partijen een rol, waarbij mogelijke complicaties door abstracties, waarbij geabstraheerd wordt van achterliggende verhoudingen, worden voorkomen;
- d) Het handelsrecht ondervindt meer dan andere rechtsgebieden invloed van internationale ontwikkelingen en wordt zelfs door internationale regelgeving grotendeels beheerst;
- e) Het handelsrecht kent ten slotte veel flexibele regelingen die geen wettelijke grondslag hebben, maar toch effectief zijn omdat zij in de handelspraktijk algemeen geaccepteerd worden; voorbeelden zijn de SER-fusiegedragsregels, de OESO-gedragscode en de INCO-terms.

De keuze van Timmerman voor een functionele benadering is niet nieuw. Ook H. Foyer en P. VerLoren van Themaat hebben voor een functioneel perspectief gepleit.²³⁶ Zij kozen echter voor een brede functionele benadering waarbij ook de economie werd betrokken. Daarbij vergeleken kiest Timmerman voor een minder verstrekkende, en daarom realistischer benadering, waarin de onderneming het centrale begrip vormt. Het lijkt een keuze voor een commercieel uitgangspunt, aangezien een onderneming in beginsel winst nastreeft.

²³⁵ L. Timmerman, 'Bezinning op het handelsrecht', *TVVS* 1990, p. 1-5.

²³⁶ H.A. Foyer, *Economisch Recht. Een nieuw onderdeel der rechtswetenschap?*, *RM Themis* 1945/1946, p. 410-452; P. VerLoren van Themaat, *Enkele aspecten van de verhouding tussen economisch privaatrecht en economisch publiekrecht*, in: *Gratia Commercii* (Van Oven-bundel), Zwolle 1981, p. 409-419 e.v.

Ph.H.J.G. van Huizen heeft in zijn oratie bij de aanvaarding van zijn professoraat in het handelsverkeersrecht speciaal aandacht besteed aan het handelsrecht 'als venster op het privaatrecht'.²³⁷ Van Huizen constateert dat het handelsrecht 'een bonte verzameling van rechtsgebieden' omvat, waar ogenschijnlijk nauwelijks enige eenheid te bespeuren is. Afhankelijk van de interesse van de beoefenaar wordt de nadruk gelegd op het ondernemingsrecht, dan wel het handelsverkeersrecht. Dit laatste noemt hij het handelsrecht in strikte zin waaronder verzekeringsrecht, vervoersrecht, de handelskoop, de order- en toonderpapieren, het documentair krediet en het faillissementsrecht vallen. Ook het intellectuele eigendomsrecht kan er volgens hem onder gebracht worden. Van Huizen haakt aan bij de stelling van Timmerman in zijn *TVVS*-stuk dat de invloed van het algemene privaatrecht op het Nederlandse handelsrecht in de komende jaren zal toenemen als gevolg van de invoering van het nieuwe vermogensrecht. Maar, zo voegt Van Huizen hier aan toe, het omgekeerde geldt ook.

'De burgerrechtelijk georiënteerde juristen dienen zich terdege ervan bewust te zijn dat op het terrein van het handelsverkeersrecht zich ontwikkelingen voordoen of hebben voorgedaan die een bijdrage kunnen leveren aan de oplossing van algemene civielrechtelijke vraagstukken. (...) Het burgerlijk recht en het handelsrecht zijn communicerende vaten.'²³⁸

Deze visie van Van Huizen heeft hij verder uitgewerkt in zijn *Inleiding handelsrecht*.²³⁹ In het eerste hoofdstuk bespreekt hij het eigen karakter van het handelsrecht. De door Timmerman genoemde factoren die een eigen kleur geven aan het handelsrecht zijn volgens Van Huizen alle terug te voeren tot de essentie van het handelsverkeer, 'te weten dat de activiteiten van de actoren die zich in de arena van het handelsverkeer begeven bedrijfs- of beroepsgericht zijn',²⁴⁰ wat volgens mij samenvalt met Timmermans constatering dat in het moderne handelsrecht de onderneming centraal staat. Vervolgens stelt Van Huizen dat de handelsrechtelijke regelgeving niet gericht is op bescherming van het individuele belang, zoals in het burgerlijk recht, maar op het belang van een effectief en efficiënt handels- en betalingsverkeer. Hierbij gaat Van Huizen ervan uit dat actoren die zich in

²³⁷ Ph.H.J.G. van Huizen, *De cessie ter incasso: keerzijde van de betalingsopdracht; een illustratie van het handelsrecht als venster op het privaatrecht*, inaugurele rede Utrecht, Zwolle 1990.

²³⁸ Ph.H.J.G. van Huizen, *De cessie ter incasso*, p. 20.

²³⁹ Ph.H.J.G. van Huizen, *Inleiding handelsrecht*, 4e druk, Deventer 1999.

²⁴⁰ Ph.H.J.G. van Huizen, *Inleiding handelsrecht*, p. 1.

het handelsverkeer begeven 'in gelijkwaardigheid met elkaar verkeren'. Dat lijkt me een schromelijke overschatting van de economische macht van kleine ondernemingen en in wezen een ontkenning van het belang van het mededingingsrecht, een onderwerp dat Van Huizen nota bene ook behandelt in zijn *Inleiding*. Wat ik wel onderschrijf is zijn uitgangspunt dat wie zich beroeps- of bedrijfsmatig in het maatschappelijk verkeer begeeft volgens andere criteria beoordeeld dient te worden dan een consument/particulier. Opmerking verdient dat Van Huizen toepassing van de algemene norm van redelijkheid en billijkheid niet uitsluit in het handelsrecht maar dat deze norm op het terrein van het handelsrecht mede door de eisen van een effectief handels- en betalingsverkeer dient te worden ingevuld. Of het ook waar is dat men zich bij de invulling minder richt naar het individuele belang van de deelnemers aan dat verkeer, dat waag ik te betwijfelen. Iedere onderneming is toch primair gericht op het vergroten van de eigen omzet, c.q. winst. Van Huizen noemt verder als instrumenten die met het oog op een vlot en efficiënt handelsverkeer zijn ontwikkeld waardepapieren, documentair accreditief, bankgaranties en verzekeringen. Hij sluit af met de stelling: 'Ondernemen is handelen in vertrouwen'.²⁴¹

Van Delden

Ook R. van Delden heeft zich – in zijn afscheidsrede als hoogleraar handelsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam – afgevraagd wat tegenwoordig nog onder handelsrecht moet worden verstaan.²⁴² Hij maakt ten eerste in het mede door hem geschreven *Hoofdstukken handelsrecht*, een onderscheid tussen het ondernemers- en rechtspersonenrecht, het 'strikte handelsrecht' of handelsverkeersrecht en het intellectuele en industriële rechten/mededingingsrecht.²⁴³ Het faillissementsrecht rekent hij, anders dan Van Huizen in zijn *Inleiding Handelsrecht*, meer tot het beslag- en executierecht dan tot het handelsrecht. Tussen de drie hoofdgebieden ontbreekt volgens Van Delden een juridisch-systematische samenhang en er kan hooguit van deelsystemen worden gesproken. Vandaar dat hij spreekt van 'een partijtje ongeregeld'.²⁴⁴ Samen vormen deze deelsystemen onderdelen van het privaatrecht. Van Delden verzet zich tegen de functionele benadering van Timmerman waarbij de onderneming als verschijnsel centraal gesteld wordt inclusief de (sociaal-)economische aspecten.²⁴⁵

²⁴¹ Ph.H.J.G. van Huizen, *Inleiding handelsrecht*, p. 5.

²⁴² R. van Delden, 'Handelsrecht een partijtje ongeregeld?', in: *Haven en handel*, Deventer 1992, p. 1-18.

²⁴³ J.E.M. Akveld e.a., *Hoofdstukken handelsrecht*, 1e druk, Deventer 1989 (2e druk, Deventer 1993; 3e druk, Deventer 1996).

²⁴⁴ R. van Delden, 'Handelsrecht, een partijtje ongeregeld?', p. 6.

²⁴⁵ L. Timmerman, 'Bezinning op het handelsrecht', *TVVS* 1990, p. 1-5.

'Functionele rechtsgebieden of aandachtsgebieden zijn zelf geen rechtssystemen. Wetenschap, ook de rechtswetenschap, behoort een systematische explicatie van bijeenhorende verschijnselen van soortgelijke aard – wat betreft de rechtswetenschap van rechtsverschijnselen – te zijn. Wat het traditionele handelsrecht als een verzameling van privaatrechtelijke rechtsfiguren betreft, kan dit slechts door terug te grijpen op de begrippen en categorieën van het algemene privaatrechtelijke vermogensrecht.²⁴⁶

De conclusie van Van Delden is dat het handelsrecht geen autonoom rechtsgebied meer is. Waarom het toch nog door sommigen als iets bijzonders wordt gezien is niet meer dan een kwestie van mentaliteit en sfeer. Er is niet één noemer te formuleren waarop alle rechtsvormen die tot het handelsrecht worden gerekend kunnen worden gebracht. Het blijft in zijn ogen dus een 'partijtje ongeregeld'.

Haak

K.F. Haak bespreekt in zijn inaugurele rede de vraag of het handelsrecht en het burgerlijk recht na de invoering van het nieuwe vermogensrecht op 1 januari 1992 één geheel zijn gaan vormen.²⁴⁷ 'Heeft de annexatie van het handelsrecht ook geleid tot assimilatie in het nieuw privaatrecht?', zo vraagt Haak zich af.²⁴⁸ Hij richt zich bij de beantwoording van deze vraag volledig op de figuur van de expediteur.

Haak constateert dat expeditie in enge zin geheel door artikel 8:60 e.v. BW wordt beheerst en niet valt onder titel 7:7 BW betreffende de opdracht. Expeditie in ruime zin valt wel onder opdracht, lastgeving en eventueel zelfs bewaarneming. Het is echter in de praktijk niet eenvoudig de grens tussen beide categorieën te bepalen. Hij pleit daarom de expeditieovereenkomst als een gemengde overeenkomst in de zin van artikel 6:215 BW te zien. Hij concludeert dat van het streven van de wetgever naar assimilatie tussen burgerlijk recht en handelsrecht met betrekking tot de expeditieovereenkomst niet is gebleken. Gezien het dubbele karakter van de expeditie (zowel doen vervoeren, als zelf vervoeren) had het volgens Haak voor de hand gelegen het contract in titel 7 van Boek 7 te regelen, als species van de opdracht.²⁴⁹

²⁴⁶ R. van Delden, 'Handelsrecht, een partijtje ongeregeld?', p. 10.

²⁴⁷ K.F. Haak, *De expediteur: een grensgeval*, inaugurele rede Erasmus Universiteit Rotterdam 1992, Zwolle 1992.

²⁴⁸ K.F. Haak, *De expediteur: een grensgeval*, p. 2.

²⁴⁹ K.F. Haak, *De expediteur: een grensgeval*, p. 18.

In de derde druk van het Rotterdamse studieboek *Hoofdstukken handelsrecht* sluit Haak aan op zijn conclusie van zijn oratie.²⁵⁰ Het eigene van het handelsrecht zit volgens Haak in het bijzonder in de doordrenking met internationaal recht afkomstig van verdragen, richtlijnen, standaardvoorwaarden en gewoontes, welke kunnen worden aangeduid als *Lex Mercatoria*.²⁵¹ Naast de internationale dimensie dicht Haak het handelsrecht een grotere dynamiek toe en noemt hij het beginsel van rechtszekerheid als derde verschil met het burgerlijk recht. De gedachte dat het nieuwe Burgerlijk Wetboek het boegbeeld van integratie van burgerlijk en handelsrecht zou zijn, is volgens Haak inmiddels al weer passé.²⁵²

Haak heeft in 1997 het bestaansrecht van het handelsrecht gezocht in een andere toepassing van de redelijkheid en billijkheid.²⁵³ Daartoe heeft hij een aantal typisch handelsrechtelijke casus besproken, waarin – op een uitzondering na – de rol van de goede trouw, resp. de redelijkheid en billijkheid tot een absoluut minimum beperkt blijft. Haak komt dan tot de conclusie dat risico's in commerciële contracten ingeschat en afgedekt behoren te worden. In het zakelijke en op rechtszekerheid gebaseerde (internationale) handelsverkeer speelt de redelijkheid en billijkheid in vergelijking met andere delen van het privaatrecht nauwelijks een rol van betekenis.²⁵⁴ Hij voegt daar (de hartekreet?) aan toe: 'Zou het handelsrecht dan toch nog enig bestaansrecht hebben?'

Dit is in zoverre een opvallend standpunt, hoe overtuigend ook naar voren gebracht, dat juist van oudsher de goede trouw in het handelsrecht een overheersende rol heeft gespeeld.

'Ce droit imposé par les besoins économiques, est avant tout *respectueux des conventions privées* et il est imprégné de la considération de la *bonne foi*.'²⁵⁵

In Nederland was het onder anderen J.A. Levy die juist in het handelsrecht een belangrijk rol voor de goede trouw zag weggelegd; zie hierboven bij de bespreking van de preadviezen van de NJV in 1883. En bij de totstandko-

²⁵⁰ K.F. Haak, 'Inleiding', in: *Hoofdstukken handelsrecht*, 3e druk, Deventer 1996, p. 1-5.

²⁵¹ Zie over de *Lex Mercatoria* de tot handboek bewerkte dissertatie van F. de Ly, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Amsterdam-London-New York-Tokyo 1992.

²⁵² K.F. Haak, *Hoofdstukken handelsrecht*, p. 5.

²⁵³ K.F. Haak, Redelijkheid en billijkheid in het handelsrecht, in: *Recht in bedrijf*, SI-EUR-reeks deel 16, [Arnhem] 1997, p. 107-120.

²⁵⁴ K.F. Haak, Redelijkheid en billijkheid in het handelsrecht, p. 119.

²⁵⁵ G. Ripert/R. Roblot, *Traité de droit commercial*, 15e druk door M. Germain, Paris 1993, p. 11.

ming van het Wetboek van Koophandel hebben we gezien dat het Tweede-Kamerlid J.C. Hooft als argument tegen een apart handelswetboek stelde 'dat de handel als het ware boven de wet is verheven, en dat wel voornamelijk dáárom, omdat dezelve alleen is eene toepassing der goede trouw'.²⁵⁶ Ook Molengraaff heeft zich in dezelfde zin uitgelaten: '... niet alleen de handel, maar het geheele verkeer verlangt een recht, dat vrijheid ademt en eene sanctie is van de goede trouw'.²⁵⁷ Voor een diepgaande behandeling van dit onderwerp verwijs ik naar het preadvies van M.M. Mendel.

Hartkamp

Tijdens een colloquium in Tsjechië in 1994 weegt A.S. Hartkamp in een voordracht de voor- en nadelen van de het onderscheid tussen handelsrecht en burgerlijk recht.²⁵⁸ Hij komt – zonder het met zoveel woorden te zeggen – tot een positief oordeel, gebaseerd op een aantal conclusies, namelijk dat er sprake is van 'verhandelsrechtelijking' (*commercialisation*) van het burgerlijk recht²⁵⁹, dat handelsrechtelijke uitzonderingsregels beter zijn ingebed in het systeem van het privaatrecht, dat ook het consumentenrecht is geïncorporeerd in het Burgerlijk Wetboek, dat het onderscheid tussen al dan niet in uitoefening van beroep of bedrijf handelende personen minder verstorend is dan het oude onderscheid tussen kooplieden en niet-kooplieden, dat de mogelijkheden om detaillisten te beschermen tegen machtige ondernemingen groter zijn en dat tot slot uitzonderingen eerder analoog zullen worden toegepast mede gezien de ruimte die open normen als de redelijkheid en billijkheid bieden. In het algemeen acht Hartkamp het onderscheid tussen burgerlijk en handelsrecht echter achterhaald.²⁶⁰

²⁵⁶ Voorduyn, *Geschiedenis en beginselen* VIII, p. 20, 21; Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen* WvK II, 1e ged., p. 39; *Stcrt.* 15 februari 1826, nr. 39.

²⁵⁷ *Handelingen der NJV* 1883, I, p. 325.

²⁵⁸ A.S. Hartkamp, 'The relationship between civil law and commercial law', *Reform of civil law in Europe: Legal rules required in a market economy*, Report to the XXIVth Colloquy on European Law, Council of Europe/Conseil de l'Europe, Strasbourg 1994; tevens verschenen in: *Drie treden: Over politiek, beleid en recht* (De Ruiter-bundel), Zwolle 1995, p. 315-323.

²⁵⁹ Zie over dit onderwerp ook J.B.M. Vranken, 'De verhandelsrechtelijking van het privaatrecht. Over differentiatie en schaalvergroting', in: *Handelsrecht tussen 'koophandel' en Nieuw BW*, Deventer 1988, p. 245-258.

²⁶⁰ Zie ook A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, Mon. Nieuw BW A-1, 2e druk, Deventer 1990.

5.4 *Tussenconclusie*

Te groot voor een servet, maar te klein voor een tafellaken. Het handelsrecht heeft door de eeuwen heen geworsteld met zijn identiteit en de plaats die het innam binnen het recht. Het ging hierbij in het bijzonder om de verhouding tot het burgerlijk recht. Is het handelsrecht een servet op een burgerrechtelijk tafellaken, of is het een zelfstandig kleed waarmee de commercie zich kan tooien, dan wel beschermen? Alvorens hier tussen te kiezen is het geruststellend te weten dat in verschillende historische periodes over deze vraag op legitieme gronden volstrekt tegenovergestelde gedachten zijn ontwikkeld. In het Romeinse recht maakte men geen principieel onderscheid tussen handelsrecht en burgerlijk recht, de Franse wetgever deed dat wel, resoluut en consequent, en Molengraaff en in zijn voetspoor de Nederlandse wetgever kwamen er weer op terug.

De voor de verschillende standpunten aangevoerde argumenten zijn de revue gepasseerd. Een eenduidige conclusie lijkt onontkoombaar. De slinger beweegt zich momenteel nog steeds in de richting van verdergaande integratie. Binnen afzienbare tijd zullen de laatste onderdelen van het Wetboek van Koophandel (betreffende onder andere het verzekeringsrecht en het wisselen en chequerecht) als bijzondere overeenkomsten deel gaan uitmaken van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Niemand vraagt hedentendage om een aparte procesgang voor handelszaken en, wat het belangrijkste is, de grondslag van het handelsrecht is onomstreden. Het zijn de burgerrechtelijke beginselen van het overeenkomstenrecht, het aansprakelijkheidsrecht etc. die ook het handelsrecht schragen. Wat daar als handelsrechtelijke bovenbouw op wordt ontwikkeld rust derhalve op een burgerrechtelijk fundament. Gezien de radicale omslag die zich in de negentiende eeuw in Nederland heeft voltrokken is het gewaagd hierover een voorspelling te doen, maar ik verwacht dat dit niet zal veranderen. Het is niet goed voorstelbaar dat het handelsrecht ooit nog een volledig zelfstandig en los van het burgerlijk recht staand eigen geheel van regels zal vormen.

En toch is dit niet het hele verhaal. De slingerbeweging naar volledige integratie is weliswaar nog aan de gang, maar de tegenbeweging is reeds gestart. Niet om een eigen wetboek voor het handelsrecht te maken, noch om het handelsrecht los te weken van het burgerlijk recht, maar om aandacht te vragen voor de bijzondere positie die een commercieel bedrijf, c.q. een consument in het rechtsleven inneemt. Wanneer het Wetboek van Koophandel in het Burgerlijk Wetboek is opgegaan, zullen alle handelsrechtelijke bijzondere overeenkomsten een plaats hebben gevonden in de boeken 7 en 8 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. De relatie tussen de handelsrechtelijke

en de burgerrechtelijke materie zal vanaf dat moment sterker zijn dan ooit sinds beide gebieden onderscheiden zijn. Het handelsrecht is dan van een burgerrechtelijke grondslag voorzien. Niet alleen doordat de handelsrechtelijke bijzondere overeenkomsten dan deel uitmaken van het Burgerlijk Wetboek, maar ook doordat een groot aantal algemene vermogensrechtelijke leerstukken door middel van schakelbepalingen van toepassing is verklaard op andere rechtsverhoudingen. Deze nieuwe situatie roept veel vragen op die nog op nader onderzoek wachten. Om iets te noemen: hoe verhoudt artikel 6:258 BW betreffende onvoorziene omstandigheden zich tot de artikelen uit Boek 8, waarin ook van wijziging van omstandigheden gerept wordt? Niemand verwacht overigens onoverkomelijke problemen van deze integratie van het handelsrecht en het burgerlijk recht. Dit komt mijns inziens doordat het burgerlijk recht sinds het midden van de vorige eeuw een stuk 'losser' is geworden. Zo zijn alle schakelbepalingen uit het nieuwe Burgerlijk Wetboek voorzien van de clausule 'tenzij de aard van de rechtsverhouding zich tegen analoge toepassing verzet', of woorden van gelijke strekking. Tevens moet artikel 6:2 BW niet uit het oog worden verloren. Met dit artikel heeft de wetgever bij voorbaat de rechter een instrument in handen gegeven om elk als ongewenst beschouwd resultaat van toepassing van het Burgerlijk Wetboek te voorkomen. Met behulp van dit middel is de rechtsvinding – om met G.J. Wiarda te spreken – volledig geautonomiseerd en kan altijd rekening gehouden worden met de aard van de rechtsverhouding waarop een privaatrechtelijke regel toegepast zou moeten worden. Het is aan de doctrine de mogelijkheden van dit criterium te onderzoeken en te concretiseren zodat de praktijk niet in het duister hoeft te tasten. Een prima aanzet daartoe is gegeven door Tjittes in zijn onderzoek naar de hoedanigheid van contractspartijen. Ik beschouw de vraag naar de hoedanigheid als een deel van het meer algemene onderwerp 'aard van de rechtsbetrekking'. Dit criterium biedt alle mogelijkheid rekening te houden met een eventuele handelsrechtelijke achtergrond. Onderscheiden kan dan worden de betrekking tussen een grondstofleverancier en een producent, tussen producenten onderling en tussen een producent en een consument met nog een in beginsel oneindig aantal mogelijke schakels daartussen. Afhankelijk van de schakel kan rekening gehouden worden met verschil in economische macht, strekking van de wetgeving, oogmerk van partijen, risicoverdeling en dergelijke.

Het handelsrecht mag dan opgegaan zijn in het burgerlijk recht, het ondernemingsrecht en het consumentenrecht zijn daarvoor in de plaats gekomen.

6. Wat dacht men in 1899 over de toekomst van het handelsrecht?

'Waarom ons niet herinnerd, dat het juist het wezen van historische beschouwing is, om zich naar believen elk willekeurig tijdpunt uit het verleden als een heden voor te stellen, het uit den eeuwig vlietenden stroom van het voorbijgegane een oogenblik op te visschen als een parel uit diep water?'

J. Huizinga, *Hoe bepaalt de geschiedenis het heden?*, p. 31.

Indachtig deze uitspraak van de grootste historicus uit de Nederlandse geschiedenis, is het natuurlijk een goede gedachte bij een discussie over de toekomst van het handelsrecht te kijken wat rond het begin van de vorige eeuw over de toekomst van het handelsrecht werd gedacht en geschreven. Helaas valt de oogst tegen. In de rechtswetenschappelijke literatuur van rond 1900 werd niet of nauwelijks vooruit gekeken in de zin en op de manier waarop wij dat afgelopen jaar deden en ook nu nog doen. Wel heeft men, in het bijzonder tijdens en naar aanleiding van de debatten op de NJV-vergaderingen (sinds 1870 toen de NJV werd opgericht)²⁶¹, af en toe een wens voor de toekomst uitgesproken. Zo schreef J.P. Moltzer in 1884, naar aanleiding van het preadvies van Molengraaff: '... de stelling, door hem met zooveel talent verdedigd, was lang reeds mijn lievelingsdenkbeeld, de verwezenlijking daarvan ook mijn wensch voor de toekomst.'²⁶²

Maar dergelijke opmerkingen zijn natuurlijk inherent aan de opzet van de NJV waar men, althans in die tijd, gericht was op het verbeteren van de wetgeving. Allicht dat er dan wensen met betrekking tot de toekomst worden uitgesproken. Dat is echter iets anders dan het nadenken over het eigene van het handelsrecht bij de overgang naar een nieuwe eeuw.

Daar komt bij dat na de NJV-vergadering van 1883 er met betrekking tot het handelsrecht niet zo veel meer te wensen en te discussiëren was overgebleven. Met een overweldigende meerderheid hadden de preadviseurs het pleit in hun voordeel beslist. De spraakmakende juridische gemeenschap was van mening dat het handelsrecht niet in een aparte wet geregeld moest worden,

²⁶¹ J.H.A. Lokin, C.J.H. Jansen, *Tussen droom en daad, De Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1995*, Zwolle 1995.

²⁶² J.P. Moltzer, De samensmelting van ons burgerlijk en handelsrecht tot één algemeen modern verkeersrecht, *Themis* 1884, p. 173. En dezelfde, even verder: '... noch de gestelde vraagpunten, noch de gevoerde discussie waren, naar het mij voorkomt, met voldoende duidelijkheid gericht op de eigenlijke kern van het geheele vraagstuk - de eenheid van ons toekomstig privaatrecht'; *Themis* 1884, p. 174.

althans dat er geen aparte regelingen voor kooplieden en handelsdaden gehandhaafd zouden moeten worden. En daarmee was – voorlopig – het laatste woord over het eigene van het handelsrecht wel gezegd. Er was te weinig eigens, was de algemeen gedeelde mening. Het was verder aan de wetgever om de consequenties uit dit standpunt te trekken. En dat heeft de wetgever, om te beginnen met de Faillissementswet van 1893, ingevoerd in 1896, ook gedaan. Rond de eeuwwisseling was men dus veeleer bezig het negentiende-eeuwse, afzonderlijk geregelde handelsrecht op te heffen, dan dat men zich het hoofd brak over welke elementen, nadat het met het burgerlijk recht zou zijn geïntegreerd, nog de stelling zouden kunnen schragen dat het handelsrecht iets eigens heeft waarin het zich van het burgerlijk recht onderscheidt.

De ontwikkelingen rond de eeuwwisseling 1899/1900 gingen veeleer richting een verdere unificatie van het (internationale) privaatrecht.

Het zal geen toeval zijn geweest dat het juist ook weer Molengraaff was die dit volgende punt ter hand had genomen. In 1899 schreef hij een bijdrage in de *Gids* over *De dageraad van het wereldrecht*.²⁶³

Om te beginnen spreekt Molengraaff de verwachting uit 'dat er een wereldrecht in wording is, ook op het gebied van het burgerlijk recht'.²⁶⁴ Uit het direct daaraan voorafgaande kan worden opgemaakt dat hij in dit verband onder 'burgerlijk recht' ook het handelsrecht verstaat. Om te beginnen zou Molengraaff willen zien dat er in de nationale wetgevingen geen onderscheid meer gemaakt zou worden tussen vreemdelingen enerzijds en eigen onderdanen anderzijds. En verder is hij een voorstander van internationaalprivaatrechtelijke regels, aan de hand waarvan nationale rechters bevoegd worden om eventueel buitenlands recht toe te passen.²⁶⁵

Molengraaff legde dus veel meer de nadruk op de eenheid, dan op de verscheidenheid. Niet alleen pleitte hij in 1883 al voor het opheffen van het verschil tussen het handelsrecht en het burgerlijk recht, hij bepleitte dus ook op de rand van de nieuwe eeuw voor het opheffen van alle nationale verschillen, een ambitie waar we zelfs nu de Europese eenwording politiek en juridisch steeds meer gestalte krijgt, nog zeer voor terugschrikken; zie alle discussies rond de wenselijkheid en mogelijkheid van een Europees

²⁶³ W.L.P.A. Molengraaff, *De dageraad van het wereldrecht*, *De Gids* 1899, p. 89-113. Opgenomen in de *Molengraaff-bundel*, p. 713-737.

²⁶⁴ W.L.P.A. Molengraaff, *De dageraad van het wereldrecht*, p. 96/720.

²⁶⁵ *De dageraad van het wereldrecht*, p. 96/720.

burgerlijk wetboek. De algemene mening is dat dat momenteel absoluut 'niet opportuun' is. Het is alsof de tijd heeft stilgestaan, als je leest wat Molengraaff daar in 1899 over schreef:

'Alleen samenwerking kan tot éénheid leiden, alleen het collectief arbeiden een harmonischen bouw van het wereldrecht verzekeren. Deze waarheid wordt meer en meer erkend, maar tusschen het erkennen van het nut van samenwerking en het geven van toepassing van dit denkbeeld gaapt een wijde kloof. Tal van bezwaren van politieken en legislatieven aard staan in den weg; het nationaliteitsgevoel en het soevereiniteitsbeginsel, het onafhankelijkheidsbegrip en het verschil in rechtsopvattingen zijn even vele scheidende krachten, die den drang tot samenwerking wederstreven, het besef, dat alle staten deel uitmaken van één wereld-maatschappij en gezamenlijk geroepen zijn tot de handhaving der justitie in die wereld-maatschappij, te verzwakken en tegen te houden.'²⁶⁶

Desondanks constateert Molengraaff tot zijn eigen tevredenheid juist op het gebied van het handelsrecht in de tweede helft van de negentiende eeuw grote vooruitgang was geboekt wat betreft de eenmaking. En in zijn woorden klinkt duidelijk het optimisme door dat deze ontwikkeling in de nabije toekomst door zal zetten. Hij wijst onder andere op het Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch zoals dat tussen 1861 en 1865 in nagenoeg alle Duitse landen was aanvaard. Ook Oostenrijk nam het over, zij het met uitzondering van het zeerecht.²⁶⁷ En in de Skandinavische landen werden in de jaren tachtig en negentig grotendeels overeenstemmende wetten inzake het wisselrecht, het zeerecht, de handels- en fabrieksmerken en het cheque-recht opgesteld en ingevoerd. Hiertoe waren gemeenschappelijke commissies in het leven geroepen waarvan de ontwerpen door de respectievelijke nationale regeringen van Zweden, Noorwegen en Denemarken werden overgenomen. En ook het verdrag betreffende het goederenvervoer per spoorweg dat op 20 september 1890 was gesloten²⁶⁸ tussen Nederland, België, Frankrijk, Luxemburg, Duitsland, Zwitserland, Italië, Oostenrijk-Hongarije en Rusland werd door Molengraaff als een goed voorbeeld gezien dat in de nieuwe eeuw navolging verdiende. 'Eén recht is in de plaats gesteld van de verschillende landsrechten. In den volsten zin des woords vormen de

²⁶⁶ De dageraad van het wereldrecht, p. 97/721.

²⁶⁷ De dageraad van het wereldrecht, p. 101/725, waarna direct volgt: 'Op deze wijze werd in een tijd, toen nog geen rijkswetgever de bevoegdheid had deze onderwerpen te regelen, eenheid van wisselrecht en van handelsrecht verkregen voor een gebied van de Adriatische Zee tot de Noordzee en van den Rijn tot de Memel en de Leitha, een gebied verdeeld onder een groot aantal zelfstandige wetgevende machten.'

²⁶⁸ Het verdrag trad op 1 januari 1893 in werking, op welk moment ook Denemarken toetrad.

toegetreden staten voor dit onderwerp één rechtsgebied.²⁶⁹ En is het toeval dat het de hoogleraar handelsrecht T.M.C. Asser is geweest die het initiatief heeft genomen tot de Haagse Conferenties met als doel het opstellen van eenvormige regels van internationaal privaatrecht? De eerste kwam in 1893, natuurlijk te Den Haag, bijeen en Asser was de voorzitter.

Molengraaff besluit zijn bijdrage als volgt:

'De codificatie van het internationaal privaatrecht zal de politieke eerbij van de groote mogendheden niet dooden, noch den strijd van economische belangen slechten, noch ook de mededingen op de wereldmarkt temperen, maar zij zal de rechtszekerheid bevestigen, het wereldverkeer vergemakkelijken, het besef van de eenheid der menschelijke maatschappij en van de rechtsgemeenschap der volkeren versterken. In de evolutie van het menschelijk geslacht een factor, waarvan de langzame en gestadige werking niet in het oog springt, maar die niettemin van grooten invloed is.'²⁷⁰

7. Conclusie

Het centrale onderwerp van dit preadvies betreft het eigen gezicht van het handelsrecht, of preciezer: Heeft het handelsrecht een eigen gezicht, en zo ja, hoe ziet dat er dan uit?

In het voorafgaande is een indruk gegeven van de geschiedenis van het handelsrecht. Hieruit blijkt dat door de eeuwen heen de beoefenaren van het handelsrecht moeite hebben gehad de inhoud en de omvang van hun rechtsgebied goed af te bakenen. Geconstateerd kan worden dat het handelsrecht in Nederland nooit een zelfstandig rechtsgebied is geworden. Met de invoering van het Wetboek van Koophandel is het geprobeerd, maar dit project is mislukt. Het Wetboek van Koophandel zal binnenkort geheel opgegaan in het Burgerlijk Wetboek, waarmee – in de woorden van Haak – het handelsrecht door het burgerlijk recht *geannexeerd* wordt. Wat er nu nog van de traditioneel handelsrechtelijke onderwerpen over is, is door Van Delden met een typisch Rotterdamse helderheid 'een zootje ongeregeld' genoemd.

De kern van wat tegenwoordig nog als handelsrecht wordt aangeduid betreft handelsverkeersrecht, rechtspersonenrecht en in ruimere zin ondernemingsrecht. Onder het handelsverkeersrecht zoals dat onder andere in Utrecht

²⁶⁹ De dageraad van het wereldrecht, p. 105/729.

²⁷⁰ De dageraad van het wereldrecht, p. 113/737.

gedoceerd wordt, vallen de klassieke handelsrechtelijke onderwerpen zoals het recht betreffende waardepapieren, vervoerrecht en verzekeringsrecht. Het rechtspersonenrecht betreft natuurlijk het recht van de NV en de BV, maar ook dat van stichtingen en verenigingen, wat niet typisch handelsrechtelijk van karakter is. Weliswaar kunnen ondernemingen in de vorm van een stichting gedreven worden (en dan zijn zij ook vpb-plichtig), maar bij afwezigheid van een winststreven zijn het a-typische ondernemingen. En verenigingen zijn hoogstens in de coöperatieve vorm verschijnselen van het economisch leven. Daarmee benaderen we wel de kern van de zaak. Deze wordt mijns inziens gevormd door het anders dan als consument/eindgebruiker deelnemen aan het economische verkeer. Wie dit doet, in welk verband en in welke vorm dan ook, betreedt de sfeer van het handelsrecht. Voor hem gelden afwijkende fiscale regimes, bepaalde registratie- en boekhoudplichten en afhankelijk van de specifieke verhouding aanvaardt hij een grotere aansprakelijkheid, deel van het handelsrisico. Zijn oogmerk is winst, zijn risico is verlies. Hiermee onderscheidt hij zich ten principale van een consument, die nooit winst kan maken en zijn 'verlies' beperkt tot hetgeen hij verbruikt.

Binnen honderd jaar is daarmee het perspectief volledig omgedraaid. In de negentiende eeuw werd de koopman onderscheiden van de niet-koopman; in de twintigste eeuw is het de consument die scherp gedefinieerd kan worden, waartegen de niet-consument kan worden afgezet. Gelukkig is dit niet langer een formeel onderscheid, zoals tussen kooplieden en niet-kooplieden. Nu is de hoedanigheid waarmee aan het rechtsverkeer wordt deelgenomen veeleer van belang voor de mate van bescherming die door het recht kan worden verleend, met als rode draad de bescherming van de zwakkere. Ik ben echter van mening dat deze bescherming niet aan iedere relatief zwakkere contractspartij toekomt. Consumenten bescherming? Prima. Maar het wordt al lastiger om kleine bedrijven tegen grotere bedrijven in bescherming te nemen. Pas wanneer de beginselen van de vrije mededinging in het geding zijn is er reden op te treden aangezien dan het goed functioneren van de economie op het spel staat.

Kortom, er is geen enkele behoefte het handelsrecht als apart rechtsgebied weer nieuw leven in te blazen. Wat we uit de geschiedenis van de negentiende en twintigste eeuw kunnen leren is dat formele categorieën, zoals koopman/niet-koopman en handelsdaad/niet-handelsdaad, meer problemen veroorzaken dan oplossingen bieden. Het is daarom veel beter slechts te onderscheiden naar de hoedanigheid waarin iemand aan het rechtsverkeer deelneemt, als particulier, als ondernemer of als overheid. Dit biedt de mogelijkheid afhankelijk van de verhouding (particulieren onderling,

particulier/ondernemer, particulier/overheid, ondernemers onderling, ondernemer/overheid, overheden onderling) strengere of minder strenge maatstaven aan te leggen. Het eigen gezicht van het handelsrecht komt dan tot uitdrukking in de afwijkende maatstaven aangelegd in het rechtsverkeer tussen ondernemers onderling.

De ondernemer, de consument en hun overeenkomsten

Mr A.C. van Schaick

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
DEPARTMENT OF CHEMISTRY
530 SOUTH EAST ASIAN AVENUE
CHICAGO, ILLINOIS 60607
TEL. 312-937-1234

1. Inleiding

Onze niet-autarkische, kapitalistische maatschappij bestaat van de uitwisseling van goederen en diensten. Het goederenverkeer vindt bij uitstek plaats door middel van *koopovereenkomsten*; geld – de koopsom – vereenvoudigt en versnelt de ruilhandel. Maar niet iedereen gebruikt de koopovereenkomst met hetzelfde doel. De eindverbruiker, de natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, wil door het sluiten van een koopovereenkomst een zaak aan zijn vermogen toevoegen. Voor hem is de koopovereenkomst een middel tot een nader te bepalen doel; zij staat in het teken van eigendomsvergarig. De consument streeft naar vermogens-*ophoping*. Voor de handelaar, degene die een koopovereenkomst sluit in de uitoefening van een beroep of bedrijf, ligt dat anders. Hij wil de zaak die hij koopt, tegen een hogere prijs doorverkopen, of haar gebruiken ten behoeve van zijn onderneming, dus ten behoeve van de winstgevende verkoop van andere zaken. De koopman, handelaar, ondernemer streeft geen vermogens-*ophoping* na. Hij koopt en produceert met het oog op wederverkoop, hij beoogt vermogens-*verschuiving*. De koopovereenkomst is voor de handelaar een doel op zichzelf, zij verschafft hem de koopsom, en daarmee zijn winst, zijn inkomen.

De ondernemer koopt met het oog op wederverkoop. Dankzij de eigendomsverkrijging die van zijn aankoop uiteindelijk het gevolg is (art. 7:1 jo. art. 3:84 lid 1), heeft de ondernemer het recht de zaak te vervreemden en kan hij zijn winst oogmerk realiseren. Maar we weten niet op voorhand waarom de particulier een zaak koopt. Ook hij verwerft door de overdracht van de zaak de eigendom. Maar deze eigendomsverkrijging is een opstap naar de bevrediging van motieven die, anders dan het winstbejag van de ondernemer, vaak niet direct kenbaar zijn. Welk aspect van de eigendom – immers het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben (art. 5:1) – is voor de particulier doorslaggevend? Wat beweegt hem tot de aankoop van een schilderij? Vindt hij het mooi en wil hij ervan genieten? Verzamelt hij de werken van de schilder aan wie het schilderij wordt toegeschreven? Ziet hij het schilderij als een beleggingsobject? Wil hij het schenken aan zijn goede vriend die gaat trouwen? Hebben geesten hem bevolen het schilderij te kopen? Van die motieven wil de verkoper – meestal een ondernemer – gewoonlijk zo min mogelijk weten. In het algemeen is de verkoper slechts geïnteresseerd in de totstandkoming van de koopovereenkomst en zijn daaruit voortvloeiende recht op betaling van de koopsom (cf. art. 7:1).

De ondernemer streeft naar omzetgroei en winststijging en daarom naar kostenreductie, schaalvergroting, en standaardisering van producten en afnemers. Het is het belang van de ondernemer dat de overeenkomst op snelle en eenvoudige wijze tot stand komt – liefst door middel van een door hem voorgeformuleerd, kant-en-klaar aanbod dat zijn wederpartij door een simpel jawoord aanvaardt (cf. art. 6:217 BW) – en wordt afgewikkeld. Het is het belang van de ondernemer dat de koopovereenkomst een beperkte inhoud heeft die eenvoudig kenbaar is en waaraan zijn wederpartij weinig rechten ontleent. Des te kleiner is de kans dat er achteraf met succes over de overeenkomst wordt gezeurd en dat de vermogensverschuiving ongedaan moet worden gemaakt. De ondernemer is erbij gebaat als alle overeenkomsten die kenmerken hebben. Als hij gebruik kan maken van algemene voorwaarden, kan de ondernemer zijn aanbod en daarmee de overeenkomsten die hij sluit, uniformeren, tegen condities die hem op voorhand een gunstige rechtspositie verschaffen. Hoe sneller en eenvoudiger een overeenkomst tot stand komt en wordt afgewikkeld, hoe meer overeenkomsten hij kan sluiten. Aldus realiseert de ondernemer een grotere omzet en meer winst. De ondernemer heeft in het algemeen geen belang bij onderhandelingen over de inhoud van de overeenkomst, laat staan dat hij er belang bij zou hebben dat de overeenkomst gemakkelijk wegens een wilsgebrek zou kunnen worden vernietigd of wegens non-conformiteit zou kunnen worden ontbonden. Hij heeft geen behoefte aan een discussie over de wederzijdse bedoelingen met betrekking tot de uitwisseling. Zijn eigen bedoelingen zijn immers per definitie bekend. Naarmate de wederzijdse bedoelingen van partijen bij een overeenkomst belangrijker worden, wordt de voorsprong van de ondernemer op de particulier kleiner.

Het belang van de ondernemer botst met dat van de particulier. Voor de laatste is de koopovereenkomst een middel tot een nader te bepalen doel. Daarom is zijn belang juist dat overeenkomsten traag en moeizaam tot stand komen. Hindernissen in de totstandkomingsfase van de overeenkomst dwingen de aspirant-koper tot heroverweging van zijn beslissing, zodat hij zoveel mogelijk zekerheid krijgt dat de overeenkomst aan het achterliggende doel beantwoordt. Vormvoorschriften en informatieverplichtingen leiden tot nader onderzoek naar de werkelijke wil van de particulier en voorkomen zo dat hij de overeenkomst overhaast aangaat, wellicht met de consequentie dat hij de overeenkomst niet of slechts tegen gunstiger condities wil sluiten. Men denke aan art. 7A:1719 BW, dat aan de formele schenking de eis van een authentieke akte stelt, of aan art. 7:2 NBW, op grond waarvan de koop van een woning door een particulier aantastbaar zal zijn als zij niet schriftelijk wordt aangegaan. Vormvoorschriften beschermen de particulier, maar

remmen tegelijkertijd de goederenomloop af¹. Onderhandelingen bewerkstelligen dat de motieven die de consument tot de koop van een zaak bewegen, aan de verkoper bekend of kenbaar worden. Daardoor worden ze onderdeel van de inhoud van de overeenkomst. Frustratie van die motieven kan dan aanleiding geven tot vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling of bedrog, of tot ontbinding wegens non-conformiteit. En als de specifieke beweegredenen van de consument zich in de overeenkomst consolideren, krijgt deze een veelomvattende inhoud én het individuele, unieke karakter zoals dat in de achttiende- en negentiende-eeuwse literatuur werd voorzien.

De voortgaande maatschappelijke ontwikkelingen staan aan een permanent evenwicht tussen de belangen van de ondernemer en de consument in de weg. In sommige periodes wordt aan het goederenverkeer groter belang gehecht dan in andere periodes, waarin de belangen van de particulier meer op de voorgrond staan. De belangentegenstelling tussen ondernemer en particulier wordt niet altijd onderkend. Daardoor berusten opvattingen van schrijvers, beslissingen van rechters of maatregelen van de wetgever nogal eens op een *petitio principii*.

2. De relativiteit van de scheiding van handelsrecht en burgerlijk recht

Als het belang van het goederenverkeer de boventoon voert, constateert men dat het burgerlijk recht vercommercialiseert. Burgerlijk recht en handelsrecht groeien naar elkaar toe en kunnen zelfs tot één rechtsgebied integreren. Zo'n ontwikkeling heeft zich in de loop van de negentiende eeuw ingezet, toen door de voortschrijdende industrialisering de behoefte groeide aan een minder statisch burgerlijk recht. Aan het eind van die eeuw werd de relativiteit van de scheiding tussen handelsrecht en burgerlijk recht manifest.

¹ Cf. Motive zum Allgemeinen Theile des BGB, blz. 180 (= Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I: Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, Berlin, 1899 (Neudr. Aalen, 1979), blz. 451): "Der Hauptgrund, der gegen den Formzwang spricht, ist die damit verbundene Verkehrserschwerung. Der Verkehr erfordert gegenwärtig mehr denn je Bewegungsfreiheit..."; Coninck Liefsting, Algemene beginselen van de leer der regts geldigheid van verbindtenissen uit overeenkomst, zooals zich die in het Romeinsche Regt gevormd en later in Europa ontwikkeld heeft, 's-Gravenhage, 1890, blz. 282 e.v.: "De snelheid, waarmede het verkeer plaats heeft, laat geen tijd, om zich met de lastige tijdroovende formaliteiten van vroegere tijden in te laten (...). In eene eeuw, waarin tijd geld is, moet men de verbindbaarheid van overeenkomsten niet van tijdroovende vormen doen afhangen."

Levin Goldschmidt² schreef in 1891:

"Das allgemeine bürgerliche Recht kann nämlich mehr oder weniger den eigenthümlichen Bedürfnissen des Handels entsprechen. Je mehr dies der Fall ist, um so weniger bedarf der Handel eines Sonderrechts und umgekehrt."

Goldschmidts leerling Rießer omschreef het als volgt³:

"Wenn das Civilrecht mitunter wohl im Bewußtsein gut vollbrachten Tagewerks den Schlaf des Gerechten, des bonus pater familias, schläft, dann ist es das Handelsrecht, welches zur rechten Stunde den Weckruf erschallen läßt, damit nicht jenes den Sonnenaufgang des jungen Tages verschlafe. Es ist der untrügliche Wegweiser, der kühne Pionier des bürgerlichen Rechts auf den verschlungenen Wegen des Verkehrs, es ist der Jungbrunnen des bürgerlichen Rechts, aus dem das letztere stets frische Kraft und neue Gedanken schöpft."

In de opvatting van Goldschmidt en Rießer voedt het handelsrecht het burgerlijk recht in een onophoudelijk proces. De maatschappelijke ontwikkelingen creëren een voortdurende behoefte aan nieuwe, bijzondere handelsrechtelijke normen, die na verloop van tijd worden overgenomen in het burgerlijk recht, dat daardoor doorlopend vercommercialiseert⁴. Die opvatting spreekt ook in onze tijd aan. Men denke aan de voortgaande commercialisering van dienstverlening die vroeger als vriendendienst werd gezien, zoals lastgeving, (ver)bruikleen, bewaarneming, oppas en kinderopvang, en aan relatief nieuwe, benoembare commerciële contracten als distributie, leasing, factoring, franchising, catering, training, sponsoring, marketing, merchandising⁵, die in de toekomst ook wel op enigerlei wijze naar het burgerlijk recht zullen doorwerken. Niettemin verdient de opvatting van Goldschmidt en Rießer enige nuancering. De door hen bedoelde voortdurende vercommercialisering⁶ van het burgerlijk recht is zeker niet ook een

² Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, 1. Lieferung, Stuttgart, 1891, blz. 1.

³ Rießer, *Der Einfluß handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich*, Stuttgart, 1894, blz. 71.

⁴ Cf. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Stuttgart, 1965, blz. 56 e.v. Cf. voor Nederland Lichtenauer, *Burgerlijk recht en handelsrecht*, in: *Rechtskundige opstellen aangeboden aan Meijers*, Zwolle, 1935, blz. 337 e.v.; Offerhaus, *Geschreven en ongeschreven handelsrecht*, Haarlem, 1941.

⁵ B.v. Santini, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Bologna, 1988, blz. 413 e.v.

⁶ Rießer, *Der Einfluß handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines Bürgerlichen*

voortdurende *objectivering* van het burgerlijk recht. Hierna zal blijken dat handelsrecht en burgerlijk desintegreren in periodes waarin het belang van de consument hoger wordt aangeslagen dan het belang van de ondernemer. Zij ontwikkelen zich dan tot meer autonome rechtsgebieden; in zekere zin *decommercialiseert* het burgerlijk recht zelfs. In die periodes kan de integratie van handelsrecht en burgerlijk recht, die in de negentiende en twintigste eeuw in Zwitserland, Italië en Nederland is gerealiseerd, problemen oproepen.

3. Vercommercialisering van het burgerlijk recht

3a. Startpunt: de Franse Code civil en Code de commerce

In de Franse combinatie van Code civil (1804) en Code de commerce (1807) wordt de belangentegenstelling tussen particulier en handelaar nog overwegend opgelost in het voordeel van de particulier. Weliswaar creëert de Code civil door zijn enkelvoudig eigendomsconcept en gesloten systeem van zakelijke rechten, essentiële voorwaarden voor de goederenomloop⁷, maar hij is nog het wetboek van de particulier, de eigenaar; de Code civil stelt de eigendom centraal. Ook de overeenkomst is aan de eigendom ondergeschikt. Zij wordt gezien als één van de 'différentes manières dont on acquiert la propriété' (art. 1101 e.v. Cc). En bij deze overeenkomst draait alles om de wil van partijen; niet denkbaar is dat zij zonder die wil tot stand komt. De wil van het individu heeft in de Code civil zelfs zo'n groot belang, dat de enkele wilsovereenstemming, ingevolge art. 1138, art. 1583 en art. 938 Cc⁸,

Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, cit., blz. 14 noot 3: "Unter Kommerzialisierung des bürgerlichen Rechts verstehe ich: a) Die Aufnahme solcher Gedanken und Rechts-sätze in das bürgerliche Recht, welche, wenn auch nicht immer rein handelsrechtlichen Ursprungs, doch im Handelsverkehr und Handelsrecht zuerst zu entschiedener Anerkennung und zu spezieller Ausgestaltung gelangt sind (...). b) Die Unterstellung von Rechtsinstituten und Rechtsverhältnissen, die an sich dem bürgerlichen Recht angehören, unter die Herrschaft des Handelsrechts."

⁷ Cf. Barcellona, *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*, Napoli 1987, blz. 225 e.v.

⁸ Art. 1138 Cc fr.: L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste au risques de ce dernier."

Art. 1583 Cc (koopovereenkomst): "Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé."

de eigendom direct doet overgaan⁹. Daarmee is tegelijkertijd gewaarborgd dat de uitwisseling van goederen wordt gefrustreerd als de overeenkomst onder invloed van een wilsgebrek tot stand is gekomen.

De belangen van de *handelaar* komen beter tot hun recht in de Code de commerce van 1807. Dit wetboek doorbreekt de onderschikking van de overeenkomst aan de eigendom. Het stelt de *mobiele* rijkdom centraal, die wordt vergaard door de speculatieve eigendomsovergang, en daarmee door de overeenkomst (handelstransactie) zelf. De Code de commerce berust naar zijn uitgangspunt¹⁰ op de zogenaamde *unificatietheorie*¹¹ die leert dat handelsrecht en burgerlijk recht van dezelfde beginselen uitgaan en dat er dus naast het algemene burgerlijk recht geen plaats is voor een *autonome* discipline bestemd tot regulering van de bijzondere activiteiten van de handelaar¹². Het is dan ook niet de strekking van de Code de commerce om een exclusief, op zelfstandige beginselen berustend rechtstelsel voor een aparte maatschappelijke klasse van handelaren te creëren¹³. Georges Ripert¹⁴

Art. 938 Cc (schenking): "La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition."

⁹ Zo b.v. ook art. 1125 Cc it.1865 en art. 1376 Cc it.1942; art. 715, 716 Cc port.1867 en art. 408 Cc port.1967. Zie daarover Windscheid, *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Düsseldorf, 1847 (Nachdr. Frankfurt am Main, 1969), blz. 335 e.v. "Wenn man diesen Artikel zuerst liest, so glaubt man kaum seinen Augen trauen zu dürfen. Die Bloße Uebernahme der Verpflichtung, eine Sache zu geben, auszuliefern, macht den Gläubiger zum Eigenthümer?!" Art. 981 van het Spaanse voorontwerp berustte eveneens op art. 1138 Cc fr. Krachtens het uiteindelijke art. 609 Cc esp. echter gaat, zoals in het Nederlandse, Oostenrijkse en Zwitserse recht, de eigendom slechts over door de zakelijke overeenkomst. Zie voor een bespreking op dit punt van het Franse, Spaanse en Portugese recht en het recht van een aantal Latijns-Amerikaanse landen Röthlisberger, *Traditionsprinzip und Konsensprinzip bei der Mobiliarübereignung. Eine vergleichende Untersuchung zu den iberischen und latein-amerikanischen Kodifikationen*, Zürich, 1982. Zie recent Camardi, *Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, Milano, 1999.

¹⁰ Cf. Raisch, *Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert*, Stuttgart, 1962, blz. 46 e.v.

¹¹ Cf. Cian, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, *Rivista di diritto civile* 1974, vol. I, blz. 526.

¹² Cf. Molengraaff, *Is het noodzakelijk of wenschelijk tussen handelsrecht en burgerlijk recht te onderscheiden en ze tot voorwerpen van afzonderlijke wettelijke regeling te maken?* Preadvies voor de Nederlandsche Juristen-Vereeniging, 1883, (gedeeltelijk opgenomen in de Molengraaff-bundel, Zwolle, 1978, blz. 3 e.v.), blz. 254: "Innerlijk verschil bestaat er alleen dan, wanneer aan gelijksoortige rechtshandelingen verschillende rechtsgevolgen verbonden worden..."

¹³ Cf. Raisch, *Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht*, cit., blz. 20 e.v., blz. 47. Teti, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano, 1990, blz. 23 e.v.

heeft dat in zijn boek 'Aspects juridiques du capitalisme moderne' als volgt verklaard:

"Le droit commun qui est inscrit dans notre Code civil de 1804, c'est bien le droit de la société moderne née de la Révolution, mais c'est pourtant le droit de l'exploitation rurale du XVIIIe siècle. L'objet de leur préoccupation est uniquement la propriété foncière affranchie de la directe seigneuriale. Les contrats dont ils donnent les règles ce sont les contrats que notre Ancien droit a hérités de Rome: la vente et le louage sont ceux des immeubles, la société est d'un ancien mode, le louage des ouvriers est assimilé à celui des domestiques. Pour tout ce qui touche la vie des affaires, le Code renvoie aux usages du commerce. C'était si insuffisant que, quatre ans plus tard, et sans se laisser arrêter par le grand principe de l'égalité devant la loi, on fit un Code pour les commerçants sans oser d'ailleurs dire qu'on rétablissait ainsi un droit professionnel."

In een *subjectief* systeem wordt de toepasselijkheid van het handelsrecht afhankelijk gemaakt van bijvoorbeeld het lidmaatschap van een bepaalde beroepsgroep (gilde) of een inschrijving in een register. Dat zou in het postrevolutionaire Frankrijk onaanvaardbaar zijn geweest. Art. 1 van de Code de commerce formuleerde dan ook een *objectief* criterium¹⁴:

"Commerçants sont ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle.

Door deze regel was het wetboek in abstracto op elk rechtssubject van toepassing. Bepalend voor zijn toepasselijkheid was de aard van de

¹⁴ Cf. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2me éd., Paris, 1951, blz. 16. Cf. Molengraaff, Is het noodzakelijk of wenschelijk tussen handelsrecht en burgerlijk recht te onderscheiden en ze tot voorwerpen van afzonderlijke wettelijke regeling te maken? cit., blz. 256, blz. 277 e.v.

¹⁵ Het Pruisische ALR van 1794 voorzag in Deel 2, titel 8, § 475 e.v., ook in een uitgebreide regeling voor het handelsrecht (waarover Raisch, *Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht*, cit., blz. 34 e.v.), maar ging uit van een *subjectief* (gilden)systeem. Zoals geldt voor de Code civil is ook de invloed van de Code de commerce op de Europese wetgeving veel groter geweest dan het ALR. Het *objectieve* systeem van de Code de commerce heeft echter slechts navolging gevonden in het Nederlandse Wetboek van Koophandel van 1838, de Griekse *Emporikos Kodikas* van 1835 en de Italiaanse *Codice di commercio* van 1865. Cf. Raisch, op. cit., blz. 55 e.v.

transactie, de objectieve handelsdaad¹⁶. De aard van de handeling bepaalde – althans in beginsel¹⁷ – de kwaliteit van het rechtssubject (koopman) en niet omgekeerd. Door zijn oriëntatie op de handelsdaad bevestigde de Code de commerce het gelijkheidsbeginsel, en garandeerde het wetboek aan ieder rechtssubject vrijheid van economisch initiatief en vrije toegang tot de markt¹⁸. Omdat de Code de commerce materieel slechts aanvullend recht bevatte, ontstonden collisionproblemen alleen op het formele vlak, met name op het gebied van het bewijs-, proces- en executierecht¹⁹. Het vraagstuk van het toepasselijk regime op de zogenaamde *gemengde* overeenkomst, die voor de ene partij een handelsdaad was, voor de ander een incidentele transactie gericht op vermogensvergaring, werd in het voordeel van de particulier beslecht. De handelaar was verplicht om de particulier voor een civielrechtelijke instantie te dagen²⁰, zodat bijvoorbeeld de soepelere bewijsregels van de Code de commerce²¹ buiten toepassing bleven. Omgekeerd was de particulier echter niet verplicht om de handelaar voor een handelsrechtelijk forum te dagen²².

¹⁶ Cf. Molengraaff, Is het noodzakelijk of wenschelijk tussen handelsrecht en burgerlijk recht te onderscheiden en ze tot voorwerpen van afzonderlijke wettelijke regeling te maken? cit., blz. 309 e.v.; helder ook Auletta, Atto di commercio, Enciclopedia del diritto 4 (Milano, 1959), blz. 198 e.v.

¹⁷ B.v. de mogelijkheid van surséance van betaling en faillissement, van oorsprong een handelsrechtelijke vinding, bleef in Frankrijk aan de kwaliteit van het rechtssubject verbonden.

¹⁸ Ascarelli, Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione, RISG 89 (195253), blz. 47; Galgano, Storia del diritto commerciale, 2a ed., Bologna, 1980, blz. 86 e.v.; Irti, Dal diritto civile al diritto agrario (Momenti di storia giuridica francese), Milano, 1962, blz. 18 e.v.

¹⁹ Zie voor een overzicht voor het Nederlandse recht Visser, Het Burgerlijk Wetboek en het handelsrecht, in: Scholten/Meijers (red.), Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938, Zwolle, 1938, blz. 566 e.v.

²⁰ Zie b.v. Cass. fr. 1 april 1914, S. 1914, I, blz. 345.

²¹ Net als de Code de commerce liet het Wetboek van Koophandel onbeperkt getuigenbewijs toe, de Code Civil en het Burgerlijk Wetboek kenden daarentegen uitsluitend het schriftelijk bewijs. Cf. Rb. Rotterdam 3 jan. 1876, W. 3944: "O., dat deze afwijking van het gewone regt haren grond vindt in de behoeften van den handel om in snel en in wederzijdsch vertrouwen zaken te doen, terwijl in het dagelijksch leven regtshandelingen van eenig belang en omvang daarentegen meestal schriftelijk worden aangegeven; O., dat deze artikelen dus, uitgaande van de alleszins juiste veronderstelling, dat in den handel gewoonlijk de overeenkomsten slechts mondeling worden gesloten, zonder dat men zich den tijd gunt daarvan eene acte op te maken, ten doel hebben om hem, die daden van koophandel verrigten, het bewijs van zoodanige handelingen gemakkelijk te maken..."

²² Cf. Escarra, Principes de droit commercial, t. I: Histoire du droit commercial, Sources, Documentation, Actes de commerce, Commerçants, Fonds de commerce, Propriété commerciale, Jurisdiction commerciale, Organes de représentation des intérêts commerciaux, Paris, 1934, blz. 718 e.v.; Galgano, Storia del diritto commerciale, cit., blz. 86 e.v.

Het Franse systeem mag niet verbazen. De Code civil weerspiegelt de idealen van vrijheid en gelijkheid van het individu. Met de Franse Revolutie was het feodalisme definitief verlaten. Er was een kapitalistisch ingerichte maatschappij ontstaan. Maar dat was een zogenaamde *Klein-warenwirtschaft*, die vooral dreef op de productie en uitwisseling van consumptiegoederen. Daarin had de landbouw naar zijn aard een belangrijk aandeel²³. Het vermogensrecht was relatief statisch, en geconcentreerd op grondbezit²⁴. De eigendom van *onroerende* zaken speelde een maatschappelijk bepalende rol; aan *roerende* zaken wordt in de napoleontische codificaties nauwelijks aandacht besteed²⁵. De bezitsacties van art. 606 e.v. (oud) BW worden bijvoorbeeld uitsluitend aan de bezitter van onroerend goed toegekend²⁶. Maar de negentiende-eeuwse industrialisering gaf het goederenverkeer een enorme impuls. Door de toenemende massaproductie groeide het maatschappelijk belang van roerende zaken sterk en werd het goederenverkeer veel intensiever. Belangrijke delen van de Code civil voorzagen daarom al in de loop van de negentiende eeuw niet meer in de maatschappelijke behoefte.

3b. Maatschappelijke veranderingen en het Duitse ADHGB

De Spaanse Código de comercio is ingevoerd in 1829²⁷, op een moment dat in Spanje nog geen burgerlijk wetboek vigeerde²⁸. De Código de comercio was deels gebaseerd op de Franse Code de commerce maar ging uit van een subjectief systeem, waarin de exclusieve toepasselijkheid van het handelsrecht niet afhankelijk is van de aard van de transactie maar van *de enkele betrokkenheid van de handelaar*. De Código de comercio heeft grote invloed

²³ Cf. voor Nederland Levenbach, Het burgerlijk wetboek en de maatschappelijke verhoudingen van 1838 tot heden, in: Scholten/Meijers (red.), Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938, Zwolle, 1938, blz. 129 e.v.

²⁴ Cf. Van den Bergh, Eigendom, grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip, 2e druk, Deventer, 1988, blz. 15 e.v.; Ripert, Le régime démocratique et le droit civil moderne, Paris, 1936, blz. 399; idem, Aspects juridiques du capitalisme moderne, cit., blz. 130 e.v.; Ascarelli, Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione, Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche 89 (1952-53), blz. 47.

²⁵ Cf. Terrat, Du régime de la Propriété dans le Code civil, in: Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire, Paris, 1904 (réimpr. Paris/Frankfurt, 1969), blz. 327 e.v.; Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne, cit., blz. 15 e.v.

²⁶ Cf. T.M. bij art. 3.5.17 (3:125) NBW, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 456 e.v.

²⁷ Daarover Raisch, Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht, cit., blz. 56 e.v.

²⁸ De Spaanse Código civil werd, na een wetgevingsproces van jaren, pas in 1889 ingevoerd. Daarover Baró Pazos, La codificación del derecho civil en España, Cantabria, 1993, blz. 17 e.v.

gehad op het Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) van 1861. Het ADHGB komt tegemoet aan de behoefte van de handel aan een eigen, soepel normencomplex. Het ADHGB heeft op zijn beurt weer tot voorbeeld gestrekt aan onder meer de Italiaanse Codice di commercio van 1882, de Spaanse Código de comercio van 1885 en het Oostenrijkse Handelsgesetzbuch van 1897. Het ADHGB gaat uit van de divergentietheorie, die leert dat het handelsrecht op andere beginselen berust dan het burgerlijk recht en ten opzichte van het burgerlijk recht autonoom is. Bij dat uitgangspunt is het mogelijk om onderwerpen die een doublure ten opzichte van het gemene recht behelzen, ook in het handelswetboek te regelen²⁹. Het ADHGB kenmerkte zich onder meer door een regime dat in vergelijking met het traditionele burgerlijk recht soepeler was ten aanzien van vermogensverschuivingen. Het bevat een aantal artikelen die later in het burgerlijk recht zouden worden overgenomen en daardoor de juistheid van de theorie van Goldschmidt en Rießer lijken te bewijzen. Ik wijs op volgende artikelen.

Art. 306 lid 1: "Wenn Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe veräußert und übergeben worden sind, so erlangt der redliche Erwerber das Eigenthum, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war. Das früher begründete Eigenthum erlischt (...)."

Art. 306 lid 4: "Dieser Artikel findet keine Anwendung wenn die Gegenstände gestohlen oder verloren waren."

Art. 307: "Die Bestimmungen des vorigen Artikels finden bei Papieren auf Inhaber auch dann Anwendung, wenn (...) die Papiere gestohlen oder verloren waren."

Art. 317 lid 1: "Bei Handelsgeschäften ist die Gültigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung oder andere Förmlichkeiten nicht bedingt."

Art. 321: "Ist ein unter Abwesenden verhandelter Vertrag zu Stande gekommen, so gilt der Zeitpunkt, in welchem die Erklärung der Annahme behufs der Absendung abgegeben ist, als der Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages."

²⁹ Volgens Cian, Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici, cit., blz. 528, was er in Duitsland, door het ontbreken van een algemeen burgerlijk wetboek, ruimte om bij de invoering van een exclusief handelsrecht ook een regeling te treffen voor onderwerpen (b.v. het overeenkomstenrecht) die materieel door het commune recht werden beheerst. Het heeft de vercommercialisering van het burgerlijk recht begunstigd: "...che per questa via di 'commerciale' alla disciplina in questione resta soltanto il nome."

In het ADHGB derogeerde zelfs het handelsgebruik aan het gemene recht³⁰. Ook het ADHGB ging uit van een subjectief systeem dat doet denken aan het prerevolutionaire corporatiesysteem³¹. Het was óók van toepassing op overeenkomsten waarbij de wederpartij van de handelaar een particulier was³², die daardoor dus in het handelsverkeer de bescherming moest prijsgeven die hij naar het gemene recht genoot. Het ADHGB beïnvloedde ook het privaatrecht van landen die al een handelswetboek hadden. In Nederland³³ was het ADHGB aanleiding voor een andere houding ten opzichte van het handelsrecht³⁴ en voor discussie over de vraag welk wetboek de gemengde overeenkomst beheerste. Noch de opvatting in de jaren zestig van T.M.C. Asser, die de toepasselijkheid van het Wetboek van Koophandel op gemengde overeenkomsten nog uitsloot³⁵, noch de opvatting

³⁰ Art. 1 ADHGB: "In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung." Zo ook art. 1 Cdc it. 1882: "In materia di commercio si osservano le leggi commerciali. Ove questo non dispongano, si osservano gli usi mercantili: gli usi locali o speciali prevalgono agli usi generali. (Lid 2:) In mancanza si applica il diritto civile." Cf. Teti, Codice civile e regime fascista, cit., blz. 27 e.v.

³¹ Art. 272 lid 2: "Die bezeichneten Geschäfte sind auch alsdann Handelsgeschäfte, wenn sie zwar einzeln, jedoch von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes gemacht werden."

Art. 273 lid 1: "Alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmanns, welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, sind als Handelsgeschäfte anzusehen (...)."

Art. 274 lid 1: "Die von einem Kaufmann geschlossenen Verträge gelten im Zweifel als Handelsgeschäfte (...)."

³² Art. 277: "Bei jedem Rechtsgeschäft, welches auf der Seite eines der Kontrahenten ein Handelsgeschäft ist, sind die Bestimmungen dieses vierten Buchs in Beziehung auf beide Kontrahenten gleichmäßig anzuwenden (...)." Art. 277 ADHGB is gehandhaafd in § 345 van het Handelsgesetzbuch van 1900: "Auf ein Rechtsgeschäft, das für einen der beiden Teile ein Handelsgeschäft ist, kommen die Vorschriften über die Handelsgeschäfte für beide Teile gleichmäßig zur Anwendung, soweit nicht aus diesen Vorschriften sich ein anderes ergibt." Zo ook art. 54 Cdc it. 1882.

³³ In Frankrijk sloot bijzondere handelsrechtelijke wetgeving vaak aan bij oplossingen van het ADHGB. Zie Irti, Dal diritto civile al diritto agrario, cit., blz. 20 e.v.

³⁴ Toepasselijkheid bij voorrang op handelsdaden ook van handelsgebruiken, zoals in Duitsland krachtens art. 1 ADHGB, werd in Nederland bijvoorbeeld verdedigd door Holtius in diens Voorlezingen over Handels en Zeeregt, dl. I: Handelsregt, Utrecht, 1861, blz. 29 e.v.; Mom Visch, Iets over het Deutsche Handelswetboek, Themis 1862, blz. 44; Levy, Het Algemeene Deutsche HandelsWetboek vergeleken met het Nederlandsche Wetboek van Koophandel, Amsterdam, 1869, blz. 51; Dijkmeester, Bijdrage tot de leer der daden van koophandel, Leiden, 1864, blz. 1 e.v.; Faber, Verdienen de wettelijke bepalingen over het tot stand komen der koopovereenkomst over handelszaken aanvulling?, Themis 1877, blz. 211 e.v. Cf. A. Van Oven, Geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht in de 19e eeuw, Amsterdam, 1968, blz. 26 e.v., blz. 59.

³⁵ Cf. T. Asser, Handelsregt en handelsbedrijf, Amsterdam, 1862, blz. 24: "Er is *geene* daad van koophandel, wanneer hetzij de koper hetzij de verkoper *niet* als koopman

van de Hoge Raad in 1878 dat uitsluitend de particulier van het gunstigere regime van het Wetboek van Koophandel kon profiteren³⁶ werd door elke schrijver gedeeld³⁷.

Rießer constateerde in 1894 dat het burgerlijk recht vercommercialiseerde³⁸. Deze vercommercialisering stond toen echter nog aan haar begin. In de meeste West-Europese landen was in de negentiende eeuw een klassiek-economisch ingerichte maatschappij tot stand gekomen, waarin de staat het goederenverkeer aan het vrije spel van de markt overliet, en uitsluitend de voorwaarden voor vrije concurrentie en competitie creëerde en garandeerde. Maar na economische bloei in het eerste deel van de negentiende eeuw, stortte in 1873 de Europese kapitaalmarkt in. Er ontstond een ernstige economische crisis, die tot in de negentiger jaren zou duren. Winsten, dividenden en lonen daalden, lasten stegen. Vele faillissementen volgden. Omdat de heersende staatsinrichting tegen de rampspoed weinig bescherming bood, verloor deze in korte tijd veel van haar glans. De staat offerde zijn terughoudende rol op, en ontwikkelde een interventionistische politiek. In reactie op inzakkende exportmarkten werden overal in Europa protectionistische maatregelen getroffen, die veelal door het landsbelang werden gelegitimeerd. Ook door de Frans-Duitse oorlog van 1870-1871, spanningen in buitenlandse politiek en oorlogsdreiging werden nationalistische

handelt..."; idem, *Magazijn van handelsregt* 1867, blz. 43 e.v.; cf. Fruin, *Iets over Daden van Koophandel*, Themis 1865, blz. 518 e.v.

³⁶ HR 18 april 1878, W. 4246 (De Cock & Vorstman q.q./Nolet), waarbij de eisers, curatoren in het faillissement van een commissionair in effecten, een vordering instelden tot betaling van een schuld van f 15.000 tegen een particulier die het bestaan van de schuld ontkende. Eisers wensten het bewijs door getuigen te leveren. De Hoge Raad wees deze eis echter af: "O., dat een handelsregtsgeeding is een zoodanig, waarbij de handhaving gevorderd wordt van een handelsverbindtenis d.i. van een verbindtenis, die haren grond vindt in eene daad van koophandel; O., dat hier tusschen partijen *in confesso* is, dat de verweerder in deze geene daad van koophandel heeft gepleegd, zoodat zijne beweerde verbindtenis op geene daad van koophandel kan zijn gegrond, en de tot handhaving van die verbindtenis strekkende regtsvordering alle karakter van handelszaak mist, en het middel aldus is ongegrond." (curs. orig.).

³⁷ De opvatting dat slechts de koopman van de gunstiger bepalingen kon profiteren werd ook door verschillende schrijvers aangehangen. Zie Dijkmeester, *Bijdrage tot de leer der daden van koophandel*, cit., blz. 44; Fruin, *Iets over Daden van Koophandel*, cit., blz. 531. Zie voor een overzicht van de verschillende opvattingen ook Carsten, *Bijdrage tot de leer der zaken van koophandel*, Leiden, 1882, *passim*.

³⁸ Rießer, *Der Einfluß Handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, Stuttgart, 1894, blz. 63. Cf. Ascarelli, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, cit., blz. 43; Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, cit., blz. 366 e.v.; Galgano, *Storia del diritto commerciale*, 2a ed., Bologna, 1980, blz. 95 e.v.

sche gevoelens sterk aangewakkerd³⁹. Toen aan de economische crisis een einde was gekomen, was het staatsinterventionisme een algemeen aanvaarde politiek⁴⁰ en ontstond er, mede in reactie op het achterhaalde individualisme, een nieuwe gemeenschapszin. In heel Europa kwam het *juridisch socialisme*⁴¹ tot bloei. Individualistische, abstracte rechtsconcepten werden concepten die waren gekleurd door hun maatschappelijke betekenis. Doel en belang verwierven in het recht grotere relevantie, en ook de onverschilligheid voor het doel dat het individu zich bij het aangaan van een overeenkomst stelde, verdween. Zoals in Nederland de weerstand groeide tegen het legisme, groeide in Duitsland de weerstand tegen de *Begriffsjurisprudenz*. De overtuiging brak door dat wetgeving én rechtspraak berusten op belangenafwegingen⁴². De *functionalisering van het recht* was door Rudolf

³⁹ Door het groeiend nationalisme in Duitsland werd de invoering bespreekbaar van een burgerlijk wetboek voor het gehele Duitse rijk. De voorbereidingen begonnen in 1874.

⁴⁰ Dezelfde ontwikkeling deed zich voor in Nederland, na de Eerste Wereldoorlog, cf. Van der Ven, *Economische en sociale opvattingen in Nederland*, s.l., 1948, blz. 8 e.v. Cf. Neumann, *Der Funktionswandel des Rechtsgesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*, *Zeitschrift für Sozialforschung* 6 (1937), blz. 573: "Die Staatssouveränität soll nicht mehr durch eine selbständige Bürokratie, durch Polizei und durch Armee ausgeübt werden, sondern sollte angeblich in den Händen der gesellschaft selbst liegen, die sich zu ihrer Ausübung genossenschaftlich organisiere. Dieses pluralistische System ignorierte den Klassengegensatz nicht mehr, es versuchte ihn vielmehr in eine Zusammenarbeit zu verwandeln."

⁴¹ Zie voor Duitsland Ramm, *Juristensozialismus in Deutschland*, in: *Il 'Socialismo giuridico'. Ipotesi e letture*, in: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 3-4 (1974-1975), blz. 7 e.v.; Orrù, 'Idealismo' e 'realismo' nel socialismo giuridico di Menger, *ibidem*, blz. 183 e.v.; voor Italië Costa, *Il 'solidarismo giuridico' di Giuseppe Salvio*, *ibidem*, blz. 457 e.v.; voor Frankrijk Arnaud/Arnaud, *Le socialisme juridique à la 'belle époque': visage d'une aberration'*, *ibidem*, blz. 26 e.v.; Khalil, *Le dirigisme économique et les contrats. Étude de droit comparé. France - Egypte - U.R.S.S.*, Paris, 1967, blz. 206.

⁴² B.v. Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, *AcP* 112 (1914), blz. 8: "...daß die den Lebensinteressen am besten entsprechende Form der Gesetzesauslegung sich als eine *historische Interessenforschung* darstellt. Diese Auslegung ist eine historische. Wir müssen an der historischen Auslegung festhalten. Aber diese historische Auslegung soll keine rein subjektive sein. Sie ermittelt die menschlichen Vorstellungen, die bei dem Vorgange der Gesetzgebung hervorgetreten sind. Aber sie geht über diese Vorstellungen zurück auf die für das Gesetz *kausalen Interessen*. Und sie schließt die Rechtsgewinnung des Richters nicht ab, sondern sie fordert seine richterliche Fortbildung. Wollte man die gesamte Tätigkeit der 'Rechtsgewinnung' als Auslegung zusammenfassen, so müßte man diese Tätigkeit als eine *historisch-teleologische* Auslegung bezeichnen. Die alte Formel 'Wille des Gesetzgebers' hat einen Realgehalt. Aber der Willensbegriff ist kein psychologischer, sondern ein normativer Interessenbegriff. Der 'Gesetzgeber' ist kein Phantom, sondern die zusammenfassende Bezeichnung für die kausalen Interessen." (acc. orig.)

von Jhering al in zijn in 1877 verschenen werk 'Der Zweck im Recht'⁴³ voorvoeld. De *Interessenjurisprudenz*⁴⁴ gaf vorm aan de verschuiving van de 'psychologische' concentratie op de *wilsconfrontatie* naar de utilitaristische concentratie op de concrete *belangenconfrontatie*⁴⁵. Met de opkomst van het socialisme groeide de gedachte, dat een verhoogde afzet van in massa geproduceerde goederen, dus een versnelling en intensivering van de goederenomloop, tot een betere verdeling van de rijkdom en tot een stijgende welvaart zouden leiden⁴⁶. Het belang van het individuele rechtssubject werd ondergeschikt aan het belang van het goederenverkeer. Vanaf het einde van de negentiende eeuw veranderde het vermogensrecht fundamenteel van karakter. Pas na de tweede wereldoorlog zou de slinger aan zijn weg terug beginnen.

3c. *Begunstiging van de goederenomloop*

Ik schreef hiervoor dat de goederenomloop wordt beschermd en gestimuleerd als koopovereenkomsten – vermogensverschuivingen – eenvoudig en snel tot stand komen en worden afgewikkeld, als de onderhandelingsfase wordt vervangen door een aanbod- en aanvaardingsmodel en als overeenkomsten die eenmaal tot stand zijn gekomen moeilijk ongedaan kunnen worden gemaakt. De goederenomloop wordt beschermd als bescherming

⁴³ Von Jhering, *Der Zweck im Recht*, 5. Aufl. Leipzig, 1916.

⁴⁴ Zie over de *Interessenjurisprudenz*: Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., 1991, blz. 36 e.v.

⁴⁵ Coing, *Europäisches Privatrecht 1800 bis 1914*, Bd. II: 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern, München, 1989, blz. 53: "Sie (sc. die *Interessenjurisprudenz*) faßt die Rechtsnorm als Entscheidung von Konflikten sozialer Interessen auf und sieht daher die entscheidende Aufgabe der Wissenschaft darin, zu ermitteln, welchen Interessenkonflikt der Gesetzgeber im Auge gehabt hat. Bei der Anwendung der Norm hat der Richter zu prüfen, welcher konkrete Interessenkonflikt gegeben ist und die Norm zu suchen, in der vom Gesetzgeber ein Interessenkonflikt dieser Art entschieden worden ist." Zie ook Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl. Göttingen, 1967, blz. 574 e.v.; Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, 1979, blz. 593.

⁴⁶ B.v. Gény, *L'économie nationale et le droit civil*, *Revue trimestrielle de droit civil* 1930, blz. 60 e.v.; Carnelutti, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova 1933 (rist. Camerino, 1981), blz. 1 e.v.; Dikoff, *L'évolution de la notion de contrat*, in: *Études Capitain*, Paris, 1938, blz. 216 e.v.; Schmidt-Rimpler, *Grundfragen zur Erneuerung des Vertragsrechts*, AcP 147 (1941), blz. 133 e.v.; Van der Ven, *Economische en sociale opvattingen in Nederland*, cit., *passim*; Sacco, *Circolazione giuridica*, *Enciclopedia del diritto* 7 (1961), blz. 4 e.v.; Farjat, *L'ordre publique économique*, Paris, 1963, blz. 115 e.v.

wordt geboden aan degene die zonder nader onderzoek afgaat op de uiterlijke schijn die bijvoorbeeld wordt gecreëerd door een verklaring of door feitelijke macht. Kortom: als het contractenrecht wordt geobjectiveerd: van kennis naar kenbaarheid. Sinds het einde van de negentiende eeuw kwamen rechtspraak en literatuur het goederenverkeer in die behoefte vervaand tegemoet. In 1874 introduceerde Wilhelm Röver de verklaringsleer⁴⁷, de leer dat het ontbreken van een met de verklaring overeenstemmende wil *niet* leidt tot nietigheid van de wilsverklaring. Hoewel de leer in zijn extreemste vorm nergens is geaccepteerd, heeft hij geleid tot een sterke relativering van het belang van de wil en de motieven van het individuele rechtssubject. Dankzij de verklaringsleer konden ondernemers zich gaan bedienen van adhesiecontracten⁴⁸, die bij uitstek behoren tot de sfeer van het handelsrecht. De ondernemer tracht met behulp van voorgeformuleerde contracten niet alleen de primaire rechten en plichten bij voorbaat te regelen, maar ook om secundaire rechten en plichten aan het regelend recht te onttrekken en mogelijke problemen alvast te regelen op een wijze die voor hem gunstig uitpakt. Het adhesiecontract leidt tot standaardisering⁴⁹; het laat nauwelijks ruimte voor *individualisering* van de overeenkomst, d.w.z. voor consolidatie van individuele motieven. Ook het aanbod- en aanvaardingsmodel, afkomstig uit het handelsrecht⁵⁰, geeft dus uitdrukking aan de vercommercialisering van het burgerlijk recht. De geldigheid van het adhesiecontract

⁴⁷ Röver, Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen, Rostock, 1874, blz. 47: "Die Regel: Ohne Willen keine wirksame Erklärung unter lebenden, ist falsch. Regel ist vielmehr, daß der Mangel des entsprechenden Willens Nichtigkeit einer Erklärung unter lebenden nicht zur Folge hat." Cf. Isay, Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena, 1899, blz. 3 e.v.; zie voor het Nederlandse recht Hamaker, Beschouwingen over pandrecht, Nieuwe bijdragen voor rechtsgeleerdheid en wetgeving 3 (1875), blz. 89 e.v. (ook in diens Verspreide Geschriften, vol. IV: Verbintenissenrecht, Haarlem, 1912, blz. 245 e.v.); Fockema Andreae, De wil en de wilsverklaring, ibidem, blz. 288 e.v.; idem, in zijn kritische bespreking van Rövers monografie, ibidem, blz. 613 e.v. Ook de verklaringsleer stamt uit het handelsrecht, cf. C. Asser/De Marez Oyens, Vorderen de wettelijke bepalingen over het tot stand komen der koopovereenkomst aanvulling voor handelszaken? Preadvies voor de Nederlandsche Juristen-Vereeniging, 1877, blz. 100 e.v. resp. blz. 111 e.v.

⁴⁸ De term adhesiecontract is in 1901 geïntroduceerd door Saleilles, De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144), Paris, 1901, blz. 229 e.v. Cf. Losecaat Vermeer, Wil en verklaring bij overeenkomsten, Leiden, 1913, blz. 211.

⁴⁹ Cf. Van Wijck/Theeuwes, Contractvrijheid en welvaart, in: Hartlief/Stolker (red.), Contractvrijheid, Leiden, 1999, blz. 431 e.v.

⁵⁰ Zie art. 317 e.v. ADHGB; art. 36 Codice di commercio italiano van 1882. Zie ook Bellelli, Il principio di conformità tra proposta e accettazione, Padova, 1992, blz. 9 e.v.; Martinez Gallego, La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación, Madrid, 2000, blz. 15 e.v.

stelde verkopers van massagoederen in staat om hun aanbod te uniformeren en om zich vooral op de kwantiteit van hun productie concentreren.

3d. *De situatie in Nederland*

In de eerste helft van de twintigste eeuw drong ook tot de Nederlandse rechter de gedachte door dat het goederenverkeer een maatschappelijk belang dient en bescherming verdient. Ik wijs in de eerste plaats op de opkomst van het in het handelsrecht van oudsher relevante criterium van het *verkeer*⁵¹ als beslissingsmaatstaf. Zo besliste HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161 (Lindenbaum/Cohen) "...dat onder onrechtmatige daad is te verstaan een handelen of nalaten, dat of inbreuk maakt op eens anders recht, of in strijd is met des daders rechtsplicht of indruischt, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed...". HR 3 februari 1922, NJ 1922, 388 (Veltman/Kooper) besliste met betrekking tot de processuele functie van art. 2014 (oud) BW, "...dat integendeel, geheel overeenkomstig de algemeene woorden der wet, die geen beperking toelaten, de nuttige, door het verkeer geëischte wijde strekking van den regel deze is: dat de bezitter van roerend goed tegenover elk en iegelijk als eigenaar wordt beschouwd, zoolang een ander niet een beter recht bewijst.". HR 6 mei 1926, NJ 1926, 721 (Vas Dias/Salters) besliste "...dat men, ook door een vertegenwoordiger, alleen dan door overeenkomst kan worden verbonden, indien men zijn wil daartoe heeft geopenbaard, hetzij rechtstreeks hetzij doordat zulks uit gedragingen van den verbonden persoon in verband met de eischen van het maatschappelijk verkeer en het daardoor bij de wederpartij opgewekte vertrouwen kan worden afgeleid..."⁵². En HR 26 maart 1936, NJ 1936, 757 (Sleepboot Egbertha) besliste "...dat bij twijfel, of een voorwerp door verbinding een wezenlijk bestanddeel van een andere roerende zaak is geworden voor alles beteekenis moet worden toegekend aan de opvattingen,

⁵¹ Zie voor de literatuur b.v. al C. Asser/De Marez Oyens, *Vorderen de wettelijke bepalingen over het tot stand komen der koopovereenkomst aanvulling voor handelszaken?* cit., blz. 100 e.v. resp. blz. 111 e.v. en De Marez Oyens, *Handelingen NJV 1877*, blz. 110 e.v. Voorts Modderman, *Wil of vertrouwen*. Eene vraag betrekkelijk het tot stand komen van overeenkomsten, Groningen, 1880, blz. 42 e.v., blz. 44 e.v.: "En is het verkeer, zoolal geen onmiddellijke bron van rechten, toch niet eene norma voor het recht; is het dan juridiek beter de regelen des rechts zóó te formuleren, dat zij het handelsverkeer moeten dooden?". Smit, *De grondslagen van ons verkeersrecht in theorie en praktijk*, Kampen, 1906, blz. 28.

⁵² Zo ook HR 18 juni 1926, NJ 1926, 1021 (Altena/Van der Horst); cf. HR 23 maart 1928, NJ 1928, 730, (Huiden en Looistoffen Maatschappij/Disconto en effectenbank).

welke in het maatschappelijk verkeer omtrent die soort van roerende zaken bestaan...".

Het maatschappelijk verkeer stond ook centraal bij de introductie in het burgerlijk recht – ten koste van de herleidbaarheid van rechtsgevolgen tot de wil van het rechtssubject – van de voorrang van de verklaring van een partij boven haar werkelijke wil⁵³ en de bescherming van de verkrijger van een beschikkingsonbevoegde ten koste van de eigenaar⁵⁴, een bescherming die het commune recht voorheen slechts beperkt gekend had⁵⁵. Maar niet alleen

⁵³ Zie b.v. Hof Arnhem 21 november 1900, W. 7582: "... dat, waar de wilsverklaringen duidelijk en ondubbelzinnig zijn, *de eischen van het verkeer* en de billijkheid medebren- gen dat partijen eenerzijds daarop moeten kunnen vertrouwen en anderzijds daardoor moeten gebonden zijn, en mitsdien een strijd tussen de wil en verklaring bij eene der partijen, als vallende buiten de waarneming van de andere partij, tenzij die strijd zoo apert is dat de wederpartij dien wel moest vermoeden, niet kan teweeg brengen dat de verklaring geacht moet worden niet den wil te hebben uitgedrukt en dus geen grond voor de rechtshandeling te kunnen opleveren..."; Molengraaff, Is het noodzakelijk of wenschelijk tussen handelsrecht en burgerlijk recht te onderscheiden en ze tot voorwerpen van afzonderlijke wettelijke regeling te maken? cit., voorstander – ten behoeve van het maatschappelijk verkeer – van de unificatie van handelsrecht en burgerlijk recht, wees er dan ook op (p. 296): "...dat het onvoldoende van het civiele recht, dat juist aan den eischen van het verkeer geen *recht* laat wedervaren, de eenige oorzaak was, die een afgezonderd recht deed ontstaan en thans nog de eenige oorzaak is, welke het bestaan van bijzondere wetboeken van koophandel rechtvaardigt." (curs. orig.). Cf. Hof 's-Hertogenbosch 9 april 1900, NJ 1900, 840: "In ieder geval is door die ondertekening bij de weder- partij het vertrouwen gewekt, dat hij die voorwaarden als toepasselijk aanvaardde, zodat hij reeds op die grond daaraan gebonden moet worden geacht."

⁵⁴ Zie Salomons, De interpretatiegeschiedenis van artikel 2014 BW (1838-1945), Deventer, 1990, blz. 45 e.v.; idem, De pijlers onder de vertrouwensbescherming van art. 3:86 Nieuw BW, in: Rechtsbeginselen, AA 1991, blz. 830 (114) e.v. § 932 BGB verheft art. 306 ADHGB tot algemene regel. Zie voorts Carnelutti, Teoria giuridica della circolazione, cit., blz. 158 e.v.; Mengoni, Gli acquisti 'a non domino', 3a ed., Milano, 1975, blz. 71 e.v.; idem, Acquisto a non domino, Digesto I (1987), blz. 73 e.v.; Miquel Gonzalez, La posesión de bienes muebles (estudio del artículo 464, 1 del Código civil), Madrid, 1979, blz. 480 e.v.

⁵⁵ Cf. Lux, Die Entwicklung des Gutgläubenschutzes im 19. und 20. Jahrhundert mit besonderer Berücksichtigung des Wechselrechts, Stuttgart, 1939 (Neudr. 1970), blz. 3 e.v. Net als krachtens art. 2280 Cc fr. was de eigenaar van een verloren of gestolen zaak die de zaak onder de derdeverkrijger revindiceerde oorspronkelijk – tot de wijziging in 1919 – krachtens art. 637 (oud) BW gehouden de koopprijs terug te betalen niet alleen als de derde de zaak had gekocht op een markt of op een openbare veiling maar ook als de derde de zaak had gekocht van een koopman die erom bekend stond in dergelijke zaken gewoonlijk handel te drijven. Art. 637 (oud) BW is een overblijfsel van de tijd waarin het handelsrecht een uitzondering op het statische burgerlijk recht voorstelde. De bepaling wekt echter naar huidige maatstaven bevreemding, zoals blijkt uit art. 3:86 lid 3 sub a BW; cf. M.v.A. art. 3.4.2.3a, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 332 en Toel. N.v.W. inv. art. 3:86, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, blz. 1225; Asser-Beekhuis-Mijnssen 3-I, 12e dr., 1985, nr. 548.

de soepeler totstandkoming van de overeenkomst kenmerkt het contractenrecht van de eerste helft van de twintigste eeuw⁵⁶. De goederenomloop vond ook baat bij een streven vermogensverschuivingen indien mogelijk in stand te houden⁵⁷. Een beroep op dwaling was voortaan slechts mogelijk als aan de wederpartij *kenbaar* was geweest dat de voorstelling van zaken waaromtrent was gedwaald voor het aangaan van de overeenkomst doorslaggevend was (HR 30 mei 1924, NJ 1924, 835 inz. Blijenburgh/Neys)⁵⁸ en het bovendien niet een toekomstige omstandigheid betrof (HR 10 juni 1932, NJ 1933, 5 inz. Marktcafé; HR 21 februari 1947, NJ 1947, 269 inz. Verhuurde loods)⁵⁹. En dan nog ontnam het *verschoonbaarheidsvereiste* een dwalende in de meeste gevallen de mogelijkheid een vermogensverschuiving aan te tasten. HR 14 november 1924, NJ 1925, 96 (Renaud/ Schuurman) overwoog "...dat voor dwaling in den zin der wet niet voldoende is, dat de partij, die zich daarop beroept, zich metterdaad eene onjuiste voorstelling heeft gemaakt, maar dat daarvoor evenzeer vereist is, dat zij, inhoud en strekking der overeenkomst en de omstandigheden, waaronder deze wordt gesloten, in aanmerking genomen, zich redelijkerwijs eene onjuiste voorstelling kon en mocht maken...". De gevolgen van die beperking waren des te ernstiger doordat HR 29 maart 1935, NJ 1935, 1470 (Herbrechter/Hof) niet wenste te

⁵⁶ Kollmar, *Das Problem der staatlichen Lenkung und Beeinflussung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs*, Tübingen, 1961, blz. 23, wijst er nog op dat het onderhandelen over de prijs van een goed in nationaal-socialistisch Duitsland als een typisch Joodse karaktertrek werd genoemd, waarmee werd bevorderd dat van het meebepalen van de inhoud van de overeenkomst door de koper werd afgezien.

⁵⁷ Cf. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., Paris, 1949, blz. 289 e.v., blz. 290: "La rapidité, la sécurité du commerce juridique exigent que dans certains cas l'apparence l'emporte sur la réalité, ou plus exactement qu'il soit interdit de rechercher ce qu'il peut y avoir de réel sous l'apparence de la forme juridique. Un tel sacrifice de la morale à l'économie n'a pas de graves inconvénients si on sait que l'on fait un sacrifice." Lange, *Die Neugestaltung der Anfechtung und das Vertragsverhältnis*, Jherings Jahrbücher 89 (1941), blz. 333: "...das Interesse der Rechtsordnung an der Aufrechterhaltung billigenswerter Geschäfte."

⁵⁸ Te lezen in het licht van HR 29 maart 1935, NJ 1935, 1470 (Herbrechter/Hof): "...dat naar het oordeel van het Hof de eischers (...) redelijkerwijs niet mochten vertrouwen, dat die wederpartij er mede instemde dat het aangaan van de overeenkomst van de juistheid der mededeelingen werd afhankelijk gesteld; dat bij deze feitelijke vaststelling het Hof terecht het beroep van eischers op dwaling in den zin van art. 1358 B.W. heeft verworpen...". Zie voorts J.F. Houwing, *Uit den antiquiteitenhandel*, WPNR 2375/6 (1915), blz. 337 e.v., ook opgenomen in diens *Rechtskundige Opstellen*, Haarlem, 1921, blz. 247 e.v.

⁵⁹ Zie thans art. 6:228 lid 2; HR 4 juni 1993, NJ 1993, 471 (Liakathoesin/Schreuder); Hof 's-Gravenhage 15 juni 1994, Prg. 1994, 4131. Zie over dwaling omtrent toekomstige omstandigheden ook Cahen, *Het toekomstaspect bij de dwaling*, in: *Om wille van de consument* (Clausingsbundel), Zwolle, 1990, blz. 25 e.v.; Stolp/Reurich, *Toekomstverwachtingen in het contractenrecht*, in: Brand e.a. (red.), *Tijd en onzekerheid*, BW-krant jaarboek 16 (2000), p.185 e.v.

aanvaardden 'dat ieder in het maatschappelijk verkeer de goede trouw zijner wederpartij behoort te veronderstellen'. Daarmee werd zelfs de opzettelijke verzwijging van feiten of het opzettelijk medelen van onjuistheden onder omstandigheden gesanctioneerd. HR 14 november 1924, NJ 1925, 96 (Renaud/Schuurman) besliste "...dat al aangenomen, dat kunstgrepen in eene verzwijging als evenbedoeld kunnen bestaan, dit toch alleen het geval is, indien naar billijkheid, gebruik of wet, bij het aangaan der overeenkomst spreken plicht was..."⁶⁰. Hierbij past de opvatting dat een enkele leugen nog geen bedrog inhoudt. HR 28 juni 1929, NJ 1929, 1105 (Noordam/Insinger) besliste dat "...het Hof (...) ook niet is uitgegaan van een onjuiste opvatting van het begrip 'kunstgrepen', toen het aannam, dat een enkele onware mededeling - ook al zou zij tegen beter weten in zijn gedaan - niet als zoodanig is aan te merken...". Verder was een beroep op wanprestatie uitgesloten zodra een partij, overeenkomstig art. 1509 e.v. (oud) BW, aan haar feitelijke leveringsplicht had voldaan. In zijn arrest van 27 juni 1941, NJ 1941, 781 (Versche Koe) wees de Hoge Raad een beroep op wanprestatie van de koper van een koe met een baarmoederontsteking af omdat "...hem toch is verkocht en geleverd een 'versche' koe, dat is een koe, die pas gekalfd heeft, doch het dier wegens een pathologische baarmoederontsteking miste de onder normale omstandigheden aan zoodanige koe eigen hoedanigheid, dat zij tijdelijk meer melk geeft dan anders, welk gebrek de koper bij den koop en de levering niet heeft kunnen vaststellen, en waarvan het bestaan destijds ook aan den verkoper onbekend is geweest; dat deze feiten (...) geen grondslag konden opleveren voor het uitspreken van de ontbinding der overeenkomst op grond van art. 1302..."⁶¹. Vanaf de jaren twintig verdedigden verschillende schrijvers een uitzondering op deze regel voor het geval

⁶⁰ Zie ook HR 28 februari 1930, NJ 1930, 1258 (Engelvaart/Brusselsche Bank); HR 29 maart 1935, NJ 1935, 1470 (Herbrechter/Hof); HR 21 februari 1947, NJ 1947, 269 (Verhuurde loods).

⁶¹ In dezelfde zin reeds Rb. Utrecht 16 december 1925, NJ 1926, 1297 met betrekking tot koop van individueel bepaalde varkens die bleken te lijden aan chronische longontsteking: "...dat tussen partijen vaststaat dat gedaagde aan eischer heeft geleverd juist wat deze van hem heeft gekocht te weten zes individueel bepaalde varkens; O. dat dientengevolge eischer niet meer kan beweren van gedaagde iets anders te hebben ontvangen dan hij gekocht heeft en een beroep op wanprestatie hem dus niet toekomt...". Zo ook reeds blz. Scholten, Onvoldoende levering en verborgen gebreken, WPNR 2002 e.v. (1908), in zijn Verzamelde Geschriften, dl. IV, Zwolle, 1954 (herdr. 1980), blz. 236; cf. Wiebols, Ondeugdelijke levering. Een onderzoek naar de wederzijdsche rechten (ontbinding, schadevergoeding, zuivering), in de theorie zoowel als in de practijk van de standaardcontracten en die met een garantiebeding, Alkmaar, 1925, blz. 18 e.v. Zie voorts HR 8 december 1927, NJ 1928, 336 (Kerstholt/Rasker); Hof Arnhem 23 januari 1929, NJ 1929, 1067 en Ruitinga, Ontbinding van overeenkomsten wegens wanprestatie naar Nederlands en Fransch recht, Amsterdam, 1936, blz. 25 e.v., met uitgebreide vermelding van rechtspraak.

waarin de verkoper een toezegging of garantie niet waarmaakte⁶². Maar dat de verkoper een dergelijke garantie ook daadwerkelijk had verstrekt, werd slechts bij uitzondering aangenomen⁶³. En ook anderszins werd de vermogensverschuiving zoveel mogelijk begunstigd. Zo brak HR 5 maart 1926, NJ 1926, 504 (Wijnen/Eerste Tilburgsche Bontweverij)⁶⁴ met zijn vroegere leer⁶⁵ dat wanprestatie altijd leidt tot *volledige* ontbinding van de overeenkomst. Verder gold een geringe tekortkoming niet meer als wanprestatie⁶⁶. In geval van verandering van omstandigheden liet de Hoge Raad terzijdestelling noch aanpassing toe van het overeengekomene⁶⁷. Art. 1374 lid 3 (oud) BW, bepalend dat overeenkomsten te goeder trouw ten uitvoer moeten worden gebracht, ziet van oorsprong op de innerlijke gezindheid van partijen⁶⁸. Doordat de Hoge Raad de goede trouw objectiverde in zijn arresten van 9 februari 1923, NJ 1923, 676 (Artist de

⁶² Cf. Verstegen, *Ondeugdelijke levering bij den soortkoop*, RM 1923, blz. 143, blz. 148; Wiebols, *Ondeugdelijke levering*, cit., blz. 103 e.v.; Scholten in zijn noot onder HR 5 februari 1932, NJ 1932, 399 (Van der Waarden/Wortelboer); Ruitinga, *Ontbinding van overeenkomsten wegens wanprestatie naar Nederlandsch en Fransch recht*, cit., blz. 27 e.v.; Losecaat Vermeer, *Het bijzondere deel van het verbintenissenrecht van 1838 en heden*, in Scholten/Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle, 1938, blz. 518 e.v.

⁶³ Cf. Bregstein, *De samenloop van vorderingen bij gebrekkige levering uit koop*, WPNR 4487 e.v. (1957), in zijn *Verzameld Werk*, Zwolle, 1960, blz. 424 e.v. Uit HR 27 juni 1941, NJ 1941, 781 (Versche Koe) leidt Bregstein, loc cit., blz. 426, met instemming af dat een "...garantie, die slechts uit de aard der overeenkomst volgt, nog slechts de rechtsgevolgen van art. 1540 v. B.W. in het leven roept (...) Een garantie met verderstrekkende gevolgen moet dus voortvloeien uit hetgeen uitdrukkelijk bij de overeenkomst is bepaald (...), en niet uit de in dit artikel genoemde aanvullende bronnen, dus niet uit een 'ingeschakelde' verplichting."

⁶⁴ Cf. HR 11 maart 1926, NJ 1926, 508 (Van Duysen/Waterschap De Eewal): "...dat partijen ook stilzwijgend een regeling kunnen treffen volgens welke wanprestatie slechts voor het vervolg hare werking aan de overeenkomst kan ontnemen..."

⁶⁵ HR 28 januari 1881, W. 4601 (Van Alphen/Daalderop); HR 8 juni 1883, W. 4922 (Van Hooft/Foks), waarover instemmend Van Balveren, *De rechtsvordering tot ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (De artt. 1302 en 1303 B.W.), Leiden, 1885, blz. 69 e.v.: "Ook in de praktijk kunnen er, gelijk in bovengenoemd arrest werd opgemerkt, nooit onoverkomelijke bezwaren tegen ontbinding der geheele overeenkomst bestaan. Al moge in vele gevallen een gedeeltelijk in stand blijven der overeenkomst de verrekening gemakkelijker maken, feitelijk zal men bij geheele ontbinding toch tot hetzelfde resultaat komen."

⁶⁶ HR 8 december 1922, NJ 1923, 145 (Biedermann/Metaalgieterij Holland); HR 8 mei 1930, NJ 1930, 1364 (Maas/Vermeulen).

⁶⁷ De reeks arresten is berucht: HR 8 januari 1926, NJ 1926, 203 (Sarong); HR 19 maart 1926, NJ 1926, 441 (Holland/De Globe); HR 2 januari 1931, NJ 1931, 274 (Mark is Mark).

⁶⁸ B.v. Land/De Savornin Lohman, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, Vierde deel, 2e dr., 1907, blz. 251.

Laboureur) en 29 november 1923, NJ 1924, 129 (Louisse/Kunstmest-fabriek)⁶⁹, werd ook de vlotte en volledige afwikkeling van de overeenkomst bevorderd⁷⁰. Rutten schreef in zijn bewerking van Asser 4-II nog in 1982 (p. 247):

"De partijen behoren bij het afwikkelen van de overeenkomst te handelen zoals in het maatschappelijk verkeer betaamt, zoals fatsoenlijke en redelijke mensen plegen te doen, zonder chicanes, zonder de wederpartij onnodig hinder, ongerief, moeite en kosten te veroorzaken (...). De goede trouw brengt mede dat men elkaar de tenuitvoerlegging van de overeenkomst zo gemakkelijk mogelijk maakt."⁷¹

Ik wijs verder op de begunstiging van het goederenverkeer door de aanvaarding van de *traditio longa manu* als geldige leveringsvorm van roerende zaken (HR 1 november 1929, NJ 1929, 1745 inz. Proehl & Gumann/Schöck). Door de opkomst van de rechtsverwerking sinds de twintiger jaren⁷², werd het praktisch belang van de algemene verjaringstermijn van dertig jaar (art. 2004 (oud) BW) teruggedrongen⁷³. Men denke voorts aan de invoering in 1932⁷⁴ van mogelijkheden van gedwongen executie van de overeenkomst⁷⁵ door middel van lijfswang en dwangsom⁷⁶ en aan de ver-

⁶⁹ In 1937 wees Jossereand, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, Revue trimestrielle de droit civil, 1937, blz. 15, erop dat art. 1135 Cc. fr. (art. 1375 (oud) BW) diende als wettelijke basis voor een 'procédé technique d'enrichissement, d'inflation du contenu obligatoire du contrat...'. Zie ook Abas, *Beperkende werking van de goede trouw*, Deventer, 1972, blz. 96 e.v.; Grassetti, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1937 (rist. 1983), blz. 195 e.v.; Oppo, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, blz. 160 e.v.

⁷⁰ Zie ook, in rechtsvergelijkend perspectief, Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970, blz. 563 e.v.

⁷¹ Hartkamp heeft deze passage in zijn bewerking niet overgenomen, cf. Asser-Hartkamp 4-II, nr. 302.

⁷² Cf. Ph.A.N. Houwing, *Rechtsverwerking*, Preadvies voor de Broederschap der Candidaat-Notarissen 1968, blz. 2 e.v.; Tjittes, *Rechtsverwerking*, Monografieën NBW A6b, Deventer, 1992, blz. 20 e.v., telkens met verwijzingen naar rechtspraak.

⁷³ M.v.T. Inv. bij art. 3:306-312, Parl. Gesch. Invw. Boek 3, blz. 1408, motiveert de invoering van korte verjaringstermijnen als volgt: "Bekorting van de verjaringstermijn stemt ook overeen met de eis van een vlot lopend rechtsverkeer, waarin schuldeisers hun vorderingen binnen redelijke tijd moeten instellen, zulks mede met het oog op de belangen van de schuldenaar en de rechtszekerheid."

⁷⁴ Wet van 29 dec. 1932, Stb. 676, betreffende beslag op roerende goederen in door derden in gebruik gegeven ruimten, lijfswang en dwangsom.

⁷⁵ Nog afgewezen door (onder meer) HR 28 januari 1881, W. 4601 (Van Alphen/Daolderop) met vervolg in Hof 's-Hertogenbosch 23 mei 1882, W. 4819. De Hoge Raad besliste: "...dat volgens den duidelijken inhoud van art. 1275 B.W. elke verbindtenis om iets te doen zich bij wanprestatie oplost in schadevergoeding; dat hieruit rechtstreeks

soepeling van de regels van bewijslevering. En ook door het openbreken van het gesloten systeem van natuurlijke verbintenissen door HR 12 maart 1926, NJ 1926, 777 (Goudsche Bouwmeester) werd de ongedaanmaking van vermogensverschuivingen op grond van de actie uit onverschuldigde betaling teruggedrongen. En uit HR 3 februari 1928, NJ 1928, 399 (Monte Carlo) blijkt dat noch de *kennis* noch de *kenbaarheid* van een ongeoorloofd motief voortaan voldoende was om een vermogensverschuiving wegens nietigheid ongedaan te maken⁷⁷. Het parool van mijn leermeester Schoordijk⁷⁸ dat het recht vermogensverschuivingen met argusogen volgt, gaat voor deze tijd zeker niet op.

3e. Evaluatie

De handelaar hoefde zich in de eerste helft van de twintigste eeuw niet erg druk te maken over de beweegredenen van zijn contractspartij. De laatste

volgt, dat voor het feit de schadevergoeding wegens het niet verrigten van het feit in de plaats treedt, en dat dus geheel onaannemelijk is het beweren, dat niettemin de vordering alleen strekkende tot praestatie van het feit, door den regter zoude kunnen en moeten worden toegewezen..."; Hof 'sGravenhage 7 maart 1887, W. 5481; HR 13 november 1914, W. 9810 (Kieft/Otjes); Maar zie ook HR 21 oktober 1864, W. 2636 (Van Dedem/Staat): "...dat deze veroordeling (...) inderdaad slechts is eene door den regter gedane begroting der schade (...); dat zoodanige wijze van schadebegroting bij geen wet is verboden en in zooverre zij wordt bepaald voor het geval van eventueel verzuim van voldoening aan eene bij vonnis opgelegde verpligting, zeer wel kan hebben betrekking op de toekomst..."; zo ook HR 18 juni 1886, W. 5312 (Van Wageningen/Wichers); HR 23 juni 1899, W. 7302 (Van der Kraan/Van der Spiegel).

⁷⁶ Tot laat in de negentiende eeuw werd met een beroep op art. 1275 BW verdedigd dat de partijautonomie tevens impliceerde de vrijheid om de overeenkomst niet uit te voeren, hetgeen zich zou oplossen in een veroordeling tot schadevergoeding. Daarom volgde niet-ontvankelijkverklaring wanneer veroordeling tot schadevergoeding niet was gevorderd. Bij arrest van 18 juni 1886, W. 5312 (Van Wageningen/Wichers) aanvaardde de Hoge Raad echter de mogelijkheid tot veroordeling van toekomstige schade (cf. HR 13 november 1914, W. 9810 inz. Kieft/Otjes), welke als indirect dwangmiddel dienst zou doen tot de invoering van de wet van 29 december 1932, Stb. 676.

⁷⁷ Weliswaar plaatste Meijers in zijn annotatie bij deze uitspraak vraagtekens maar hij onderschreef gelijkluidende beslissingen als HR 23 maart 1900, W. 7415 (De Vries/Schaap) en HR 6 januari 1905, W. 8168 (Van Lieshout/Ledoux). Zie ook HR 26 oktober 1906, W. 8444 (Kardoes/Bank voor Handel en Nijverheid); Rb. Amsterdam 27 mei 1918, W. 10261; Ktr. 'sGravenhage 6 januari 1922, W. 10849. Zie ook het overzicht in *Contractenrecht III* (Wuisman), nr. 80.

⁷⁸ Schoordijk, De betekenis van het ontwerp B.W. voor de rechtsvinding, in: *Plus est en vous. Opstellen over recht en cultuur* (Pitlo-bundel), Haarlem, 1970, blz. 44 e.v.; idem, ongegronde vermogensvermeerdering. College ter herdenking van de promotie van Marcel Henri Bregstein, Zwolle, 1977, blz. 4; idem, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw Burgerlijk Wetboek, Deventer, 1979, blz. 452.

raakte op eenvoudige wijze aan een koopovereenkomst gebonden en kon zich vervolgens nauwelijks meer aan haar gebondenheid onttrekken. Als een zaak niet aan de verwachtingen van de koper voldeed, kwam dat in beginsel voor diens eigen risico en rekening. Aan mededelingen van de verkoper mocht hij niet te veel waarde hechten. Ten opzichte van de ondernemer stond de particulier in die tijd bepaald op achterstand. Dat is te verklaren door het feit dat de maatschappij sterk in ontwikkeling was. Strengere betamelijkheids- en zorgvuldigheidsverplichtingen jegens anderen zouden in die tijd de maatschappelijke vooruitgang hebben geremd⁷⁹. De eisen van het toenmalig maatschappelijk verkeer legden op de rechtsgenoot een grote verantwoordelijkheid voor eigen persoon en goed. Mét het adhesiecontract raakten exoneratieclausules in zwang, die ondernemers in staat stelden om de onvermijdelijke risico's van de nog gebrekkige techniek af te wentelen op de massa⁸⁰. Ook de principiële afwijzing van producten- en risicoaansprakelijkheid⁸¹ betekende een extra belasting van de collectiviteit. De beoordeling vanuit dit perspectief van belangenconflicten bracht de rechter er in de

⁷⁹ Cf. Bydlinksi, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des Verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, Wien/New York, 1967, blz. 138 e.v.; Salvi, *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*, Enciclopedia del diritto 39 (188), blz. 1192 e.v.; Schwitters, *De risico's van de arbeid. Het ontstaan van de ongevallenwet 1901 in sociologisch perspectief*, Groningen, 1991, blz. 120; Valkhoff, *De invloed van de Spoorwegen op enkele gebieden van het Nederlands privaatrecht*, Themis 1939, blz. 437 e.v., blz. 417.

⁸⁰ Zie bijvoorbeeld Valkhoff, *De invloed van de Spoorwegen op enkele gebieden van het Nederlands privaatrecht*, cit., n.a.v. art. 3 Spoorwegwet 1875.

⁸¹ Cf. Fleming, *The law of torts*, 7th ed., Berkeley, California, 1987, blz. 7: "This movement coincided with, and was undoubtedly influenced by the demands of the Industrial Revolution. It was felt to be in the better interest of an advancing economy to subordinate the security of individuals, who happened to become casualties of the new machine age, rather than fetter enterprise with the cost of inevitable accidents. Liability for faultless causation was feared to impede progress because it gave the individual no opportunity for avoiding liability by being careful and thus confronted him with the dilemma of either giving up his projected activity or shouldering the cost of any resulting injury."; Bessone, *Responsabilità per negligence e teoria dell'illecito. Del caso Donoghue v. Stevenson in prospettiva storica*, in diens *Saggi di diritto civile*, Milano, 1979, blz. 259 e.v.; Ferreira de Almeida, *Os direitos dos consumidores*, Coimbra, 1982, blz. 132 e.v.

Nog bij arrest van 25 maart 1966, NJ 1966, 279 (Moffenkitarrest), wees de Hoge Raad de mogelijkheid van productenaansprakelijkheid bij wege van uitgangspunt af. Tót die tijd had de Hoge Raad slechts aansprakelijkheid aanvaard voor schadeveroorzakende producten waarvan algemeen bekend was dat zij bij ondeugdelijke samenstelling een groot gevaar opleverden voor de gebruiker (cf. HR 6 april 1933, NJ 1933, 881 inz. acetyleen-cilinder). De Nederlandse rechtspraak week op dit punt niet af van hetgeen in het buitenland werd aangenomen, cf. voor Engeland *Donoghue vs. Stevenson* [1932] A.C. 562; Verenigde Staten: *Macpherson vs. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050, Court of Appeal New York 14 maart 1916. Zie nog Ferrari, *Produkthaftung und Negligence: Sechzig Jahre Donoghue v. Stevenson*, ZEuP 1993, blz. 354 e.v.

eerste helft van deze eeuw ook toe praktisch iedere verplichting tot anticipatie op de mogelijkheid van schade af te wijzen, als die schade werd geleden door gedrag dat afweek van het normale patroon. Ik wijs in dit verband op de zaak die werd beslecht door HR 18 april 1940, NJ 1941, 130 (Cohen/Amsterdam IV). Cohen vorderde vergoeding van de schade die hij had geleden doordat hij bij het binnentreden van een woning van woningbouwvereniging Amsterdam IV door het onafgeschutte keldergat naar beneden was gevallen. Het Hof vond echter dat "...aangenomen dat tot het normaal gedrag ook behoort het overschrijden van den drempel vóórdat hij de voordeur in voormelden zin voldoende heeft opengeduw'd, van een binnentredende, die daartoe overgaat, moet worden verwacht, dat hij dan met eenige behoedzaamheid het ganggedeelte, dat voor hem ligt, betreedt en met name zijn voet niet plaatst buiten het terrein dat recht voor hem ligt...". De Hoge Raad meende dat het hof aldus 'een juiste norm' had gesteld⁸². Cohen zou in onze dagen met meer succes hebben geprocedeerd⁸³.

3f. Unificatiestreven

De vercommercialisering van het burgerlijk recht leidde ertoe dat belangrijke schrijvers in geheel Europa aandrongen op unificatie van burgerlijk recht en handelsrecht⁸⁴. Zij kwam voor het eerst tot stand in Zwitserland, door de invoering van het *Obligationenrecht* in 1883⁸⁵. In Nederland heeft

⁸² Cf. HR. 31 mei 1929, NJ 1929, 1441 (Kastermans/Gem. Zutphen); HR 17 juni 1932, NJ 1932, 1571 (Van der Vlies/De Staatsspoor); HR 9 januari 1942, NJ 1942, 295 (Wegdek Ferwerderadeel); HR 16 april 1942, NJ 1942, 394 (Smeding/Faber); Rb. Rotterdam 22 november 1926, NJ 1927, 1348 Rb. Rotterdam 8 april 1932, NJ 1933, 1073. In dezelfde lijn nog Hof 's-Hertogenbosch 24 juni 1954, NJ 1955, 231.

⁸³ Cf. HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (Kelderluik).

⁸⁴ B.v. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I: I commercianti, 5a ed., Milano, 1929, blz. 1 e.v. Zie voor de ontwikkelingen in het Italiaanse recht Rotondi, *Evoluzione ed involuzione dell'autonomia del diritto commerciale in Italia*, in: *Mélanges Savatier*, Paris, 1965 blz. 835 e.v. = *Entstehung und Niedergang des autonomen Handelsrechts in Italien*, AcP 167 (1967), blz. 29 e.v. Zie voor Frankrijk Lyon-Caen, *De l'influence du droit commercial sur le droit civil depuis 1804*, in: *Le code civil 1804 - 1904. Livre du centenaire*, Vol. I, Paris, 1904 (réimpr. Paris/Frankfurt, 1969), blz. 205 e.v.; Thaller, *De l'attraction exercée par le code civil et par ses méthodes*, ibidem, blz. 223 e.v.; Hamel, *Droit civil et droit commercial en 1950*, in: *Le droit privé français au milieu du XXe siècle (Études Ripert)*, Paris, 1950, t. II, blz. 269: "Le problème n'est plus de savoir si l'unification se fera; il semble qu'en France, malgré l'exemple de l'Italie, la question ne se pose pas sous cet angle." Cf. Teti, *Codice civile e regime fascista*, cit., blz. 43 e.v.

⁸⁵ Cf. Molengraaff, *Is het noodzakelijk of wenschelijk tussen handelsrecht en burgerlijk recht te onderscheiden en ze tot voorwerpen van afzonderlijke wettelijke regeling te maken?* cit., blz. 301 e.v.; Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grund-*

met name Molengraaff zich in zijn preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging van 1883 sterk gemaakt voor de afschaffing van het koopmansbegrip⁸⁶. Molengraaffs opvatting verwierf praktisch algemene bijval. Tot de felle discussies die bijvoorbeeld in Italië werden gevoerd⁸⁷, is het hier nooit gekomen⁸⁸. Bij wet van 2 juli 1934, Stb. 347 werd het onderscheid tussen handelsdaden en niet-handelsdaden en kooplieden en niet-kooplieden opgeheven⁸⁹. Meijers heeft dienovereenkomstig besloten in het nieuwe BW het handelsrecht en het privaatrecht te unificeren⁹⁰. Dit proces van unificatie is tot op heden gaande.

4. Divergentie van burgerlijk recht en handelsrecht sinds 1950

4a. Relativering van het belang van de goederenomloop

De jaren vijftig van de vorige eeuw vormen een omslag in de rechtsontwikkeling, die in het bijzonder in het teken staat van een relativering van het belang van de goederenomloop. Voor die omslag kunnen een aantal oorzaken worden genoemd. Allereerst was er natuurlijk, na de Tweede Wereldoorlog, de reactie⁹¹ op de (Hegeliaanse) mentaliteit die met de objectiveringstendens gepaard was gegaan, en die het individuele belang ondergeschikt had gemaakt aan het gemeenschapsbelang en *in extremis* veel nationaal-socialistische ideeën gelegitimeerd⁹². Verder was er belangrijke

lagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, Karlsruhe, 1965, blz. 84 e.v. Relativerend: Hamel, *Droit civil et droit commercial* en 1950, cit., blz. 263.

⁸⁶ Molengraaff, loc. cit., blz. 251 e.v.

⁸⁷ Cf. Teti, *Codice civile e regime fascista*, cit., blz. 43 e.v.

⁸⁸ Zie Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, 2e dr., 1999, blz. 55 e.v., blz. 89 e.v.

⁸⁹ Cf. Meijers, *De uitbanning der kooplieden en der handelsdaden uit ons recht*, WPNR 3393 e.v. (1935), blz. 1 e.v.

⁹⁰ Hierover Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, 2e dr., Deventer, 1990, blz. 31 e.v.; idem, *Het nieuwe Burgerlijk Wetboek en de eenheid van het privaatrecht*, NJB 1983, blz. 1070 e.v.

⁹¹ B.v. Böhm, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, Tübingen, 1950, i.h.b. blz. 50 en blz. 69 e.v.; Galbraith, *The affluent society*, 3rd ed., Boston, 1976, blz. xi e.v. (introduction).

⁹² Zie Treves, *La filosofia di Hegel e le nuove concezioni tedesche del diritto e dello stato*, in *Annali dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali dell'università di Messina* 8, (1933-34), Milano, 1935, blz. 296, die, onder verwijzing naar de theorieën van Carl Schmitt en Ernst Rudolph Huber, opmerkt: "...che il richiamo allo Hegel è stato fatto non soltanto perchè si è visto in lui il critico del liberalismo, ma anche, e specialmente, perchè nel suo sistema, si sono potuti ritrovare i

economische vooruitgang, die uiteindelijk leidde tot een productiecapaciteit die de afzetmogelijkheden ruim oversteeg⁹³. Daardoor werd de ondernemer genoodzaakt om meer rekening te houden met de belangen en wensen van de afnemer. Het brak de weerstand tegen consumentenrecht⁹⁴ en producten-aansprakelijkheid. Vooral de ontwikkeling van de productenaansprakelijkheid - in Nederland door de introductie in 1973 van de eis bij het vervaardigen van het product rekening te houden met het feit dat een deel van de gebruikers niet alle voorzorgsmaatregelen zal treffen die geëigend zijn ongelukken ten gevolge van mogelijk voorkomende gebreken te voorkomen⁹⁵ - heeft de ondernemer gedwongen de aard van zijn productie te wijzigen⁹⁶. De ondernemer kan zich, in Nederland sinds HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (Saladin/HBU), vaak niet of niet volledig door middel van exonerationclausules tegen aansprakelijkheid beschermen (cf. art. 12 EG-

precedenti della nuova scienza tedesca dello Stato che, in base alla concezione anzidetta, dovrebbe essere essenzialmente *concreta e totalitaria*. Per Hegel, infatti, la scienza dello Stato, come il suo oggetto, sono un tutto unico: egli (...) ha risolto (...) nello Stato il popolo e la società, affermando che lo Stato è il popolo nella sua forma politica e che tutto ciò che si dice per lo Stato vale anche per il popolo." (curs. orig.) Zie b.v. Larenz, Rechtsperson und Subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe, Berlin, 1935, blz. 9, noot 8, waartegen F. Neumann, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, cit., blz. 586; zie ook Pasetti, Parità di trattamento e autonomia privata, Padova, 1970, blz. 10 e.v.; C. Scognamiglio, Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti, cit., blz. 118. Relativerend echter Jakobs, Karl Larenz und der Nationalsozialismus, JZ 1993, blz. 805 e.v. (Erwiderung door Prölss, in JZ 1994, blz. 33 e.v., met naschrift Jakobs, ibidem, blz. 34).

⁹³ Cf. Schuyt, De veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving, in: De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel, Zwolle, 1988, blz. 309 e.v.

⁹⁴ Ferreira de Almeida, Os direitos dos consumidores, cit., blz. 29 e.v. Cf. Alpa, Consumatore (tutela del), Novissimo digesto. italiano (appendix) 1980, blz. 517 e.v.; Galgano, in Galgano/Rodotà, Rapporti economici, t. II: Art. 41-44 Costituzione, Bologna/Roma, 1982, blz. 63 e.v. Een iets andere invalshoek treft men bij Calvão da Silva, Responsabilidade civil do produtor, Coimbra, 1990, blz. 27 e.v.

⁹⁵ HR 2 februari 1973, NJ 1973, 315 (Lekkende kruik). Zie ook HR 30 juni 1989, NJ 1990, 652 (Halcion); HR 6 december 1996, NJ 1997, 219 (De Pont de Nemours/Hermans); HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 159 (Koolhaas/Rockwool).

⁹⁶ In het algemeen geldt dat een ruimere aansprakelijkheid van de producent sedert de jaren zestig geleidelijk aan overal is aanvaard. Zie voor een overzicht Ferreira de Almeida, Os direitos dos consumidores, cit., blz. 134 e.v. Cf. Atiyah, Accidents, compensation and the law, 3rd ed., London, 1980 (repr. 1982), blz. 65 e.v., blz. 75 e.v.; Bessone, Responsabilità per negligenza e teoria dell'illecito. Del caso Donoghue v. Stevenson in prospettiva storica, in: Saggi di diritto civile, Milano, 1979, blz. 273 e.v. Ook de introductie door art. 6:173 BW van de risico-aansprakelijkheid van de bezitter van een roerende zaak, past in deze ontwikkeling, cf. T.M. art. 6.3.2.5 (art. 6:173), Parl. Gesch. Boek 6, blz. 743.

Richtlijn productenaansprakelijkheid, art. 6:192 BW)⁹⁷. Meer in het algemeen geldt dat de eigen verantwoordelijkheid van de rechtsgenoot kleiner is geworden door de regel dat hij, zowel in het contractenrecht als in het delictsrecht⁹⁸ van anderen mag verwachten dat zij met zijn gerechtvaardigde belangen rekening houden.

Ik schreef in § 1 dat het belang van de particulier meebrengt dat de totstandkomingsfase van de overeenkomst hindernissen kent, opdat zijn werkelijke wil en beweegredenen zich zo volledig mogelijk in de inhoud van de overeenkomst consolideren. Daardoor wordt de overeenkomst evenwichtiger en krijgt zij een ruimere inhoud en een individueler karakter. Zij is gemakkelijker aantastbaar, door middel van (partiële) ontbinding, vernietiging of wijziging. Hindernissen in de totstandkomingsfase remmen het goederenverkeer af. Uit § 3 volgt dat de relativering van het belang van de goederenomloop onder meer tot uitdrukking zou moeten komen in een relativering van het aanbod- en aanvaardingsmodel en begunstiging van de onderhandelingsfase, in een verruiming van de mogelijkheden voor de koper om de vermogensverschuiving ongedaan te maken, in het aanscherpen van de eisen voor een geslaagd beroep op (derden)bescherming, kortom in een *subjectivering* van het contractenrecht; van kenbaarheid naar kennis. De ontwikkeling van het Nederlandse vermogensrecht sinds de jaren vijftig van de vorige eeuw blijkt aan die vooronderstelling te voldoen.

4b. *Relativering van het belang van de goederenomloop in Nederland*

Van het strakke aanbod- en aanvaardingsmodel zoals dat nog in art. 6:217 BW is gecodificeerd⁹⁹, is in de Nederlandse rechtspraak al lang geleden

⁹⁷ Ik wijs in dit verband op het belangrijke arrest van de Franse Cour de cassation van 22 oktober 1996, D. 1997, Chron. blz. 121, beslissend dat de exonerationclausule die naar haar effect de hoofdverbintenis van een partij van een reële sanctie ontdoet voor niet-geschreven moet worden gehouden omdat anders 'l'obligation principale se trouve privée de cause'. Daarover Guéguen, *Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle*, D. 1999, Chron. blz. 352 e.v. De Nederlandse insteek is anders, getuige HR 19 september 1997, NJ 1998, 6 (Assoud/SNS).

⁹⁸ Sinds HR 11 februari 1955, NJ 1955, 218 (Doorgezaagde balkonleuning).

⁹⁹ In zijn noot onder HR 10 april 1981, NJ 1981, 532, (Hofland/Hennis) in AA 1981, blz. 708 e.v. merkt Van Schilfgaarde op: "...dat men zich niet te veel moet hechten aan de schematische voorstelling van zaken dat een overeenkomst tot stand komt door een aanbod en de aanvaarding daarvan (...). Dikwijls komen toch overeenkomsten tot stand op basis van onderhandelingen, die in verschillende fasen verlopen en op verschillende aspecten van de voorgenomen transactie betrekking hebben (...). Komt een overeen-

afstand genomen. HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp) heeft de aanzet gegeven. De Hoge Raad besliste:

"...dat immers partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van hun wederpartij; dat dit onder meer medebrengt, dat voor dengene die overweegt een overeenkomst aan te gaan, tegenover de wederpartij een gehoudenheid bestaat om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder den invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft, de omvang van welke gehoudenheid mede hierdoor wordt bepaald, dat men in den regel mag afgaan op de juistheid van door de wederpartij gedane mededelingen..."

De Hoge Raad stelt hier nog altijd de onderzoeksplicht centraal. Het draait in dit arrest nog om de eigen verantwoordelijkheid van de partij die een koopovereenkomst wil aangaan. Het verzaken van de onderzoeksplicht is voor eigen risico; een teleurstelling achteraf leidt niet tot aantastbaarheid van de overeenkomst. De Hoge Raad lijkt in 1957 nog niet te denken aan een *spontane* mededelingsplicht van de verkoper, die het contractsrisico daadwerkelijk zou verleggen. Maar door de beslissing dat ook de onderhandelingsfase wordt beheerst door de goede trouw wordt deze fase wel weer rechtens relevant. Volgens de Hoge Raad houdt dat in concreto in dat de verkoper rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van zijn wederpartij, die op mededelingen van de verkoper moet kunnen afgaan. Ook HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183 (Booy/Wisman) besliste dat "...veelal de regels van de goede trouw zich er tegen zullen verzetten, dat de wederpartij ter afwering van een beroep op dwaling aanvoert dat ten onrechte op de juistheid van haar mededelingen is vertrouwd..."¹⁰⁰. Daarmee is de regel dat men in het maatschappelijk verkeer de goede trouw van zijn wederpartij niet mag veronderstellen (HR 29 maart 1935, NJ 1935, 1470 inz. Herbrechter/Hof), ongedaan gemaakt.

Als de verkoper relevante en juiste informatie aan de kandidaat-koper moet verstrekken om te voorkomen dat de vermogensverschuiving achteraf ongedaan kan worden gemaakt, wordt hij gedwongen tot een onderzoek naar

komst tot stand op basis van onderhandelingen dan heeft het weinig zin om deze in aanbod en aanvaarding te ontleden."

¹⁰⁰ Zie ook HR 12 november 1982, NJ 1983, 82 (Keizer/Van Andel); Hof 's-Hertogenbosch 6 mei 1992, NJ 1993, 462.

de bedoelingen en belangen van zijn wederpartij. Informatieverplichtingen verlengen dus de totstandkomingsfase van de overeenkomst, zij zetten de aspirant-koper aan tot heroverweging van zijn beslissing en vertragen, in macro-economisch perspectief, de goederenomloop. Moeilijk te overschatten is daarom het belang van HR 30 november 1973, NJ 1974, 97 (Van der Beek/Van Dartel), waarin de Hoge Raad overwoog:

"...dat wanneer een partij vóór de totstandkoming van een overeenkomst aan de wederpartij bepaalde inlichtingen had behoren te geven ten einde te voorkomen dat de wederpartij zich omtrent het betreffende punt een onjuiste voorstelling zou maken, de goede trouw er zich in het algemeen tegen zal verzetten dat eerstbedoelde partij ter afwering van een beroep op dwaling aanvoert dat de wederpartij het ontstaan van de dwaling mede aan zichzelf heeft te wijten."

Deze - inmiddels vaste¹⁰¹ - 'prioriteitsregel' legt *de facto* aan partijen een onderhandelingsfase op waarin alle relevante informatie moet worden uitgewisseld, bij gebreke waarvan een eventuele overeenkomst aantastbaar zal zijn. Die situatie is nog versterkt door de uitwerking in HR 21 december 1990, NJ 1991, 251 (Van Geest/Nederlof) dat de regel juist ertoe strekt ook aan een *onvoorzichtige* koper bescherming te bieden tegen de nadelige gevolgen van dwaling veroorzaakt door het verzwijgen van relevante gegevens¹⁰². Dat de informatie spontaan moet worden verstrekt en volledig en juist moet zijn, geldt *a fortiori* sinds het verschoonbaarheidsvereiste (b.v. HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759 inz. Van Lanschot/Bink) en het kenbaarheidsvereiste (b.v. HR 25 juni 1993, NJ 1994, 291 inz. Gerards/Vijverberg¹⁰³) als voorwaarde voor een geslaagd beroep op dwaling sterk zijn uitgehold als de feitelijke posities van de contracterende partijen sterk verschillen. En de consequentie van de regel dat dwaling niet een toekomstige omstandigheid mag betreffen¹⁰⁴, is verzacht doordat sinds HR 27 april 1984, NJ 1984, 679 (NVB/Helder) - in uitzonderlijke gevallen¹⁰⁵ - de

¹⁰¹ Cf. HR 7 december 1979, NJ 1980, 290 (Van Hensbergen/Gem. 's-Gravenhage); HR 7 december 1984, NJ 1985, 771 (Türk/Van den Berg); HR 4 december 1987, NJ 1988, 345 (Willart/Snijders); HR 23 december 1988, NJ 1991, 166 (Vis/Bruch). Zie ook de precisering in HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 (Offringa/Vinck): "In deze, in vaste rechtspraak van de Hoge Raad aanvaarde regel ligt besloten dat het enkele feit dat een partij haar onderzoeksplicht naar bepaalde relevante gegevens verzaakt, niet uitsluit dat de andere partij terzake van diezelfde gegevens een mededelingsplicht heeft." Zo ook HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 157 (L.E. Beheer/Stijnman).

¹⁰² Cf. HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 (Offringa/Vinck).

¹⁰³ Cf. Geschillencommissie Auto 17 december 1993, TvC 1993, blz. 323.

¹⁰⁴ Cf. HR 4 juni 1993, NJ 1993, 471 (Liakathoeisein/Schreuder).

¹⁰⁵ Cf. HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493 (Briljant Schreuders/ABP).

uitvoering van de overeenkomst kan worden gefrustreerd doordat wegens onvoorziene omstandigheden ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet kan worden verlangd¹⁰⁶. Verder kan hier nog worden gewezen op HR 2 mei 1969, NJ 1969, 344 (Beukinga/Van der Linde). Sinds dit arrest is een overeenkomst reeds vernietigbaar wegens bedrog als de verkoper bewust informatie voor zich houdt¹⁰⁷.

Het nieuwe belang van de onderhandelingsfase komt ook tot uitdrukking in HR 10 april 1981, NJ 1981, 532 (Hofland/Hennis), waarin de Hoge Raad besliste dat een advertentie waarin een individueel bepaalde zaak voor een bepaalde prijs te koop wordt aangeboden, zich in beginsel niet ertoe leent door eventuele gegadigden anders te worden opgevat dan als een uitnodiging om in onderhandeling te treden¹⁰⁸. Logisch sluitstuk van de opwaardering van de onderhandelingsfase is dat partijen worden beknot in hun vrijheid om onderhandelingen af te breken. Volgens HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg)¹⁰⁹ is niet uitgesloten dat onderhandelingen in een zodanig stadium zijn gekomen dat het afbreken zelf van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat partijen over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren¹¹⁰.

¹⁰⁶ Cf. HR 28 november 1997, NJ 1998, 659 (Luycks/Kroonenberg). Zie in dit verband ook Klik, Gewijzigde omstandigheden en dwaling: enkele rechtsvergelijkende opmerkingen, WPNR 6352 e.v. (1999), blz. 251 e.v. Zie nog, Abas (red.), *Rebus sic stantibus – Vertragskorrektur auf Grund später veränderter Umstände*, European Review of Private Law 1998/2 (Themanummer), blz. 259 e.v.

¹⁰⁷ Zie ook HR 12 november 1982, NJ 1983, 82 (Keizer/Van Andel); HR 17 januari 1997, NJ 1997, 222 (Geerlofs/Meinsma).

¹⁰⁸ Zie ook HR 11 december 1991, NJ 1992, 177 (X/Staatssecretaris): "...dat het bij inschrijving ten verkoop aanbieden van een bepaalde zaak zich in beginsel niet ertoe leent anders te worden opgevat dan als een uitnodiging om in onderhandeling te treden. Het antwoord op de vraag, wanneer, als inderdaad onderhandelingen volgen de koop geacht moet worden tot stand te zijn gekomen hangt af van de omstandigheden van het geval."; Pres. Rb. Arnhem 23 december 1991, KG 1992, 45: "De aard van de cursus brengt mee dat het welslagen ervan in betekenende mate afhankelijk is van de persoon der deelnemers. Daarom moet worden aangenomen dat van een overeenkomst eerst sprake is wanneer een aanmelding door gedaagde wordt geaccepteerd middels inschrijving en mededeling aan de betreffende persoon dat men is ingeschreven voor de cursus."

¹⁰⁹ Zie nog de uitbreiding in HR 24 maart 1995, NJ 1997, 569 (Beliën/Provincie Brabant).

¹¹⁰ Daarbij moet volgens HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (De Ruiterij/MBO-Ruiters) ook rekening worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt, tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen. Ook haar gerechtvaardigde belangen en overigens de omstandigheden die zich in de loop van de onderhandelingen hebben voorgedaan, spelen een rol.

De totstandkomingsfase van de overeenkomst wordt niet alleen vertraagd door de 'obliegenheit' om in de onderhandelingsfase relevante informatie te verstrekken. Vertraging treedt eveneens op doordat het niet meer zonder meer voldoende is af te gaan op de enkele verklaring van de wederpartij dat zij instemt met de overeenkomst; het is voortaan riskant om af te gaan op de uiterlijke schijn. Wie zijn wederpartij wil kunnen houden aan de overeenkomst die zij, ondanks haar andersluidende verklaring¹¹¹, niet werkelijk wilde aangaan, zal een onderzoek naar de echte bedoelingen van die wederpartij moeten instellen zodra de omstandigheden daar enige aanleiding voor geven (cf. HR 27 april 1984, NJ 1984, 789 inz. Peters/Van Elswijk; HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 629 inz. Citronas/Gem. Rotterdam; HR 4 februari 2000, NJ 2000, 258 inz. Kinheim/Pelders), in het bijzonder als de overeenkomst voor de wederpartij ingrijpende consequenties heeft (HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457 inz. Hajziani/Van Woerden; HR 15 april 1983, NJ 1983, 458 inz. Hajjout/IJmah)¹¹² of zich een onevenwichtigheid in de wederzijdse prestaties voordoet (HR 24 mei 1985, NJ 1986, 699 inz. Nolan/Van Aalst). Nog meer vertraging treedt op als aan de wederpartij bedenktijd moet worden gegund om te voorkomen hetzij dat de rechter later beslist dat in redelijkheid niet op overeenstemming tussen wil en verklaring kon worden vertrouwd (HR 12 september 1986, NJ 1987, 267 (Westhoff/Spronsen) hetzij dat de overeenkomst aantastbaar is wegens misbruik van omstandigheden (HR 5 februari 1999, NJ 1999, 652 inz. Ameva/Van Venrooij; Ktr. Rotterdam 22 februari 1993, JAR 1993, 127) of bedreiging (Ktr. Apeldoorn 17 februari 1992, NJkort 1992, 13)¹¹³. Er is in zekere zin sprake van een *herleving van de wilsleer*, want al deze ontwikkelingen zijn erop gericht de werkelijke wil van het rechtssubject zoveel mogelijk tot zijn recht te laten komen. Daardoor wordt de formele gelijkwaardigheid van partijen – die de contractsvrijheid rechtvaardigt –, ook feitelijke gelijkwaardigheid. En feitelijke gelijkwaardigheid is voorwaarde voor evenwichtige overeenkomsten¹¹⁴.

¹¹¹ Cf. HR 6 oktober 1995, NJ 1996, 105.

¹¹² Zie ook HR 20 september 1991, NJ 1991, 785 (Lam Lion/Hopman); HR 25 maart 1994, JAR 1994, 92 (Ritico/Stichting voor Maatschappelijke Dienstverlening); HR 8 april 1994, JAR 1994, 95 (Van der Laan/LCS); HR 9 september 1994, NJ 1995, 113 (Clark/Rentokil); HR 28 april 1995, NJ 1995, 651 (Lensen/Pieters); HR 28 mei 1999, NJ 1999, 509 (Heijerjans/Jac. Kuypers).

¹¹³ Zie nog HR 29 september 1995, NJ 1998, (ABN AMRO/Hendriks): "Weliswaar legt de omstandigheid dat degene die, alvorens een vaststellingsovereenkomst aan te gaan, een advocaat heeft geraadpleegd gewicht in de schaal bij de beantwoording van de vraag of de omstandigheden van het geval meebrengen dat de dwaling voor rekening van de dwalende behoort te blijven doch de opvatting van het onderdeel dat deze enkele omstandigheid op zich zelf reeds de doorslag geeft, kan niet als juist worden aanvaard."

¹¹⁴ Zie daarover uitvoerig De Sousa Ribeiro, *O problema do contrato. As Cláusulas*

Niet alleen in de totstandkomingsfase maar ook in de uitleg- en uitvoeringsfase is de ondernemer veel van zijn vroegere voorsprong kwijtgeraakt. Sinds HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Ermes/Haviltex) komt het bij de uitleg van een onduidelijk beding in een overeenkomst aan op de zin die partijen over en weer in het licht van de omstandigheden aan het beding mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs over en weer van elkaar mochten verwachten. De rechter kan met behulp van deze regel de contractuele risico's evenwichtiger verdelen door meer gewicht toe te kennen aan de verwachtingen die één der partijen met betrekking tot het beding heeft of aan de betekenis die één van hen aan het beding hecht. Dat is vooral redelijk als partijen ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst niet vanuit gelijkwaardige feitelijke posities hebben gecontracteerd, en die ongelijkheid heeft doorgewerkt naar de inhoud van de overeenkomst. En wat de uitvoeringsfase betreft: voorheen was de overeenkomst onaantastbaar zodra de ondernemer zijn feitelijke leveringsverplichting was nagekomen. Tegenwoordig wordt van de verkoper verlangd dat hij een zaak levert die aan de koopovereenkomst beantwoordt, dat wil zeggen een zaak die de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan de koper de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is 'voorzien'¹¹⁵ (cf. art. 7:17 lid 2 BW). Wie nu een 'verse koe' verkoopt, schiet in de nakoming van zijn verbintenis tekort als deze koe door een pathologische baarmoederontsteking de onder normale omstandigheden aan zodanige koe eigen hoedanigheid mist dat zij tijdelijk meer melk geeft dan anders¹¹⁶. De conformiteitseis heeft zich sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw ontwikkeld (cf. HR 29 januari 1971, NJ 1971, 222 inz. Wasautomaten; HR 10 november 1972, NJ 1973, 125 inz. Comfort/Roversi)¹¹⁷, en de verplichtingen van de verkoper ten opzichte van zijn wederpartij aanzienlijk uitgebreid¹¹⁸. Het gevolg daarvan is dat de verkoper eerder tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen, dat koopovereenkomsten gemakkelijker geheel of gedeeltelijk kunnen worden

contratuais gerais e o princípio da liberdade contractual, Coimbra, 1999.

¹¹⁵ Dat is ruimer dan de eis dat de zaak geschikt is voor het gebruik waartoe zij volgens de overeenkomst is 'bestemd'. Zie voor de consequenties van de beperktere maatstaf HR 28 november 1997, NJ 1998, 658 (Durlinger/Laura Bakens).

¹¹⁶ Zie in dit verband Rb. Leeuwarden 24 september 1997, NJkort 1998, 15 (Van der Weg/Wiersma).

¹¹⁷ De ontwikkeling heeft zich in heel Europa voltrokken, zie Kötz/Flessner, European Contract Law, vol. I (Formation, validity, and content of contracts; contract and third parties), transl. by Tony Weir, 1997, blz.171 e.v. en, zeer gedetailleerd, Ranieri, Europäisches Obligationenrecht, 1999, p.81 e.v.

¹¹⁸ B.v. HR 15 april 1994, NJ 1995, 614 (Schirmeister/De Heus).

ontbonden¹¹⁹ en dat vermogensverschuivingen sneller ongedaan kunnen worden gemaakt. Deze ontwikkeling, gezien vanuit een macro-economisch perspectief, vertraagt de goederenomloop.

Ook buiten de concrete relatie verkoper-koper geldt dat het belang van de goederenomloop wordt gerelativeerd. Ook de rechtsorde zelf verhindert de nakoming van een overeenkomst nu sneller. De uitbreiding van de inhoud¹²⁰ van overeenkomsten heeft ook tot gevolg dat een overeenkomst niet pas nietig is wanneer partijen zich ertoe *verplichten* door nakoming van de overeenkomst de wet te overtreden (zo nog HR 3 februari 1928, NJ 1928, 399 inz. Monte Carlo) maar reeds als partijen zich ervan *bewust* zijn (HR 11 mei 1951, NJ 1952, 128 inz. Burgman/Aviolanda; HR 8 december 1972, NJ 1973, 496 (Hoitsma/Hoitsma) en wellicht zelfs als zij zich ervan bewust *behoren* te zijn (HR 28 juni 1991, NJ 1992, 787 (Verkerk/Van der Veen q.q.) dat nakoming zal leiden tot overtreding van een wettelijk verbod¹²¹. Ook het belang van de gedeposeerde eigenaar wordt niet meer zonder meer opgeofferd aan het belang van de derdeverkrijger. Ook hier is de zekerheid van het maatschappelijk verkeer, dat aan de uiterlijke schijn groot gewicht toekent, sterk gerelativeerd. Wie een zaak verkrijgt van een beschikkingsonbevoegde verkoper, wordt alleen beschermd als hij een onderzoeksplicht in acht heeft genomen. HR 4 april 1986, NJ 1986, 810 (Apon/Bisterbosch) besliste, dat voor de goede trouw die is vereist voor een geslaagd beroep op art. 2014 (oud) BW, niet alleen nodig is dat de verkrijger ten tijde van de levering de onbevoegdheid van zijn voorman niet kende, maar ook dat niet gezegd kan worden dat hij die onbevoegdheid toen behoorde te kennen. Met het oog op dit laatste dient hij naar de bevoegdheid van zijn voorman het onderzoek in te stellen, dat in de gegeven omstandig-

¹¹⁹ Zie in dit verband nog HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 208 (Twickler/R): "Voor het op voorhand maken van een onderscheid van in een overeenkomst opgenomen beding en een verdeling van de stelplicht en bewijslast als door de Rechtbank is aangenomen, biedt art. 6:265 lid 1 echter geen grond. Volgens deze bepaling geeft immers iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen in beginsel aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden. De Rechtbank heeft derhalve met haar door het onderdeel bestreden oordelen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting."

¹²⁰ Het begrip 'inhoud van de overeenkomst' is, als geobjectiveerde wilsovereenstemming, pas in zwang geraakt aan het einde van de negentiende eeuw. Omdat het begrip beperkt werd opgevat (zie nog T.M. art. 3.2.7 (3:40), Parl. Gesch. Boek 3, blz. 190), moest de rechter soms terugvallen op de 'strekking van de overeenkomst', begrepen als de gemeenschappelijke bedoelingen van partijen (HR 17 november 1922, NJ 1923, 155 inz. Zeilmaker/Mirandolle). Doordat de inhoud van de overeenkomst veel ruimer is geworden, is deze 'strekking' inmiddels door de inhoud van de overeenkomst geabsorbeerd.

¹²¹ Zie in dit verband ook HR 7 april 2000, RvdW 2000, 98 (Parkeerexploitatie Amsterdam BV/Stadsdeel Amsterdam-Zuid).

heden van hem kan worden verlangd. Vaak stelt de lagere rechtspraak ter zake strenge eisen¹²². Indien daaraan niet is voldaan, is de beoogde vermogensverschuiving niet tot stand gekomen.

4c. *Evaluatie*

De vercommercialisering van het burgerlijk recht is in de tweede helft van de twintigste eeuw tot staan gebracht. Vanuit macro-economisch perspectief gezien heeft de consument veel van de achterstand die hij in de eerste helft van die eeuw ten opzichte van de ondernemer had opgelopen, ongedaan kunnen maken. Dat blijkt niet alleen uit de opkomst van de productenaansprakelijkheid en het consumentenrecht, maar ook uit de ontwikkeling naar een tragere, moeizamere totstandkoming, ruimere inhoud en snellere aantastbaarheid van overeenkomsten. De gedragsregels die – in het bijzonder – worden opgelegd aan de ondernemer in zijn relatie tot de consument, (ver)plaatsen contractuele risico's en verbeteren de evenwichtigheid van de contractuele relatie¹²³. De bedoelingen die de consument met het aangaan van de overeenkomst heeft, kunnen zich beter in de overeenkomst consolideren. Daardoor krijgen overeenkomsten weer hun in de Code civil voorziene individuele, royale, evenwichtige inhoud. In gemengde overeenkomsten is van de vroegere begunstiging van de ondernemer dus weinig meer over.

Ook de wetgever treedt corrigerend op, vaak op grond van Europese richtlijnen¹²⁴. Meestal houden corrigerende wettelijke maatregelen verband met de gemengde overeenkomst en wordt de particulier door vernietigbaarheden (via art. 3:40 lid 2 BW) en uitlegbegunstiging (b.v. art. 6:238 lid 2) beschermd. Men denke aan de colportagewet, de productenaansprakelijkheid, algemene voorwaarden, de wet op het consumentenkrediet, de regeling van de periode-eigendom en voorts aan de richtlijn koop op afstand (1997/7/EG)¹²⁵ en de belangrijke richtlijn koop en garantie (1999/44/EG)¹²⁶.

¹²² B.v. Hof 's-Hertogenbosch 30 maart 1994, VR 1995, 26; Hof Amsterdam 17 april 1997, NJ 1998, 161; Pres. Rb. Arnhem 15 mei 1996, KG 1996, 215.

¹²³ Zie voor Frankrijk nog Nourissat, *La violence économique, vice du consentement: beaucoup de bruit pour rien?* D. 2000, Chron. blz. 369 e.v.

¹²⁴ Cf. Wissink, *De invloed van Europese richtlijnen op het Nederlandse privaatrecht*, NTBR 1999, blz. 1 e.v.; Slot/Wissink, *Contractvrijheid en Europees recht*, in: Hartlief/Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Leiden, 1999, blz. 283 e.v.

¹²⁵ Cf. TK zitting 1999-2000, Kamerstukken 26 861, nrs. 1-3 (Afdeling 7.1.9A NBW).

¹²⁶ Cf. Gsell, *Die zeitlichen Grenzen der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nach der EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf*, *European Review of Private Law* 1999, blz. 151 e.v.; Brüggemeier, *Zur Reform des deutschen Kaufrechts – Herausforderun-*

Voor de consumentenkoop zijn de bepalingen van titel 7.1 overwegend van dwingend recht, waardoor ten aanzien van de consument bijvoorbeeld niet kan worden afgeweken van de regel dat de verkoper een zaak moet leveren die aan de koopovereenkomst beantwoordt.

5. De relativiteit van de scheiding van handelsrecht en burgerlijk recht

5a. *Het unificatiestreven doorkruist*

Door de relativering van het belang van de goederenomloop legt de rechtszekerheid van het maatschappelijk verkeer tegenwoordig minder gewicht in de schaal. Rechters kunnen daardoor meer recht doen aan de bijzondere omstandigheden van het geval. Tot die omstandigheden behoort de sfeer waarin een rechtens relevant contact is ontstaan¹²⁷. Met deze relativering is het wettelijk streven naar een geheel algemeen normencomplex, door unificatie van burgerlijk recht en handelsrecht, moeilijk meer te verenigen. Door de relativering van het belang van de goederenomloop *dwingt* het unificatiestreven tot een stelsel van wettelijke normen die zó algemeen zijn dat zij weinig houvast bieden en óók rechtsonzekerheid creëren in situaties waarin primair behoefte bestaat aan rechtszekerheid. Tegenwoordig worden de totstandkomingsfase (art. 3:33 jo. art. 3:35), de uitlegfase (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 inz. *Ermes/Haviltex*)¹²⁸ en de uitvoeringsfase (art. 6:248 BW) van de overeenkomst beheerst door vage normen die heel algemeen de redelijkheid centraal stellen¹²⁹. En met uitzondering van de verjaringstermijnen¹³⁰ bestaat de neiging om de invulling van termijnen over te laten aan de rechter, die dan aan de hand van de omstandigheden van het geval kan beslissen¹³¹. Enerzijds dwingen algemene normen die te zeer zijn afgestemd op het handelsverkeer regelmatig tot corrigerende subnormen, anderzijds

¹²⁷ gen durch die EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, Juristenzeitung 2000, blz. 529 e.v.
B.v. HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (Saladin/HBU); HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Ermes/Haviltex); HR 20 november 1981, NJ 1982, 517 (Holleman/De Klerk).

¹²⁸ Ik heb de overwaardering van de Haviltex-formule al eens ter discussie gesteld. Zie mijn artikel 'Uitlegeregels', WPNR 6311 (1998), blz. 272 e.v.

¹²⁹ Zie ook art. 7:4 (koop), art. 7: 405 (opdracht), art. 7:601 (bewaring) en art. 7:3.12 NBW (aanneming van werk).

¹³⁰ Maar zie HR 23 oktober 1998, NJ 2000, 15 en HR 28 april 2000, RvdW 2000, 118 (Erven Van Hese/Koninklijke Schelde Groep).

¹³¹ Zie uit Boek 3: art. 55, 67, 69, 71, 87, 94, 176, 217, 270, 325. Uit Boek 6: art. 5, 19, 80, 82, 88, 89, 126, 132, 133, 134, 137, 138, 149, 160, 219, 223, 225, 234, 237, 253, 255, 260. Uit Boek 7: art. 10, 21, 23, 40, 45, 403, 605, 852.

zien ondernemers in algemene normen die te zeer zijn afgestemd op het particuliere verkeer aanleiding afwijkende contractuele regelingen te treffen. In Nederland wordt de unificatie van burgerlijk recht en handelsrecht die met de invoering van het nieuwe BW is resp. wordt gerealiseerd, nog altijd als tamelijk vanzelfsprekend gezien¹³². De beslissing tot unificatie is echter genomen in een periode waarin het belang van de goederenomloop hoog werd aangeslagen en geen belang werd gehecht aan de sfeer waarin een overeenkomst tot stand was gekomen. Het huidige contractenrecht ondervindt van het unificatiestreven juist hinder.

Op het eerste gezicht doortrekt de relativering van de goederenomloop die ik in § 4 heb beschreven het gehele vermogensrecht. Maar niet alle nieuwere regels hebben een algemene strekking. Een aantal ervan ziet bijvoorbeeld op situaties waarin partijen ten opzichte van elkaar in ongelijke feitelijke posities verkeren of hebben verkeerd. Deze regels strekken tot voorkoming of correctie van het gebruik van feitelijk overwicht, soms door een zeker respect voor de individuele motieven van een contractspartij af te dwingen. Niet ieder contact vraagt echter om herverdeling van verantwoordelijkheden en risico's. *Ondernemers* blijven natuurlijk streven naar een vlotte en soepele uitwisseling van goederen en diensten en daarom naar de typische feiten en omstandigheden die een soepel lopend handelsverkeer kenmerken:

"Rasche und einfache Begründung und Abwicklung der Rechtsverhältnisse; deren selbstverständliche Entgeltlichkeit; verstärkte Rechtssicherheit durch besondere Mittel der Publizität (Handelsregister); überhaupt Verkehrs- und Vertrauensschutz (z.B. typisierter Vertretungsmacht) in intensiverer Form sowie schärfere Sorgfaltsanforderungen und schärfere sonstige Zurechnungsmöglichkeiten. Die letzteren führen auch zum Ausschluß oder doch zur starken Einschränkung von besonderen Schutzvorschriften zugunsten Schwächerer..."¹³³

Het handelsverkeer vindt juist baat bij de rechtszekerheid die het tegenwoordig regelmatig aflegt tegen de individuele gerechtigheid¹³⁴. Rechtszekerheid stelt de ondernemer in staat risico's af te bakenen en te anticiperen op kostenposten. Ondernemers zullen daarom trachten termijnen zoveel

¹³² Zo ook in Italië, zie Levi, *La commercializzazione del diritto privato: il senso dell'unificazione*, cit., blz. 81 e.v.

¹³³ Bydinski, *Handels- onder Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht*, Berlin/New York, 1990, blz. 17.

¹³⁴ B.v. Capelle/Canaris, *Handelsrecht*, 23. Aufl., München, 2000, blz. 1 e.v., blz. 440 e.v.; Schmidt, *Handelsrecht*, 5 Aufl., München, 1999, blz. 33 e.v.

mogelijk bij voorbaat te concretiseren en kort te houden¹³⁵. Typerend is ook de ondernemersbehoefte aan concrete uitlegeregels¹³⁶. De overeenkomst is, zoals gezegd, voor de ondernemer een doel op zichzelf, zij verschaft hem zijn winst. Omdat het doel van de ondernemer bij de overeenkomst dus vooraf is gegeven, heeft hij geen behoefte aan normen die bewerkstelligen dat individuele motieven onderdeel van de overeenkomst kunnen worden. Dat wordt een gemeenschappelijk belang als ook de wederpartij een ondernemer is. Dan heeft de plicht tot onderzoek naar de bedoelingen die achter de verklaring van de wederpartij schuilgaan, noodzakelijkerwijs een ander karakter¹³⁷, óók als men in deze sfeer vasthoudt aan de regel dat een partij haar gedrag mede moet laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van haar wederpartij¹³⁸. Het vormvrije en 'gedepersonaliseerde' aanbod- en aanvaardingsmodel kan tussen ondernemers dan ook veel strikter toepassing vinden. Omdat de ondernemer bestaat van het sluiten van overeenkomsten, zijn bron van inkomsten, mag er ook van worden uitgegaan dat hij een zekere behendigheid en ervaring heeft bij het aangaan van overeenkomsten. Zolang elementaire fatsoensregels in acht worden genomen¹³⁹, is er daarom in het algemeen weinig reden om de eigen verantwoordelijkheid van partijen terzijde te stellen. De regel dat men binnen redelijke grenzen maatregelen moet nemen om te voorkomen dat men onder invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming tot een overeenkomst geeft, weegt daarom ten aanzien van ondernemers zwaarder¹⁴⁰, waardoor de traditionele dwalingseisen als verschoonbaarheid en kenbaarheid onverkort gelden¹⁴¹.

¹³⁵ De klachttermijn wordt in algemene voorwaarden veelal bepaald op acht dagen. Zie over een vergelijking tussen de handelsrechtelijke en civielrechtelijke klachtplicht Böhrer, *Grundwertungen zur Mängelrüge*, Wien, 2000, blz. 29 e.v.

¹³⁶ Cf. art. 4.1 e.v. van de Unidroit-beginselen van internationale handelsovereenkomsten.

¹³⁷ Zij is met name aan de orde als de wilsverklaring verminkt overkomt, cf. HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 629 (Citronas/Gem. Rotterdam).

¹³⁸ Preadviseur Mendel concludeert naar mijn mening terecht dat ook in het handelsrecht behoefte bestaat aan de aanvullende en beperkende werking van redelijkheid en billijkheid.

¹³⁹ Zie in dit verband HR 29 januari 1993, NJ 1994, 172 (Vermobo/Van Rijswijk). Zie ook HR 30 juni 2000, JOL 2000, 380 (X/ABN AMRO Bank) en de conclusie sub 9 van A-G Hartkamp. Men denke ook aan de waarschuwingsplicht van de aannemer met betrekking tot bekende of kenbare onjuistheden in de opdracht (HR 25 november 1994, NJ 1995, 154 inz. Stokkers/Vegt; HR 18 september 1998, NJ 1998, 818 inz. KPI/Leba en art. 7.12.4a NBW). Daarover C.E.C. Jansen, *Waarschuwingsplicht en 'eigen schuld'*, BR 2000, blz. 564 e.v.

¹⁴⁰ Cf. HR 22 december 1995, NJ 1996, 300 (Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds/Fries Groningsche Hypotheekbank). Zie ook de conclusie van A-G Langemeijer, sub 2.8 e.v., voor HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 157 (L.E. Beheer/Stijnman).

¹⁴¹ HR 3 juni 1994, NJ 1997, 287 (Direktbank/Gem. Breda); HR 19 mei 1995, NJ 1997, 648 (Bink/Van Lanschot).

Hoewel ook tussen ondernemers onderling feitelijke ongelijkheid voorkomt¹⁴², genieten zij minder of in het geheel geen (art. 6:235 BW) bescherming tegen algemene voorwaarden van de wederpartij¹⁴³. En omdat art. 7:17 in ondernemerstransacties van regelend recht is, kan de conformiteitseis door middel van exoneratieclausules in het algemeen¹⁴⁴ straffeloos terzijde worden gesteld. Als tegelijk met de unificatie van burgerlijk recht en handelsrecht rekening wordt gehouden met de relativering van het belang van het goederenverkeer, zullen ondernemers eigen normen ontwikkelen die wel op de eisen van dit goederenverkeer zijn afgestemd¹⁴⁵.

In het particuliere contractenrecht hebben alle partijen er belang bij dat ook hun persoonlijke motieven deel uitmaken van de inhoud van de overeenkomst. Voor beide partijen is de koopovereenkomst een middel tot een nader te bepalen doel; de overeenkomst staat in het teken van eigendomsvergarig. Omdat men rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, kan onder omstandigheden een verplichting bestaan tot onderzoek naar het doel van de wederpartij, dus naar de motieven die haar tot het sluiten van de overeenkomst bewegen¹⁴⁶. Onervarenheid, onhandigheid of nonchalance van de particuliere wederpartij – die van het sluiten van overeenkomsten niet haar dagelijks werk maakt – mag niet zomaar worden uitgebuit. Hoewel in het particuliere contractenrecht evenmin reden bestaat om bij wijze van uitgangspunt de eigen verantwoordelijkheid van de ene partij te relativiseren door aan de andere partij een onderzoeks- of mededelingsplicht op te leggen¹⁴⁷, lijkt hier minder aanvaardbaar dat een verkoper

¹⁴² Zie mijn artikel *Massacontracten. Een nieuwe maatvoering in het contractenrecht?* NJB 1995, blz. 956 e.v.

¹⁴³ HR 31 december 1993, NJ 1995, 389 (Matatag Shipping Corporation/De Schelde).

¹⁴⁴ Maar zie HR 12 mei 2000, RvdW 2000, 126 (Interpolis/Peeten).

¹⁴⁵ Cf. Dalhuisen, *Bespreking van Hesselink, De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, RMThemis 2000, blz. 332 e.v., i.h.b. blz. 334: "Het resultaat is dat wij in werkelijkheid overal een ander contractmodel zijn beginnen te hanteren voor professionele activiteiten, wel te onderscheiden van het consumenten contractmodel dat zelf op grond van goede trouw of gelijksoortige overwegingen ook belangrijke aanpassingen heeft ondergaan." Zie nog Brunner, *De billijkheid in het nieuwe BW*, in: *Rechtsvinding onder het nieuwe BW. Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, Deventer, 1992, blz. 87 e.v.; Hartlief, *Contractvrijheid*, 1999, blz. 42 e.v.; Abril Campoy, *La incidencia de la rescisión por lesión en los negocios onerosos de carácter mercantil (análisis doctrinal y jurisprudencial)*, *Revista de derecho privado* 2000, blz. 179 e.v.

¹⁴⁶ Cf. HR 6 oktober 1995, NJ 1996, 105.

¹⁴⁷ In het particuliere delictsrecht blijkt dit bij het ontstaan van schade in sport-, spel-, huis-, tuin- en keukenongevallen. De schade wordt dan vaak herleid tot een ongelukkige samenloop van omstandigheden die niet leidt tot aansprakelijkheid van de feitelijke veroorzaker van de schade. Zie recent HR 12 mei 2000, RvdW 2000, 125 (Zusjes

met een beroep op die eigen verantwoordelijkheid informatie voor zich houdt waarvan hij weet of kan weten dat die voor de wederpartij van belang is. HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 (Offringa/Vinck) herhaalde juist met betrekking tot een transactie in het particuliere verkeer zijn beslissing dat de prioriteitsregel ertoe strekt ook aan een *onvoorzichtige* koper bescherming te bieden tegen de nadelige gevolgen van dwaling. En in dat verband had de Hoge Raad in zijn arrest van 21 december 1990, NJ 1991, 251 (Van Geest/Nederlof) al beslist dat het enkele feit dat de koper ondeskundig is niet meebrengt dat hij, op straffe van verlies van het recht zich op dwaling te beroepen¹⁴⁸, verplicht is de zaak door een deskundige te laten onderzoeken alvorens tot aankoop over te gaan. Het feit dat de conformiteitseis in het zuiver particuliere contractenrecht niet van dwingend recht is, is in het algemeen¹⁴⁹ zonder betekenis nu particulieren onderling veelal slechts afspraken maken over de essentialia van de overeenkomst en overigens sterk op het regelend recht leunen.

De herverdeling van verantwoordelijkheden en risico's waar de relativering van het belang van de goederenomloop ruimte voor biedt, is aan de orde in gevallen van feitelijke ongelijkheid. Zij doet zich dus vooral¹⁵⁰ voor bij de gemengde overeenkomst, die tot stand komt tussen enerzijds een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf en anderzijds een ondernemer. Normen met een algemene strekking, die geen acht slaan op de hoedanigheid van de partijen bij de overeenkomst, vragen om corrigerende subnormen van dwingendrechtelijke aard die voorkómen dat het feitelijk overwicht van de ondernemer doorwerkt in de inhoud van de gemengde overeenkomst. Deze subnormen doorkruisen de unificatie van burgerlijk recht en handelsrecht. Wettelijke subnormen met een meer algemeen karakter worden nu eens vooraan (b.v. art. 7:6 BW) dan weer achteraan in een titel of afdeling geplaatst (b.v. art. 7:96 NBW, art. 7:513, art. 7:17.1.16 NBW). Andere keren wordt een bijzondere afdeling (b.v. afdeling 7:14.2) of regel (b.v. art. 6:236-238, art. 7:11, art. 7:21 lid 3 BW) in het

Jansen). Cf. RvT 3 november 1997, RvT I-1997/16; RvT 6 december 1999, RvT I-99/13; RvT 20 december 1999, RvT I-99/15.

¹⁴⁸ Zie over de toepasselijkheid van de prioriteitsregel in het kader van de toerekenbare tekortkoming Nieuwenhuis, Wat mogen koper en verkoper van elkaar verwachten? Digitale en analoge werking van redelijkheid en billijkheid, WPNR 6304 (1998), blz. 155 e.v.

¹⁴⁹ Bij de verkoop van woningen op basis van de de NVM-standaardovereenkomst wordt standaard van art. 7:17 BW afgeweken. Cf. HR 28 januari 2000, RvdW 2000, 36 (Christiaanse/Van Dijk); Hof 's-Gravenhage 23 maart 1995, TvC 1998, blz. 61; Rb. Groningen 20 januari 1995, NJ 1996, 64; Rb. Utrecht 17 september 1997, NJkort 1998, 26.

¹⁵⁰ Maar niet per definitie. Zie b.v. art. 7:2 en 7:3 NBW.

Burgerlijk Wetboek opgenomen. Deze handelwijze *doorkruist* niet alleen de unificatie van burgerlijk recht en handelsrecht, het doet ook afbreuk aan de overzichtelijkheid van het wettelijk systeem. Er ontstaat aldus een zeker risico dat een toepasselijke subnorm in de praktijk over het hoofd wordt gezien¹⁵¹.

5b. De noodzaak tot differentiatie

Door de relativering van het belang van de goederenomloop kan de unificatie van burgerlijk recht en handelsrecht ook ongelukkig uitvallen. Algemene wettelijke regels doen soms onvoldoende recht doen aan de sfeer waarin de overeenkomst tot stand is gekomen. Ik kan dat illustreren aan de hand van de contractuele aansprakelijkheid bij de uitvoering van enkele benoemde overeenkomsten. Het *oude* BW ziet in een aantal vormen van dienstverlening een vriendendienst, die om niet wordt verricht. Daarom kent het een zekere mildheid als de uitvoering van de dienst tot schade leidt. Zo is degene die een zaak in bruikleen of verbruikleen geeft alleen aansprakelijk voor schade die ontstaat door een gebrek van de uitgeleende zaak, als hij dit gebrek heeft gekend en de (ver)bruiklener er niet van op de hoogte heeft gesteld (art. 1790 (oud) resp. art. 1799 (oud) BW)¹⁵². De bewaarnemer was onder het oude recht alleen aansprakelijk voor schade aan de in bewaring genomen zaak als hij er niet dezelfde zorg voor had betracht als die welke hij voor zijn eigen zaken betrachtte (art. 1743 (oud) BW)¹⁵³. En art. 1838 lid 2 (oud) BW voorzag in een minder zware verantwoordelijkheid voor de lasthebber die om niet handelde¹⁵⁴. Ook de schenker is niet aansprakelijk voor schade die ontstaat door verborgen, hem niet bekende gebreken in de zaak (art. 7A:1711 (oud) BW)¹⁵⁵. Ook de Nederlandse wetgever¹⁵⁶ heeft zich

¹⁵¹ Cf. Rb. Arnhem 26 juni 1997, Prg. 1997, 4801 (Gerritsen/Geluk), met betrekking tot een zaak waarin de kantonrechter, in strijd met art. 7:6 jo. art. 7:17 BW, een beroep op een exoneratieclausule in een consumentenkoopovereenkomst had gehonoreerd.

¹⁵² Cf. HR 22 november 1996, NJ 1998, 567 (Bos/Althuisius).

¹⁵³ Zie voor een toepassing HR 16 maart 1951, NJ 1951, 676 (Volkers/Gans).

¹⁵⁴ In de literatuur bestaat echter geen eenstemmigheid over de aansprakelijkheid van de gratuit-lasthebber. Zie voor een overzicht Losbladige Bijzondere Overeenkomsten, Opdracht (Van Neer-Van den Broek), art. 7:401, aantek. 2.

¹⁵⁵ Cf. Asser-Kleijn 5-IV (Bijzondere overeenkomsten), 4e/5e dr., 1988, nr. 272 en art. 7.3.9 NBW.

¹⁵⁶ Cf. T.M. art. 7.9.1.2 (7:601), Parl. Gesch. Boek 7, blz. 394. Maar de wetgever heeft zijn gewijzigde visie niet altijd goed doorgerekend. Inconsequent is bijvoorbeeld het, door de wetgever zelf (cf. T.M. bij art. 7.1.9.4, Parl. Gesch. Invw. Boek 7, blz. 397) niet gemotiveerde *verbod van gebruik* in art. 7:603. Daarover merkte Van Zeven/Veldhuis, Compendium bijzondere overeenkomsten (Bewaarneming), 6e dr., Deventer, 1989, blz.

gerealiseerd dat de maatschappelijke commercialisering zich ook tot de dienstverlening uitstrekt¹⁵⁷: onder de vigore van het huidige (resp. nieuwe) BW hebben de lasthebber/opdrachtnemer (art. 7:405), bewaarnemer (art. 7:601) en geldschietter (art. 7.2.1.2 NBW) die hun dienst verrichten in het kader van een beroep of bedrijf *bij wijze van uitgangspunt* recht op betaling van loon resp. rente. Als de dienstverlener niet handelt in het kader van een beroep of bedrijf, bestaat het recht op loon in beginsel niet¹⁵⁸. Maar de aansprakelijkheidsleniging bij lastgeving, bewaarneming en verbruikleen is *geheel* verdwenen (resp. zal geheel verdwijnen)¹⁵⁹: Ook degene die uit welwillendheid handelt en geen aanspraak heeft op een vergoeding, is voortaan aansprakelijk overeenkomstig de algemene regels van art. 6:74 e.v. BW. Daarbij kan *niet steeds* rekening worden gehouden met het feit dat de dienstverlener in de nakoming van zijn verbintenis om niet heeft gehandeld. Over de verplichting van de *opdrachtnemer* om de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen (art. 7:401), heeft de wetgever opgemerkt¹⁶⁰:

"De omvang van de zorgplicht kan mede worden beïnvloed door de omstandigheid dat de opdrachtnemer belangeloos handelt."¹⁶¹

325, op: "Het verbod van gebruik is in zoverre (*sic!*) logisch, dat wanneer gebruik in de bedoeling ligt, men een overeenkomst van bruikleen dient af te sluiten, met als consequentie onder andere een verdergaande zorgplicht voor de bruiklener." Maar het onderscheid in de zwaarte van de zorgplicht van de bewaarder en de bruiklener is in het huidige BW vervallen! M.i. is art. 7:603 overbodig, omdat het gebruik van de in bewaring gegeven zaak wordt beheerst door art. 7:602. Twijfel omtrent de vraag of een bewaarnemings- dan wel een bruikleenovereenkomst is aangegaan, zal, gelet op de principieel afwijkende economische functie van beide overeenkomsten, toch niet gemakkelijk ontstaan.

¹⁵⁷ Cf. Levi, *La commercializzazione del diritto privato: il senso dell'unificazione*, cit., blz. 77 e.v.

¹⁵⁸ Cf. T.M. bij art. 7:601 (7.9.1.2), Parl. Gesch. Inv. Boek 7, blz. 394: "Wordt de bewaarneming door de bewaarnemer niet in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep gesloten, dan zal het, voor zover niet anders blijkt, wel bijna steeds de bedoeling zijn dat de bewaargever geen bewaarloon zal behoeven te betalen. De bepaling van het eerste lid van dit artikel sluit bij deze praktijk aan, doch laat voldoende ruimte voor bijzondere gevallen." Cf. Asser-Kortmann 5-III, nr. 56.

¹⁵⁹ Dat is ook in Spanje (1889) en Portugal (1967) gebeurd.

¹⁶⁰ T.M. art. 7.7.1.2 (art. 7:401), Parl. Gesch. Boek 7, blz. 323. Zie ook de opmerking van Meijers tijdens de mondelinge behandeling van vraagpunt 10 (art. 6.1.9.12a/6:109), Parl. Gesch. Boek 6, blz. 418 e.v.: "Men draagt iemand anders iets op; hij doet het om niet (...) en veroorzaakt schade. Hier geeft ook nu reeds de wet de bevoegdheid het met de schadeberekening in dit geval, omdat het in de grond van de zaak een vriendendienst is - men doet het om niet -, niet zo scherp te nemen." Cf. Rb 's-Hertogenbosch 17 november 1978, NJ 1980, 15.

¹⁶¹ Ook de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf heeft herhaaldelijk beslist dat verdedigbaar is dat op iemand die een ander bij wege van belangeloos hulpbetoon

Maar bij de *bewaarneming* redeneert de wetgever anders. Blijkens de Toelichting bij art. 7:602¹⁶² wil hij geen ruimte laten voor de aansprakelijkheidsmatiging die werd voorzien in art. 1743 (oud) BW¹⁶³:

"Dit ten gunste van de bewaarnemer gemaakte verschil, dat is ingegeven door de gedachte dat de bewaarneming in het algemeen een vrienden-dienst is, past niet meer in deze tijd, waarin veelal de bewaargever niet weet welke zorg de bewaarnemer aan zijn eigen zaken pleegt te besteden. Bovendien is er geen reden om de bewaarnemer die met zijn eigen zaak slordig omgaat, een vrijbrief te geven dat ook te doen met de zaken die een ander hem toevertrouwt, ook al ontvangt hij geen bewaarloon."¹⁶⁴

Ook bij de *overeenkomst van verbruikleen* zal de aansprakelijkheidsleniging die nu nog besloten ligt in art. 7A:1799 jo. art. 7A:1790, verdwijnen. Art. 7.2.2.2 NBW bepaalt dat de zaak die in verbruikleen wordt gegeven, de eigenschappen moet bezitten die de ontvanger, gelet op alle in aanmerking komende omstandigheden, mag verwachten. Terwijl de aansprakelijkheid bij de om niet uitgevoerde opdracht en bewaarneming voor de wetgever tenminste nog een punt van overweging waren, geldt dat niet voor de verbruikleen waarvoor geen loon verschuldigd is. In de memorie van toelichting volstaat de wetgever met de opmerking, dat de aansprakelijkheid van degene die een zaak in verbruikleen geeft, moet worden beoordeeld aan de hand van art. 6:74 e.v.¹⁶⁵ Ook voor de overeenkomst van *bruikleen* geldt dat niet wordt onderscheiden naar de sfeer waarin de overeenkomst tot stand komt. Bruikleen wordt in het nieuwe BW niet vercommercialiseerd.

bijstaat, minder spoedig aansprakelijkheid rust dan wanneer een professionele kracht een opdracht tegen betaling uitvoert. Cf. RvT 2 september 1991, RvT I-91/24, TvC 1992, blz. 184; RvT 2 september 1991, RvT I-91/27, TvC 1992, blz. 185; RvT 21 oktober 1991, RvT I-91/32, TvC 1992, blz. 186, VR 1992, 162; RvT 2 juni 1993, RvT I-93/14, VR 1994, 23; RvT 11 april 1994, RvT I-94/11, VR 1995, 55; RvT 4 juli 1994, RvT I-94/23, VR 1995, 56; RvT 10 april 1996, RvT I-96/10; RvT 6 oktober 1997, RvT I-97/13;

¹⁶² T.M. art. 7.9.1.3 (7:602), Parl. Gesch. Boek 7, blz. 396. Cf. Paquay, De aansprakelijkheid van de bewaarnemer, RMThemis 1994, blz. 500 e.v.

¹⁶³ In Spanje wordt het criterium van de *diligentia quam in rebus suis* gekwalificeerd als een subjectieve verfijning van het objectieve criterium van de *bonus pater familias*. Zie Ozcáriz Marco, El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guarda, Barcelona, 1997, blz. 289 e.v. In die benadering kan de *diligentia quam in rebus suis* toepassing blijven vinden.

¹⁶⁴ Cf. De Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf overwoog in zijn uitspraak van 11 april 1994, RvT I-94/11, VR 1995, 55: "In het midden kan thans blijven of er sedert 1 januari 1992 bij bewaargeving om niet nog plaats is voor een lichtere aansprakelijkheid, nu in art. 6:602 geen onderscheid meer wordt gemaakt tussen bewaarneming tegen beloning en bewaarneming om niet."

¹⁶⁵ M.v.T. art. 7.2.2.2 NBW, blz. 887 e.v.

Essentiale blijft dat de uitlener de zaak om niet aan de bruiklener ter beschikking stelt. Dat lijkt logisch: als de overeenkomst voorziet in een tegenprestatie van de gebruiker van de zaak, is sprake van huur of pacht¹⁶⁶. De wetgever handhaaft ook de aansprakelijkheidsleniging. Art. 7.6.10 is praktisch gelijk aan art. 1790 (oud) BW: de bruikleengever is slechts aansprakelijk voor gebreken van de zaak wanneer hij deze niet heeft opgegeven ofschoon zij hem bekend waren¹⁶⁷. Maar de wetgever ziet over het hoofd dat ook de overeenkomst van bruikleen een commerciële achtergrond kan hebben, waarbij de dienstverlener handelt 'in de uitoefening van een bedrijf of beroep'. Men denke aan de reparatieovereenkomst waarbij de reparateur, bij wege van serviceverlening, een vervangende zaak in bruikleen geeft¹⁶⁸. Of aan de winkel die gratis een behangtafel uitleent aan degene die er behang koopt. Of aan het hotel waarvan de gasten gratis een fiets mogen gebruiken¹⁶⁹. De wettelijke aansprakelijkheidsleniging is in die gevallen niet alleen niet erg redelijk¹⁷⁰, waar zij bij de lastgeving, bewaarneming en verbruiklening geheel is geschrapt, is haar handhaving in deze gevallen van bruikleen ook weinig consequent¹⁷¹. Al deze inconsequenties zijn een gevolg van het feit dat de wetgever te weinig oog heeft voor de maatschappelijke ontwikkelingen, in het bijzonder voor het feit dat er vanuit maatschappelijk perspectief reden én ruimte bestaat om normen af te stemmen op de sfeer waarin het rechtens relevante contact is ontstaan.

¹⁶⁶ Zie het rechtspraakoverzicht in Losbladige Bijzondere Contracten, Bruikleen (De Klerk-Leenen/Bertrams), Inleiding, aantek. 7. Zie voorts Hof Arnhem (Pachtkamer) 7 maart 1994, Pr juni 1994, 1: De werkzaamheden van Tjebbes als gebruiker betreffen verplichtingen tot het verrichten van gewoon dagelijks onderhoud en tot het nemen van gebruikelijke maatregelen. Het zijn verplichtingen die ook op een bruiklener rusten. Deze kunnen niet worden beschouwd als een tegenprestatie voor het gebruik. Geen pachtverhouding.

¹⁶⁷ De memorie van toelichting bij art. 7.6.10 NBW, laat ruimte voor afwijkingen op grond van de redelijkheid en billijkheid. Cf. M.v.T. art. 7.6.10 NBW, blz. 983.

¹⁶⁸ Cf. Ktr. Delft 2 augustus 1990, VR 1992, 29.

¹⁶⁹ Cf. Nieuwenhuis, Paulianeuze gedachten, RMThemis 1997, blz. 42.

¹⁷⁰ Zo ook Tjittes, De ongelukkige samenloop van aansprakelijkheidsgronden, *Miscellanea Jurisconsulto vero Dedicata* (Van Dunné-bundel), 1997, blz. 430. Zie met betrekking tot bewaarneming Paquay, *De aansprakelijkheid van de bewaarnemer*, cit., blz. 500.

¹⁷¹ In Frankrijk is de *professionele* uitlener op dezelfde voet aansprakelijk als de verkoper van een gebrekkige zaak: ook als hij het gebrek van de zaak niet kende, staat hij in voor de schade van de bruiklener. Cf. Cass. Comm. 24 november 1980, Bull. IV, nr. 392; Cour d'appel Douai 10 december 1963, Gaz. Pal. 1964, I, 231. Zie voor Spanje Pérez de Ontiveros Baquero, *El contrato de comodato*, Pamplona, 1998, blz. 192 e.v.

De maatschappelijke vooruitgang creëert een voortdurende behoefte aan nieuwe, bijzondere handelsrechtelijke normen, die na verloop van tijd doordringen tot het burgerlijk recht. In zoverre vercommercialiseert het burgerlijk recht voortdurend. Daarnaast varieert het gewicht dat vanuit maatschappelijk perspectief wordt toegekend aan het goederenverkeer dat voor de ondernemer van eminent belang is. In een periode waarin het maatschappelijk belang van de goederenomloop groot wordt geacht, ontstaat een objectiveringstendens. Het burgerlijk recht recipieert dan normen die zijn gericht op een soepel verlopend goederenverkeer. In een periode die meer ruimte biedt aan verwezenlijking van strikt individuele motieven, bestaat in het burgerlijk recht juist meer behoefte aan normen die voorrang geven aan individuele gerechtigheid. De behoefte aan unificatie van burgerlijk recht en handelsrecht is kortom relatief en steeds van tijdelijke aard. In Nederland wordt de unificatie van burgerlijk recht en handelsrecht, op het moment dat zij legislatief wordt gerealiseerd, in de praktijk alweer volop ondergraven. Algemeen geformuleerde normen voldoen niet meer, waardoor partijen zich eraan onttrekken, correcties nodig zijn, of ongerechtvaardigde gelijkheid ontstaat. Dat alles bewijst het gelijk van rechtsstelsels die vasthouden aan een apart wetboek van handelsrecht. Weliswaar worden in die rechtsstelsels benoemde overeenkomsten soms dubbel geregeld en is dat in bepaalde periodes overbodig, maar dit dubbele systeem waarborgt dat *altijd* recht kan worden gedaan aan de eisen van de sfeer waarin de desbetreffende overeenkomst tot stand is gekomen. Natuurlijk roepen dubbele wetboeken afgrenzingsproblemen op, maar het Nederlandse recht wordt daar nu evenzeer mee geconfronteerd. In buitenlandse rechtsstelsels bestaat intussen wel een betere uitgangssituatie om de maatschappelijke veranderingen op te vangen. Het zou daarom goed zijn als de unificatie van burgerlijk recht en handelsrecht werd heroverwogen: ook Nederland heeft behoefte aan een apart wetboek van handelsrecht¹⁷²

¹⁷² Cf. Van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid*, Deventer, 1994, blz. 195 e.v., blz. 201; idem, *Massacontracten. Een nieuwe maatvoering in het contractenrecht?* cit., blz. 962. Zie ook Tjittes, *Naar een bijzonder contractenrecht voor ondernemers*, in: Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer, 1997, blz. 375 e.v.

HET EIGEN GEZICHT VAN HET HANDELSRECHT

Welke rol spelen in het handelsrecht de redelijkheid en billijkheid – met name in hun beperkende werking – in rechtsverhoudingen tussen ondernemers en wat behoort die rol te zijn?

Prof. mr M.M. Mendel

1. Algemene opmerkingen

1.1 Probleemstelling

De kern van het in dit preadvies te behandelen onderwerp komt in de titel reeds naar voren.

Onder "handelsrecht" versta ik hier – als een hommage aan zijn klassieke onderdelen – in hoofdzaak de volgende delen van dit rechtsgebied: het vennootschaps- en ondernemingsrecht, het vervoerrecht, het verzekeringsrecht, het recht betreffende de industriële en intellectuele eigendom (het auteursrecht werd overigens vaak niet tot het handelsrecht gerekend), het recht betreffende de waardepapieren (order- en toonderpapieren) en documentaire kredieten. De koopovereenkomst zal ik bijv. niet als zodanig behandelen. Met rechtsverhoudingen tussen ondernemers zijn bedoeld rechtsverhoudingen tussen professionals in (eventueel verschillende gebieden van) handel, industrie en dienstverlening. Ik zal het dus niet hebben over verhoudingen waarin dergelijke professionals staan tegenover particulieren (consumenten). Ondernemers die tot elkaar in een juridische (bijv. contractuele) betrekking staan, kunnen niet altijd over één kam worden geschoren. Sommigen zijn groot en invloedrijk, anderen klein en onbeduidend.¹ Er kunnen aanzienlijke verschillen zijn in ervaring, deskundigheid en mate van specialisatie. De kerngebieden waarop men zich beweegt zullen vaak uiteenlopen. Een scheepvaartmaatschappij sluit bijv. een verzekeringsovereenkomst met een verzekeraar of een financieringscontract met een bank. Ten aanzien van de verzekeringsovereenkomst respectievelijk het financieringscontract zal de verzekeraar respectievelijk de bank uiteraard dikwijls deskundiger zijn dan de scheepvaartmaatschappij. De vraag rijst in hoeverre met dit verschil rekening wordt gehouden en moet worden gehouden als het gaat om de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

¹ Aan J.B.M. Vranken, Vertrouwen en rechtszekerheid in het Nederlandse overeenkomstenrecht, Tijdschrift voor Privaatrecht 1997-II p. 1851, ontleen ik het volgende. Volgens gegevens van het CBS van 11 april 1997 telde Nederland in 1996 ruim 625.000 bedrijven. Daarvan behoorde 91% tot het kleinbedrijf (minder dan 10 werknemers), 8% tot het middenbedrijf (tussen 10 en 100 werknemers) en 1% tot het grootbedrijf (meer dan 100 werknemers). Niet opgenomen zijn bedrijven zonder personeel. Bron: CBS, Bedrijven in Nederland 1996, met een update per 11 april 1997.

Met de term "de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid" duid ik de inhoud aan van bepalingen als art. 6:2 lid 2 BW: "Een tussen hen (schuldeiser en schuldenaar, *M.*) krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn." Een zelfde soort bepaling is art. 6:248 lid 2 BW: "Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn." Zie meer specifiek voor een verbijzondering van deze bepaling voor het geval zich onvoorziene omstandigheden voordoen art. 6:258 BW. Deze bepalingen gelden ook in handelsrechtelijke verhoudingen. Zie voor het rechtspersonenrecht verder art. 2:8 BW: "Een tussen hen (namelijk een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken en tussen deze laatsten onderling, *M.*) krachtens wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluit geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn."

Uit het woord "onaanvaardbaar" blijkt al dat de toetsing door de rechter hier terughoudend moet zijn en dit stemt overeen met de parlementaire geschiedenis.² De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid betekent een tussenstandpunt tussen enerzijds de opvatting dat een schuldenaar zijn gegeven woord slechts gestand hoeft te doen of een wettelijke verbintenis slechts hoeft na te komen voorzover dit in de gegeven omstandigheden strookt met de eisen van redelijkheid en billijkheid, en anderzijds de opvatting dat de schuldeiser, behoudens bijzondere, uit wet of rechtshandeling voortvloeiende regels, onder alle omstandigheden de prestatie kan afdwingen.³ Wat de genoemde beperkende werking van redelijkheid en billijkheid betreft, wordt nergens in de wetsgeschiedenis een speciale plaats toegekend aan rechtsverhoudingen tussen ondernemers. Deze en andere verhoudingen worden in één adem genoemd.⁴

In de literatuur vindt men wél pleidooien voor een scherp onderscheid tussen enerzijds de verhouding tussen zakenlieden en anderzijds verhoudingen waarbij particulieren betrokken zijn. Zo zegt Brunner⁵:

² Zie M.v.A. II, Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 68.

³ Toelichting Meijers, Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 62.

⁴ Zie bijv. Parlementaire Geschiedenis t.a.p. p. 73 (mondeling overleg): verscheppingsbedingen en arbeidsverhoudingen.

⁵ Rechtsvinding onder het NBW (1992), p. 95. Het arrest waarop Brunner zich vooral beroept – HR 7 november 1986, NJ 1987, 934 (Katan BV c. Heinrich Klaas GmbH &

Het zakenleven heeft zijn eigen regels en zijn eigen moraal. Daar geldt niet dat de kleine onderneming met een zwakke onderhandelingspositie door het recht moet worden beschermd tegen de grote, zolang die geen misbruik maakt van een economische machtspositie. Daar geldt niet dat de partij die deskundiger is dan de wederpartij door waarschuwing of informatie moet voorkomen dat de ander een verkeerde transactie doet. De sukkel op de markt wordt niet beschermd, de meest deskundige en alerte ondernemer gaat met de buit strijken. (...) Dat betekent dat in het zakenleven nog voluit geldt dat contract contract is, dat de (geldig gesloten) overeenkomst partijen tot wet strekt, daar de derogerende of beperkende werking van redelijkheid en billijkheid nauwelijks betekenis heeft.

Brunner maakt wel een uitzondering voor oneerlijke concurrentie. Van Delden lijkt nog verder te gaan:

Inderdaad in de handel en daarmee het recht dat die handel beheerst, streeft men naar eenvoudige oplossingen en strikte risicoverdelingen: contract is contract, standaardisering, fatale termijnen, korte termijnen met betrekking tot oplossing van geschillen, stricte, bij voorkeur grammaticale, interpretatie, zekerheid en dus zo min mogelijk open normen.⁶

Andere auteurs die de rol van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid binnen (gebieden van) het handelsrecht sterk teruggedrongen willen zien, zijn Tjittes⁷, Claringbould⁸, betreffende de beperking van aansprakelijkheid van de reder in het zeerecht vooral op grond van gesloten verdragen, zie hierna p. 197, en Van Nispen⁹, met betrekking tot de uitoefening van rechten van industriële eigendom.

Auteurs die niet speciaal met betrekking tot (delen van) het handelsrecht, maar meer in het algemeen de rechtszekerheid willen beschermen o.a.

Co KG – waarin de nadruk valt op de omstandigheden van het geval en op hetgeen zich eerder tussen partijen heeft afgespeeld, vormt geen bevestiging van Brunners vierkante standpunt. Hetzelfde geldt voor een ander arrest waarop Brunner zich beroept: HR 25 juni 1971, NJ 1971, 398. Vranken meent dat Brunner “het” zakenleven te veel generaliseert, zie TPR 1997-II, p. 1851. Zie voor verdere kritiek hierna p. 229-237.

⁶ In: Haven en handel (1992), p. 18. Wel wil hij gedeelten van het handelsrecht hiervan uitzonderen, maar die worden door hem niet gepreciseerd.

⁷ De hoedanigheid van contractspartijen (1994), o.a. p. 206 en “Naar een bijzonder contractenrecht voor ondernemers” in: Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht (1997), p. 375 e.v.

⁸ Noot onder HR 4 november 1994, NJ 1996, 534 (Van der Vis).

⁹ Bijblad Industriële Eigendom 1994, p. 276.

tegen te grote invloed van de redelijkheid en billijkheid zijn bijv.: De Grooth¹⁰, Houwing¹¹, P.A. Stein¹², en Pels Rijcken¹³. Tot deze groep auteurs zou men ook Barendrecht¹⁴ kunnen rekenen met zijn pleidooi voor scherpe regels.

1.2 Begrenzing van het terrein

De eerste in dit preadvies te behandelen vraag: welke rol spelen in het handelsrecht de redelijkheid en billijkheid – met name in hun beperkende werking – in rechtsverhoudingen tussen ondernemers? zal ik trachten te beantwoorden aan de hand van de rechtspraak, vooral uitspraken van de Hoge Raad. Een volledig rechtspraakoverzicht zal ik niet geven. Dat is voor een antwoord op de gestelde vraag ook niet nodig, al zal het overzicht natuurlijk representatief moeten zijn. Verder zal ik m.b.t. de (beperkende werking van) de redelijkheid en billijkheid een blik over de grenzen werpen en enige opmerkingen maken over het Belgische, Franse, Duitse, Engelse en Amerikaanse recht. Van de internationale regelingen zal ik vooral aandacht hebben voor de UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Volgens Berger¹⁵ mag art. 1.7 hiervan (betreffende “good faith and fair dealing”) “rightly be characterized as the *Magna Carta* of international commercial law.”

Aan dit alles zal ik een aantal algemene paragrafen doen voorafgaan.

1.3 Terminologie: goede zeden en openbare orde, redelijkheid en billijkheid, misbruik van bevoegdheid, misbruik van recht

Hoe verhouden de in het opschrift genoemde drie begrippen zich tot elkaar? Zij zijn aan de orde gekomen bij de totstandkoming van het nieuw Burgerlijk Wetboek. Meijers¹⁶ zei destijds in de Tweede Kamer (cursive-ring van mij):

¹⁰ Enige beschouwingen omtrent de conflicten tussen rechtszekerheid en levend recht (1947).

¹¹ Zekerheid omtrent het recht (1947), o.a. p. 15.

¹² Themis 1969, p. 307 e.v.

¹³ In: Non sine causa (Scholtenbundel) 1979 p. 309 e.v.

¹⁴ Recht als model van rechtvaardigheid (1992).

¹⁵ The Creeping Codification of the Lex Mercatoria (1999), p. 169.

¹⁶ Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 57.

Wanneer men zegt: iets is niet bindend, omdat nakoming daarvan *onder alle omstandigheden* onbetamelijk is, dan verklaart men daarbij het overeengekomene in het algemeen in strijd met wat men dan noemt *openbare orde of goede zeden*.¹⁷

Van strijd met de goede trouw (*redelijkheid en billijkheid*) is volgens Meijers sprake wanneer een beroep op het overeengekomene *onder de gegeven omstandigheden* onbetamelijk is. Later is "onbetamelijk" vervangen door het stringentere "onaanvaardbaar".

Ik leid hieruit af - en sluit mij er gaarne bij aan - dat een contractueel beding volgens welk nooit, hoe de omstandigheden ook mogen zijn, een beroep mag worden gedaan op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (misbruik van bevoegdheid en misbruik van recht hieronder begrepen, zie hierna), in strijd is met de goede zeden en de openbare orde.¹⁸

Bij het verwoorden van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid werd door de Regering oorspronkelijk, in haar voorlopig antwoord op Vraagpunt 21, de term "*misbruik van recht*" gebruikt: de schuldeiser kan zijn vorderingsrecht niet uitoefenen indien een beroep daarop "*onder de gegeven omstandigheden als een misbruik van recht moet worden aangemerkt*". Regering en Kamer hebben de term "*misbruik van recht*" losgelaten omdat men deze uitdrukking te onzeker van inhoud achtte.¹⁹

Men kan zeggen dat "*misbruik van recht*" of, ruimer, misbruik van bevoegdheid (zie art. 3:13 BW), dikwijls een toepassing vormt van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid op andere rechtsverhoudingen dan die welke berusten op rechtshandelingen, bijv. op rechten van industriële eigendom.²⁰ Afgaande op de interpretatie van de Hoge Raad is volgens het Benelux-Gerechtshof en volgens hem zelf (waarschijnlijk) minder snel voldaan aan de maatstaf van misbruik van bevoegdheid (en, naar men mag aannemen misbruik van recht) dan aan die

¹⁷ Zie voor een concreet voorbeeld in het kader van een bankgarantie de noot van Van Schilfgaarde onder HR 9 juni 1995, NJ 1995, 639 (Gesnoteg).

¹⁸ Zie ook Abas, *Beperkende werking van de goede trouw* (1972) p. 270.

¹⁹ Zie *Parlementaire Geschiedenis* Boek 6, p. 62.

²⁰ Zie omtrent de parallel tussen misbruik van recht en art. 1374 lid 3 (oud) BW: Abas, *Beperkende werking van de goede trouw* (1972) p. 59 en 60. Zie ook Asser-Hartkamp 4, II (1997) nr. 314, Gielen, *Volgende het rechte oordeel van redene* (1994) p. 9 e.v. en Koelemeijer, *Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen* (1999), p. 31 e.v. en p. 82 e.v.

van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid, getuige het volgende citaat:

Het BenGH doelt met "onbehoorlijk handelen" (..) op een handelen van zodanige aard dat het neerkomt op misbruik van bevoegdheid en derhalve op een maatstaf die zwaardere eisen aan de stelplicht stelt dan de maatstaf van de goede trouw doet.²¹

De Hoge Raad had de derogerende werking van de goede trouw en het misbruik van recht al eerder naast elkaar gezet zonder zich daarbij uit te laten over de relatieve zwaarte van deze criteria. In een geval waarin een aandeelhouder een beroep had gedaan op statutaire voorschriften regelende de bijeenroeping van de vergadering van houders van prioriteitsaandelen, overwoog de Hoge Raad dat niet was gebleken "dat dat beroep zou zijn gedaan in strijd met de goede trouw of zou opleveren misbruik van recht".²² Men kan thans m.i. niet in het algemeen zeggen dat naar Nederlands recht misbruik van recht persé een strengere maatstaf is dan "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar".²³

Wellicht zou de - terughoudendheid bij toetsing implicerende - term "misbruik van recht" in het buitenland beter worden begrepen dan de woorden "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar". Ter vergelijking diene dat volgens het Belgische Hof van Cassatie misbruik van recht het enig mogelijke toepassingscriterium is voor de beperkende werking van de goede trouw (redelijkheid en billijkheid).²⁴ Dat ook in de formulering "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar" de rechter tot terughoudendheid bij toetsing wordt aangespoord, zal een buitenlander vaak ontgaan. Zie bijv. Berger²⁵:

Art. 6:248 allows the Dutch courts to ignore contractual obligations if their contents contravene the notions of equity and fairness in the individual case.

²¹ HR 5 januari 1990, BIE 1990/53 en hierna p. 208 e.v. Zie ook Asser-Vranken, *Algemeen deel* (1995) nr. 137.

²² HR 15 juli 1968, NJ 1969, 101 met noten D.J.V. en G.J.S. (Wijsmuller).

²³ Zie ook Stolp en de door hem genoemde literatuur in *Grenzen aan de uitoefening van bevoegdheden in de contractuele sfeer; meten met twee maten?* in: *Contractvrijheid, onder redactie van Hartlief en Stolker* (1999), p. 501 e.v., m.n. p. 509 en 514. Over dit punt wordt in de literatuur echter verschillend gedacht, zie de auteurs vermeld bij Rijken, *Redelijkheid en billijkheid* (1994) nr. 38.

²⁴ Zie overzicht van rechtspraak (1981-1992) (1) *Verbintenissen in Tijdschrift voor Privaatrecht* 1994, p. 471 e.v. door Kruithof, De Ly, Bocken en De Temmerman.

²⁵ T.a.p., p. 61.

Dit standpunt is, als gezegd, bij de totstandkoming van dit artikel juist uitdrukkelijk verworpen.²⁶

1.4 Redelijkheid en billijkheid nader beschouwd

"Als men het in de rechtsfilosofie allengs over één ding eens is geworden, dan is het dit: dat de billijkheid voor definiëring niet vatbaar is", schreef Kisch.²⁷ Voor de combinatie "redelijkheid en billijkheid" zal het niet veel anders liggen. Wel kan men zeggen dat dit begrip te maken heeft met het bestrijden van (te groot geachte) onevenwichtigheid tussen (contracts)partijen²⁸ en met, zoals Luijpen over rechtvaardigheid zegt, "minimale menselijkheid".²⁹ Aldus wordt, zij het nog niet gepreciseerd, op waardevolle wijze een richting aangegeven. Vergelijking met andere normen kan daarbij enigszins helpen. Redelijkheid en billijkheid vormen bijv. een duidelijk andere norm dan voordeelmaximalisatie of vergroting van het marktaandeel. Algemeen aanvaarde voorbeelden kunnen de maatstaf van redelijkheid en billijkheid verduidelijken.³⁰ Art. 3:12 BW reikt enige concrete gezichtspunten aan:

Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.³¹

In een fraaie overweging heeft Nieuwenhuis erop gewezen dat verwijzing naar de eisen van billijkheid betekent dat de Hoge Raad van opvatting is dat zijn oordeel, ook zonder formele vaststelling door de volksvertegen

²⁶ Zie hierboven de noten 2 en 3.

²⁷ RM Themis 1955, p. 148. In dezelfde zin Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1975) p. 203 en 277.

²⁸ Zie Larenz, t.a.p., p. 277.

²⁹ Rechtvaardigheid (1975), p. 266. Zie ook Wightman in Good Faith in Contract, Edited by Roger Brownsword, Norma J. Hird, Geraint Howells (1999) p. 42 ("minimum standards of honesty").

³⁰ Zie Larenz, t.a.p., p. 203. De stelling van Hesselink, De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht, diss. 1999 p. 435, dat de redelijkheid en billijkheid "een volledig open norm en daarmee helemaal geen norm" is, onderschrijf ik niet. Een opvatting als die van Hesselink werd ook in Duitsland wel gehuldigd. Zij ging Larenz (t.a.p. p. 203 en p. 277) te ver.

³¹ Zie voor een belangrijke uitspraak over de hier bedoelde rechtsovertuigingen: HR 12 september 1996, NJ 1996, 683 m.nt. MMM (Kroymans).

woordiging, strookt met de rechtsovertuiging die leeft in brede lagen van de samenleving.³²

Verder heeft Abas³³ terecht aandacht gevraagd voor de trefzekere observatie van Von Tuhr betreffende de aard van de redelijkheid en billijkheid:

Denn die bona fides ist kein Produkt logischer Erkenntnis, kein Objekt des Wissens, sondern eine Frage der Lebenserfahrung und praktischen Vernunft.³⁴

Redelijkheid en billijkheid zijn belangrijk in het vermogensrecht, zij het niet overal even belangrijk. G.J. Wiarda heeft art. 6.1.1.2 (6:2) lid 1 BW, bepalend dat partijen bij een verbintenis jegens elkaar verplicht zijn zich als schuldenaar en schuldeiser overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid te gedragen, de *grondwet* van het verbintenissenrecht genoemd.³⁵ Een overeenkomst is niet slechts een ontmoetingspunt van contraire belangen. Zij moet tot op zekere hoogte worden beschouwd als een gemeenschappelijk project waarin voor iedere partij een plicht tot samenwerking geldt. Dit kan op de redelijkheid en billijkheid worden gebaseerd.³⁶

De redelijkheid en billijkheid bij overeenkomsten zou men kunnen vergelijken met smeerolie. Bij machineonderdelen die niet veel speling vertonen kan worden volstaan met een dunnere smeerolie. Vergelijk sommige overeenkomsten tussen ondernemers waarbij veel waarde wordt gehecht aan de letterlijke tekst in verband met de gewenste rechtszekerheid. Voor machineonderdelen die meer speling vertonen is een dikkere smeerolie nodig. De olie (de redelijkheid en billijkheid) moet hier meer beweging opvangen. Dit behoeft niet alleen het geval te zijn bij overeenkomsten waarbij particulieren (consumenten) zijn betrokken, maar zou zich ook in contractuele verhoudingen tussen ondernemers kunnen voordoen. Een parallel met het Duitse recht: "Mit der Zulassung von *Vertragskorrekturen* lockert der Grundsatz von Treu und Glauben die

³² Nederlands Juristenblad 2000, p. 688.

³³ T.a.p., p. 259.

³⁴ Von Tuhr-Siebart (1944) p. 49.

³⁵ Drie typen van rechtsvinding (1972), p. 33. In 1999 verscheen een bewerking van dit boek door T. Koopmans.

³⁶ Evenzo het commentaar op Art. 5.3 van de Unidroit Principles of International Commercial Contracts, <http://www.unidroit.org/english/principles/chapter-5.htm>. Zie ook Wilhelmsson in Good Faith in Contract, t.a.p. (1999), p. 181.

bestehenden vertraglichen Bindungen unter Berücksichtigung des Billigkeitsgesichtspunkts der Zumutbarkeit in gewissen Grenzen auf".³⁷

De kracht van de billijkheid is dat zij op directere wijze appelleert aan het rechtvaardigheidsgevoel van mensen dan het wettenrecht. Haar zwakheid is dat dikwijls een algemene rechtsovertuiging ontbreekt en de bij het geval betrokken belangen geheel verschillend gewaardeerd kunnen worden.³⁸ Dit laatste geldt niet, althans veel minder, in gevallen dat iets in hoge mate onbillijk is, omdat in dat geval ieder redelijk oordelend mens het als onbillijk zal beschouwen.³⁹

De redelijkheid en billijkheid als interpretatiemethode roept vragen op. Zoals het niet juist is redelijkheid en billijkheid enerzijds en rechtszekerheid anderzijds als een zuivere tegenstelling te zien – zie daarover hierna – is dit laatste ook niet juist met betrekking tot de grammaticale interpretatie vergeleken met de interpretatie naar redelijkheid en billijkheid. Dikwijls zullen de redelijkheid en billijkheid in overeenkomsten tussen ondernemers of in statuten van rechtspersonen *verdisconteerd* zijn. Eén manier van verdiscontering is de volgende. Menigmaal zal men de definitieve tekst van een overeenkomst, net als een uiteindelijke verdragstekst, kunnen beschouwen als een tussen belangengroeperingen gesloten compromis (voordelen voor de een worden elders in het contract gecompenseerd door voordelen voor de ander), hetgeen voor de interpretatie van de tekst van belang is. Als van dit compromiskarakter blijkt, brengt het met zich dat de rechter zich bij het uitleggen van de tekst niet te spoedig moet laten verleiden tot het volgen van zijn gevoel voor redelijkheid en billijkheid.⁴⁰

De mate van verdiscontering van redelijkheid en billijkheid in een regeling is een belangrijke omstandigheid bij de beantwoording van de vraag hoe terughoudend de rechter moet zijn bij het verlenen van beperkende werking aan redelijkheid en billijkheid. In de wetsgeschiedenis wordt in dit verband gerefereerd aan "zeer extreme omstandigheden (..) waarbij te denken valt aan gevallen van rechtsverwerking".⁴¹

³⁷ Jauernig-Vollkommer, Bürgerliches Gesetzbuch (1997), § 242, 8.

³⁸ Zie Meijers in zijn toelichting op art. 7 van de Inleidende titel (later art. 3:12 BW), Parlementaire Geschiedenis Inv. Boek 3, p. 1032-1033 en Wiarda, Drie typen van rechtsvinding (1972), p. 61-62).

³⁹ Aldus Meijers, t.a.p., p. 1033, Wiarda, t.a.p., p. 62 en het commentaar op de term "grossly excessive" in Art. 7.4.13 van de Unidroit-beginselen (zie hierna p. 168).

⁴⁰ Zie met betrekking tot de Hague Rules: Royer, Hoofdzaken der vervoerdersaansprakelijkheid in het zeerecht (1959), p. 21-22.

⁴¹ Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 73 (mondeling overleg).

“Rechtszekerheid” kan meerdere betekenissen hebben. Ik gebruik het begrip hier niet in de betekenis van bescherming van de burger tegen willekeur van rechter en administratie,⁴² maar in die van de voorspelbaarheid van het recht voor (hier) ondernemers in hun onderlinge verhouding, de berekenbaarheid van het recht.⁴³ Het is van groot belang dat ondernemers vooraf en buiten gerechtelijke procedures hun juridische positie kunnen schatten. Als de ene ondernemer met de andere een overeenkomst heeft gesloten, wil hij erop kunnen vertrouwen dat deze overeenkomst en de daarin vervatte risicoverdeling niet door een rechter op billijkheidsgronden gemakkelijk van haar kracht kan worden beroofd. *Pacta sunt servanda*, overeenkomsten moeten worden nagekomen. In vertrouwen op deze overeenkomst, op dit fundament, heeft de ondernemer vaak andere contracten gesloten. Vergelijkbare overwegingen gelden voor besluiten van organen van rechtspersonen en voor rechten van industriële eigendom. Pels Rijcken⁴⁴, Drion⁴⁵ en Nieuwenhuis⁴⁶ bestrijden terecht de vaak geponeerde antinomie (scherpe tegenstelling) tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid. Rechtsonzekerheid is immers meestal in het nadeel van de economisch zwakkere – inclusief de economisch zwakkere ondernemer – die zich het risico van kosten en tijd, verbonden aan gerechtelijke procedures niet of moeilijk kan permitteren.

Nu ziet “*pacta sunt servanda*” er door zijn kernachtigheid exacter uit dan met de werkelijkheid overeenstemt.⁴⁷ Dikwijls gaan geschillen immers juist over de vraag wat de overeenkomst nu eigenlijk inhoudt. De formulering ervan laat in de praktijk soms veel te wensen over⁴⁸ en kan reeds

⁴² Zie H. Drion in: *De hanteerbaarheid van het recht* (Pels Rijckenbundel) 1981, p. 3.

⁴³ Rechtszekerheid in deze betekenis dekt verschillende graden van voorspelbaarheid van het recht. Zie met betrekking tot het begrip “een redelijke rechtszekerheid” HR 13 januari 1995, NJ 1995, 391 (Ciba Geigy), m.nt. DWFV, een zaak van Europees octrooi. Zie ook Goode, *Commercial law in the next millennium* (1998), p. 23: “predictability is not the same as certainty”.

⁴⁴ T.a.p., p. 313.

⁴⁵ T.a.p., p. 1.

⁴⁶ In: *Honderd jaar billijkheid*, onder redactie van N.F. van Manen en R.H. Stutterheim (1999), p. 103.

⁴⁷ Zie Berger, t.a.p., p. 56, die spreekt over “the broad and vague nature of such general principles as ‘good faith’ and ‘*pacta sunt servanda*’”.

⁴⁸ Zie met betrekking tot algemene voorwaarden Asser-Hartkamp 4 II (1997) no. 343. Ook op een hoger niveau doet dit verschijnsel zich voor: zie Schadee in N.J.B. 1954 p. 726 en Royer, t.a.p., p. 23 met betrekking tot de Hague Rules.

daarom niet altijd doorslaggevend zijn. Verder hebben Pitlo⁴⁹ en Abas⁵⁰ verdedigd dat het woord "rechtszekerheid" nog een andere betekenis kan hebben dan voorspelbaarheid van de rechterlijke uitspraak: de zekerheid der justitiabelen dat de rechter Recht spreekt.

Abas slaat nog een andere brug tussen rechtszekerheid – in de betekenis van voorspelbaarheid van het recht in het maatschappelijk verkeer – en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Hij meent dat het een reëel bezwaar is dat de beperkende werking de rechtszekerheid bedreigt, maar dat dit inherent is aan het recht zelf. Hij stelt vervolgens de – mijns inziens zeer serieus te nemen en bevestigend te beantwoorden – vraag: "is het toch niet evenzeer een eis van maatschappelijk verkeer, dat men op andermans *fatsoen* kan afgaan"?⁵¹

Betekent rechtszekerheid – in de betekenis van voorspelbaarheid van het recht – zóveel voor de ondernemer dat hij in enigszins belangrijke zaken bereid is terwille van de rechtszekerheid te berusten in duidelijke gevallen van onbillijkheid waarvan hij zich het slachtoffer voelt? In mijn tijd als bedrijfsjurist bij Hoogovens⁵² is mij daarvan niet gebleken. In het algemeen zitten mensen zo niet in elkaar. Zie ter vergelijking wat Lowenfeld zegt over wet en arbitrage vanuit het gezichtspunt van de wederpartij van het slachtoffer: "I do not recall anyone arguing, in a commercial case, 'The result we seek is plainly unfair, but it's just too bad, that's the law.'"⁵³

In het belang van de zo gewenste rechtszekerheid wordt in het zakenleven vaak gepleit voor "hard and fast rules".⁵⁴ Daarmee is echter moeilijk te rijmen dat in dat zelfde zakenleven met evenveel vuur wordt gepleit voor *flexibiliteit*

to have (..) a scheme of regulation that is sufficiently flexible to accommodate changing needs and situations unforeseen by the regulations.⁵⁵

⁴⁹ Evolutie in het Privaatrecht (1969) p. 75.

⁵⁰ T.a.p., p. 8.

⁵¹ T.a.p., p. 185. Zie ook Rijken, Redelijkheid en billijkheid (1994), p. 69-70 en Wilhelmsson in Good Faith in Contract, t.a.p., p. 77 en p. 84.

⁵² Van 1971 tot 1981.

⁵³ Geciteerd door Berger, t.a.p., p. 59.

⁵⁴ Zie bijv. Tjittes in: Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht (1997), p. 380.

⁵⁵ Op deze tegenstrijdigheid wijst Roy Goode, Commercial Law in the Next Millennium (1997), p. 49. Zie ook Brownsword in Good Faith in Contract, t.a.p., p. 31.

Bovendien geeft het eenzijdig benadrukken van de rechtszekerheid – hoe belangrijk deze voor het zakenleven ook is – blijk van enige ondankbaarheid. Ik laat wederom Goode⁵⁶ letterlijk aan het woord:

It is often said that equity should have no significant role to play in commercial transactions, that the intervention of equity is inimical to the predictability which is so essential to commercial life. But businessmen and their lawyers who say this, in focusing on equitable duties, tend to overlook the enormous contribution made by equity to commercial rights. It is to equity that we owe one of the most highly developed systems of commercial security in the world; it is through equity that we have such concepts as transaction set-off, subrogation, the non-possessory lien and the greater part of restitutionary proprietary rights. So it is a little ungrateful to seek to accept all the benefits of equity without assuming some of the responsibilities it imposes in return.

De rol die redelijkheid en billijkheid ook in rechtsverhoudingen tussen ondernemers spelen, wordt bijv. ook geïllustreerd door art. 1.7 van de Unidroit Principles of International Commercial Contracts. Deze in de praktijk veel toegepaste⁵⁷ regeling, die hierna nog uitvoerig aan de orde zal komen, zegt in art. 1.7:

- 1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.
- (2) The parties may not exclude or limit this duty.

Berger maakt gewag van het feit dat overal een toename wordt geconstateerd van overwegingen van redelijkheid en billijkheid in zaken van internationale arbitrage.⁵⁸ Wat Nederland betreft: arbiters in het handelsverkeer, die vóór de oorlog op de bres stonden voor *pacta sunt servanda*, gingen na 1945 en masse de beperkende werking van de goede trouw hanteren.⁵⁹ Dat het zeker niet alles strakke regels is wat de klok slaat, leert het arbitrage-recht ook elders. Arbitrage is niet alleen mogelijk “naar de regelen des rechts” (art. 1054 lid 1 Rv.), er is duidelijk ook plaats voor arbitrage waarin arbiters beslissen “als goede mannen naar billijkheid” (art. 1054 lid 3).⁶⁰ Een verdergaande ontwikkeling valt met name in Engeland te signale-

⁵⁶ T.a.p., p. 17.

⁵⁷ Zie Berger, t.a.p., p. 176.

⁵⁸ T.a.p., p. 55.

⁵⁹ Zie Abas, t.a.p., p. 172 en 352.

⁶⁰ Overigens plegen deze uiteenlopende maatstaven niet tot dienovereenkomstig verschillende resultaten te leiden. Zie Snijders, Ynzonides en Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* (1997) p. 324.

ren. In toenemende mate wordt daar ook bij commerciële geschillen gebruik gemaakt van ADR: Alternative Dispute Resolution.⁶¹

Aan het slot van deze prealabele paragraaf kan reeds het volgende worden geconcludeerd. Zonder enige twijfel is de rechtszekerheid voor ondernemers in hun onderlinge verhoudingen van groot belang. De stelling echter dat ondernemers in hun onderlinge verhouding rechtszekerheid verlangen onder vrijwel totale opoffering van de (beperkende werking van) redelijkheid en billijkheid, is, zoals ook hierna zal blijken, onjuist.

1.6 *Rechtsverwerking*

Zoals gezegd (zie nr. 1.2) zal ik de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in rechtsverhoudingen tussen ondernemers later meer speciaal onderzoeken aan de hand van rechterlijke uitspraken op de aangegeven gebieden van het klassieke handelsrecht. Dan zal blijken dat tot de sterkste gevallen waarin de beperkende werking is gerechtvaardigd, gevallen van *rechtsverwerking* behoren. Ik bedoel daarmee gevallen waarin iemand het beroep op een recht verspeelt tengevolge van zijn eigen voorafgaande houding of gedraging. Zo'n beroep is dan in strijd met de redelijkheid en billijkheid.⁶² Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever bij de aanvaarding van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in het bijzonder aan rechtsverwerking heeft gedacht:

Een van de belangrijkste toepassingen van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid is de figuur die men pleegt aan te duiden met de term rechtsverwerking. Zo kan het zijn dat men zijn recht verwerkt om een beroep te doen op een bepaald gebrek van een prestatie, wanneer men de wederpartij niet in de gelegenheid stelt om dit gebrek in ogenschouw te nemen of de nodige maatregelen tot spoedige opheffing ervan te nemen.⁶³

Belangrijke categorieën van rechtsverwerking zijn: a) de rechthebbende wekt door stilzitten of activiteit bij de wederpartij het vertrouwen dat een bepaald recht niet bestaat of niet zal worden uitgeoefend; b) de schuldeiser

⁶¹ Zie Goode, t.a.p., p. 99. NRC Handelsblad van 23 november 1999 bevatte het bericht dat in Nederland een aantal rechtbanken bij wijze van proef partijen die hun conflict door de rechter beoordeeld willen zien eerst gaat doorverwijzen naar een bemiddelaar. In Engeland gebeurt dit al: zie Goode, t.a.p., p. 10 en 99.

⁶² Zie met betrekking tot contractuele rechten Asser-Hartkamp 4, II (1997) nr. 321.

⁶³ M.v.A. II, Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 69. Zie ook p. 72 en 73.

heeft zo lang getalmd met het geldend maken van zijn recht dat hij de schuldenaar onredelijk zou benadelen door dat alsnog te doen (door het tijdsverloop is bijv. bewijsmateriaal verloren gegaan).⁶⁴

Met name dit laatste vormt de strekking van de artt. 6:89 BW en 7:23 BW, die men als bepalingen van rechtsverwerking ex lege zou kunnen beschouwen.⁶⁵ Art. 6:89 zegt:

De schuldeiser kan op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd.

Art. 7:23 bevat voor koop een dienovereenkomstige regel. Zie ook i.v.m. categorie a en b art. 14bis van de Eenvormige Beneluxwet op de merken.

1.7 Algemene voorwaarden

Art. 6:231 BW definieert "algemene voorwaarden" als volgt:

een of meer schriftelijke bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern der prestaties aangeven.

Dergelijke gestandaardiseerde voorwaarden komen in de praktijk veel voor: leveringsvoorwaarden, verzekeringspolissen, vervoerscondities, etc. De gebruikers van deze voorwaarden hebben deze vaak zo geformuleerd dat ze zeer nadelig zijn voor hun wederpartijen. Die wederpartijen kunnen consumenten (particulieren) zijn maar ook ondernemers. Art. 6:231 e.v. BW beogen bescherming te bieden tegen het gebruik van (al te nadelige) algemene voorwaarden. Ook ondernemers kunnen deze bescherming nodig hebben, namelijk tegen andere, economisch sterkere ondernemers die in staat zijn hun algemene voorwaarden op te leggen.⁶⁶ Van deze bescherming zijn als gevolg van een amendement Korthals⁶⁷ uitgesloten: grote ondernemers als bedoeld in art. 6:235 BW. Dat zijn, kort gezegd, drie

⁶⁴ Vgl. Asser-Hartkamp 4, II (1997), nr. 321 en Houwing, Rechtsverwerking, Preadvies voor de Broederschap der Candidaat-Notarissen (1968), hoofdstuk IV en V.

⁶⁵ Zie Valk, Rechtsverwerking in drievoud (1993) p. 95 en Parlementaire Geschiedenis Boek 7, p. 146 (Toel. Meijers).

⁶⁶ Zie Asser-Hartkamp, 4 II (1997) nr. 366.

⁶⁷ Het nut van dit amendement is in de literatuur soms bestreden. Zie o.a. Jongeneel, De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz (1991), no. 119 en Hijma, Monografieën Nieuw BW B55, Algemene voorwaarden (1997) p. 68-69.

categorieën: a) ondernemers die een jaarrekening hebben gepubliceerd, b) ondernemers die geen jaarrekening behoeven te publiceren op grond van de regeling voor groepsmaatschappijen (art. 2:403 BW), c. ondernemers die niet onder a) of b) vallen maar wél vijftig of meer werknemers hebben. Deze categorieën ondernemers werden geacht zelf hun contractuele boontjes te kunnen doppen.

Op andere ondernemers dan de zojuist genoemde is de regeling van art. 6:231 e.v. BW dus wél toepasselijk.⁶⁸ Echter niet helemaal. De bekende zwarte lijst van art. 6:236 BW – een opsomming van bedingen die steeds onredelijk bezwarend zijn – en de even bekende grijze lijst van art. 6:237 BW – een opsomming van bedingen die vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn behoudens tegenbewijs – zijn alleen op consumenten en dus niet op “kleine ondernemers” toepasselijk.

Deze laatste moeten het wat de inhoudelijke toetsing betreft doen met de open norm van art. 6:233 aanhef en sub a:

Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar a. indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij.

Hoe verhoudt zich nu deze bepaling tot art. 6:248 lid 2 BW (de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid)? Blijkens de wetsgeschiedenis is art. 6:233 sub a een *lex specialis* van art. 6:248 lid 2.⁶⁹ Er is al direct dit verschil dat het in art. 6:233 sub a gaat om vernietigbaarheid. Naar haar aard heeft een vernietigingsgrond betrekking op omstandigheden die zich voordoen vóór of bij het sluiten van de overeenkomst en niet op de uitvoering ervan.⁷⁰ De in deze bepaling gehanteerde norm verschilt overigens niet wezenlijk van die van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁷¹ Men kan verder met recht zeggen dat bij de toetsing van algemene voorwaarden de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid volgens de wetgever de rol van vangnet⁷² vervult in al die gevallen dat de regeling van de algemene voorwaarden niet toepasselijk is.

⁶⁸ Maar zie de uitzonderingsbepaling van art. 6:247 lid 2 BW (internationale overeenkomst).

⁶⁹ Nota II, Parlementaire Geschiedenis Inv. Boek 6, p. 1596. Zie ook Hijma, t.a.p., p. 34-35 en Wessels en Jongeneel, *Algemene voorwaarden* (1997), p. 91.

⁷⁰ Zie Asser-Hartkamp 4, II (1997) nr. 358.

⁷¹ Vgl. M.v.A. I Inv. Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 1621.

⁷² Het woord is van Tjittes, t.a.p., p. 203.

Bijv. indien de wederpartij een "grote ondernemer" is in de zin van art. 6:235 BW. Hetzelfde geldt als een beding de toetsing aan art. 6:233 sub a heeft doorstaan, maar niettemin een beroep op het beding in een concreet geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, waarbij met name aan rechtsverwerking werd gedacht.⁷³

Hierboven kwamen de, alleen ter bescherming van consumenten geschreven, zwarte- en grijze lijst al even aan de orde. Art. 6:236 BW (zwarte lijst) merkt bijv. zonder meer als onredelijk bezwarend aan het beding "a. dat de wederpartij geheel en onvoorwaardelijk het recht ontnemt de door de gebruiker toegezegde prestatie op te eisen" en het beding "b. dat de aan de wederpartij toekomende bevoegdheid tot ontbinding (...) uitsluit of beperkt." Art. 6:237 BW stempelt bijv. tot vermoedelijk onredelijk bezwarend het beding "h. dat als sanctie op bepaalde gedragingen van de wederpartij, nalaten daaronder begrepen, verval stelt van haar toekomende rechten of van de bevoegdheid bepaalde verweren te voeren, behoudens voor zover deze gedragingen het verval van die rechten of verweren rechtvaardigen."

Het nut van deze lijsten is duidelijk. De daarin vermelde bedingen zijn concretisering van de open norm van art. 6:233 sub a en geven zo de rechter houvast. Daardoor wordt de rechtszekerheid gediend. Deze lijsten dienen als gezegd alleen ter bescherming van consumenten. Hoewel de meerderheid van de Vaste Commissie voor Justitie ervoor pleitte om ook in verhoudingen tussen ondernemers van een lijst gebruik te maken en wel in die zin dat tussen hen de reeds genoemde zwarte lijst zou gelden als grijze lijst, wilde de regering daar niet van weten

om de reeds vermelde reden dat het gehele gebied van aan weerszijden in de commerciële sfeer gesloten overeenkomsten zo buitengewoon heterogeen en onoverzichtelijk is. Tussen bij voorbeeld een overeenkomst inzake de bouw van een schip of een raffinaderij, de levering van machines aan een schoenmakerij, de verzekering van een fabriek, kredietverlening aan een concern of de bevoorrading van een drogist-terij bestaan juridisch en economisch zulke grote verschillen dat het niet verantwoord zou zijn om de bepalingen van artikel 3 (het latere art. 6:236, *M.*), zelfs ook in de afgezwakte vorm van een grijze lijst, daarop zonder onderscheid van toepassing te verklaren.⁷⁴

Zoals gezegd zijn de zwarte en de grijze lijst op "kleine ondernemers" niet

⁷³ M.v.A. II Inv., Parlementaire Geschiedenis Boek 6 Inv., p. 1586.

⁷⁴ M.v.A. II Inv., Parlementaire Geschiedenis Boek 6 Inv., p. 1656-1657.

toepasselijk en zijn op de grote ondernemers genoemd in art. 6:235 BW niet alleen de lijsten maar is zelfs de gehele regeling van de algemene voorwaarden niet van toepassing. Dit doet de vraag rijzen of deze lijsten, al zijn ze dan niet (rechtstreeks) toepasselijk op kleine ondernemers, zijdelings toch invloed kunnen en mogen hebben omdat de rechter de daarin gewraakte categorieën als vergelijkingsmateriaal benut. Dit is de zogenoemde reflexwerking van art. 6:236 en 6:237 BW, die ook in de parlementaire geschiedenis van deze bepalingen uitvoerig aan de orde is geweest.⁷⁵ Art. 6:233a, ingekleurd door art. 6:236 (de zwarte lijst) en 6:237 BW (de grijze lijst), vormt als gezegd een *lex specialis* van art. 6:248 lid 2 (de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid). Een (deels) bevestigend antwoord op de zojuist gestelde vraag naar de reflexwerking van de zwarte en de grijze lijst zou dus in zoverre concrete argumenten opleveren tegen de opvatting van hen die menen dat voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid geen of nauwelijks plaats is in rechtsverhoudingen tussen ondernemers.

Welnu, de wetsgeschiedenis laat geen enkele twijfel dat het toelaatbaar is onder omstandigheden reflexwerking te verlenen aan de zwarte en de grijze lijst. Het uitsluiten van ondernemers van de bescherming die de lijsten bieden is zelfs gemotiveerd met een beroep op de reflexwerking:

Immers, via de individuele of collectieve rechterlijke toetsing aan de open norm van artikel 2, lid 2 onder a, jo artikel 6, lid 1 kunnen de lijsten van de artikelen 3 en 4 (= 6:236 en 237, *M.*) ook in overeenkomsten tussen ondernemers de nodige reflexwerking uitoefenen, waarbij acht kan worden geslagen op de aard van de overeenkomst, de onderlinge verhouding van partijen en de andere omstandigheden van het geval.⁷⁶

Het spreekt vanzelf dat de rechter, die gebruik kan maken van het instrument van de reflexwerking, rekening moet houden met de eisen van de praktijk. Dat zag ook minister Korthals Altes in toen hij in de Kamer zei

dat de rechter, geroepen tot toetsing van bepaalde condities in het zakelijke verkeer, bij de beoordeling daarvan ook zal kijken naar de lijsten van artikel 3 en artikel 4. Hij zal dat echter doen telkens met oog voor de omstandigheden van het geval. Het reflecteren doet zich dus niet voor als een soort onafwendbaar natuurkundig verschijnsel, maar het zal zich alleen voordoen wanneer de rechter meent dat het moet.⁷⁷

⁷⁵ Zie hierover ook Jongeneel, t.a.p., no. 433 e.v.

⁷⁶ M.v.A. II Inv., Parlementaire Geschiedenis Boek 6 Inv., p. 1657. Tot Hijma, t.a.p., p. 43, lijkt deze passage onvoldoende doorgedrongen.

⁷⁷ Parlementaire Geschiedenis Boek 6 Inv., p. 1677.

- A. WELKE ROL SPELEN IN HET HANDELSRECHT DE REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID - MET NAME IN HUN BEPERKENDE WERKING - IN RECHTSVERHOUDINGEN TUSSEN ONDERNEMERS?

2. Buitenlands recht en internationale regelingen

2.1 Belgisch recht

De beperkende of derogerende werking van de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) stelt de vraag aan de orde "of het de rechter toegelaten is naar omstandigheden (sommige bedingen van) een overeenkomst ter zijde te stellen omdat een beroep op de overeenkomst door een van de contractspartijen hem als strijdig voorkomt met de goede trouw".⁷⁸ Ook in België kan een inhoudelijke formule in welke gevallen of onder welke omstandigheden de redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat contractuele rechten en bevoegdheden niet geldend gemaakt mogen worden, niet worden gegeven. Zij mag zelfs niet worden gegeven wil men niet precies het nut van vage onbepaalde begrippen voor het rechtssysteem ongedaan maken.⁷⁹

Het Belgische Hof van Cassatie past de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid toe via de constructie van misbruik van contractuele rechten.⁸⁰ Van Gerven betreurt deze constructie omdat zijns inziens zo de blik van de rechter afgewend dreigt te worden van de bijzondere omstandigheden van het geval die in een contractuele relatie gevoelig anders kunnen liggen dan in een buitencontractuele sfeer.⁸¹ Maar heeft de rechter bij zijn beoordeling of er misbruik van recht is, niet alle gelegenheid om rekening te houden met een contractuele context?

⁷⁸ Aldus W. van Gerven in *Liber Amicorum Jan Ronse* (1986) p. 107. Sommige Belgische auteurs maken onderscheid tussen de derogerende en de beperkende werking van de goede trouw: zie overzicht van rechtspraak 1981-1992 (genoemd in noot 24) *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1994, p. 471.

⁷⁹ Van Gerven, t.a.p., p. 110-111.

⁸⁰ Zie overzicht (1981-1992) t.a.p., p. 470 en 471, Van Gerven t.a.p., p. 109 en Marleen Wastiau in *Liber amicorum Hubert Claassens* (1998), p. 267. Hetzelfde geldt voor het geval dat aandeelhouders hun statutaire rechten misbruiken, zie Hilde Laga in: *Wouters/De Kluiver, Beginselen van vennootschapsrecht in binationaal perspectief* (1998), p. 77.

⁸¹ T.a.p., p. 112.

Is het misbruik-van-recht-criterium in België nu materieel een ander dan het criterium "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar" (zie hierboven blz. 5-6 met betrekking tot het Nederlandse recht)? Mijns inziens niet. Iemand die een subjectief recht (bijv. een contractueel recht) uitoefent zal naar Belgisch recht alleen dan door het misbruikzwaard kunnen worden getroffen als er sprake is van "een duidelijk of evident onaanvaardbare rechtsuitoefening".⁸²

Sinds 1980 is in België het begrip rechtsverwerking tot ontwikkeling gekomen. Zoals in Nederland het "onaanvaardbaar" moet doorklinken als men het begrip "rechtsverwerking" hanteert, zo is in België het begrip "rechtsverwerking onlosmakelijk verbonden met rechtsmisbruik".⁸³ Cousy heeft er op gewezen dat rechtsverwerking in het verzekeringsrecht een potentieel rijk toepassingsgebied vindt. Hij geeft de volgende voorbeelden: a) na kennisneming van een hem eerder niet meegedeelde relevante omstandigheid (bijv. risicoverzwarend) blijft de verzekeraar het contract uitvoeren; b) de verzekeraar laat na een vervalclausule in te roepen wanneer hij reeds bij het sluiten van de overeenkomst wist dat de toepasselijke voorwaarden ervan gerealiseerd waren.⁸⁴

Wat de beperkende werking van de goede trouw betreft heb ik een scherp onderscheid tussen enerzijds de verhouding tussen ondernemers en anderzijds verhoudingen waarbij particulieren betrokken zijn, in het Belgische recht niet aangetroffen. Het misbruik-van-recht-criterium biedt de gelegenheid met alle (specifieke) omstandigheden van het geval rekening te houden. Het spreekt vanzelf dat misbruik van recht ook een rol speelt bij misbruik van industriële eigendomsrechten⁸⁵ en bij bijv. misbruik van aandeelhoudersmacht.⁸⁶

⁸² Overzicht (1981-1992) t.a.p., p. 473. Deze vaststelling is o.a. interessant i.v.m. het Beneluxmerkenrecht, zie BenGH 18 november 1988, NJ 1989, 299, met noot v.N.H. en HR 5 januari 1990, NJ 1990, 728 met noot DWFV, die hierna nog aan de orde komen.

⁸³ Overzicht (1981-1992) t.a.p., p. 477-478. Zie ook Marleen Wastiau, t.a.p., p. 271 jo. 267.

⁸⁴ Liber Amicorum Jan Ronse (1986), p. 28.

⁸⁵ Zie Antoine Braun, *Précis des marques de produits et de service* (1987) nr. 297.

⁸⁶ Zie J. Ronse en K. Geens, *Misbruik van minderheidspositie*, in de Maeijerbundel (1988).

2.2 Frans recht

Art. 1134 lid 1 van de Code civil zegt dat wettig totstandgekomen overeenkomsten partijen tot wet strekken. Lid 3 van deze bepaling houdt in dat deze overeenkomsten te goeder trouw (de *bonne foi*) moeten worden uitgevoerd. Art. 1135 zegt dat waartoe overeenkomsten verplichten niet alleen wordt bepaald door hun tekst maar ook door o.a. de billijkheid (*l'équité*). De wet zegt niets over de beperkende werking van de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) en de Cour de Cassation heeft deze werking in een reeks van arresten afgewezen. Haar opvatting kan, voor zover thans van belang, als volgt worden samengevat:

Les juges du fond sont souverains pour interpréter la volonté des contractants (...). Mais il ne leur est pas permis, lorsque les termes des conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'ils renferment (...). Les juges du fond ne peuvent substituer des considérations d'équité à la force obligatoire de la convention des parties.⁸⁷

Het Franse systeem is minder eenvoudig dan men op het eerste gezicht geneigd is te denken. Zoals uit het zojuist gegeven citaat al bleek, heeft het denatureringsverbod van de Cour de cassation slechts betrekking op contractuele termen die aan het criterium "clair et précis" voldoen. In de Franse literatuur is er op gewezen dat het antwoord op de vraag of aan dit criterium is voldaan, erg afhankelijk is van subjectieve waarderings, zodat de Cour de cassation op dit punt grote vrijheid heeft.⁸⁸ Maleville spreekt zelfs over "l'aléa des clauses claires et précises".⁸⁹ De lagere rechter die onder het mom van interpretatie toepassing geeft aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, ontsnapt aan cassatie als de Cour de cassation de motivering van de lagere rechter accepteert waarom hier sprake is van "ambigüiteit" van de desbetreffende clausule(s).⁹⁰

Het Franse recht kent niet, zoals het Nederlandse, een inhoudelijke toetsing van algemene voorwaarden (zie echter Van Schaick, preadvies

⁸⁷ Zie Code civil 1993-1994, édition réalisé par André Lucas, Professeur à la faculté de droit de Nantes, p. 552. In deze zin ook Starck-Roland-Boyer, Droit civil, 2. Contrat (1998), no. 199.

⁸⁸ Zie Marie-Hélène Maleville, L'interprétation des contrats d'assurance terrestre (1996) no. 46, die zich op Perelman, Marty, Geny, Bosshart, Durry en Simler beroept.

⁸⁹ T.a.p. no. 47.

⁹⁰ Zie met betrekking tot verzekeringspolissen, Maleville, t.a.p. no. 98.

noot 95). "Clauses abusives" zijn in Frankrijk nietig voorzover het gaat om andere overeenkomsten dan die tussen professionals onderling ("entre professionnels et non professionnels ou consommateurs"), ongeacht of het om algemene voorwaarden gaat of niet.⁹¹ Algemene voorwaarden (contrats type) nemen in ander opzicht nog wel een bijzondere plaats in. Als daarin voorkomende clausules door de lagere rechter op uiteenlopende wijze worden uitgelegd, stapt de Cour de cassation in het belang van gelijke behandeling van burgers heen over het bezwaar dat deze uitleg een feitelijke kwestie is en gaat terwille van genoemd belang over tot vernietiging van bepaalde uitspraken van de lagere rechter.⁹²

Is te verwachten dat de Cour de cassation in de toekomst de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zal aanvaarden? In enkele gevallen die men mijns inziens als rechtsverwerking zou kunnen zien heeft de Cour de cassation inderdaad geaccepteerd dat het uitdrukkelijk overeengekomene opzij werd gezet.⁹³ Toch lijkt het er nog verre van dat de gestelde vraag over de hele linie bevestigend kan worden beantwoord. In dit verband geef ik het volgende uitvoerige citaat uit Starck-Roland-Boyer⁹⁴:

L'allusion à l'équité contenue dans l'art. 1135 ne doit pas conduire à dire que le juge peut écarter telle ou telle clause du contrat sous prétexte qu'elle est *inéquitable*. Nous verrons, au contraire, à propos de la théorie de l'imprévision, que les clauses claires du contrat doivent être exécutées quelque graves et inéquitables qu'en soient les conséquences. Le recours à l'équité n'est possible que pour donner un sens à des clauses dont la signification est douteuse et, surtout, pour compléter le contenu du contrat qui contiendrait des lacunes sur certains points.

Dit laat aan duidelijkheid weinig te wensen over. Veel positiever over de rol die de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in de toekomst in Frankrijk zal spelen – en zijns inziens reeds nu speelt – is Hesselink,⁹⁵ althans met betrekking tot gevallen van verandering van omstandigheden (imprévision). Dit met name op grond van een arrest van

⁹¹ Zie Hesselink, De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht (1999) p. 101-102, Tjittes, De hoedanigheid van contractspartijen (1994), p. 228 e.v., Maleville t.a.p. no. 194 en Starck-Roland-Boyer t.a.p. no. 741. In no. 747 van dit laatste werk wordt vermeld dat "clauses abusives" o.a. clausules zijn die "un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat" te zien geven.

⁹² Starck-Roland-Boyer t.a.p. no. 209.

⁹³ Zie Starck-Roland-Boyer no. 1385. Zie ook Hesselink, t.a.p. p. 366.

⁹⁴ T.a.p. no. 1381, noot 299.

⁹⁵ T.a.p. p. 325.

de Cour de cassation uit 1992⁹⁶ en op grond van uitspraken van Mestre. In dit arrest werd beslist dat een ingrijpende verandering van omstandigheden ertoe kan leiden dat partijen opnieuw met elkaar moeten onderhandelen.

In het Franse recht blijft een beroep op misbruik van industriële- en intellectuele eigendomsrechten (natuurlijk) mogelijk.⁹⁷ Hetzelfde geldt voor misbruik van meerderheidsmacht en minderheidsmacht bij aandeelhouders.⁹⁸

2.3 Duits recht

Het Duitse equivalent van onze redelijkheid en billijkheid is Treu und Glauben. § 242 BGB luidt:

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Paragraaf 242 strekt verder dan men op het eerste gezicht zou verwachten. Het "beherrscht die gesamte Rechtsordnung". "Rechtsgebiete, in denen er generell ausgeschlossen wäre, gibt es nicht"; ook dwingend recht kan volgens het Bundesgerichtshof door de redelijkheid en billijkheid in bijzondere gevallen opzij worden gezet.⁹⁹

Evenals in Nederland is de functie van de redelijkheid en billijkheid dus niet slechts een aanvullende, maar ook een beperkende. De beperkende functie wordt uitgesplitst in a) een "Schrankenfunktion" en b) een "Korrekturfunktion". De eerste (a) vormt een beperking die inherent is aan elk recht en elke rechtspositie. Hieruit vloeit het verbod van ontoelaatbare rechtsuitoefening voort.¹⁰⁰ Wanneer hiervan sprake is, kan niet uitputtend worden opgesomd. Redelijkheid en billijkheid houdt een algemene norm in die in de rechtspraak moet worden geconcretiseerd en verder ontwikkeld.¹⁰¹

⁹⁶ Cour de cassation, Chambre commerciale, 3 nov. 1992, Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation rendus en matière civile IV, nr. 338.

⁹⁷ Zie Paul Mathély, *Le nouveau droit français des marques* (1994), p. 368, Albert Chavannes en Jean-Jacques Burst, *Droit de la propriété industrielle* (1998), nr. 1183 en 1184 en Christophe Caron, *Abus de droit et droit d'auteur* (1998).

⁹⁸ Zie Mendel, *Max Rood bundel* (1997), p. 213.

⁹⁹ Jauernig-Vollkommer, *Bürgerliches Gesetzbuch* (1997), § 242, 10.

¹⁰⁰ Palandt-Heinrichs, *Bürgerliches Gesetzbuch* (1999), § 242, 13.

¹⁰¹ Larenz-Wolf, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* (1997) p. 326.

De "Korrekturfunktion" (b) biedt de mogelijkheid onder bepaalde voorwaarden met name overeenkomsten aan te passen na ingrijpende verandering van omstandigheden ("Wegfall der Geschäftsgrundlage").¹⁰² Dit wordt gezien als een beperking van het beginsel pacta sunt servanda.¹⁰³ Paragraaf 242 BGB – dat, het zal geen verbazing wekken, ook van toepassing is op rechtsverhoudingen tussen ondernemers – is een centraal artikel in het Duitse privaatrecht. De handboeken besteden er niet zelden tientallen bladzijden aan. Eronder vallen bijv. de reeds genoemde "Wegfall der Geschäftsgrundlage", misbruik van recht en "Verwirkung".¹⁰⁴ Een recht is volgens het BGH "verwikt" wanneer de rechthebbende het gedurende langere tijd niet heeft uitgeoefend en de debiteur gezien het gedrag van de rechthebbende er op mocht vertrouwen en er op heeft vertrouwd dat deze zijn recht ook in de toekomst niet meer zou uitoefenen.¹⁰⁵

Ik geef thans enige in de literatuur vermelde, dikwijls aan de rechtspraak van het BGH ontleende, voorbeelden van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Zij betreffen (mede) rechtsverhoudingen tussen ondernemers op het gebied van het vennootschaps- en ondernemingsrecht, het mededingingsrecht, het verzekeringsrecht en het recht betreffende waardepapieren en handelskoop.

* *Vennootschapsrecht en ondernemingsrecht*

- a) Het recht een onderneming over te nemen vervalt als het de rechthebbende er niet om te doen is de onderneming te verwerven, maar slechts op te treden als "assetstripper" en zo liquidatiewinst te maken.¹⁰⁶
- b) Misbruik van stemrecht door aandeelhouders.¹⁰⁷

* *Mededingingsrecht*

- a) Een partij die contractueel de overdracht van een octrooi heeft bedongen, of een licentie, heeft wegens "Wegfall der Geschäftsgrundlage" het recht de overeenkomst te ontbinden als blijkt dat het "Schutzrecht" later geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd. Ook de

¹⁰² Zie Palandt-Heinrichs, t.a.p., § 242, 13.

¹⁰³ Jauernig-Vollkommer, t.a.p., § 242, 64.

¹⁰⁴ Jauernig-Vollkommer, t.a.p., § 242, 9 en Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1975), p. 411.

¹⁰⁵ Zie Palandt-Heinrichs, t.a.p., § 242, 87.

¹⁰⁶ Palandt-Heinrichs, t.a.p., § 242, 73.

¹⁰⁷ Jauernig-Vollkommer, t.a.p. § 242, 38. Zie ook Günter Henn, Handbuch des Aktienrechts (1990), § 27, p. 386.

aanwezigheid van zakelijke exploitatiemogelijkheden kan "Geschäftsgrundlage" zijn die later kan blijken te ontbreken.¹⁰⁸

- b) Er is sprake van ontoelaatbare rechtsuitoefening als een recht op informatie wordt misbruikt om achter bedrijfsgeheimen te komen.¹⁰⁹

* *Verzekeringsrecht*

Paragraaf 12 van het Versicherungsvertragsgesetz zegt:

Die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag verjähren in zwei Jahren, bei der Lebensversicherung in fünf Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Schluss des Jahres, in welchem die Leistung verlangt werden kann.

Twee voorbeelden dat de verzekeraar die zich op het verstreken zijn van een der in § 12 bedoelde termijnen beroept, in strijd handelt met de redelijkheid en billijkheid:

- a) de verzekeraar had de indruk gewekt dat er geen sprake meer was van een lopende termijn of
b) de verzekeraar had de indruk gewekt dat de verzekeringnemer minstens tot een bepaald tijdstip met het indienen van zijn vordering kon wachten.¹¹⁰

Hetzelfde kan zich voordoen bij contractueel (tussen ondernemers) afgesproken termijnen. In dit verband een derde voorbeeld:

- c) de verzekeraar mag zich onder bepaalde voorwaarden niet beroepen op het feit dat zijn wederpartij niet binnen de afgesproken tijd heeft gepresteerd, namelijk (o.a.) "wenn die Verspätung (rückständige Leistung) ganz geringfügig ist und unter Würdigung des sachlichen Interesses des Berechtigten an der Einhaltung der Frist als unwesentlich erscheint".¹¹¹ Tenslotte voorbeeld
d) de verzekeraar die geen gebruik heeft gemaakt van de hem geboden gelegenheid vooraf het risico te onderzoeken kan zich niet naderhand over dat risico beklagen en uitkering weigeren.¹¹²

¹⁰⁸ Palandt-Heinrichs, t.a.p., § 242, 167.

¹⁰⁹ Jauernig-Vollkommer, § 242, 38. Ook bijv. misbruik van merkrecht is in het Duitse recht niet onbekend, zie de noot van Verkade onder HR 5 maart 1999, NJ 2000, 306.

¹¹⁰ Prölss-Martin, Versicherungsvertragsgesetz (1998), § 12, 52.

¹¹¹ Jauernig-Vollkommer, t.a.p., § 242, 40.

¹¹² Jauernig-Vollkommer, t.a.p., § 242, 47.

* *Recht betreffende waardepapieren en handelskoop*

- a) Ondanks de woorden "auf erstes Anfordern" wordt een beroep op een bankgarantie afgewezen indien het wordt gedaan om de schuldenaar een vermogensnadeel te bezorgen (misbruik).¹¹³
- b) De woorden "auf ersten Anfordern" helpen ook niet als de wederpartij gemakkelijk kan bewijzen dat de claim op grond waarvan een beroep op een bankgarantie wordt gedaan, niet bestaat.¹¹⁴
- c) "Unzulässig ist auch die Berufung auf die Nichtbeachtung der Formstrenge beim Dokumenten-Akkreditiv, wenn daraus nachweislich keine Nachteile entstanden sind".¹¹⁵

* *Algemene voorwaarden*

Het Duitse Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) dateert van 9 december 1976 en is daarna enige malen gewijzigd.¹¹⁶ De Duitse en de Nederlandse regeling (zie hiervoor 1.7) hebben veel gemeen, o.a. een ruime beschrijving van algemene voorwaarden en de niet-toepasselijkheid op kernbedingen.¹¹⁷ Paragraaf 9 AGB is het equivalent van art. 6:233 onder a BW en luidt als volgt:

- I Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.
- II Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung
 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder
 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

¹¹³ Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht Allgemeines Teil (1994), Günter H. Roth, § 242, 285.

¹¹⁴ Larenz-Wolf, t.a.p., p. 328. Zie ook Jauernig-Vollkommer, t.a.p., § 242, 42.

¹¹⁵ Larenz-Wolf, t.a.p., p. 328.

¹¹⁶ Men vindt de volledige tekst bij Palandt-Heinrichs (1999) p. 2497 e.v. en, in eerdere versie, in de dissertatie van Jongeneel, De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz (1991), p. 324 e.v.

¹¹⁷ Zie Jongeneel, t.a.p., no. 16.

Dit is de belangrijkste paragraaf van het ABGB; de hierin vervatte nietigheid (Unwirksamkeit) – dus geen vernietigbaarheid zoals in art. 6:233 onder a BW – moet worden beoordeeld naar het ogenblik van het totstandkomen van de overeenkomst.¹¹⁸ Nietig zijn bijv. alle clausules in overeenkomsten met makelaars waarbij een provisie wordt bedongen die onafhankelijk is van de werkzaamheden van de makelaar.¹¹⁹ Paragraaf 9 is niet alleen van toepassing op transacties waarbij algemene voorwaarden tegenover consumenten worden gebruikt maar ook op die die tussen ondernemers worden gebruikt.¹²⁰ Ook Duitsland kent een “grijze lijst” (§ 10 ABGB) en een “zwarte lijst” (§ 11). De grijze en de zwarte lijst zijn echter evenmin als bij ons rechtstreeks op ondernemers toepasselijk, wel kunnen zij reflexwerking hebben.¹²¹

Er waren toen Jongeneel zijn boek schreef wel enige auteurs – een minderheid – die meenden dat de rechtspraak aangaande ABGB te weinig op het handelsverkeer was toegesneden – rechters zouden bijv. soms te soepel zijn met het verlenen van reflexwerking – maar ook deze auteurs gingen niet zover dat zij bepleitten dat het handelsverkeer van de werking van het ABGB moest worden uitgesloten. Wel werd soms bepleit dat het ABGB niet zou moeten gelden in het internationale handelsverkeer.¹²² Er was ook toen¹²³ dus geen sprake van verzet tegen de toepasselijkheid van de open norm van § 9 ABGB in het handelsverkeer als zodanig.

2.4 *Engels recht*

Een algemene norm van redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht, zoals wij die in Nederland kennen, ontbreekt in het Engelse recht.¹²⁴ Bij de vraag naar de bescherming die de redelijkheid en billijkheid in een of andere vorm en in speciale gevallen een contractspartij kan bieden, moet een scherp onderscheid worden gemaakt tussen overeenkomsten waarbij consumenten zijn betrokken en overeenkomsten “between business-

¹¹⁸ Palandt-Heinrichs, t.a.p., § 9,1 ABGB.

¹¹⁹ Palandt-Heinrichs, t.a.p., § 9, 109 en 22 ABGB.

¹²⁰ Zie § 24 eerste lid ABGB en Palandt-Heinrichs, ABGB, Einführung sub 8.

¹²¹ Zie § 24 tweede lid ABGB, Palandt-Heinrichs, t.a.p., § 9, 32 ABGB en Jongeneel, t.a.p., no. 42. Zie met betrekking tot het Nederlandse recht hierboven p. 16.

¹²² Zie Jongeneel, t.a.p., no. 27.

¹²³ Ook in de bespreking van § 9 door Palandt-Heinrichs t.a.p. blijkt niet van een dergelijk verzet.

¹²⁴ Zie C.Ae. Uniken Venema, Law and equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht (1990), p. 128 en Chitty on Contracts (1994), 1-010.

men".¹²⁵ In deze laatste gevallen pleegt men in de Engelse rechtspraak vrij strak vast te houden aan de op de contractsvrijheid gebaseerde regel contract is contract.¹²⁶ Toch is ook in (contractuele) verhoudingen tussen ondernemers beperkende invloed van redelijkheid en billijkheid niet afwezig. Zo heeft de Unfair Contract Terms Act van 1977, die voor het grootste deel op exonerationclausules betrekking heeft en vooral van belang is voor zaken waarbij consumenten zijn betrokken, toch ook betekenis voor contracten tussen ondernemers in die zin dat enkele clausules op de zwarte lijst zijn geplaatst.¹²⁷ De Engelse rechter is voorts in het kader van deze wet wel degelijk bereid ook in "commercial contracts" in te grijpen als de partijen niet van gelijke "bargaining strength" waren.¹²⁸

De Engelse rechter heeft ook andere instrumenten. Bekend is bijv. de ook in Nederland wel toegepaste constructie van de stilzwijgende wilsovereenstemming (implied terms).¹²⁹ Zoals Chitty¹³⁰ zegt:

Moreover, as has been indicated, common law often resorts to the implication of a term in a contract in a case which would otherwise be considered a matter of "good faith in the performance of a contract."

Deze constructie kent overigens wel haar beperkingen. Zij kan worden toegepast in gevallen waarin sprake is van "the obvious but unexpressed, intention of the parties".¹³¹ Daarbuiten kan zij niet zonder meer op de redelijkheid worden gebaseerd. Alleen als er sprake is van een vanzelfsprekendheid - van een noodzakelijk aanvullend beding zonder welk de overeenkomst geen "business efficacy" zou tonen - wordt de Engelse rechter bevoegd geacht tot het hanteren van een "implied term".¹³²

Een andere weg die voor de Engelse rechter openstaat is "unconscionability" (gewetenloosheid). Er moet wel het nodige aan de hand zijn wil daaraan zijn voldaan. Blijkens de rechtspraak is bijv. een "unconscionable bargain" niet zo maar een onredelijke transactie maar "a bargain whose very terms reveal conduct which shocks the conscience of the court".¹³³

¹²⁵ Zie John N. Adams and Roger Brownsword, *Key Issues in Contract* (1995) p. 289 en Chitty t.a.p., 7-042.

¹²⁶ Zie Chitty, t.a.p., 7-042 en Goode, t.a.p., p. 14.

¹²⁷ Zie Adams-Brownsword, t.a.p., p. 263 en Chitty, t.a.p., 14-045.

¹²⁸ Zie Adams-Brownsword, t.a.p., p. 267 en 269.

¹²⁹ Zie Abas, diss. (1972) p. 147.

¹³⁰ T.a.p., p. 1-011.

¹³¹ Chitty, t.a.p., 13-004.

¹³² Zie Uniken Venema, t.a.p., p. 246 en Chitty, t.a.p., 13-004.

¹³³ Chitty, t.a.p., 7-044, noot 29. Zie ook Goode, t.a.p., p. 13.

Chitty meldt dat het er enige tijd naar uitzag dat "het principe van "unconscionability" terrein won in het contractenrecht, maar dat dit nu voorbij is: "More recently, however, the cases have shown a determination to adhere firmly to principles of freedom of contract, particularly in commercial contracts between businessmen."¹³⁴ Dit beeld wordt bevestigd door de recente Union Eagle-zaak.¹³⁵ In deze zaak ging het om een koopcontract tussen professionele partijen betreffende een flat in Hongkong. De koper had 10% van de koopprijs vooruit betaald en overeengekomen was dat de voldoening aan zijn verplichtingen op 30 september 1991 om 17 uur, of daarvóór, moest worden afgerond. Dit op straffe van de mogelijkheid van ontbinding van de overeenkomst door de verkoper. De koper was tien minuten te laat met de afronding (het verschaffen van cheques en andere documenten) en de verkoper verklaarde het contract ontbonden. De koper achtte dit "unconscionable". De Privy Council wees dit echter af omdat het opzij zetten van het uitdrukkelijk overeengekomene op grond van aan het rechterlijk oordeel overgelaten "unconscionability" teveel onzekerheid zou scheppen en omdat een praktijk van ruime toewijzing op deze grond zou kunnen worden gebruikt als onderhandelingsstakiek en gemakkelijk tot misbruik aanleiding zou kunnen geven.¹³⁶ Wel nuanceert het college zijn oordeel in die zin dat het onzekerheidsargument zijns inziens niet voor alle transacties in dezelfde mate geldt en dat in de moeilijke zaken op dit gebied al eerder pogingen zijn gedaan om zó recht te spreken dat de rechtvaardigheid wordt gediend zonder dat normale commerciële verhoudingen worden gedestabiliseerd.

Brownsword wijst er op dat de feiten in het Union Eagle-geval eenvoudig lagen. Hij kan zich daarom goed voorstellen dat de Privy Council zich niet begaf in een discussie of "slightly late" (tien minuten) misschien door de vingers moest worden gezien (discussie voor de rechter over "how late is too late"). Voor de kwalificatie "unconscionable", zo suggereert Brownsword, is meer ruimte indien complicerende factoren aanwezig zijn "such as the purchaser incurring an excessive penalty for a trivial breach,¹³⁷ or of the vendor being unjustly enriched, or of the vendor having misled the purchaser".¹³⁸

¹³⁴ Chitty, t.a.p., 7-042.

¹³⁵ Privy Council [1997] 2 All ER 215, Union Eagle Ltd. v. Golden Achievement Ltd. Zie over deze zaak ook Roger Brownsword in: *Good Faith in contract*, edited by Roger Brownsword, Norma J. Hird, Geraint Howells (1999), p. 19.

¹³⁶ Zie ook Brownsword (1999), t.a.p., p. 19.

¹³⁷ T.a.p., p. 20. Chitty, t.a.p., 7-042 noemt dit zelfs een van de "well-established areas of the law where equitable relief is available against harsh or unconscionable bargains".

¹³⁸ T.a.p., p. 20.

Er staan de Engelse rechter nog andere met de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid verwante wegen open om de – op equity gebaseerde – nakoming van de overeenkomst (specific performance) af te wijzen.¹³⁹ Ik noem er drie. Allereerst de, op de Nederlandse rechtsverwerking lijkende, gronden “onredelijk gedrag van de eiser” (conduct of the plaintiff) en “estoppel”. In Engelse rechtspraak wordt bij de eerste grond teruggegrepen op het adagium: “he who seeks equity must do equity”.¹⁴⁰ Het begrip “estoppel” wordt door Lord Denning als volgt omschreven: “When a man, by his words or conduct, has led another to believe that he may safely act on the faith of them – and the other does act on them – he will not be allowed to go back on what he has said or done when it would be unjust or inequitable for him to do so.”¹⁴¹ Tijdens onderhandelingen over de uitvoering van een contract zegt één der partijen bijv. ineens het contract op op grond van een voor het begin der onderhandelingen verstuurde aanmaning. De derde grond is “severe hardship”, op grond waarvan een jegens de debiteur ingestelde eis tot nakoming kan worden afgewezen.¹⁴²

Het is niet uitgesloten dat “good faith” in de toekomst een meer algemene plaats in het Engelse recht krijgt. Daarover is een hele discussie aan de gang.¹⁴³ Adams en Brownsword betonen zich duidelijke voorstanders: “The central contention of this chapter is that English contract law urgently needs an explicit doctrine of good faith to enable it to deal more openly, more rationally, with the many manifestations of bad faith encountered in commercial contracting”.¹⁴⁴ Lord Chief Justice Sir Thomas Bingham heeft verklaard dat good faith is “the most important contractual issue of our time”.¹⁴⁵ Het verzekeringsrecht – met zijn principe van uberrima fides – vervult hier een voortrekkersrol.¹⁴⁶

¹³⁹ Zie de dissertatie van M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (1999), o.a. p. 305 e.v.

¹⁴⁰ Zie *Shell U.K. Ltd. v. Lostock Garage Ltd.* (Court of Appeal), [1976] 1 WLR 1187, alsmede Hesselink, p. 306, die overigens niet de parallel met rechtsverwerking trekt.

¹⁴¹ *The Discipline of Law* (1979) p. 223. Zie ook Uniken Venema t.a.p. nr. 60, Tjittes, *Rechtsverwerking* (1992), nr. 31 en Mendel, *Juri Sacrumbundel* (1982), p. 45.

¹⁴² Zie Hesselink, t.a.p. p. 308.

¹⁴³ Zie Brownsword (1999) t.a.p., p. 15 e.v. en Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria* (1999), p. 168.

¹⁴⁴ T.a.p., p. 253-254.

¹⁴⁵ Dit citaat is vermeld bij Brownsword (1999) p. 1-2. Zie ook p. 39.

¹⁴⁶ Brownsword (1999), p. 14 en 39-40.

2.5 *Amerikaans recht*

Het onderwerp van dit preadvies voert naar The Uniform Commercial Code (UCC). Deze kwam tot stand onder auspiciën van het American Law Institute en de National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. Tussen 1957 en 1967 hebben alle Amerikaanse staten, behalve Louisiana, de UCC in hun wetgeving geïncorporeerd, zij het met variaties op sommige punten.¹⁴⁷ De Code telt elf artikelen onderverdeeld in talrijke paragrafen.¹⁴⁸

Ik citeer drie bepalingen van de UCC. Allereerst § 1-203¹⁴⁹:

Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement.

Dan § 2-302, Unconscionable¹⁵⁰ contract or Clause:

(1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.

(2) When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination.

Tenslotte § 2-309, Absence of Specific Time Provisions, Notice of Termination:

(1) The time for shipment or delivery or any other action under a contract if not provided in this Article or agreed upon shall be a reasonable time.

¹⁴⁷ Calamari-Perillo, *The law of contracts* (1987), p. 15 en E. Allan Farnsworth, *Contracts* (1990), p. 30.

¹⁴⁸ Zie Farnsworth, t.a.p., p. 30.

¹⁴⁹ Het cijfer 1 geeft het artikel aan.

¹⁵⁰ Gelet op het commentaar op deze paragraaf is voor unconscionability (gewetenloosheid) in ieder geval vereist dat de desbetreffende clause, gelet op de omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, in vergaande mate in het voordeel van één partij was, zie Farnsworth, t.a.p., p. 328.

(2) Where the contract provides for successive performances but is indefinite in duration it is valid for a reasonable time but unless otherwise agreed may be terminated at any time by either party.

(3) Termination of a contract by one party except on the happening of an agreed event requires that reasonable notification be received by the other party and an agreement dispensing with notification is invalid if its operation would be unconscionable.

Hoewel Art. 2 strikt genomen alleen betrekking heeft op "sale of goods", wordt hij op vele andere soorten van overeenkomsten analogisch toegepast.¹⁵¹

Llewellyn, de voornaamste auteur van de Code, noemde § 2-302 "perhaps the most valuable section in the entire Code".¹⁵² Het begrip "good faith" (redelijkheid en billijkheid) komt in de Code vele malen voor. In het Amerikaanse recht pleegt te worden onderscheiden tussen "procedural unconscionability" en "substantive unconscionability".¹⁵³ De eerste heeft betrekking op procedurele ongerechtigheden, die de rechter bijv. aanleiding kunnen geven tot toepassing van leerstukken als duress (dwang) of undue influence.¹⁵⁴ De tweede vorm is inhoudelijk van aard. Op grond van deze vorm zijn bijv. excessief ruime exoneratieclausules en exorbitant hoge prijzen ter zijde gesteld.¹⁵⁵ De meeste rechtszaken waarin een beroep op unconscionability wordt gedaan laten een combinatie van beide vormen zien.¹⁵⁶

Het zijn vooral consumenten geweest die een geslaagd beroep op unconscionability hebben gedaan.¹⁵⁷ Toch heeft de Amerikaanse rechter ook in verhoudingen tussen ondernemers herhaaldelijk het beroep op unconscionability gehonoreerd. Zie, onder vermelding van rechtspraak, Calamari-Perillo¹⁵⁸:

Second, although it has become quite apparent that consumers will be the primary beneficiaries of the unconscionability doctrine, and that businessmen are expected to be able to look out for their own interests to

¹⁵¹ Zie Calamari-Perillo, t.a.p., p. 16 en 403 en, speciaal met betrekking tot § 2-302, Farnsworth, t.a.p., p. 325.

¹⁵² Zie Farnsworth, t.a.p., p. 324.

¹⁵³ Chitty, t.a.p., 7-046.

¹⁵⁴ Chitty, t.a.p., 7-046.

¹⁵⁵ Chitty, t.a.p., 7-046.

¹⁵⁶ Farnsworth, t.a.p., p. 334.

¹⁵⁷ Zie Chitty, t.a.p., 7-046 en Farnsworth, t.a.p., p. 330.

¹⁵⁸ T.a.p., p. 404.

a far greater extent than consumers, it is equally clear that business, particularly small business, can be victimized by unconscionable contracts and will receive judicial protection. Of course the unconscionability provision of U.C.C. § 2-309(3) is primarily intended to protect business.

Het beroep op unconscionability is bijv. gehonoreerd in zaken waarin pomphouders zich beklagden over de manier waarop machtige oliemaatschappijen overeenkomsten met hen beëindigden.¹⁵⁹ Een opzegtermijn van tien dagen die alleen de oliemaatschappij ten dienste stond, werd bijv. door de rechter unconscionable geacht.¹⁶⁰ Amerikaanse rechters hebben zich echter weinig ontvankelijk getoond voor het beroep op unconscionability gedaan door de ene "large, legally sophisticated company" tegenover de andere.¹⁶¹

Ook het Amerikaanse recht kent de techniek van de "implied terms" die hiervoor in het kader van de behandeling van het Engelse recht werd besproken. In de Verenigde Staten is men hiermee minder terughoudend dan in Engeland.¹⁶² Zie voor een pleidooi het afdwingen (enforcement) van contractuele rechten direct te toetsen aan "good faith" en niet via omwegen als "interpretation, avoidance of forfeiture, waiver or estoppel", zoals Amerikaanse rechters veelal deden, Eric G. Andersen, Good Faith in the Enforcement of Contracts.¹⁶³

2.6 *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*

Na jaren van rechtsvergelijkend onderzoek en overleg door een speciale werkgroep samengesteld uit vertegenwoordigers van alle grote rechtsstelsels in de wereld, o.a. continentale (civil law) en common law, werden de Unidroit-beginselen in 1994 gepubliceerd. Bij de presentatie ervan¹⁶⁴ wordt o.a. op de volgende voordelen gewezen. 1) De Unidroit-beginselen

¹⁵⁹ Farnsworth, t.a.p., p. 330-331.

¹⁶⁰ Farnsworth, t.a.p., p. 331, noot 39.

¹⁶¹ Farnsworth, t.a.p., p. 331-332. Zie ook Chitty, t.a.p., 7-046, die, White & Summers, Uniform Commercial Code (1980) p. 149 citerend, meer in het algemeen schrijft: "The courts have not generally been receptive to pleas of unconscionability by one merchant against another."

¹⁶² Zie Uniken Venema, t.a.p., p. 247.

¹⁶³ In: Foundations of Contract Law, edited by Richard Craswell and Alan Schwartz (1994), p. 118 e.v. (oorspronkelijk gepubliceerd in Iowa Law Review 1988).

¹⁶⁴ Unidroit Home Page/Unidroit Principles <http://www.unidroit.org/english/principles/press/htm>. Unidroit: International Institute for the Unification of Private Law.

kunnen een bron van inspiratie vormen voor internationale en nationale wetgevers die zich bezig houden met overeenkomstenrecht; 2) het is heel goed mogelijk dat partijen bij een internationale commerciële transactie liever in begrijpelijke taal gestelde, evenwichtige en op internationaal niveau ontworpen regels kiezen, dan een of ander nationaal recht; 3) arbiters, zeker zij die werkzaam zijn als "amiables compositeurs" (goede mannen naar billijkheid), zullen het weten te waarderen dat zij kunnen terugvallen op de Unidroit-beginselen in plaats van telkens naar oplossingen te moeten zoeken op ad hoc basis; 4) rechters en arbiters kunnen terugvallen op de Unidroit-beginselen als substituut voor het recht dat anders toepasselijk zou zijn, telkens wanneer het onmogelijk of uiterst moeilijk is te achterhalen wat dat recht bepaalt.

De Unidroit-beginselen worden veel gebruikt.¹⁶⁵ Eerder (zie 1.2) heb ik al opgemerkt dat zij in de literatuur wel worden aangemerkt als de Magna Carta van het internationale commerciële recht.

Het begrip "commercial contracts" in de volledige naam van de Unidroit-beginselen moet niet te beperkt worden uitgelegd. Bedoeld is consumententransacties buiten te sluiten en onder consument wordt verstaan "a party who enters into the contract otherwise than in the course of its trade or profession".¹⁶⁶

Hoewel de Unidroit-beginselen in Art. 1.1 de contractsvrijheid voorop stellen, kent Art. 1.7 daarop de volgende belangrijke beperking:

- (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade
- (2) The parties may not exclude or limit this duty.

Net als redelijkheid en billijkheid in het Nederlandse recht kan "good faith and fair dealing" niet alleen aanvullende werking hebben maar ook, in uitzonderlijke gevallen, beperkende werking.¹⁶⁷

In het commentaar op Art. 1.7 worden o.a. de volgende bepalingen uit de Unidroit-beginselen aangemerkt als directe of indirecte toepassingen van het beginsel van de redelijkheid en billijkheid ("principle of good faith and fair dealing"): 2.4(2)(b), 2.15, 2.16, 2.18, 2.20, 3.5, 3.8, 3.10, 4.1(2),

¹⁶⁵ Zie hierboven noot 57 en de in de vorige noot genoemde vindplaats onder Presentation, Page 2 of 3.

¹⁶⁶ Zie de in noot 164 genoemde vindplaats onder Preamble, Page 2 of 4.

¹⁶⁷ Zie o.a. noot 164, commentaar op Art. 7.1.6, Chapter 7, Page 7 of 10.

4.2(2), 4.6, 4.8, 5.2, 5.3, 6.1.3, 6.1.5, 6.1.16(2), 6.1.17(1), 6.2.3(3)(4), 7.1.2, 7.1.6, 7.1.7, 7.2.2(b)(c), 7.4.8 en 7.4.13. Dit alles maakt duidelijk, aldus het commentaar, dat het principe van de redelijkheid en billijkheid kan worden beschouwd als "one of the fundamental ideas underlying the Principles". Enkele van de zojuist genoemde bepalingen zullen hierna nog aan de orde komen. Eerst zal ik enige aandacht schenken aan het commentaar op Art. 1.7 zelf. Ik geef twee aan dit commentaar ontleende voorbeelden waaruit blijkt dat niet altijd de tekst van een tussen ondernemers gesloten internationaal contract de doorslag geeft, maar soms de (beperkende werking van) redelijkheid en billijkheid.

1. Handelsagent A neemt op zich ten behoeve van B, de principaal, de verkoop van diens producten in een bepaald gebied te bevorderen. Contractueel is vastgelegd dat A slechts recht op betaling heeft als de door hem voor B gesloten contracten de goedkeuring van B hebben verkregen. Hoewel B contractueel de vrijheid heeft al dan niet tot goedkeuring over te gaan, is het wel zo dat "a systematic and unjustified refusal to approve any contract procured by A would be against good faith".

2. Tussen A, een bank, en B, een ondernemer, is een credietovereenkomst gesloten. Plotseling en zonder aanwijsbare reden weigert A B verder crediet te verlenen en eist van B betaling van diens hele schuld aan A. Het gevolg is grote schade voor B. Hoewel de overeenkomst een clause bevat die A de vrijheid geeft versnelde betaling te eisen "at will", is A's eis tot volledige betaling zonder voorafgaande waarschuwing en zonder dat daar een goede reden voor is, in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

Dan enige voorbeelden van de boven reeds bij artikelnummer aangeduide toepassingen van het beginsel van de redelijkheid en billijkheid in de Unidroit-beginselen. Ik heb vooral gekeken naar de beperkende werking. Allereerst Art. 2.18¹⁶⁸:

A contract in writing which contains a clause requiring any modification or termination by agreement to be in writing may not be otherwise modified or terminated. However, a party may be precluded by its conduct from asserting such a clause to the extent that the other party has acted in reliance on that conduct.

¹⁶⁸ Zie de in noot 164 genoemde vindplaats, Chapter 2, Page 19 of 24.

Het karakter van de uitzondering beginnend met "however" wordt in het commentaar op dit artikel weergegeven met het volgende voorbeeld.

Een aannemer komt met een schoolbestuur de bouw van een nieuw schoolgebouw overeen. Het contract bepaalt o.a. dat de tweede verdieping voldoende draagvermogen zal moeten hebben om de schoolbibliotheek te huisvesten. In weerwil van de contractuele clausule dat wijziging van het contract schriftelijk dient te geschieden, komen partijen mondeling overeen dat de tweede verdieping het genoemde draagvermogen toch niet hoeft te hebben. De aannemer voltooit de bouw volgens de mondeling overeengekomen wijziging. Het schoolbestuur, dat met zijn neus bovenop de voortgang van de bouw had gezeten en daar geen enkel bezwaar tegen had gemaakt, maakt na de voltooiing bezwaar tegen de wijze waarop de tweede verdieping is gebouwd. De rechter zal waarschijnlijk het beroep van het schoolbestuur op de clausule dat wijziging van het contract slechts schriftelijk kan geschieden, afwijzen omdat de aannemer redelijkerwijze vertrouwde op de mondelinge contractswijziging als gevolg waarvan hij niet aansprakelijk is op grond van wanprestatie.

Dit voorbeeld impliceert allerminst dat als de wederpartij van de aannemer een ondernemer was geweest, de zaak anders zou liggen. De Nederlandse rechter zou in het hierboven gegeven voorbeeld waarschijnlijk oordelen dat het schoolbestuur door zijn eigen gedrag het beroep op de contractsclausule had verspeeld (rechtsverwerking). De Duitsers zouden hier wellicht "Verwirkung" aanwezig achten (vgl. p. 152).

Vervolgens Art. 5.3¹⁶⁹:

Each party shall cooperate with the other party when such co-operation may reasonably be expected for the performance of that party's obligations.

In dit verband geeft het commentaar het volgende voorbeeld.

A komt met B overeen dat deze hem onmiddellijk een zekere hoeveelheid olie zal leveren. Vervolgens koopt A elders op de oliemarkt alle olie die maar beschikbaar is, daarbij B belemmerend in het voldoen aan zijn verplichting. Dit gedrag van A is in strijd met zijn verplichting tot samenwerking.

¹⁶⁹ Zie de in noot 164 genoemde vindplaats, Chapter 5, Page 2 of 8.

Ook hier zou de Nederlandse rechter A een beroep op het contract kunnen ontzeggen met als argument rechtsverwerking.

Dan Art. 6.2.3¹⁷⁰ (Effects of hardship).

- (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.
- (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.
- (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.
- (4) If the court finds hardship it may, if reasonable,
 - (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or
 - (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

Het hieraan voorafgaande art. – 6.2.2 – definieert “hardship” als volgt:

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

- (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;
- (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;
- (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and
- (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

In het commentaar op Art. 6.2.3 wordt opgemerkt (sub 5) dat uit de reeds genoemde in Art. 1.7 en 5.3 vervatte verplichtingen voortvloeit dat de benadeelde partij in alle eerlijkheid van mening moet zijn dat zich een geval van “hardship” voordoet en niet om heronderhandeling moet vragen als een puur tactische manoeuvre. In verband met Art. 6.2.3 lid 4 onder b komt het commentaar met het volgende voorbeeld.

A, een exporteur, komt met B, een importeur in land X, overeen dat aan B drie jaar lang bier zal worden geleverd. Twee jaar na de contractsluiting wordt in land X de verkoop en het gebruik van sterke drank wettelijk verboden. B roept onmiddellijk “hardship” in en vraagt A opnieuw over het contract te onderhandelen. A erkent de “hardship” maar weigert de door B voorgestelde aanpassingen van het contract te

¹⁷⁰ Zie de in noot 164 genoemde vindplaats, Chapter 6, Page 5 of 7.

aanvaarden. Na een maand van vruchteloze discussies adieert B de rechter.

Als B het bier in een aangrenzend land kan verkopen, zij het tegen een aanzienlijk lagere prijs, zal de rechter waarschijnlijk het contract in stand laten, maar de overeengekomen prijs verlagen. Als B deze verkoopmogelijkheid echter niet heeft, zou de rechter tot de redelijke beslissing kunnen komen het contract te beëindigen, daarbij echter wel verordonderend dat B voor de laatste, nog onderweg zijnde partij bier aan A moet betalen.

In het commentaar op Art. 6.2.2 wordt onder 6 opgemerkt dat feitelijke situaties denkbaar zijn die zowel aanleiding geven tot een beroep op "hardship" als tot een beroep op "force majeure" (overmacht, Art. 7.1.7). Een beroep op overmacht zal worden gedaan als de debiteur wil ontkomen aan het verwijt dat hij wanprestatie heeft gepleegd. De debiteur zal de weg van een beroep op "hardship" kiezen als hij wil onderhandelen over het contract om daarin bepaalde wijzigingen aan te brengen.

Als een speciale uitwerking van de "hardship"-bepaling 6.2.3 zou men Art. 7.2.2 kunnen zien. Dit stelt een partij wiens wederpartij wanprestatie pleegt ter zake van een andere verplichting dan betaling van geld onder een aantal voorwaarden vrij van de verplichting tot nakoming. Een van deze voorwaarden luidt: "performance or, where relevant, enforcement is unreasonably burdensome or expensive".

Ik vervolg met Art. 7.1.6¹⁷¹ (Exemption clauses):

A clause which limits or excludes one party's liability for non-performance or which permits one party to render performance substantially different from what the other party reasonably expected may not be invoked if it would be grossly unfair to do so, having regard to the purpose of the contract.

Het commentaar op deze bepaling begint met de vaststelling dat de Unidroit-beginselen niet een algemene regel bevatten op grond waarvan "abusive or unconscionable contract terms" kunnen worden uitgeschakeld. Het enige artikel dat hier een rol speelt is – naast het hierboven reeds behandelde 1.7 en naast 3.10 (buitensporig voordeel) – Art. 7.1.6 betreffende exoneratieclausules (en Art. 7.4.13 lid 2 zou ik zeggen, zie hierna). De reden dat hieraan een speciale bepaling is gewijd, is dat zij in de internationale contractspraktijk veel voorkomen en aanleiding geven tot veel

¹⁷¹ Zie de in noot 164 genoemde vindplaats, Chapter 7, Page 7 of 10.

verschil van mening tussen partijen, aldus het commentaar, dat het volgende voorbeeld geeft.

A, een pakhuisbeheerder, sluit met B een bewakingscontract. De overeenkomst bevat een clause krachtens welke B's aansprakelijkheid wordt beperkt tot een bepaald bedrag. Vervolgens vinden er in het laadstation van het pakhuis diefstallen plaats. De daardoor veroorzaakte schade overtreft het bedrag waartoe B's aansprakelijkheid was beperkt. Hoewel die contractuele aansprakelijkheidsbeperking – overeengekomen door twee professionele partijen – niet duidelijk unfair is, kan B zich er toch niet op beroepen als de diefstallen zijn gepleegd door zijn eigen werknemers in het kader van hun dienstbetrekking.

Tenslotte Art. 7.4.13¹⁷²:

- (1) Where the contract provides that a party who does not perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party is entitled to that sum irrespective of its actual harm.
- (2) However, notwithstanding any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the harm resulting from the non-performance and to the other circumstances.

Blijkens het commentaar is met "grossly excessive" bedoeld "that it would clearly appear to be so to any reasonable person". Het commentaar geeft het volgende voorbeeld.

A least een machine van B. In het contract staat dat als A ook maar één termijn verzuimt te betalen, het contract geëindigd zal zijn en de door A reeds betaalde bedragen als schadevergoeding aan B zullen vervallen. Deze clause valt onder het bereik van Art. 7.4.13 lid 2 en het overeengekomen terug te betalen bedrag zal waarschijnlijk door de rechter worden verminderd.

Ik heb aan de Unidroit-beginselen relatief veel aandacht besteed omdat zij in de internationale handel veel worden gebruikt. Beantwoorden deze, door deskundigen na intensieve beraadslagingen voor de internationale commerciële contractspraktijk ontworpen regels aan het o.a. door Brunner¹⁷³ en Van Delden¹⁷⁴ geschetste beeld van het zakenleven waar de

¹⁷² Zie de in noot 164 genoemde vindplaats, Chapter 7, Page 13 of 15.

¹⁷³ Zie hierboven noot 5.

¹⁷⁴ Zie hierboven noot 6.

beperkende werking van redelijkheid en billijkheid nauwelijks betekenis heeft en men, daarin gesteund door de rechtspraak, naar zekerheid streeft, d.w.z. zo min mogelijk open normen? De hierboven geciteerde Unidroit-artikelen, het commentaar daarop en de in dit commentaar gegeven voorbeelden onderstrepen wat in het commentaar wordt gezegd en wat ik al eerder citeerde: het beginsel van de redelijkheid en billijkheid ("principle of good faith and fair dealing") kan worden beschouwd als: "one of the fundamental ideas underlying the Principles". Zoals is gebleken geldt dit ook voor de beperkende werking van deze redelijkheid en billijkheid. De zojuist gestelde vraag moet dus ontkennend worden beantwoord.

2.7 Andere Unidroit regelingen

Onder auspiciën van Unidroit zijn tussen Staten verschillende internationale overeenkomsten gesloten om het handelsverkeer beter te laten verlopen. Ik noem bij wijze van voorbeeld:

1. *Unidroit Convention on International Factoring (Ottawa, 28 May 1988)*¹⁷⁵

Art. 4 lid 1 van deze regeling zegt:

In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its object and purpose as set forth in the preamble, to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

Art. 6 luidt:

1. The assignment of a receivable by the supplier to the factor shall be effective notwithstanding any agreement between the supplier and the debtor prohibiting such assignment.
(...)
3. Nothing in paragraph 1 shall affect any obligation of good faith owed by the supplier to the debtor or any liability of the supplier to the debtor in respect of an assignment made in breach of the terms of the contract of sale of goods.

¹⁷⁵ Zie <http://www.unidroit.org/english/conventions/c-fact.htm>.

2. *Unidroit Convention on International Financial Leasing (Ottawa, 20 May 1988)*¹⁷⁶

De tekst van Art. 6 lid 1 van deze internationale overeenkomst is woordelijk gelijk aan het hierboven geciteerde art. 4 lid 1 van de Unidroit Convention on International Factoring.

3. *Convention on Agency in the International Sale of Goods (Geneva, 17 February 1983)*¹⁷⁷

Art. 6 lid 1 van deze regeling luidt:

In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

2.8 *Uncitral-regelingen*

Hierna worden bij wijze van voorbeeld enige regelingen genoemd die tot stand zijn gebracht door de United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral) en die in een algemene vergadering van de Verenigde Naties zijn aanvaard.

1. *Model Law on Electronic Commerce of the United Nations Commission on International Trade Law*¹⁷⁸

In de considerans van de op 16 december 1996 aangenomen resolutie wordt o.a. gezegd:

Noting that an increasing number of transactions in international trade are carried out by means of electronic data interchange and other means of communication, commonly referred to as "electronic commerce", which involve the use of alternatives to paper-based methods of communication and storage of information, (...)

Convinced that the establishment of a model law facilitating the use of electronic commerce that is acceptable to States with different legal, social and economic systems could contribute significantly to the development of harmonious international economic relations, (...).

¹⁷⁶ Zie <http://www.unidroit.org/english/conventions/c-leas.htm>.

¹⁷⁷ Zie <http://www.unidroit.org/english/conventions/c-ag.htm>.

¹⁷⁸ Zie [gopher://gopher.un.org/00/ga/recs/51/RES51-EN.162](http://gopher.un.org/00/ga/recs/51/RES51-EN.162).

Het gaat mij vooral om Art. 3 lid 1 van de modelwet waarvan de formulering gelijkenis vertoont met de hierboven geciteerde artikelen uit Unidroit-regelingen:

Art. 3 lid 1

In the interpretation of this Law, regard is to be had to its international origin and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith.

Ook in andere artikelen komt men wel min of meer open normen tegen. Ik noem als voorbeeld art. 8 lid 1 aanhef en sub a:

Where the law requires information to be presented or retained in its original form, that requirement is met by a data message if:

(a) There exists a reliable assurance as to the integrity of the information from the time when it was first generated in its final form, as a data message or otherwise, and (...).

2. *United Nations convention on contracts for the international sale of goods 1980*¹⁷⁹

In deze uitvoerige regeling (101 artikelen) allereerst de gebruikelijke formulering van Art. 7 lid 1:

In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

Herhaaldelijk treft men in de artikelen open normen aan. Zo bijv. "reasonable time" in de artt. 49 en 65 en "period of time of a reasonable length" in art. 63.

Art. 79 lid 1 (in Section IV Exemption) zegt:

A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.

¹⁷⁹ Zie <http://www.uncitral.org/english/texts/sales/salescon.htm>.

2.9 The ICC Agency Model Contract

Een andere internationale regeling waarop ik bij wijze van voorbeeld de aandacht wil vestigen is de modelovereenkomst van de Internationale Kamer van Koophandel tussen principaal en handelsagent.¹⁸⁰ Daarin en in het commentaar erop wordt een belangrijke plaats ingeruimd voor de redelijkheid en billijkheid (good faith). Zie bijv. art. 2, 4 en 5. Speciaal de volgende bepaling is van belang:

Art. 2 Good faith en fair dealing

- 2.1 In carrying out their obligations under this agreement the parties will act in accordance with good faith and fair dealing.
- 2.2 The provisions of this agreement, as well as any statements made by the parties in connection with this agency relationship, shall be interpreted in good faith.

In zijn commentaar op deze bepaling noemt Lando de redelijkheid en billijkheid een basisbeginsel ("basic principle") dat aan de gehele modelovereenkomst ten grondslag ligt. Dit beginsel heeft, naar hij meedeelt, in het kader van de modelovereenkomst zowel aanvullende als beperkende werking:

It supplements the articles of the model contract, and may occasionally take precedence over the articles when a strict adherence to them would lead to a manifestly unjust result. It would cover a party's abuse of a right.¹⁸¹

Ook merkt hij op:

In the interpretation of the contract a narrow and hair-splitting approach should be avoided in favour of an interpretation in good faith which promotes the general principles on which the model contract is based.¹⁸²

Lando geeft het volgende voorbeeld:

Een principaal heeft het contract met de handelsagent beëindigd onder omstandigheden die deze laatste recht op een schadeloosstelling geven

¹⁸⁰ The ICC Agency Model Contract, A Commentary, met commentaren van Fabio Bartolotti (ed.), Didier Ferrier, Ole Lando, Didier Matray, Klaus Meyer Swantee, Valerie Roberts (1993).

¹⁸¹ T.a.p., p. 15.

¹⁸² T.a.p., p. 16.

(art. 21 onder A). Lid 3 van deze bepaling zegt dat het recht op schade-loosstelling verloren gaat als de desbetreffende eis niet binnen een jaar na de beëindiging van de overeenkomst schriftelijk wordt ingediend. Binnen deze termijn heeft de handelsagent de eis ingesteld, zij het mondeling. De principaal schrijft hem daarop een brief met de strekking dat de handelsagent zich geen zorgen hoeft te maken maar dat hij, principaal, wat meer tijd nodig heeft om de zaak te onderzoeken. Wanneer de handelsagent na afloop van het genoemde jaar een schriftelijke eis tot schade-loosstelling indient, stelt de principaal dat dit volgens de overeenkomst te laat is. Nu de principaal niet fair heeft gehandeld heeft hij zijn recht zich op het verstreken zijn van de termijn te beroepen, verwerkt.¹⁸³

Zoals in het commentaar van Lando naar voren komt, biedt dit model-contract van de Internationale Kamer van Koophandel een voorbeeld van een regeling waarin de open norm van de redelijkheid en billijkheid een preponderante rol speelt. Dit zelfs in die mate dat zij in bijzondere gevallen de duidelijke tekst van de contractuele bepalingen opzij kunnen zetten.

3. Nederlands handelsrecht

3.1 Inleiding

Thans ben ik aangeland bij de vraag welke rol in het Nederlandse handels-recht de redelijkheid en billijkheid – met name in hun beperkende werking – spelen in verhoudingen tussen ondernemers. Zie hiervoor 1.1. De vraag is vooral in hoeverre hier de werkelijkheid overeenstemt met het o.a. door Brunner¹⁸⁴ en Van Delden¹⁸⁵ geschetste beeld van het zakenleven waar de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid nauwelijks betekenis heeft en men naar zekerheid streeft, d.w.z. zo min mogelijk open normen.¹⁸⁶

¹⁸³ T.a.p., p. 16. Vgl. hiermee het hierboven geciteerde en met een voorbeeld geïllustreerde Art. 2.18 van de Unidroit Principles of International Commercial Contracts.

¹⁸⁴ Zie hierboven noot 5.

¹⁸⁵ Zie hierboven noot 6.

¹⁸⁶ Hierboven (2.6 en 2.9) constateerde ik dat de Unidroit Principles of International Commercial Contract en het ICC Agency Model Contract aan dit beeld duidelijk niet beantwoorden.

Het feit dat een beroep op art. 6:2 lid 2, 6:248 lid 2 en art. 2:8 lid 2 BW in verhoudingen tussen ondernemers slechts betrekkelijk zelden slaagt, bewijst op zichzelf niet dat daar de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid verhoudingsgewijs van minder belang is. De in genoemde wettelijke bepalingen vervatte rechterlijke terughoudendheid is inherent aan de strenge normen die zij stellen en die als zodanig in het gehele privaatrecht gelden. In de uitzonderlijke gevallen waarvoor zij zijn geschreven bieden deze bepalingen inderdaad soulaas en bovendien mag wel worden aangenomen dat er een zekere preventieve werking van uitgaat.

3.2 *Vennootschaps- en ondernemingsrecht*

Ik citeer eerst enige wetsartikelen. Art. 2:7 BW zegt:

Een door een rechtspersoon verrichte rechtshandeling is vernietigbaar, indien daardoor het doel werd overschreden en de wederpartij dit wist of zonder eigen onderzoek moest weten; slechts de rechtspersoon kan een beroep op deze grond tot vernietiging doen.

Art. 2:8 BW zegt:

1. Een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, moeten zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.
2. Een tussen hen krachtens wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluit geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

De voorganger van art. 2:8 BW, art. 2:7 (oud) BW, luidde:

Een rechtspersoon, haar leden of houders van aandelen of van met medewerking der vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen en zij die deel uitmaken van haar organen moeten zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.¹⁸⁷

¹⁸⁷ In overeenstemming hiermee luidt art. 8:162 BW: "De leden der rederij moeten zich jegens elkander gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd".

Art. 2:15 lid 1 BW:

Een besluit van een orgaan van een rechtspersoon is, onverminderd het elders in de wet omtrent de mogelijkheid van een vernietiging bepaalde, vernietigbaar: (...) b. wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid die door artikel 8 worden geëist.

Voorgangers van art. 15 waren:

Art. 2:11 aanhef en onder c (oud) BW:

Een besluit van de algemene vergadering van een rechtspersoon kan door een rechterlijk vonnis worden vernietigd: (..) c. wegens strijd met de goede trouw.

Art. 13 (oud) BW:

De vorige drie artikelen zijn van overeenkomstige toepassing op besluiten, genomen door andere organen van rechtspersonen, met dien verstande dat het besluit nietig is indien het orgaan niet bevoegd was het besluit te nemen.

Art. 26 lid 4 Wet op de ondernemingsraden:

Het beroep (van de ondernemingsraad bij de ondernemingskamer tegen bepaalde besluiten van de ondernemer, *M.*) kan uitsluitend worden ingesteld ter zake dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen.¹⁸⁸

Art. 2:130|240 lid 3 BW:

Bevoegdheid tot vertegenwoordiging die aan het bestuur of aan een bestuurder toekomt, is onbeperkt en onvoorwaardelijk, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. Een wettelijk toegelaten of voorgeschreven beperking van of voorwaarde voor de bevoegdheid tot vertegenwoordiging kan slechts door de vennootschap worden ingeroepen.

Vooraf de artt. 2:8, 2:15 en 2:130|240 BW zijn centrale artikelen in verband met de rechtspersoon, met name de NV en de BV, resp. alleen de NV en de BV. Op de behandeling ervan zal hierna de nadruk vallen. Vooraf merk ik op dat in het kader van het vennootschaps- en ondernemingsrecht

¹⁸⁸ Zie voor een voorbeeld Hof Amsterdam (OK) 22 juli 1999, NJ 1999, 805 (Nortech BV).

vele overeenkomsten voorkomen, bijv. die tussen vennootschap en bestuurder of commissaris, tussen vennootschap en ondernemingsraad, stemovereenkomsten tussen aandeelhouders en overeenkomsten tussen certificaathouders en administratiekantoor.¹⁸⁹ Op al deze overeenkomsten is art. 6:248 BW (zie 1.1) van toepassing. Hetzelfde geldt voor de maatschap en voor gekwalificeerde maatschappen als de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap. Het begrip misbruik van bevoegdheid kan samenvallen met handelen in strijd met de (beperkende werking van) redelijkheid en billijkheid, bijv. bij aandeelhouders.¹⁹⁰

3.2.1 Doeloverschrijding

Een NV of BV die, rechtshandelingen verrichtend met andere ondernemers, in strijd handelt met haar statutaire doel, kan zich als gevolg daarvan soms op de vernietigbaarheid van deze rechtshandelingen beroepen (art. 2:7 BW). Moet nu in het belang van de rechtszekerheid worden aangenomen dat de vraag of het statutaire doel is overschreden alleen mag worden beantwoord aan de hand van de omschrijving van dat doel in de statuten?

De Hoge Raad gaf op deze vraag o.a. een ontkennend antwoord in het Playland-arrest: HR 20 september 1996, NJ 1997, 149. In dit geval had bestuurder Joosten van Playland BV een advocaat opdracht gegeven de voorgenomen overdracht van de aandelen in de vennootschap door de beide aandeelhouders juridisch te begeleiden. Playland BV weigerde de declaratie van de advocaat te betalen met o.a. het argument dat hier van doeloverschrijding sprake was omdat de aan de advocaat verstrekte opdracht slechts het belang van beide aandeelhouders raakte en niet het belang van Playland BV. In tegenstelling tot de rechtbank verwierpen Hof en Hoge Raad dit verweer. De Hoge Raad overwoog, voor zover hier van belang:

Het Hof heeft tot uitgangspunt genomen (rov. 4) dat bij de beantwoording van de vraag of het doel is overschreden, niet alleen beslissend is de wijze waarop het doel in de statuten is omschreven, doch dat alle omstandigheden daarbij in aanmerking moeten worden genomen. Dit uitgangspunt is juist (vgl. HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 98). Evenzeer terecht heeft het Hof daaraan toegevoegd dat met name in aanmerking moet worden genomen of het belang van de vennootschap is gediend met de betrokken rechtshandeling.

¹⁸⁹ Zie Van der Heijden-Van der Grinten, Handboek (1992) nr. 197.

¹⁹⁰ Zie Parlementaire Geschiedenis Inv. Boek 3, p. 1040 en Mendel in de Max Roodbundel p. 211 e.v.

3.2.2 Art. 2:8 BW, art. 2:7 (oud) BW en ouder recht

Art. 2:8 BW is als gezegd een belangrijke bepaling. Van Schilfgaarde, Van de BV en de NV (1998) zegt op p. 34: "Zoals de artikelen 6:2 en 248 centrale bepalingen zijn in het vermogensrecht zo kan art. 2:8 worden gezien als de kern van het rechtspersonenrecht als organisatierecht".¹⁹¹ Het is duidelijk dat in lid 1 de zogenoemde aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid is neergelegd en in lid 2 de beperkende of derogerende. Met welke werking men in concrete gevallen te doen heeft is dikwijls voor discussie vatbaar.

Ik zal beginnen met de korte weergave van enige belangrijke arresten van de Hoge Raad zodat een beeld verkregen wordt van de (beperkende) rol die de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 2:8 en 7 (oud) BW en naar ongeschreven recht in de praktijk van het vennootschaps- en ondernemingsrecht spelen en speelden. Daarna zal ik nog enige lagere rechtspraak vermelden. De materie der besluiten – art. 15 lid 1 onder b BW – komt later afzonderlijk aan de orde evenals de vertegenwoordiging.

1. *HR 10 maart 1995, NJ 1995, 595, noot Ma (Janssen Pers)*

De Stichting Administratiekantoor Janssen Pers Beheer had alle aandelen in Janssen Pers Beheer BV en deze had alle aandelen in de subholding Janssen Pers BV. De algemene vergadering van deze laatste BV nam enige besluiten, o.a. betreffende emissie van aandelen, die P. Janssen, een der bestuurders van de stichting, niet welgevallig waren. Toen door een misverstand zijn twee medebestuurders van de stichting prematuur aftraden, meende P. Janssen het niet alleen in de stichting weer alleen voor het zeggen te hebben maar via haar ook in Janssen Pers Beheer BV en via deze in Janssen Pers B.V. Zijn oogmerk was het terugdraaien van de eerder door de algemene vergadering van Jansen Pers BV genomen besluiten en door zijn toedoen besloot deze algemene vergadering tot intrekking van deze besluiten. P. Janssen had echter buiten de waard van de herberg "De redelijkheid en billijkheid" gerekend. De Hoge Raad overwoog o.a.:

Het onderdeel treft doel voor zover het erover klaagt dat het Hof aan verscheidene in het onderdeel vermelde, door Janssen Pers c.s. ter

¹⁹¹ Dit past inderdaad in een meer algemene ontwikkeling. Zie Van der Heijden-Van der Grinten t.a.p. nr. 224.1: "Het huidige BW geeft aan het zich gedragen naar redelijkheid en billijkheid een centrale plaats in het vermogensrecht". Zie ook het mooie preadvies van Timmerman voor de Vereeniging "Handelsrecht" De nieuwe algemene bepalingen van Boek 2 BW (1991) waarvan p. 49 e.v. over art. 2:8 BW.

ondersteuning van hun beroep op art. 2:8 aangevoerde omstandigheden geheel is voorbijgegaan. Vooreerst had het Hof in geen geval mogen voorbijgaan aan de in het onderdeel onder (a) vermelde omstandigheid dat het aftreden op 1 maart 1993 van de medebestuurders in de Stichting het gevolg van een misverstand was en dat P. Janssen misbruik heeft gemaakt van de hierdoor onverwachts ontstane mogelijkheid om de zeggenschap in de Stichting en daarmee in Janssen Beheer te herkrijgen voordat het belang van Janssen Beheer in Janssen Pers overeenkomstig het genomen emissiebesluit een minderheidsbelang zou worden.

Mijns inziens vloeit uit het misbruik-karakter voort dat deze uitspraak betreffende "misbruik van misverstand" mag worden veralgemeend. Zij kan bijv. ook een rol spelen in directe confrontaties van elkaar vijandig gezinde aandeelhouders.

2. *HR 17 september 1982, NJ 1983, 195, met noot Ma (Sterk Baksteenmuur B.V.)*

Aan de orde was hier het ontslag van een bestuurder van een BV door iemand die beweerde door levering alle aandelen in deze BV te hebben verkregen. In feite was deze "levering" echter geschied in strijd met de wet. De Hoge Raad erkent in het kader van art. 2:7 (oud) BW de mogelijkheid dat de bestuurder zich

niet met recht op de niet-nakoming van art. 196 en daardoor ook niet op de nietigheid van het ontslagbesluit zou mogen beroepen.

3. *HR 15 juli 1968, NJ 1969, 101 met noot D.J.V. en noot G.J.S (Wijsmuller)*

Volgens de statuten van de moeder Wijsmuller Nederland NV mocht zij geen stemrecht uitoefenen in de algemene vergadering van haar dochter N.V. Bureau Wijsmuller Scheepvaart, Transport- en Zeesleepvaartmaatschappij als die uitoefening niet vooraf was goedgekeurd door de vergadering van prioriteitsaandeelhouders van de moeder. In de algemene vergadering van aandeelhouders van de dochter stemde de moeder voor het ontslag van twee commissarissen van de dochter onder wie J.F. Wijsmuller. Deze stelden echter dat de vergadering van prioriteitsaandeelhouders formeel onjuist was bijeengeroepen en dat als gevolg daarvan het besluit van de moeder om voor het ontslag van de commissarissen te stemmen nietig was. Rechtbank en Hoge Raad accepteerden dit betoog. De Hoge Raad wijst in dit verband wel op de rol van de redelijkheid en billijkheid:

dat niets is gebleken of gesteld omtrent bijzondere omstandigheden op grond waarvan zou kunnen worden geoordeeld dat J.F. Wijsmuller – die als aandeelhouder in beginsel er een belang bij heeft dat de statutaire voorschriften, regelende de vennootschappelijke samenwerking, worden nageleefd – in het onderhavige geval niet met vrucht een beroep zou kunnen doen op de onregelmatige wijze van bijeenroepen van de vergadering van houders van prioriteits aandelen of dat dat beroep zou zijn gedaan in strijd met de goede trouw of zou opleveren misbruik van recht.

Dan enige voorbeelden van de reeds in het uitzicht gestelde lagere rechtspraak.

4. *Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 3 maart 1999 (Gucci), JOR 1999, 87*

Gucci Group NV is de in Nederland gevestigde, ter beurse genoteerde vennootschap van de Gucci Groep. Zij trachtte zich LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton S.A. van het lijf te houden die 34,4% van haar aandelen had verworven. O.a. plaatste Gucci in het kader van haar werknemersaandelenplan bij de Stichting Belangen Werknemers een even groot aantal aandelen Gucci als LVMH bezat. LVMH richtte vervolgens tot de Ondernemingskamer het verzoek een enquête in te stellen. De Ondernemingskamer richtte de schijnwerper van de redelijkheid en billijkheid op beide partijen en overwoog o.a.:

Ook indien ervan moet worden uitgegaan dat het Gucci Group NV vrij staat maatregelen te nemen teneinde te voorkomen dat een haar onwettige aandeelhouder een overwegende of belangrijke mate van zeggenschap verkrijgt, dan geldt niettemin dat het nemen van maatregelen die op gespannen voet staan met regels van (dwingend) recht (kunnen) wijzen op een onjuist beleid. Bij dat oordeel dient mede in aanmerking te worden genomen de open statutaire structuur van Gucci Group NV en de rechten en verwachtingen die een aandeelhouder en de bij de kapitaalmarkt betrokkenen in redelijkheid daaraan kan onderscheidenlijk kunnen ontlenen alsook de eisen van redelijkheid en billijkheid die een vennootschap jegens een (minderheids)aandeelhouder heeft in acht te nemen¹⁹²

(...)

Anderzijds heeft, mede gezien het bepaalde in art. 2:8 van het Burgerlijk Wetboek, te gelden dat de verwerver van een pakket

¹⁹² In zijn eindbeschikking van 27 mei 1999, JOR 1999, 121 herhaalde de Ondernemingskamer dit laatste.

aandelen als hier in het geding als behoorlijk aandeelhouder in verband met en bij gelegenheid van de verkrijging van die aandelen opening van zaken geeft, met de vennootschap wier aandelen hij verkrijgt redelijk overleg pleegt en in zijn handelen niet alleen zijn eigen belangen maar ook de belangen van de vennootschap in al haar facetten en de belangen van de bij de vennootschap betrokken personen betreft.¹⁹³

5. *Hof Amsterdam 26 november 1987, NJ 1989, 271 met noot Ma (Ikon)*

Tot 1 augustus 1987 was het zowel aan de ondernemingsraad van Ikon (Interkerkelijke Omroep Nederland) als aan Ikon zelf ontgaan dat de zittingstermijn van deze ondernemingsraad omstreeks 1 februari 1987 was verstreken. Toen in de tussentijd de ondernemingsraad in beroep ging tegen een besluit van Ikon, beriep deze zich op niet-ontvankelijkheid van de OR. Deze achtte het beroep op niet-ontvankelijkheid in strijd met de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 2:7 (oud) BW. De Ondernemingskamer wees er o.a. op dat Ikon en de OR in de tussenperiode regelmatig overleg met elkaar hadden gepleegd en Ikon zelfs eenmaal aan de OR advies had gevraagd. De Ondernemingskamer formuleerde de volgende vraag:

Ingevolge art. 2:7 BW dienen zij zich jegens elkander te gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.¹⁹⁴ (..) onderzocht (dient) te worden of Ikon jegens de OR in strijd met deze norm handelt door zich er op te beroepen dat de zittingstermijn van de OR verstreken is

en beantwoordde deze vraag bevestigend.

6. *Rechtbank Utrecht 26 augustus 1998 (Maas Gardens Golf Club N.V.), JOR 1999, 82*

Was Maas Gardens Golf Club NV – met het oog op haar bedrijfsuitoefening – te laat opgegeven aan de Kamer van Koophandel ter inschrijving in

¹⁹³ Dit standpunt van de Ondernemingskamer vindt men ook in zijn uitspraak van 11 maart 1999 (Uni-Invest NV), JOR 1999, 89, p. 527.

¹⁹⁴ Naar het oordeel van de annotator moeten OR en ondernemer jegens elkaar wel de redelijkheid en billijkheid in acht nemen, maar kan dit niet op art. 2:7 worden gebaseerd omdat de OR geen “orgaan” is. Het was in deze zaak m.i. niet van belang dat Ikon geen commerciële organisatie is.

het handelsregister, met het daaraan in art. 2:69 lid 2 onder a BW verbonden gevolg van hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders van deze NV? De Rechtbank overwoog:

Voor het geval zou moeten worden aangenomen dat, anders dan onder 4.1 is overwogen, de datum van 26 november 1990 beslissend is, oordeelt de rechtbank dat alsdan (...) sprake is van een dermate gering verzuim (een overschrijding van de termijn met slechts drie dagen als gevolg van een nagezonden formulier Q, nadat eerder op zichzelf door de notaris een juiste opgave was gedaan) dat vorenbedoelde regel van artikel 2:69 BW, met als in casu onevenredig zware sanctie de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurder Benelux Trust, niet van toepassing is, omdat dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

3.2.3 *Besluiten (art. 15 lid 1 onder b BW)*

Blijkens de M.v.T. op deze hierboven reeds geciteerde bepaling is met "de redelijkheid en billijkheid die door artikel 8 wordt geëist" bedoeld: de redelijkheid en billijkheid in de interne verhoudingen binnen de rechtspersoon.¹⁹⁵ Dus bijv. niet de redelijkheid en billijkheid in de verhouding vennootschap tegenover haar crediteuren. Of aan de vernietiging op grond van art. 15 lid 1 onder b de aanvullende dan wel de beperkende (of corrigerende of derogerende) werking van de redelijkheid en billijkheid ten grondslag ligt, is voor discussie vatbaar. Van der Grinten¹⁹⁶ zegt:

Men kan stellen, dat de vernietiging wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid corrigerende werking heeft, omdat het besluit buiten effect wordt gesteld. Men kan echter ook stellen dat de vernietiging haar grond vindt in de omstandigheid dat het besluit zich niet verdraagt met de interne verhoudingen die de rechtspersoon mede beheersen.

De nu volgende uitspraken – voorbeelden uit een niet overvloedige rechtspraak – verschaffen een beeld van de uitwerking die art. 15 lid 1 onder b en voorgangers hebben gekregen.

¹⁹⁵ Zie Macijer-Schreurs, *Parlementaire geschiedenis rechtspersonen- en vennootschapsrecht* (1991), p. 69.

¹⁹⁶ Van der Heijden-Van der Grinten, *Handboek* (1992), nr. 224.1, p. 393.

1. *HR 31 december 1993, NJ 1994, 436, met noot Ma (Van den Berge-Verenigde Bootlieden BV)*

Het bestuur van de BV was van plan financiële reserves van de vennootschap (gedeeltelijk) uit te keren aan haar werknemers-aandeelhouders. Om fiscale redenen (deelnemingsvrijstelling) werd gestreefd naar een herverdeling van het aandelenbezit in die zin dat iedere aandeelhouder ten minste 5% van de aandelen zou bezitten. Daartoe werd besloten tot een emissie met uitsluiting van het voorkeursrecht en met niet geheel gelijke verdeling van de nieuwe aandelen. Voor Van den Berge, adjunct-directeur van en aandeelhouder in de vennootschap,¹⁹⁷ had dit tot gevolg dat zijn aandelenbezit daalde van 19,25% tot ongeveer 18%. Hij vocht de desbetreffende besluiten aan met als argument o.a. een beroep op het inderdaad dwingendrechtelijke art. 2:201 lid 2 BW: "De vennootschap moet de aandeelhouders onderscheidenlijk certificaathouders die zich in gelijke omstandigheden bevinden, op dezelfde wijze behandelen." Dit beroep vond bij Hof noch Hoge Raad gehoor. De Hoge Raad gaf als volgt de gedachtegang van het Hof weer (voor zover hier van belang) en verenigde zich ermee:

ook voor het beginsel van gelijke behandeling van aandeelhouders geldt dat van schending daarvan geen sprake is indien voor de ongelijke behandeling een redelijke en objectieve rechtvaardiging kan worden aangewezen (...). Met name heeft het hof bij zijn beoordeling van de vraag of een rechtvaardiging als evenbedoeld kon worden gevonden in de bijzondere omstandigheden van het gegeven geval, niet een verkeerde maatstaf aangelegd.

2. *HR 9 januari 1987, NJ 1987, 959, met noot Ma (Vecolac-Juliana)*

Door het bestuur van Coöperatieve Melkleveringsverenigingen Vecolac B.A. was een overeenkomst tot vèrgaande samenwerking gesloten met Melkindustrie Coberco B.A. In de algemene vergadering van Vecolac was deze overeenkomst en de daarmee verbonden wijziging van de statuten van Vecolac aanvaard met alleen de stem van één lid, Coöperatieve Stoomzuivelfabriek Juliana, tegen. Dit lid wilde zijn eigen identiteit en eigendommen behouden en niet opgaan in Coberco. De vraag was of de door de algemene vergadering van Vecolac genomen besluiten op grond van hun inhoud wegens strijd met de goede trouw moesten worden vernietigd. Het

¹⁹⁷ M.i. kan men dus volhouden dat het in dit geval niet ging om een geschil tussen een vennootschap en een particulier. Bovendien al ware dit anders, de aanstonds te citeren uitspraak van de Hoge Raad is meer in het algemeen van belang.

Hof oordeelde dat de veranderingen waartoe besloten was zo ingrijpend waren dat Vecolac jegens Juliana niet in redelijkheid tot de bestreden besluiten had kunnen en mogen komen. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep en overwoog met betrekking tot het oordeel van het Hof o.a.:

Dit oordeel moet, tegen de achtergrond van de daaraan voorafgaande overwegingen, aldus worden verstaan dat de beide bestreden besluiten te zamen een vorm van samenwerking in het leven roepen welke zodanig ver gaat en van die krachtens de oude statuten van Vecolac zo wezenlijk verschilt, dat zij, welk gewicht ook toekomt aan de belangen welke de meerderheid met die samenwerking beoogde te dienen, naar eisen van redelijkheid en billijkheid aan een zich daartegen verzettende minderheid niet had mogen zijn opgelegd.

3. *HR 20 oktober 1989, NJ 1990, 308, met noot Ma (Ellem Beheer BV – De Bruin)*

De Bruin was van 1965 tot 25 mei 1983 enig bestuurder van Ellem. Tevens bezat hij samen met zijn echtgenote alle aandelen in deze BV. In december 1982 werden de aandelen verkocht aan H. Hazewinkel of een door hem aan te wijzen lastgever. Op 14 januari 1983 gaf De Bruin als bestuurder opdracht f 900.000 over te schrijven van de bankrekening van Ellem op de bankrekening van Bungalet AG, zonder daarvoor enige zekerheid te bedingen. Later werd vermoed dat Bungalet AG niet bestond en na enige wisselingen in het bestuur van Ellem werd De Bruin aansprakelijk gesteld op grond van wanprestatie dan wel onrechtmatige daad. Hij beriep zich echter op het vaststaande feit dat de algemene vergadering van Ellem – bestaande uit hemzelf en zijn echtgenote als aandeelhouders – hem op 25 mei 1983 volledige decharge voor het door hem gevoerde beheer had verleend. Het Hof toetste het beroep op decharge aan de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) en achtte dit beroep hiermee in de gegeven omstandigheden niet in strijd. De Hoge Raad onderschreef het oordeel van het Hof en overwoog o.a.:

Nu ook voor wat betreft zijn echtgenote het tegendeel niet is aangevoerd, dient uitgangspunt te zijn dat ten tijde van de decharge beide aandeelhouders met de in deze zaak aan de orde zijnde handelingen van De Bruin volledig bekend waren. Bij dit uitgangspunt is niet in te zien (...) waarom De Bruin zich jegens de vennootschap niet te goeder trouw op deze decharge zou kunnen beroepen, ook al zou De Bruin door voormelde handelingen aan de vennootschap opzettelijk of onzorgvuldig nadeel hebben toegebracht.

4. *HR 18 juni 1982, NJ 1983, 200, met noot Ma (De Vries-Biologische Tuinbouwvereniging Elderveld)*

Elderveld had ten behoeve van haar leden in de gemeente Arnhem een perceel grond in huur. Haar lid De Vries had daarvan een kavel in onderhuur gekregen en in gebruik genomen. Bij brief van 29 januari 1980 somde Elderveld een aantal feiten op op grond waarvan het lidmaatschap van De Vries in een royementsprocedure beëindigd diende te worden, schorste hem met onmiddellijke ingang en deelde hem mee dat hij zich bij het secretariaat van Elderveld schriftelijk kon verweren en dat hij totdat over zijn lidmaatschap zou zijn besloten, geen toegang tot het tuinencomplex had en evenmin tot de te houden vergadering. De Vries meende dat hij in dit geval het recht had mondeling in de vergadering te worden gehoord en dat art. 2:38 (oud) lid 1 BW – “Behoudens het in het volgende artikel bepaalde, hebben alle leden die niet geschorst zijn, toegang tot de algemene vergadering en hebben daar ieder één stem” – daaraan niet afdeed. Buiten aanwezigheid van De Vries werd hij in de algemene vergadering van Elderveld uit het lidmaatschap ontzet. Het Hof oordeelde dat Elderveld aldus jegens De Vries niet had gehandeld in strijd met de redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep, maar overwoog wel:

Wel zou het op grond van bijzondere omstandigheden in strijd met de goede trouw kunnen zijn om tot ontzetting van een geschorst lid te besluiten zonder dat dit lid de gelegenheid heeft gehad door de ledenvergadering gehoord te worden, maar het Hof heeft kennelijk geoordeeld, dat van zulke bijzondere omstandigheden in het gegeven geval geen sprake was. Dit oordeel is niet in strijd met het recht.

In deze uitspraak wordt geen uitzondering gemaakt voor ledenrechtspersonen van coöperaties.

5. *HR 30 oktober 1964, NJ 1965, 107, met noot G.J.S. (Mante)*¹⁹⁸

NV I.A.M had 200 aandelen geplaatst. Mevrouw C. Mante had daarvan 44 aandelen. In de statuten van de NV stond dat bepaalde belangrijke besluiten van de a.v.a. slechts konden worden genomen met een gekwalificeerde meerderheid: vier vijfden van de uitgebrachte stemmen. Nu Mante meer dan een vijfde van de geplaatste aandelen had, kon zij dus desgewenst verhinderen dat de vier vijfde meerderheid werd gehaald.

¹⁹⁸ De korte beschrijving van de casus ontleen ik aan mijn Hoofdzaken NV en BV (1997), p. 83.

Op een algemene vergadering waar Mante niet aanwezig was nam de a.v.a. een besluit tot statutenwijziging: de genoemde meerderheid van vier vijfden werd verlaagd tot twee derden. Mante accepteerde dit niet. Ze stelde: op de twee kranten waarin de oproep voor de algemene vergadering heeft gestaan, ben ik niet geabonneerd. Ook als de statuten persoonlijke oproeping tot de vergadering niet voorschrijven, had het bestuur van de NV mij moeten laten weten dat er een algemene vergadering zou komen met o.a. als agendapunt de vermindering van de statutaire meerderheidseis van vier vijfden tot twee derden. Het bestuur van de NV wist dat dit onderwerp voor mij heel belangrijk was omdat mijn statutair gewaarborgde machtspositie hier in het geding was. De Hoge Raad liet het arrest van het Hof, dat Mante in het gelijk had gesteld, in stand en formuleerde zonder onderscheid te maken tussen particulieren en ondernemers, de volgende regel:

dat, ook indien aan alle formele vereisten, bij wet of statuten voor de wijze van oproeping van een aandeelhoudersvergadering gesteld, is voldaan, de eisen van redelijkheid en billijkheid, die aandeelhouders jegens elkander in acht hebben te nemen, onder omstandigheden kunnen medebrengen, dat een aandeelhoudersvergadering niet tot het nemen van een besluit aangaande een onderwerp waarbij de belangen van bepaalde aandeelhouders in bijzondere mate zijn betrokken overgaat, alvorens te hebben nagegaan of die aandeelhouders genoegzaam in de gelegenheid zijn gesteld aan de besluitvorming over dit hen in het bijzonder rakende onderwerp deel te nemen.

6. *Hof 's-Gravenhage 17 maart 1983, NJ 1984, 81 (Reynders-McKinney)*

In dit geval, krasser dan dat van Mante, werd de regel uit het Mante arrest opnieuw toegepast.

Reynders en McKinney waren de enige bestuurders van Food Concepts BV. Zij hadden ieder de helft van de aandelen. Toen McKinney van 17 juli 1982 tot en met 13 augustus 1983 met vakantie in Amerika was, riep Reynders een buitengewone aandeelhoudersvergadering bijeen met als enige agendapunt de uitgifte van nieuwe aandelen. De voor McKinney bestemde oproep was gestuurd naar zijn adres in Zoetermeer. Op de algemene vergadering was McKinney niet aanwezig, Reynders wel. De algemene vergadering besloot tot uitgifte van nieuwe aandelen aan Reynders. Het Hof verbood gedurende bepaalde tijd het stemrecht op deze aandelen uit te oefenen en overwoog o.a.:

Naar 's Hof's voorlopig oordeel brengt de goede trouw welke de verhouding tussen aandeelhouders beheerst mee, dat indien een directeur/houder van vijftig procent van de aandelen van een vennootschap op een aandeelhoudersvergadering constateert dat zijn mede-directeur/houder van de overige vijftig procent van de aandelen ontbreekt, hij de vergadering voor wat betreft niet zeer dringende agendapunten verdaagt indien twijfel bestaat of de oproep voor de vergadering de betrokkene wel heeft bereikt.

Het verweer van Reynders – dat door de tussen hem en McKinney bestaande moeilijkheden de vennootschap onbestuurbaar werd – werd niet geaccepteerd. Het geschetste probleem, indien al feitelijk aanwezig, kon langs andere weg worden opgelost, bijv. via een kort geding, aldus het Hof.

7. *Rechtbank Zutphen 17 januari 1991, de Naamloze Vennootschap (1991) p. 107-108, WPNR 1991, p. 246-248 (Uniwest Group BV)*

In dit geval poogde de enig directeur en meerderheidsaandeelhouder Westdijk van Uniwest Group BV twee minderheidsaandeelhouders, Van Klaveren en Van Trigt, "uit te hongeren" door jaarlijks gemaakte winsten telkens in hun geheel toe te voegen aan de algemene reserves van de BV. De minderheidsaandeelhouders achtten hun belangen hierdoor onredelijk geschaad en vorderden in rechte vernietiging van de reserveringsbesluiten. Uniwest en Westdijk voerden o.a. een rechtsverwerkingsverweer. Zij stelden dat de minderheidsaandeelhouders oneerlijke concurrentie hadden bedreven door werknemers bij Uniwest weg te halen en te profiteren van de wanprestatie van deze werknemers. Dit zou verhinderen dat de minderheidsaandeelhouders een beroep konden doen op de vernietiging van de gewraakte besluiten.

De Rechtbank legde de maatstaf van de redelijkheid en billijkheid aan en oordeelde als volgt:¹⁹⁹

De gestelde omstandigheid dat Van Klaveren en Van Trigt op onrechtmatige wijze concurrentie zouden hebben aangedaan aan Uniwest is, indien zulks – gelet op de gemotiveerde betwisting door eisers – al vast zou komen te staan, niet aan te merken als een gedraging zodanig in strijd met de redelijkheid en billijkheid die zij in hun hoedanigheid van aandeelhouders van Uniwest jegens deze in acht dienen te nemen, dat op

¹⁹⁹ Zie Sanders-Westbroek, bewerkt door Buijn en Storm, (1998), p. 243.

grond daarvan de AVA in redelijkheid heeft kunnen beslissen dat er geen dividend zal worden uitgekeerd.

3.2.4 *Vertegenwoordiging*

In het hierboven reeds gedeeltelijk geciteerde art. 2:130|240 BW – waartoe ik mij wat de vertegenwoordiging betreft zal beperken – is voor de NV respectievelijk de BV het bekende zogenoemde richtlijnstelsel neergelegd: de vennootschap kan zich slechts op een beperking van vertegenwoordigingsbevoegdheid van haar bestuur of bestuurder beroepen als deze beperking voortvloeit uit de wet. Ik noem in verband met de (beperkende) werking van de redelijkheid en billijkheid twee gevallen uit de rechtspraak.

1. *HR 17 december 1982, NJ 1983, 480, noot Ma (Reinaldo Bibolini-Antillian Mechanical Works NV)*

In deze bekende Antilliaanse zaak had een bestuurder van de NV, namens deze, twee motordraibanken verkocht aan Bibolini. In het verleden had de algemene vergadering van de NV besloten dat bestuurders van de NV alleen tot verkoop van machinerieën bevoegd zouden zijn na toestemming van de algemene vergadering. Die toestemming ontbrak in casu. Toen Bibolini ontbinding van de koopovereenkomst eiste op grond van wanprestatie van de NV, beriep deze zich op vertegenwoordigingsonbevoegdheid van haar bestuurder wegens het ontbreken van de genoemde toestemming. De Hoge Raad oordeelde dat de bij besluit vastgestelde beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bestuurder volgens art. 103 K. Ned. Antillen slechts interne werking had en overwoog:

De NV kan zich derhalve op een bevoegdheidsbeperking als door het Hof aangenomen jegens derden niet beroepen. Daarbij maakt het (..) in beginsel geen verschil of degene die met de N.V. handelde van deze bevoegdheidsbeperking – waaraan in de verhouding tussen directeur en N.V. wel werking toekomt – op de hoogte was. Wel kan het zich voordoen dat in de omstandigheden van het gegeven geval degene die met de N.V. handelde zich in strijd met de goede trouw zou gedragen door de N.V. aan de met deze gesloten overeenkomst te houden, indien hij ondanks de hem bekende bevoegdheidsbeperking toch deze overeenkomst aanging, waarbij mede van belang kan zijn dat hijzelf bij de totstandkoming van het Besluit van de aandeelhoudersvergadering waarbij deze bevoegdheidsbeperking werd opgelegd, betrokken is geweest.

Dit arrest is ook van groot belang voor het Nederlandse recht.²⁰⁰ Het laat zien dat de vennootschap zich – ondanks de ruime bescherming van de wederpartij in art. 2:130|240 BW – soms tegenover die wederpartij toch op een in beginsel slechts intern werkende beperking van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan beroepen. Bijv. indien de wederpartij met de bestuurder heeft samengespannen.

2. *Rechtbank Rotterdam 28 januari 1999, JOR 1999, 101 (Wiersma-BV Agin Visserij)*

Wiersma, zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder van Agin, droeg in 1993 een ontslaguitkering over aan Agin tot een bedrag van f 30.000. Deze overdracht diende als kapitaalbreng voor een stamrecht ten behoeve van Wiersma. De stamrechtsovereenkomst (van 7 juni 1995) was door Wiersma ondertekend zowel in zijn hoedanigheid van rechthebbende als in zijn hoedanigheid van bestuurder van Agin. Zij hield in dat vanaf 1 juli 1995 tot 30 juni 1997 door Agin maandelijks uitkeringen zouden worden gedaan in het kader van het stamrecht. Ondanks de overeenkomst kwam Agin niet over de brug. Wiersma vorderde uitkeringen tot en met juni 1997. De financiële positie van Agin was sinds 1993 aanzienlijk verslechterd. Het eigen vermogen was f 250.088 negatief. In 1995 had zij geen omzet, wel een aanzienlijk verlies. De Rechtbank oordeelde dat, gelet op deze financiële situatie, niet viel in te zien wat het belang van Agin was bij de stamrechtsovereenkomst. Zij honoreerde Agins beroep op misbruik van vertegenwoordigingsbevoegdheid als volgt:

Nu Wiersma door het sluiten van de overeenkomst zijn bevoegdheid om Agin te vertegenwoordigen heeft misbruikt uitsluitend met het doel om zijn persoonlijk belang te dienen, zou het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn wanneer Wiersma zich jegens Agin zou kunnen beroepen op nakoming van de in deze overeenkomst neergelegde betalingsverplichtingen van Agin aan Wiersma.²⁰¹

²⁰⁰ Zie ook de noot van Maeijer onder het arrest, Van der Heijden-Van der Grinten, Handboek (1992), nr. 235, p. 416 en Van Schilfgaarde, Van de BV en de NV (1998), p. 172.

²⁰¹ Als het ging om een overeenkomst tussen een directeur in privé en de vennootschap, moest deze volgens art. 15 van de statuten van Agin worden vertegenwoordigd door een door de algemene vergadering aan te wijzen persoon. Terecht heeft op grond hiervan mijn medewerker M.P. van den Hoek opgemerkt dat een beroep op deze statutaire regeling in verband met art. 2:256 BW voor de hand had gelegen.

3.3 *Vervoerrecht*

Boek 8 BW bevat de nodige artikelen waarin open normen als "redelijk", "maatstaven van redelijkheid en billijkheid" en "zorgvuldig" zijn opgenomen. Zonder aanspraak te maken op volledigheid noem ik:²⁰²

- art. 381 (goederenvervoer over zee; "redelijke zorg" van de vervoerder)
- art. 383 (idem bij wettelijke ontheffing van aansprakelijkheid)
- art. 396 (goederenvervoer over zee; "omstandigheden die (...) redelijkerwijs (voor een partij, *M.*) grond hadden opgeleverd de vervoerovereenkomst niet of op andere voorwaarden aan te gaan")
- art. 399 lid 1 onder c (goederenvervoer over zee; wat een af te geven cognossement moet bevatten. Deze bepaling spreekt o.a. over "redelijke gronden" voor vermoedens en een "redelijke gelegenheid" tot toetsen)
- art. 627 (gevaarlijke stoffen aan boord van een zeeschip; "schade waarvan redelijkerwijs niet kan worden aangenomen dat zij veroorzaakt is door gevaarlijke stoffen aan boord van ...")
- art. 898 (goederenvervoer over binnenwateren; zorgplicht schip en materiaal, "zorgvuldig vervoerder")
- art. 901 (idem, navigatiefouten, "zorgvuldig vervoerder")
- art. 913 (goederenvervoer over binnenwateren; "zorgvuldig afzender")
- art. 914 (goederenvervoer over binnenwateren; vernietiging gevaarlijke zaken, "zorgvuldig vervoerder, schadevergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid")
- art. 937 (goederenvervoer over binnenwateren; aanwijzingen van afzender, "voor zover de vervoerder aan deze aanwijzingen redelijkerwijs kan voldoen")
- art. 1030 (goederenvervoer over binnenwateren; gevaarlijke stoffen; "preventieve maatregel: iedere redelijke maatregel ter voorkoming of beperking van schade ..."etc.)
- art. 1098 (goederenvervoer over de weg; overmacht; "een zorgvuldig vervoerder")
- art. 1109 (goederenvervoer over de weg; opzegging door afzender als geen voertuig ter beschikking wordt gesteld, "redelijke termijn")
- art. 1116 (goederenvervoer over de weg; opzegging overeenkomst bij omstandigheden die voor een partij "redelijkerwijs (...) grond hadden opgeleverd de vervoerovereenkomst niet of op andere

²⁰² Zie ook de opsomming bij Rijken, Redelijkheid en billijkheid (1994) nr. 15.

- voorwaarden aan te gaan". Schadevergoeding "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid")
- art. 1118 (goederenvervoer over de weg; plicht afzender bij gevaarlijke stoffen de gevraagde maatregelen te nemen "wanneer hem dit redelijkerwijs mogelijk is")
 - art. 1133 (goederenvervoer over de weg; opbrengst verkoop van opgeslagen zaken onder aftrek van kosten gemaakt "binnen de grenzen der redelijkheid")
 - art. 1175 (verhuisovereenkomst; overmacht, "een zorgvuldig verhuizer")
 - art. 1210 (goederenvervoer over de weg; gevaarlijke stoffen, "preventieve maatregel: iedere redelijke maatregel ter voorkoming of beperking van schade ..." etc.).

De vervoerovereenkomst is een overeenkomst en daarop is dus het algemene art. 6:248 BW, inclusief de beperkende werking van lid 2, toepasselijk. Althans voorzover rechtstreeks werkende verdragen of wetten (Boek 8 BW) geen specifieke, van art. 6:248 afwijkende regels bevatten.²⁰³

De vraag of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid bij goederenvervoer een rol behoort te spelen, is blijkens de wetsgeschiedenis destijds aan de orde gesteld door de vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede kamer in haar mondeling overleg met de Minister van Justitie over de vraagpunten.²⁰⁴ Ik citeer:

De commissie zegt nog steeds moeite te hebben met het aanvaarden van de mogelijkheid dat dwingend recht (...) opzijgezet wordt door redelijkheid en billijkheid (...); in dit verband (namelijk standaardvoorwaarden, M.) wordt erop gewezen dat bij voorbeeld verschepingsbedingen heilig zijn: als overeengekomen is verscheping in mei, moet niet in juni met een snellere boot die eerder in de haven van bestemming zal zijn, verscheept kunnen worden.

De regeringscommissaris antwoordde hierop:

Men kan in het algemeen wel zeggen, zoals vanuit de commissie terecht naar voren wordt gebracht, dat juist de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat men zich aan overeengekomen termijnen houdt,

²⁰³ Zie bijv. J.G. ter Meer, *Privaatrechtelijke aspecten van de sleep- en duwvaart* (1993) p. 80-81, H. Boonk, *Zeevervoer onder cognossement* (1993) p. 247 en M.A. van de Laarschot, *De verschuldigheid van vracht* (1996), p. 79.

²⁰⁴ Zie Parl. Gesch. Boek 6, *Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, p. 73.

omdat anders de handel in de bedrijfstak niet meer zou functioneren, dit neemt niet weg, dat in een concreet geval op grond van de houding van partijen, zoals die bij voorbeeld uit een briefwisseling blijkt, soms anders geoordeeld moet worden.²⁰⁵

Ik zal thans Nederlandse rechtspraak vermelden waaruit naar voren komt welke rol de redelijkheid en billijkheid, vooral in hun beperkende werking, spelen bij vervoerovereenkomsten waarbij de partijen ondernemers zijn. Om te beginnen drie gevallen uit de lagere rechtspraak waarin deze beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid werd aanvaard.

1. *Hof 's Gravenhage 5 juni 1987, S&S 1988/26 (Bornruff)*

In deze zeevervoerzaak was een bevrachtingsovereenkomst gesloten tussen Speelman's Oliefabrieken BV (bevrachter) en H. Schurink (vervrachter). Speelman was tevens cognossementshouder. De assuradeur van Speelman was "De Zeven Provinciën", blijkbaar krachtens subrogatie (art. 284 W.v.K.) partij in de procedure. Nadat een schade was ontstaan van f 50.000 aan de lading raapzaad, sprak "De Zeven Provinciën" Schurink aan. Deze beriep zich op art. 22 van de toepasselijke Deutkust-condities: "Ansprüche der Parteien aus diesen Verträge müssen sofort geltend gemacht werden. Ein Anspruch verfällt, wenn er nicht innerhalb von 4 Wochen nach Beendigung der Reise seiner Höhe nach der Gegenpartei begründet angedient wird." "De Zeven Provinciën" achtte dit beroep van Schurink op de voorwaarden in strijd met de redelijkheid en billijkheid en vond gehoor bij de Rechtbank. Uit de volgende overwegingen van het Hof blijkt dat Speelman wel een hele sterke zaak had:

Ook het hof is van oordeel dat het hem bevrijdend beroep dat Schurink op deze clause doet, faalt. Hierbij moet vooreerst in aanmerking worden genomen dat de clause betreft een contractueel beding. Vervolgens is van belang dat tijdens de pleidooien in hoger beroep is gebleken dat de wederzijds ter zake van de onderhavige schade ingeschakelde experts hun werkzaamheden eerst in het voorjaar van 1981 hebben afgesloten, derhalve geruime tijd na afloop van de in de clause voorgeschreven termijn van 4 weken. Onder die omstandigheden ligt een niet letterlijke interpretatie van de clause voor de hand, immers niet valt in te zien - en zulks is ook niet betoogd - dat een claim wegens ladingschade "seiner Höhe nach .. begründet" bij de tegenpartij kan worden ingediend wanneer experts hun onderzoek nog niet hebben afgesloten en aan hun betreffende opdrachtgever hebben gerapporteerd.

²⁰⁵ T.a.p., p. 73.

Nu evenzeer vaststaat dat experts met hun werkzaamheden zijn doorgegaan na afloop van de termijn van 4 weken zonder dat van de zijde van Schurink is te kennen gegeven dat op die termijn beroep zou worden gedaan en de werkzaamheden der experts kennelijk zijn voortgezet na die 4 weken, mocht De Zeven Provinciën erop vertrouwen dat Schurink op de clause geen beroep zou doen. Hier komt nog bij dat van de zijde van Schurink is meegedeeld, dat indien uitstel van de termijn zou zijn gevraagd, dat uitstel zonder meer zou zijn gegeven, er van geen enkel materieel verweer tegen de onderhavige ladingclaim is gebleken en ook overigens niet is gebleken van enig redelijk belang van Schurink bij inachtneming van de termijn, welke naar op zichzelf niet is bestreden, uitzonderlijk kort is te noemen in vergelijking met in het zeevervoer gangbare termijnen.

Gezien het voorgaande kan Schurink zich niet te goeder trouw - in overeenstemming met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid - op de clause beroepen, zodat het aangevallen vonnis, zij het op enigszins andere gronden dient te worden bekrachtigd en de grieven verder geen behandeling behoeven.

2. *Hof Amsterdam 14 november 1991, S&S 1993, 29 (M. van Marle BV c. NV Nederlandse Spoorwegen)*

Nadat tussen de Nederlandse Spoorwegen en afzender Romano-Export het vervoer van een zending herenpyama's was overeengekomen, ging de zending door brand in een spoorwegwagon verloren. De AMRO-Bank was als geadresseerde aangewezen, maar de werkelijke belanghebbende was Textraco BV wier schade door assuradeuren, waaronder Van Marle werd betaald. Het door assuradeuren ingeschakelde expertisebureau Staalman stelde de Nederlandse Spoorwegen aansprakelijk. Deze beriep zich echter op verjaring omdat haars inziens de aansprakelijkstelling door Staalman niet als een werkelijke aansprakelijkstelling kon gelden nu daarvoor volgens de CIM (Convention internationale concernant le transport des Marchandises par chemin de fer) vereist werd dat Staalman ten behoeve van de AMRO-Bank opgetreden zou zijn. In tegenstelling tot de Rechtbank nam het Hof aan dat aan dit vereiste was voldaan. Het Hof overwoog verder, o.a. op grond van het argument dat de Nederlandse Spoorwegen geen belang had bij de eis dat de AMRO-Bank haar vorderingsrecht cedeerde aan Textraco BV:

Op zichzelf beklagt Van Marle er zich eveneens terecht over dat de Rb. de meer subsidiaire grondslag van haar vordering heeft verworpen, nl. dat het beroep van de NS op verjaring, uitsluitend gebaseerd op de hoedanigheid van Staalman, indien dat verweer op zichzelf al steek zou

houden, onder de gegeven omstandigheden strijdig is met de redelijkheid en billijkheid.

3. *Rechtbank Leeuwarden 19 december 1991, NJ 1992, 804 (De société anonyme Brasseries Réunies de Luxembourg c. Schroor Transport BV)*

Op 13 maart 1990 kwam Brasseries met Koningsdranken BV overeen aan deze een groot aantal fusten bier te leveren. Ook werd overeengekomen dat Koningsdranken de fusten, waarvan Brasseries eigenares bleef, als zij leeg waren zou retourneren aan Brasseries. In oktober 1990 kwam Koningsdranken met vervoerder Schroor overeen dat deze de lege fusten zou terugbrengen naar Brasseries. Toepasselijk waren de NOB-voorwaarden (Algemene Betalingsvoorwaarden vastgesteld door de Nationale Organisatie van het Beroepsgoederenvervoer Wegtransport). Deze voorwaarden bepaalden o.a.:

De vervoerder is gerechtigd goederen, gelden en documenten – deze laatste in de ruimste zin des woords – terug te houden voor rekening en risico van de opdrachtgever en/of eigenaar tot de opeisbare vorderingen van de vervoerder zijn voldaan (...).

Schroor bracht de lege fusten naar haar bedrijf in Drachten. Zij had op dat moment twee vorderingen op Koningsdranken: één terzake van het vervoer van de fusten naar Brasseries en een die van wat langer geleden dateerde. Schroor weigerde de fusten naar Brasseries te vervoeren als niet eerst genoemde twee vorderingen op Koningsdranken zouden zijn betaald. Daarbij beriep zij zich op haar in de NOB opgenomen retentierecht. Brasseries meende echter dat hierop jegens haar geen beroep kon worden gedaan. Op grond van de omstandigheden van het geval – o.a. het feit dat Brasseries aan Koningsdranken de vrije hand had gelaten met betrekking tot de door Koningsdranken te contracteren vervoerder – kwam de Rechtbank tot de conclusie:

dat Brasseries een contractueel bedongen retentierecht, dat deel uitmaakt van de hierboven onder b weergegeven vervoersovereenkomst (betreffende de lege fusten, *M.*), in beginsel zal moeten respecteren. Het is echter naar het oordeel van de rechtbank in strijd met de redelijkheid en billijkheid dat een dergelijk retentierecht zou gelden voor andere vorderingen dan die welke voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding, in casu de hierboven onder b weergegeven vervoersovereenkomst.

Voorbeelden van gevallen in de rechtspraak waarin het criterium van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid wel werd aangelegd, maar tevens werd geconcludeerd dat daaraan (nog) niet was voldaan, zijn, in chronologische volgorde:

- Hof Amsterdam 21 februari 1985, S&S 1985, 136 (wegvervoer)
- Hof 's Gravenhage 22 november 1985 en 26 juni 1987, S&S 1988, 7 (weg- en zeevervoer)
- HR 24 april 1992, NJ 1992, 688 (Thai Airways, luchtvervoer), zie ook hieronder
- HR 31 december 1993, NJ 1995, 389 (Serra, werkzaamheden aan schip), zie ook hieronder
- HR 4 november 1994, NJ 1996, 534 (Van der Vis, zeevisserij), met noot Claringbould, zie ook hieronder
- Hof Amsterdam 3 oktober 1996, S&S 1998, 1 (zeevervoer)
- HR 21 maart 1997, S&S 1997, 104 (expediteur)
- Rb. Rotterdam 24 april 1997, S&S 1998, 22 (binnenvaartvervoer)
- Rb. Rotterdam 9 oktober 1997, S&S 1998, 60 (olieleverantie aan tijdbevrachter)

Ik zal nu nader ingaan op enige arresten van de Hoge Raad die in de literatuur aanleiding hebben gegeven tot commentaar op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (mede) in het vervoerrecht.

1. *HR 31 december 1993, NJ 1995, 389 met noot CJHB (Serra)*

In 1988 kwamen Matatag Shipping Corporation en B.V. Koninklijke Maatschappij "De Schelde" overeen dat De Schelde een aantal werkzaamheden aan het motorschip Serra zou uitvoeren. Op deze overeenkomst waren de Cebosinevoorwaarden van toepassing. Voor een deel van de werkzaamheden schakelde De Schelde een onderaannemer in: SKS Piping. Deze laatste werkzaamheden werden niet goed uitgevoerd en als gevolg daarvan is lekkage opgetreden die ladingschade heeft veroorzaakt. Matatag vroeg vergoeding van deze schade aan De Schelde. Deze deed echter een beroep op in de Cebosinevoorwaarden opgenomen exonerationclausules o.a. inhoudend dat zij niet gehouden was tot vergoeding van "gevolgschade" door slecht vakmanschap van onderaannemers. Matatag achtte dit beroep van De Schelde in strijd met de redelijkheid en billijkheid. De Rechtbank onderschreef dit oordeel, het Hof niet. De Hoge Raad overwoog:

Het gaat hier om een overeenkomst tussen twee bedrijven - te weten een rederij en een werf - die behoren tot bedrijfstakken die regelmatig

met elkaar te doen hebben en waarin standaardisering van overeenkomsten door algemene voorwaarden met exonerationen een alledaags verschijnsel is, zoals ook uitkomt in de door het hof (...) vermelde stelling van Matatag c.s. dat alle Nederlandse werven zich op algemene voorwaarden als die van Cebosine plegen te beroepen (...)

Deze feiten en omstandigheden kunnen, naar het hof terecht heeft geoordeeld, niet de conclusie dragen dat het beroep van De Schelde op de Cebosinevoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn en daarom in strijd zou komen met de goede trouw. In dit verband is in het bijzonder van belang dat niet is komen vast te staan – en door het middel dan ook niet wordt aangevoerd – dat de bedrijfsleiding van De Schelde zelf in haar taak is tekort geschoten. Bij een overeenkomst van de onderhavige aard, gesloten tussen bedrijven als hiervoor aangeduid, kan immers niet gezegd worden dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in de toepasselijke algemene voorwaarden aansprakelijkheid ook voor ernstige fouten van te werk gestelde personen die niet tot de bedrijfsleiding behoren, geheel of ten dele uit te sluiten en ingeval van schade als hier geleden op deze uitsluiting dan ook een beroep te doen. De in het middel in dit verband gereleveerde omstandigheden doen daaraan niet af.

In zijn noot zegt Brunner terecht dat deze uitspraak past in het systeem, dat, althans in beginsel zou ik zeggen,²⁰⁶ immers geldig acht de uitsluiting van aansprakelijkheid ook voor opzet en grove schuld van ondergeschikten. Daarop laat hij echter onmiddellijk volgen: "A fortiori is dan uitsluiting van aansprakelijkheid voor fouten van ondergeschikten geldig en kan daarop steeds een beroep worden gedaan, zolang het maar om fouten van ondergeschikten en niet om fouten van de contractspartij zelf gaat." Dit "steeds" gaat mij te ver. De contractspartij kan bijv. zijn recht zich op de desbetreffende exonerationen te beroepen, hebben verwerkt. Het "steeds" kan ook niet op de uitspraak van de Hoge Raad worden gebaseerd. Het college geeft als regel dat niet gezegd kan worden dat een exoneration als hier aan de orde in het algemeen in strijd is met art. 6:248 lid 2 BW. De Hoge Raad zegt niet dat uitzonderingen op deze algemene regel – gevallen dus waarin wél een beroep op art. 6:248 lid 2 BW zou kunnen worden gedaan – uitgesloten zijn.²⁰⁷

²⁰⁶ Zie ook HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 met noot G.J.S. (Pseudovogelpest), Asser-Hartkamp 4, I (1996), nr. 343 en Van Dunné, Verbintenissenrecht, Contractenrecht (1997), p. 396.

²⁰⁷ De tegenstelling die Tjittes in zijn diss. (1994) p. 237 maakt tussen het Serra-arrest en HR 7 mei 1982, NJ 1983, 525 m.nt. CJHB (DeltaKabel c. Heidemij) – niet, resp. wél

2. *HR 24 april 1992, NJ 1992, 688 met noot JCS (Thai Airways)*

Van Gend en Loos Schiphol NV heeft als expediteur op naam en voor rekening van Nieuw-Dalland BV een vervoerovereenkomst met Thai Airways gesloten betreffende twee zendingen van in totaal 135 levende varkens. Tijdens het vervoer zijn 82 varkens gestorven. Verzekeraar Nieuw Rotterdam keerde een schadevergoeding van f 83.059 uit. De overige assuradeuren en de geadresseerde cedeerden hun vorderingen op Thai Airways aan Nieuw Rotterdam. Het gaat in casu om de uitleg van art. 26 lid 2 en lid 4 van het Verdrag van Warschau, zoals gewijzigd bij het Protocol van 's Gravenhage van 28 september 1955. Art. 26 lid 2 zegt:

In geval van beschadiging moet de geadresseerde protest doen aan de vervoerder onmiddellijk na ontdekking van de beschadiging en uiterlijk binnen een termijn van zeven dagen voor de bagage en veertien dagen voor de goederen, te rekenen van de aanneming (...)

Art. 26 lid 4 luidt:

Bij gebrek van protest binnen de voorgeschreven termijnen, is elke rechtsovereenkomst tegen den vervoerder niet ontvankelijk, tenzij in geval van bedrog van dezen.

Thai Airways beriep zich op de niet-ontvankelijkheid van Nieuw Rotterdam omdat de geadresseerde niet binnen de vermelde termijn van 14 dagen na ontvangst van de zendingen varkens bij Thai Airways had geprotesteerd. Het Hof achtte de stelling van Nieuw Rotterdam dat het beroep door Thai Airways op art. 26 in strijd met de redelijkheid en billijkheid was, onvoldoende gemotiveerd. De Hoge Raad liet dit oordeel van het Hof in het midden en overwoog in overeenstemming met de Conclusie van A.-G. Strikwerda:

Art. 26 lid 4 van het Verdrag kent slechts één uitzondering op de gehou- denheid van de geadresseerde tot het doen van protest, te weten het geval van door de vervoerder gepleegd bedrog ("fraude"). In het stelsel van art. 26 is geen plaats voor uit regels van nationaal recht af te leiden uitzonderingen. Het hof heeft het beroep van Nieuw Rotterdam op strijd met de goede trouw dan ook terecht verworpen, wat er zij van de door het hof gebezigde gronden.

bescherming van de deskundige ondernemer als wederpartij – is daarom te ongenuan- ceerd.

Het zou onjuist zijn hier een al te scherpe scheiding aan te brengen tussen enerzijds gevallen van flagrante strijd met redelijkheid en billijkheid en anderzijds bedrog. In zijn instructieve Conclusie heeft A.-G. Strikwerda er op gewezen dat de vraag wat hier onder "bedrog" verstaan dient te worden, is overgelaten aan het toepasselijke nationale rechtssysteem. Door Haak²⁰⁸ worden de geciteerde woorden van de Hoge Raad als volgt samengevat:

Korter en bondiger kan het niet: een internationaal verdrag kan niet worden doorkruist door een leerstuk van nationale snit van de beperkende werking van de goede trouw.

Haak heeft gelijk dat de inhoud van een verdrag grenzen kan stellen aan de Nederlandse beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Maar de hierboven vermelde relativerende opmerking van Strikwerda moet niet worden veronachtzaamd.

3. *HR 4 november 1994, NJ 1996, 534, met noot Claringbould (Van der Vis)*

P.A. van der Vis was op 23 februari 1989 eigenaar en kapitein van het Nederlandse zeevissersschip "Vertrouwen". Hij voer toen samen met zes anderen, onder wie zijn neef L. van der Vis, als opvarenden onder een maatschapovereenkomst aan boord van het schip. Op die dag liep L. van der Vis ernstig letsel aan zijn hand op waarvoor P.A. van der Vis aansprakelijk was. Deze verzocht de Rechtbank op de voet van art. 740a (oud) WvK. het bedrag te bepalen waartoe zijn aansprakelijkheid was beperkt. L. van der Vis verweerde zich o.a. met de stelling dat het beroep op de wettelijke aansprakelijkheidsbeperking in strijd was met de redelijkheid en billijkheid. Het Hof bekrachtigde het oordeel van de Rechtbank en stelde L. van der Vis in het ongelijk. De Hoge Raad overwoog:

In rov. 5.2 heeft het Hof geoordeeld dat slechts onder zeer bijzondere omstandigheden een beroep op een wettelijke regeling die specifiek is geschreven voor een beperking van de aansprakelijkheid, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan worden geacht. Aldus heeft het Hof een – ook volgens het vóór 1 januari 1992 geldende recht – juiste maatstaf gehanteerd (...).

²⁰⁸ Redelijkheid en billijkheid in het handelsrecht, opgenomen in de bundel *Recht in bedrijf* (1997), p. 111.

In zijn noot onder het arrest is Claringbould van mening dat de Hoge Raad aandacht had moeten schenken aan de verdragen waarop het Nederlandse recht terzake gebaseerd was respectievelijk is. Onder verwijzing naar het hiervoor reeds besproken arrest *Thai Airways* schrijft hij:

Zowel het Verdrag 1957 en de daarop gebaseerde wettelijke regeling (artt. 740-740d (oud) K.) als het Verdrag 1976 (rechtstreekse werking!) leggen op niet voor tweeërlei uitleg vatbare wijze vast wanneer wel en wanneer geen beroep op beperking van aansprakelijkheid toegelaten is. Bij een dergelijke internationaal aanvaarde regeling is geen plaats voor uit nationaal recht af te leiden uitzonderingen die gebaseerd zijn op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW). (..) Redelijkheid en billijkheid horen niet thuis bij de "natte" beperking van aansprakelijkheid.

Inderdaad kunnen verdragen direct of indirect beperkingen aanbrengen op de Nederlandse derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Claringboulds zojuist geciteerde slotzin gaat mij echter iets te ver. De bij verdrag overeengekomen gevallen waarin geen beroep op beperking van aansprakelijkheid is toegelaten zullen dikwijls berusten op overwegingen van redelijkheid en billijkheid. En in schrijnende gevallen van onredelijkheid en onbillijkheid zullen rechters terecht onderzoeken of – desnoods met enig wringen – die gevallen niet toch onder de verdragscriteria te brengen zijn.

3.4 *Verzekeringsrecht*

Ook op de verzekeringsovereenkomst is het algemene art. 6:248 BW (zie ook art. 6:2 BW), inclusief de beperkende werking van lid 2, toepasselijk. Althans voor zover rechtstreeks werkende verdragen of wetten geen specifieke, van art. 6:248 afwijkende regels bevatten. De merendeels nog van 1838 daterende verzekeringsartikelen van het Wetboek van Koophandel bevatten nauwelijks open normen als "redelijk" en "billijk". Het Regeringsontwerp betreffende de titels 7.17 (verzekering) en 7.18 (lijfrente) BW uit 1986 kent wel enige bepalingen die dergelijke normen bevatten. Zie bijv. art. 7.17.1.12a: bij tussentijdse opzegging wordt de lopende premie "naar billijkheid verminderd" en art. 7.17.2.18: verplichting voor verzekerde en verzekeringnemer "binnen redelijke grenzen alle maatregelen te nemen, die tot voorkoming of vermindering van schade kunnen leiden".

Thans volgen enige voorbeelden van arresten van de Hoge Raad waarin de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is aanvaard. In het eerste te bespreken geval (OTOS) was de wederpartij van de verzekeraar geen ondernemer. Ik heb het arrest toch vermeld omdat het daarin gebezigde valkuil-argument ook van belang kan zijn voor ondernemers-verzekerden en het verschil ondernemer-particulier in het arrest geen enkele zichtbare rol speelt.

1. *HR 20 april 1990, NJ 1990, 526 (OTOS UA c. Jan Jonkman)*

Na het overlijden van Jonkman Sr. bleef zijn woning onbewoond, maar nog wel gemeubileerd en als woning ingericht. Anderhalf jaar na dat overlijden liep het huis waterschade op ten bedrage van f 14.081. Er liep een verzekering bij OTOS die o.a. dekking bood tegen schade door water. OTOS weigerde uitkering o.a. op de grond dat de in de polis opgenomen vervaltermijn was overschreden. Rechtbank en Hof verwierpen dit verweer van de verzekeraar. Het Hof overwoog o.a. dat een vervaltermijnclausule als de onderhavige kan leiden tot een wezenlijke beperking van de rechten welke de verzekerde zonder die clausule zou kunnen ontlenen aan de verzekering waarvoor hij premie heeft betaald en vervolgde:

Gelet daarop, kan een verzekeraar, die zijn standpunt heeft bepaald zonder dat van de verzekerde te kennen en die vervolgens een prompte reactie van die verzekerde zo lang onbeantwoord laat dat inmiddels de bedoelde termijn is verstreken, zich niet te goeder trouw op het verstrekken zijn van die termijn beroepen. De desbetreffende termijn wordt dan nl. gehanteerd als een valkuil voor de verzekerde en niet ter bescherming van een redelijk belang van de verzekeraar.

De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep, o.a. overwegend:

Ook onderdeel 3 faalt. Het miskent dat iedere tussen pp. als gevolg van een overeenkomst geldende regel, dus ook een vervaltermijnclausule, niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. 's Hofs in r.o. 2.2 besloten liggende oordeel dat OTOS zich niet te goeder trouw kan beroepen op de vervaltermijnclausule, gelet op de in die overweging vermelde omstandigheden (...) geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en behoefde geen nadere motivering.

2. *HR 15 februari 1991, NJ 1991, 358 (H.J. Roelofs Assuradeuren BV e.a. tegen J.W. van Soest & Zonen CV)*

Van Soest, exploitant van koel- en vrieshuizen, had in 1984 een expediteersaansprakelijkheidsverzekering bij verzekeraars lopen. In mei en juni 1984 nam Van Soest verschillende partijen rabarber ter invriezing en opslag aan. Op 28 juni 1984 bleek dat een deel van de rabarber niet bevroren was en onderhevig aan bederf. Opdrachtgever De Leeuw leed hierdoor een schade van f 406.058. In december 1984 betaalde Van Soest dit schadebedrag aan De Leeuw. Van Soest was namelijk van mening dat de schade door haar toedoen was ontstaan omdat de rabarber foutief was gestuwd. Assuradeuren bestreden echter dat de oorzaak van de schade in het foutief stuwen van de rabarber was gelegen. Bovendien beriepen zij zich op niet-ontvankelijkheid van Van Soest in haar vorderingen nu deze aansprakelijkheid had erkend in strijd met een beursgebruik inhoudende dat een aansprakelijkheid als de onderhavige uitsluitend in een procedure tussen de benadeelde en de verzekerde kon worden vastgesteld. Het Hof verwierp dit beroep op niet-ontvankelijkheid omdat niet kon worden gezegd dat de processuele positie van assuradeuren zo ernstig was benadeeld door de gewraakte erkenning en betaling dat hun beroep op dat beursgebruik gerechtvaardigd zou zijn. De Hoge Raad overwoog o.a.:

's Hof's oordeel komt erop neer dat in het onderhavige geval het beroep van assuradeuren op het eerdergenoemde beursgebruik naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot een onaanvaardbaar resultaat zou leiden en daarom moet worden verworpen. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan voor het overige in cassatie niet op zijn juistheid worden getoetst, omdat het is gebaseerd op 's hofs waardering van de feiten.

3. *HR 12 april 1991, NJ 1991, 433 (Ennia Caribe NV c. Bonofacio Construction Company NV)*

Verweerster in cassatie Boncoco had in verband met de door haar voor het Eilandgebied Curaçao in 1985 te verrichten werkzaamheden met Ennia een CAR-verzekering gesloten. De polis hield o.a. in dat de verzekeraar niet aansprakelijk was als verzekerde zou gaan boren zonder zich tevoren schriftelijk door de betrokken overheidsinstantie in kennis te hebben laten stellen van de exacte ligging van kabels of pijpleidingen. Bij de uitvoering van de door Boncoco bij Ennia verzekerde werkzaamheden is een ondergrondse hoogspanningskabel beschadigd. Ennia weigerde echter betaling met een beroep op de zojuist weergegeven polisbepaling. Het Hof verwierp

dit verweer omdat, al zou Boncoco zijn gaan graven zonder te beschikken over de vereiste gegevens, daaruit de schade niet was voortgevloeid. Toen de schade ontstond, beschikte Boncoco inmiddels namelijk wél over deze gegevens. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep met o.a. de volgende overweging:

Dit (namelijk het genoemde standpunt van het Hof, *M.*) moet aldus worden begrepen dat het Hof heeft geoordeeld dat een beroep op de voormelde clausule in de gegeven omstandigheden, waaronder ook de formulering van de voormelde clausule, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

4. *HR 19 juni 1992, NJ 1992, 691 (v.o.f. A.C. Fraser & Co. c. Peha Vastgoed BV)*

Peha sloot als verzekeringnemer met Fraser en andere verzekeraars een "ongedekte belangen" verzekering ingaande 1 januari 1985. Deze strekte ertoe dat door verzekeraars een suppletie van 20% werd verstrekt op de door de brandverzekeraar van Peha uit te keren schadepenningen. Op 3 april 1985 is door brand schade aan de verzekerde opstallen toegebracht. Art. 5 van de polis van de "ongedekte belangen" verzekering bepaalde o.a.: "Alle aanspraak op schadevergoeding vervalt, wanneer niet binnen zes maanden nadat een brand heeft plaatsgevonden een rechtsvordering wordt ingesteld." Fraser weigerde uitkering met een beroep op deze bepaling, maar het Hof oordeelde dat Fraser haar recht zich hierop te beroepen had verwerkt. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep en overwoog o.a.:

Het hof heeft in dit verband kennelijk zwaar laten wegen dat Fraser zonder over de termijn te reppen na het verstrijken daarvan met Peha heeft onderhandeld over het uit hoofde van de verzekering door haar verschuldigde bedrag; dat zij na dit onderhandelen het grootste deel van dat bedrag betaalbaar heeft gesteld; en dat zij pas nadien, in verband met haar weigering om het restant betaalbaar te stellen, voor het eerst een beroep op de termijn heeft gedaan. Daarnaast heeft het hof betekenis toegekend aan het karakter van de termijn, die liep vanaf de brand, maar een verzekering betrof die meebracht dat Peha geen schadevergoeding van Fraser behoefde te verwachten vóór de regeling van de schade door de brandassuradeuren.

Ook deze argumentatie berust, net als die in de OTOS-zaak, op rechtsverwerking, al waren de feiten waarop deze rechtsverwerking werd gebaseerd verschillend.

5. *HR 19 mei 1995, NJ 1995, 498 (Modalfa Vastgoed BV c. Schermer Assuradeuren BV)*

In dit geval ging het om de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ten opzichte van een toepasselijke wettelijke regel: art. 293 W.v.K. Modalfa had bij Schermer en andere verzekeraars enige opstallen tegen brand verzekerd. In het polisblad van 20 mei 1985 was opgenomen dat een gedeelte van de gebouwen tijdelijk leeg stond. Op 1 augustus 1986 is in het leegstaande gedeelte van de opstallen een kunststofrecyclingsbedrijf gevestigd. Daarvan is geen mededeling gedaan aan verzekeraars. Op 26 oktober 1988 liepen de verzekerde opstallen door brand een schade op van f 326.760. Aangesproken voor haar aandeel weigerde Schermer te betalen. Zij meende dat haar verplichting uit de verzekering door de verandering in de bestemming van het verzekerde gebouw van leegstaand naar kunststof-recyclingsbedrijf op grond van art. 293 WvK (risicoverzwaring) was opgehouden. Rechtbank en Hof stelden Modalfa in het ongelijk. In zijn arrest noemt de Hoge Raad enige mijns inziens zeer sterke voorbeelden van gevallen waarin de redelijkheid en billijkheid aan een beroep op de wettelijke regel van 293 WvK in de weg staan. Deze voorbeelden, door mij hierna gecursiveerd, zijn ook daarom interessant omdat zij zich voor veel ruimere toepassing lenen. De Hoge Raad overwoog:

Op zichzelf terecht neemt het onderdeel tot uitgangspunt dat zich bijzondere omstandigheden kunnen voordoen, die tot gevolg hebben dat aan de verzekeraar ondanks een wijziging van de bestemming als eerder bedoeld, geen beroep op art. 293 openstaat. Daarbij valt, zoals ook het onderdeel aanvoert, te denken aan *het geval waarin de bestemmingswijziging ongedaan is gemaakt voordat het risico zich heeft verwezenlijkt*. Voorts kan worden gedacht aan het geval waarin onvoldoende verband bestaat tussen de bestemmingswijziging en het risico zoals zich dat heeft verwezenlijkt. Bovendien kan een beroep op art. 293 falen *ingeval de verzekeraar, na van de bestemmingswijziging op de hoogte te zijn gebracht of geraakt, de verzekeringsovereenkomst ongewijzigd continueert*.

6. *HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683, met noot MMM (Kroymans c. Sun Alliance Verzekering N.V.)*

In 1984 verzekerde Romatos International BV een haar toebehorende bedrijfshal tegen brand. In de polis (van de rechtsvoorgangster van Sun Alliance) was o.a. de volgende bepaling opgenomen:

Alle recht op schadevergoeding is vervallen indien niet binnen 6 maanden, nadat de betaling der schadevergoeding door de maatschappij is geweigerd, een rechtsvordering is ingesteld.

Op 20 augustus 1987 is de bedrijfshal door brand volledig verwoest. Op 30 oktober 1987 verkreeg Kroymans door koop en levering de eigendom van de uitgebrande bedrijfshal. Hij zal dus waarschijnlijk een ondernemer en geen particulier zijn geweest. De verzekeraar weigerde uitkering, o.a. met een beroep op het verstreken zijn van de in de polis genoemde vervaltermijn van 6 maanden. Rechtbank en Hof aanvaardden dit verweer als juist. Kroymans' stelling dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was dat hij door Sun Alliance werd gehouden aan de vervaltermijn van zes maanden, werd verworpen.

In cassatie had Kroymans met dit betoog echter wel succes. De Hoge Raad verwees naar art. 3:12 BW ("de in Nederland levende rechtsovertuigingen" waarmee rekening moet worden gehouden bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen) en met name op de rechtsovertuiging zoals die tot uitdrukking komt in uitspraken van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf (thans geheten: Raad van Toezicht Verzekeringen). Letterlijk overwoog de Hoge Raad:

Blijkens hetgeen onder 8.2. in de conclusie van het Openbaar Ministerie wordt weergegeven, stelt die Raad zich op het standpunt dat, ongeacht of de begunstigde door een advocaat werd bijgestaan, een beroep op een in de verzekeringsvoorwaarden voorkomend beding waarin de termijn waarbinnen de begunstigde zijn recht geldend moet maken, wordt verkort tot zes maanden, uit een oogpunt van handhaving van de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf niet kan worden aanvaard, indien de verzekeraar bij de weigering van betaling niet op niet mis te verstane wijze heeft meegedeeld dat hij een beroep op het vervallen van de aanspraak van de begunstigde zal doen indien de vordering niet binnen de genoemde termijn voor de bevoegde rechter aanhangig is gemaakt (...)

Het vorenoverwogene leidt tot de slotsom dat, anders dan het Hof heeft geoordeeld, het door Sun Alliance jegens Kroymans gedane beroep op de bij (...) van de polisvoorwaarden gestelde vervaltermijn van zes maanden onder de omstandigheden van het geval, daaronder begrepen het feit dat Kroymans ten tijde waarop die termijn een aanvang nam, door een advocaat werd bijgestaan, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Ook op het gebied van verzekering geef ik – chronologisch – thans enige voorbeelden van rechterlijke uitspraken in gevallen waarin ondernemers tegenover elkaar stonden en waarin het criterium van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid althans werd gesteld, al werd niet geoordeeld dat eraan was voldaan:

1. HR 22 mei 1992, NJ 1993, 381, met noot MMM (J. van der Graaf en Modehuis "La Comtesse" B.V. c. Nieuw Rotterdam Schade N.V.)
2. HR 11 september 1992, NJ 1993, 754, met noot MMM (K. c. Avero Schade U.A.)
3. HR 29 januari 1993, NJ 1994, 152, met noot MMM (Tulleners van Buren C.V. e.a. tegen J.W. Nijholt BV)
4. HR 12 september 1997, NJ 1998, 382, met noot MMM (Confood Diepvries BV c. Zürich Versicherungsgesellschaft)
5. HR 15 januari 1999, NJ 1999, 242 (Mastum Dakbedekkingen Amsterdam B.V. c. Nationale-Nederlanden Schadeverzekering Maatschappij N.V.)

In enige arresten heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de vraag of bij de uitleg van een overeenkomst tussen enerzijds een verzekeraar en anderzijds een ondernemer-verzekerde of bij de uitleg van een aan deze voorgelegde vragenlijst de letterlijke tekst doorslaggevend is. Deze vraag wordt ontkennend beantwoord, hetgeen gelet op het "moeder-arrest" Haviltex²⁰⁹ geen verrassing is. Ik geef drie citaten:

In de bestreden overweging heeft het hof terecht vooropgesteld dat het bij de uitlegging van een beding als het onderhavige gaat om het achterhalen van zin en strekking van het beding en dat daarbij de letterlijke tekst niet doorslaggevend is.²¹⁰

Bij de beoordeling van deze stelling moet in de eerste plaats ervan worden uitgegaan dat een verzekeringnemer een hem door de verzekeraar voorgelegde vraag mag opvatten naar de zin die de verzekeringnemer daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mag toekennen.²¹¹

De Hoge Raad gaf in de volgende bewoordingen het standpunt van het Hof weer en verenigde zich ermee (cursivering van mij):

²⁰⁹ HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635, m.nt. CJHB.

²¹⁰ HR 11 november 1988, NJ 1990, 440 (Amsterdam-Rotterdam Bank NV e.a. tegen Nederlandsche Credietverzekering Maatschappij NV)

²¹¹ HR 13 september 1996, NJ 1997, 637 (Nationale-Nederlanden Schadeverzekering Maatschappij BV c. P BV).

dat een beroep op de voormelde clause in de gegeven omstandigheden, waaronder ook de formulering van de voormelde clause, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.²¹²

3.5 Industriële en intellectuele eigendom

In het navolgende zal ik aandacht besteden aan het octrooirecht, het merkenrecht, het handelsnaamrecht, het recht inzake tekeningen of modellen en het auteursrecht. Ik maak twee algemene opmerkingen vooraf. De eerste is dat op al deze gebieden de licentieovereenkomst voorkomt. Bij deze overeenkomst verleent de rechthebbende, bijv. de octrooihouder, aan de wederpartij het recht handelingen te verrichten die volgens de wet alleen de rechthebbende vrijstaan. Op deze licentieovereenkomsten is het reeds vele malen genoemde art. 6:248 BW,²¹³ inclusief de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van lid 2, toepasselijk. De tweede opmerking is deze. Het kort geding is een ter handhaving van industriële eigendomsrechten veel gebruikt middel. Het is dus speciaal voor dit rechtsgebied van belang dat de kort geding-rechter ook als hij bepaalde handelingen in strijd met de wet of anderszins onrechtmatig oordeelt, niet zonder meer verplicht is die gedragingen te verbieden: HR 15 december 1995, NJ 1996, 509 met noot DWFV (luiers). Er blijft enige ruimte voor belangenafweging.

Misbruik van machtspositie die de tussenstaatse handel ongunstig beïnvloedt (art. 82 (ex 86) EG-verdrag) zal ik buiten beschouwing laten.²¹⁴

a. Octrooirecht

De Rijksoctrooiwet 1995 bevat een aantal artikelen die open normen als "redelijk", "billijk" en het tegengaan van "misbruik" behelzen. Ik geef enige voorbeelden:

- art. 5: een eerdere openbaarmaking van de uitvinding is niet nieuwheidsschadend als die openbaarmaking "kennelijk misbruik" oplevert jegens de aanvrager van het octrooi

²¹² HR 12 april 1991, NJ 1991, 433 (Ennia Caribe NV c. Bonofacio Construction Company NV).

²¹³ Zie bijv. Pres. Rb. 's-Gravenhage 27 juli 1993, BIE 98/34 (straatsteenreiniger).

²¹⁴ Zie het lemma "misbruik van machtspositie" bij Dorhout Mees-Van Nieuwenhoven Helbach (1989) en Hof Arnhem 5 augustus 1997, BIE 1999/119 (KPN).

- art. 50: de terugwerkende kracht van de herroeping van een Europees octrooi tijdens een oppositieprocedure heeft geen invloed op "b. een voor de herroeping gesloten overeenkomst, voor zover deze voor de herroeping is uitgevoerd; uit billijkheidsoverwegingen kan echter terugbetaling worden geëist van op grond van deze overeenkomst betaalde bedragen, en wel in de mate als door de omstandigheden gerechtvaardigd is"
- art. 70: het is mogelijk dat de inbreukmaker wordt veroordeeld de door de inbreuk genoten winst af te dragen; de rechter kan evenwel van oordeel zijn "dat de omstandigheden van het geval tot zulk een veroordeling geen aanleiding geven"
- art. 71: de octrooihouder kan "een redelijke vergoeding" vorderen van hem die in het tijdvak tussen de inschrijving van de aanvraag en de verlening van octrooi op die aanvraag handelingen heeft verricht als vermeld in art. 53 lid 1 Rijksoctrooiwet
- art. 72: dit bevat voor een Europees octrooi dezelfde regeling als art. 71 voor een Nederlands octrooi
- art. 73: de octrooihouder kan optreden tegen hem die middelen verschaft voor de toepassing van de geoctrooieerde uitvinding mits deze indirecte inbreukmaker "weet dan wel het gezien de omstandigheden duidelijk is, dat die middelen voor die toepassing geschikt en bestemd zijn"
- art. 75: de terugwerkende kracht van de nietigheid van een octrooi heeft geen invloed op: "b. een voor de vernietiging gesloten overeenkomst, voor zover deze voor de vernietiging is uitgevoerd; uit billijkheidsoverwegingen kan echter terugbetaling worden geëist van op grond van deze overeenkomst betaalde bedragen in de mate als door de omstandigheden gerechtvaardigd is"

De in het kader van dit preadvies belangrijkste octrooirechtelijke vraag die in de rechtspraak is beantwoord lijkt mij deze te zijn: moet in het belang van de rechtszekerheid de volle nadruk vallen op de grammaticale uitleg van het octrooischrift? In het arrest HR 13 januari 1995, NJ 1995, 391, met noot DWFV (Ciba Geigy AG c. Oté Optics B.V.) nam de Hoge Raad – zoals al eerder – het interpretatief protocol behorend bij art. 69 lid 1 van het Europees Octrooioverdrag tot uitgangspunt. De eerste twee zinnen van dit protocol maken duidelijk tussen welke Scylla en Charybdis hier doorgevaren dient te worden:

Article 69 should not be interpreted in the sense that the extent of the protection conferred by a European patent is to be understood as that defined by the strict, literal meaning of the wording used in the claims,

the description and drawings being employed only for the purpose of resolving an ambiguity found in the claims. Neither should it be interpreted in the sense that the claims serve only as a guideline and that the actual protection conferred may extend to what, from a consideration of the description and drawings by a person skilled in the art, the patentee has contemplated.

De Hoge Raad vat dit samen met de vraag: wat is wezenlijk voor de uitvinding, wat is de achter de woorden van de conclusies van het octrooi-schrift liggende uitvindingsgedachte? Hij preciseert een en ander op de volgende manier:

Dit gezichtspunt geeft evenwel nog geen aanwijzingen voor de wijze waarop bij die uitleg het in het protocol bedoelde midden tussen een redelijke bescherming van de octrooihouder en een redelijke rechtszekerheid voor derden kan worden gevonden. De tot uitleg van de conclusies van het octrooi-schrift geroepen rechter zal dan ook tevens moeten beoordelen of het resultaat van zijn onderzoek de rechtszekerheid voor derden voldoende tot haar recht laat komen. Dit laatste gezichtspunt zal een restrictieve, meer bij de bewoordingen van de conclusies aansluitende uitleg kunnen rechtvaardigen in dier voege dat gebrek aan duidelijkheid voor de gemiddelde vakman die de grenzen van de door het octrooi geboden bescherming wil vaststellen, in beginsel ten nadele van de octrooihouder werkt. Bij dit alles moet echter rekening worden gehouden met de aard van het concrete geval, waaronder ook de mate waarin de geoctrooieerde uitvinding vernieuwing heeft gebracht.

In zijn noot onder een arrest uit 1997,²¹⁵ dat hetzelfde spoor volgt als Ciba Geigy c. Oté Optics, zegt Verkade: "Het gaat om het zoeken naar het juiste midden 'op de glijdende schaal tussen wezen en rechtszekerheid', tussen geest en letter."

Een voorbeeld van een geval waarin de eiseres zich niet in redelijkheid op octrooiinbreuk kon beroepen biedt

Rechtbank 's-Gravenhage, 23 februari 1995, BIE 1996/101 (Filtration Limited c. Filtermat Holland BV e.a.), met noot DWFV

In dit geval had eiseres gedaagde aangesteld als exclusief distributeur in de

²¹⁵ HR 5 september 1997, NJ 1999, 410 (Stamicarbon BV c. Dow Chemical (Nederland) BV. Zie ook HR 9 april 1999, NJ 1999, 599 (Epenhuysen Chemie N.V. c. Diversey Corporation).

Benelux van de door eiseres deels onder toepassing van haar octrooien geproduceerde producten (o.a. filters). Nadat gedaagde de overeenkomst had opgezegd, ging zij door met het verkopen van filters die onder de beschermingsomvang van een van eiseresses octrooien vielen. Eiseres sprak haar daarop aan op grond van octrooi-inbreuk. Gedaagde verweerde zich met de stelling dat er geen sprake was van octrooi-inbreuk omdat de filters rechtmatig in het verkeer waren gebracht door levering aan haar (art. 30 lid 4 (oud) ROW). De Rechtbank verwierp dit verweer, weigerde niettemin een verbod ten laste van gedaagde te geven en overwoog:

Hoewel dus geoordeeld moet worden dat strikt genomen sprake is van octrooi-inbreuk zal desalniettemin geen verbod worden gegeven omdat de President van oordeel is dat eiseres zich in casu niet in redelijkheid op die octrooi-inbreuk vermag te beroepen.

Ter zitting is immers gebleken dat gedaagde sub 1 thans nog beschikt over een voorraad van eiseres betrokken zaken ter waarde van - volgens gedaagden - circa US \$ 150.000,00, voldoende voorraad voor een jaar (...). In aanmerking genomen dat gedaagde sub 1 volgens de distributieovereenkomst een voorraad diende aan te houden ter grootte van 30% van de jaarlijkse omzet kan eiseres naar de regels van redelijkheid en billijkheid niet enerzijds bij het eindigen van de overeenkomst weigeren de geleverde zaken tegen factuurprijs terug te nemen en anderzijds gedaagden met een beroep op haar octrooirechten verbieden deze zaken aan derden te verkopen.

Voorbeelden van uitspraken waarin het criterium van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (rechtsverwerking) of misbruik van recht wel werd gesteld, zij het dat geoordeeld werd dat er niet aan was voldaan, zijn

1. President Rb. Haarlem 26 mei 1986, BIE 1986/81 met noot Br. (geen misbruik van recht door octrooihouder)
2. Octrooiraad, Bijzondere Afdeling, 5 september 1995, BIE 1996/43 (geen misbruik van recht door de octrooihouder)
3. Rb. 's-Gravenhage 4 februari 1998, BIE 1999/13 (geen rechtsverwerking door opposant in nietigheidsprocedure).

b. Merkenrecht

Ook de Eenvormige Beneluxwet op de merken bevat bepalingen waarin open normen voorkomen. Ik geef ook hier enige voorbeelden.

- Art. 4: geen recht op een merk wordt verkregen door het te kwader

- trouw verrichte depot, dat wil o.a. zeggen wetende of behorende te weten dat een derde binnen de laatste drie jaren in het Benelux-gebied een overeenstemmend merk voor soortgelijke waren "op normale wijze" heeft gebruikt
- Art. 5: ook bij verval van het merkrecht speelt het normaal gebruik een rol
- Art. 13: tegen welk gebruik van het merk kan de merkhouder zich verzetten? O.a. tegen gebruik (...) zonder geldige reden (...) indien door dat gebruik ongerechtvaardigd voordeel kan worden getrokken ...
- Art. 19: collectieve merken die de geografische herkomst van waren aanduiden geven niet het recht zich te verzetten tegen gebruik van de desbetreffende tekens "in overeenstemming met eerlijke gebruiken in handel en nijverheid"

Thans volgen enige voorbeelden van rechtspraak waaruit blijkt dat de uitoefening van door de Benelux-Merkenwet aan de merkhouder of diens tegenpartij gegeven rechten kan worden verhinderd wanneer de rechter die uitoefening in redelijkheid onjuist acht, of onbehoorlijk.

1. *Benelux-Gerechtshof 1 maart 1975, NJ 1975, 472, met noot L.W.H. (Colgate-Palmolive BV c. N.V. Koninklijke Distilleerderijen Erven Lucas Bols)*

Lucas Bols was rechthebbende op het merk "Claeryn" voor jenever en maakte bezwaar tegen het gebruik door Colgate van het merk "Klarein" voor een allesreiniger. Lucas Bols vorderde in rechte een verbod van inbreuk op haar merk. Colgate verweerde zich o.a. met de stelling dat zij een geldige reden in de zin van art. 13 sub A van de Eenvormige Beneluxwet op de warenmerken had om het teken "Klarein" te gebruiken, zodat hier van merkinbreuk geen sprake was. Ongetwijfeld tot verdriet van Colgate legde het Benelux-Gerechtshof voor de aanwezigheid van een geldige reden een streng criterium aan:

dat toch het karakter van het recht op een individueel merk als een "uitsluitend recht" en de beschermingsomvang, welke daaraan in art. 13 van de wet is gegeven, meebrengen dat de houder van het merk er zich - als regel - tegen kan verzetten, dat in het economisch verkeer door een ander van dat merk of een overeenstemmend teken gebruik wordt gemaakt onder zodanige omstandigheden dat daardoor aan de merkhouder schade kan worden toegebracht en dat dit slechts anders is, indien zulk een gebruik kan worden gerechtvaardigd door bijzondere

omstandigheden, welke daaraan het in beginsel onrechtmatige karakter ontnemen;

dat daartoe in het algemeen de eis moet worden gesteld dat er voor de gebruiker van dat teken een zodanige noodzaak bestaat juist dat teken te gebruiken, dat het van hem in redelijkheid niet kan worden gevergd dat hij zich, niettegenstaande de door dat gebruik aan de merkhouder toegebrachte schade, van dat gebruik onthoudt, dan wel dat de gebruiker een eigen recht heeft om dat teken te gebruiken en dat recht voor de toepassing van art. 13, onder A, eerste lid, sub 2, van de wet voor dat van de merkhouder niet behoeft te wijken;

Op deze overweging uit het Claeryn-arrest werd door de Hoge Raad bijv. teruggegrepen in zijn arrest van 20 januari 1989, NJ 1989, 375 (Tanderil II).

2. *Benelux-Gerechtshof 27 januari 1981, NJ 1981, 333 met noot L.W.H. (Turmac Tobacco Company BV c. R.J. Reynolds Tobacco Company Inc. e.a.)*

In 1963 was Turmac in Nederland rechthebbende op het merk Whiston voor sigaretten, Reynolds in een aantal andere landen rechthebbende op het merk Winston, eveneens voor sigaretten. Op verzoek van Turmac verklaarde de Haagse Rechtbank de inschrijving van het merk Winston in Nederland ten name van Reynolds nietig wegens overeenstemming in hoofdzaak tussen Winston en Whiston. Vervolgens sloten Turmac en Reynolds in 1965 een overeenkomst waarbij Reynolds in Nederland wat betreft haar merk Winston in belangrijke mate de vrije hand werd gelaten. In 1971 schreef Turmac bij het Benelux-Merkenbureau het merk Whiston in voor sigaretten, verwijzend naar haar eerder gebruik. In april 1977 stelde Reynolds dat zij niet meer gebonden was aan de overeenkomst met Turmac, o.a. omdat het recht van Turmac op het merk Whiston vervallen zou zijn door niet-gebruik gedurende drie jaar na depot respectievelijk gedurende een ononderbroken tijdvak van vijf jaar (vgl. art. 5 sub 3 (oud) BMW). Turmac bestreed dit niet-gebruik.

Voor de Hoge Raad was een en ander aanleiding om de volgende twee vragen aan het Benelux Gerechtshof te stellen: "1. wat is in artikel 5 onder 3 te verstaan onder "enig normaal gebruik van het merk"? 2. wat is in dezelfde bepaling te verstaan onder "zonder geldige reden"?"²¹⁶ Art. 5 lid 2

²¹⁶ Dat is dus een andere vraag dan die welke in de hiervoor behandelde uitspraak inzake Claeryn aan de orde was. Daar ging het om de zinsnede "zonder geldige reden" in art. 13 sub A BMW.

spreekt thans van "zonder geldige reden geen normaal gebruik".

De eerste vraag beantwoordde het Benelux-Gerechtshof als volgt:

De vraag of enig gebruik als onder 1 bedoeld als "normaal gebruik" kan worden beschouwd, moet worden beantwoord door in onderling verband in aanmerking te nemen alle aan het geval eigen feiten en omstandigheden, zoals: de aard, de omvang, de frequentie, de regelmaat alsmede de duur van het gebruik, de aard van de waar en de aard en omvang van de onderneming; beslissend is, of het geheel van die omstandigheden in verband met hetgeen in de desbetreffende sector van het economisch verkeer als gebruikelijk en commercieel verantwoord geldt, de indruk wekt dat het gebruik ertoe strekt voor de waren onder het merk een afzet te vinden of te behouden en niet enkel en alleen om het recht op het merk in stand te houden;

Op de tweede vraag gaf het Benelux-Gerechtshof het volgende antwoord:

Wanneer van het merk gedurende het relevante tijdvak door of namens de merkhouder binnen het Beneluxgebied geen normaal gebruik is gemaakt, vervalt het recht op het merk nochtans niet, indien de merkhouder stelt en, eventueel, bewijst buiten zijn macht liggende, niet tot zijn normale ondernemersrisico behorende feiten en omstandigheden, welke normaal gebruik van het merk onmogelijk maken, of althans zo bezwaarlijk dat zulks, naar in het economisch verkeer gebruikelijke maatstaven, in redelijkheid niet van hem of van zijn licentiehouder kan worden verwacht.

3. *HR 20 februari 1987, NJ 1989, 298, Benelux-Gerechtshof 18 november 1988, NJ 1989, 299, met noot vNH en HR 5 januari 1990, NJ 1990, 728 met noot DWFV (Philip Morris Holland BV c. B.A.T. Sigaretten-Fabriken GmbH)*

Door handhaving van verkregen rechten waren PM in Nederland en B.A.T. in België en Luxemburg rechthebbende geworden op het merk KIM voor sigaretten. Omdat B.A.T. rechthebbende op dit merk in de gehele Benelux wilde worden, begon zij daarover onderhandelingen met PM. Dit doel zou na jaren onderhandelen in 1977 zijn bereikt indien de voorwaarde waaronder partijen een ruilvereenkomst hadden gesloten, vervuld was. Dit gebeurde echter niet. Vervolgens sprak B.A.T. PM in rechte aan en vorderde vervalverklaring – op grond van niet normaal gebruik – van de door PM in Nederland verkregen rechten. PM beriep zich o.a. op de onderhandelingen en voerde aan dat zij zich mede in het belang van B.A.T. had koest gehou-

den met haar merk KIM. PM meende dat B.A.T. gelet op de omstandigheden van het geval niet te goeder trouw het verval van het recht van PM kon invoeren.

De Hoge Raad legde de volgende vraag van uitleg aan het Benelux-Gerechtshof voor:

Brengt het stelsel van de BMW mee dat, indien zich een geval als bedoeld in art. 14C BMW voordoet, een belanghebbende onder alle omstandigheden het verval van het merkrecht kan invoeren, of kunnen uit het nationale recht voortvloeiende eisen van goede trouw in verband met de omstandigheden waarin die belanghebbende en de houder van het merk ten opzichte van elkaar verkeren of hebben verkeerd – zoals het betrokken zijn (geweest) bij onderhandelingen met betrekking tot het merk – in beginsel in de weg staan aan het invoeren van het verval?

Het Benelux-Gerechtshof is wel bereid een sanctie te stellen op onbehoorlijk gedrag van degene die vervallenverklaring van het merk verzoekt, maar acht de weg van de (derogerende werking van de) goede trouw (redelijkheid en billijkheid) hiervoor niet de juiste. Dit omdat deze weg zou leiden tot “licht tot rechtsongelijkheid leidende bevoegdheidsbeperkingen”. Het Hof benaderde de zaak op een andere manier, namelijk door invulling van het begrip “belanghebbende” in art. 14C BMW:

O. dat uit het onder 25 tot en met 36 overwogene moet worden afgeleid dat niet als belanghebbende in de zin van art. 14C BMW kan worden aangemerkt degene die, ook al zijn de in art. 5 onder 3 gestelde voorwaarden vervuld, door vervallenverklaring van eens anders merk te vorderen, op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval, in zijn verhouding tot die ander onbehoorlijk zou handelen.

Zo houdt het Benelux-Gerechtshof deze materie (zoveel mogelijk) in eigen hand. In zijn vervolgarrest van 5 januari 1990 op deze uitspraak van het Hof overweegt de Hoge Raad o.a. het volgende:

De onderdelen 5.2 en 5.3 (van het cassatiemiddel, *M.*) berusten op de stelling dat een belanghebbende in de zin van art. 14C BMW op grond van een uit Nederlandse rechtsregels voortvloeiende “beperkende werking van de goede trouw” onbevoegd kan zijn de vervallenverklaring van het merk van een ander te vorderen ook al zijn de in art. 5 onder 3 BMW gestelde voorwaarden voor het verval van het merk vervuld. Deze stelling is onjuist, zoals blijkt uit de door het BenGH onder 47 gegeven verklaring voor recht.

(...)

Blijkens het door het BenGH in zijn arrest van 18 november 1988 onder 37 overwogene berust de door dit Hof onder 47 gegeven verklaring voor recht op het in dat arrest onder 25 t/m 36 overwogene. De HR leidt daaruit af dat het BenGH met "onbehoorlijk handelen" in die verklaring voor recht doelt op een handelen van zodanige aard dat het neerkomt op misbruik van bevoegdheid, en derhalve op een maatstaf die zwaardere eisen aan de stelplicht stelt dan de maatstaf van de goede trouw doet. Hiervan uitgaande, is de HR van oordeel dat de door PM bij het Hof – in het kader van haar verweer dat BAT zich niet te goeder trouw op verval van het merkrecht van PM kan beroepen – aangevoerde feiten en omstandigheden niet tot de slotsom kunnen leiden dat BAT tegenover PM onbehoorlijk in voormelde zin handelt door vervallenverklaring van het omstreden merk te vorderen.

4. *HR 14 januari 2000, NJ 2000, 173 (B.A. Coöperatieve Inkoopvereniging Intergro c. de vennootschap naar Zwitsers recht Interbuy (International) AG)*

Deze uitspraak bouwt voort op de onder 3 vermelde.

Interbuy gebruikte in Duitsland met succes het woordmerk TIP. De mogelijkheid van het gebruik van dit merk door Intergro in Nederland was onderwerp van gesprek tussen Intergro en (de moeder van) Interbuy. Op 27 april 1990 heeft Intergro het woordmerk TIP zonder toestemming van Interbuy gedeponneerd bij het Benelux-Merkenbureau en wel voor soortgelijke waren als waarvoor Interbuy in Duitsland het merk gebruikte.

Interbuy wendde zich tot de Rechtbank, stellend dat Intergro het depot van 27 april 1990 te kwader trouw had verricht in de zin van art. 4 onder 6 aanhef en onder b van de Benelux-Merkenwet en dat zij inbreuk maakte op de merkrechten van Interbuy. In hoger beroep deed Intergro voor het eerst een beroep op non usus (het niet gebruiken van het merk) van de kant van Interbuy. Het Hof verwierp dit beroep omdat Intergro zijns inziens niet als belanghebbende in de zin van art. 14C BMW kon worden aangemerkt nu zij met haar depot van 27 april 1990 uiterst onbehoorlijk tegenover Interbuy had gehandeld. In cassatie overwoog de Hoge Raad o.a.:

Onderdeel 2a bevat de klacht dat het Hof niet heeft onderzocht (..), of Intergro met haar beroep op het verval van de TIP-merken van Interbuy misbruik van recht maakt. Slechts in dat geval, aldus dit onderdeel, had het Hof tot het oordeel mogen komen dat Intergro geen belanghebbende is in de zin van art. 14C BMW. Het onderdeel faalt, nu het Hof een juiste

maatstaf heeft aangelegd door voor zijn oordeel in zijn rov. 4.14 dat Intergro niet als belanghebbende kan worden aangemerkt, beslissend te achten dat Intergro in de onderlinge verhouding tussen haar en Interbuy uiterst onbehoorlijk handelt door de vervallenverklaring van de TIP-merken van Interbuy in te roepen (BenGH 18 november 1988, zaak A 87/2, Jurispr. 1988, p. 61, NJ 1989, 299).

5. *Hof Amsterdam 18 april 1996, NJ 1998, 633 (V.o.f. Route 66 e.a. tegen R. Groeneveld)*

Groeneveld deponeerde in 1993 het beeldmerk "Route 66" (de naam van een oude snelweg in de Verenigde Staten) voor alcoholvrije en alcoholhoudende dranken. De vennootschap onder firma, met als vennoten Van Beuningen en Nooi, exploiteerde sinds 30 juni 1994 in Alkmaar een café onder de handelsnaam (v.o.f.) "Route 66". Groeneveld vorderde in rechte dat het gebruik van zijn merk aan de v.o.f. zou worden verboden. Het Hof stelde hem in het ongelijk. Thans is vooral van belang hetgeen het Hof ten overvloede overwoog:

dat ook het verweer van de v.o.f., Van Beuningen en Nooi, dat het depot van het merk "Route 66" door Groeneveld te kwader trouw is verricht en/of een beroep op dit merk onder de gegeven omstandigheden in strijd is met redelijkheid en billijkheid, geenszins kansloos voorkomt.

De omstandigheden waaronder sprake is van een te kwader trouw verricht depot worden in art. 4 aanhef en onder (6) BMW enuntiatief (...) opgesomd. Mede daarom gaat het Hof er voorshands van uit dat daaronder ook dient te worden begrepen het geval dat een beroep op het aldus gedeponeerde merk steeds misbruik van de daardoor verkregen bevoegdheid zou opleveren, bijzondere, hier niet gestelde omstandigheden daargelaten. Daarvan is onder meer sprake als de bevoegdheid wordt gebruikt met een ander doel dan waarvoor deze is verleend (art. 3:13 lid 2 BW).

Het Hof constateert vervolgens dat Groeneveld de uitstraling van de term "Route 66", die te danken is aan de song van een wereldbekende popgroep en een even bekende film, poogt te monopoliseren en overweegt o.a.:

Dat doel (van Groeneveld, M.) is om ondernemers die zich in de toekomst van die naam zouden willen bedienen in het economisch verkeer, als licentienemers te verplichten tot betaling aan hem (...). Het onderhavige depot wordt (...) er door gekenmerkt dat een tot het publiek domein behorende naam met bijbehorend symbool, die blijkbaar een duidelijke werfkracht heeft door omstandigheden waaraan

Groeneveld part noch deel heeft gehad, door hem wordt gemonopoliseerd ook voor andere diensten en produkten dan door hem gevoerd. In zoverre hangt het depot als "vangnet" in het economisch handelsverkeer. Daarvoor is het merkenrecht niet bedoeld.

In een andere zaak, eveneens het merk "Route 66" betreffende, bleek echter dat de Hoge Raad er wat anders over denkt dan het Hof in de zojuist behandelde zaak (*HR 5 maart 1999, NJ 2000, 306 met noot DWFV, V.O.F. Schieving-Nijstad e.a. tegen Robert Groeneveld*). De Hoge Raad wijst op het limitatief karakter van de in art. 4 BMW vervatte regeling en overweegt dat in art. 4 niet is bepaald dat aan het depot van een tot "het publiek domein" behorend teken geen merkrecht kan worden ontleend. Verder parafraseert de Hoge Raad een overweging van het Hof (Leeuwarden) als volgt en verenigt zich ermee:

dat het merkrecht verkregen door het depot van een teken dat ten tijde van zijn deponering reeds grote bekendheid had gekregen in een andere context dan die van de waren of diensten waarvoor het is gedeponeerd, de merkhouders alleen dan het recht geeft zich tegen gebruik van dit teken of van daarmee overeenstemmende tekens te verzetten indien sprake is van gebruik als merk dan wel anderszins van zodanig gebruik dat bij het in aanmerking komend publiek de indruk wordt gewekt dat het (tevens) als (eigen) merk wordt gebezigd.²¹⁷

6. *Rechtbank Zwolle 29 april 1970 en 31 maart 1971, BIE 1976/59 (N.V. Sarhama c. N.V. Fino Fabrieken)*

De Rechtbank overwoog o.a.:

Indien Sarhama (eiseres, M.), bekend met het gebruik door Fino (gedaagde, M.) van het merk "California", lange tijd is blijven stilzitten zonder daartegen op te komen, en zulks pas is gaan doen op een ogenblik dat het merk "California" door toedoen van Fino grote bekendheid bij het publiek heeft gekregen, overschrijdt zij de grenzen van redelijkheid en billijkheid die de verhouding van concurrenten in dat geval mede bepalen en die zij bij de uitoefening van haar recht dan moet in acht nemen.²¹⁸

²¹⁷ Zie in dit verband ook Rb. Breda 11 mei 1999, BIE 1999/75 (euro) met commentaar van Verkade op p. 235.

²¹⁸ Zie ook ter vergelijking de handelsnaamzaak Mulder-Mulder hierna op p. 85, Gielen, t.a.p. (hierboven noot 20), p. 7 en Tjittes, *Rechtsverwerking* (1992) p. 14-15.

Voorbeelden van gevallen waarin de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, rechtsverwerking²¹⁹ of misbruik van recht(sbevoegdheid) wel als criterium werden gesteld maar door de rechter werd geoordeeld dat er niet aan was voldaan, zijn:

1. Rechtbank Breda 17 november 1992, IER 1993/11 (Hoegaarden-glas) waarin werd geoordeeld dat aan geen van de drie genoemde criteria werd voldaan
2. Hof Amsterdam 5 maart 1980, BIE 1981/3 (Paloma sherry): geen rechtsverwerking
3. Hof 's-Gravenhage 14 april 1988, BIE 1989/33 (BMW-specialist): geen rechtsverwerking
4. Hof 's-Hertogenbosch 15 april 1996, BIE 1997/65 (INTEL): geen rechtsverwerking
5. Hof Amsterdam 12 maart 1998, BIE 1998/90 (Red Alert): geen rechtsverwerking

c. *Handelsnaamrecht*

De – relatief korte – Handelsnaamwet kent geen bepalingen die open normen bevatten, of het zou de “onjuiste indruk” in art. 5b moeten zijn. Ook in de rechtspraak komen niet veel gevallen voor waarin een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, of een beroep op misbruik van recht, slaagde.

Ik geef twee voorbeelden:

1. *Rechtbank 's-Gravenhage 26 februari 1992, BIE 1993/95 (Ogilvy & Mather (Nederland) BV c. O&M Adviesgroep B.V.)*

Eiseres vorderde dat het gebruik door gedaagde van het teken O&M onrechtmatig werd verklaard en gedaagde tot schadevergoeding werd veroordeeld. Deze beriep zich op een minnelijke regeling – als sluitstuk van tussen partijen destijds gevoerde correspondentie – krachtens welke het gebruik van het teken O&M haar zou zijn toegestaan. Eiseres bestreed dit maar vond de Rechtbank niet aan haar zijde. De Rechtbank overwoog o.a.:

Nu eiseres in het kader van de eerder aangehaalde correspondentie haar eis op het stuk van het handelsnaamgebruik door gedaagde (punt c) heeft

²¹⁹ Een wettelijk voorbeeld van rechtsverwerking biedt art. 14bis van de Eenvormige Beneluxwet op de merken. Zie voor een voorbeeld in dit verband uit de rechtspraak Hof 's-Hertogenbosch 12 november 1996, IER 1996/46.

laten vallen, mocht gedaagde er van uitgaan dat eiseres zich bij dit gebruik neerlegde terwijl eiseres harerzijds op een dergelijke uitleg van de bereikte overeenstemming bedacht heeft moeten zijn.

In aanmerking genomen dat eiseres ter gelegenheid van de pleidooien bij herhaling heeft betoogd dat gedaagde na 1988 precies hetzelfde is blijven doen wat zij toen deed, en in aanmerking genomen dat eiseres zich blijkens het hiervoor overwogene daarbij heeft neergelegd, staat het eiseres thans niet meer vrij alsnog in strijd met de getroffen regeling een verbod in rechte van dat gedrag te vorderen.

2. *Rechtbank 's-Gravenhage 30 juni 1981, BIE 1982/28 (Mulder Machinefabriek B.V. c. Mulder's Fabriek Rollend Materieel N.V.), met noot S.B.*

Mulder Tegelen, opgericht in 1907, heeft vanaf haar oprichting machines vervaardigd voor het mengen van grondstoffen ten behoeve van de bouwnijverheid. Van 1924 af vervaardigde zij mengmachines voor de bereiding van beton, vanaf 1975 mobiele betonmortelcentrales en vanaf 1979 truckmixers.

Mulder Boskoop, opgericht in 1923, richtte zich aanvankelijk op de automobielassemblage, maar na 1955 ook op de productie van o.a. betonmolens en truckmixers.

Mulder Tegelen diende bij de Kantonrechter een verzoek in tot wijziging van de handelsnaam van Mulder Boskoop. Mulder Boskoop verweerde zich o.a. met een beroep op rechtsverwerking omdat Mulder Tegelen sinds 1957 (toen Mulder Boskoop truckmixers produceerde) geen actie had ondernomen. De Kantonrechter sprak over "het in handelsnaamzaken veel gehanteerde doch slechts zelden gehonoreerde beroep op rechtsverwerking" en honoreerde het beroep hierop in dit geval wel. De Rechtbank was dit met de kantonrechter eens en overwoog:

Na verloop van enkele jaren (na $\pm$ 1955, *M.*) echter moet toch het gevaar voor verwarring apert en voor Mulder Tegelen kenbaar zijn geworden. Niettemin heeft Mulder Tegelen ook toen niets tegen Mulder Boskoop ter bescherming van haar handelsnaam ondernomen, doch zij heeft eerst nadat zij zelf - in 1979 - truckmixers was gaan vervaardigen, een actie tegen Mulder Boskoop ingesteld. Na zoveel jaren echter en nadat Mulder Boskoop inmiddels onder haar naam een belangrijke markt had opgebouwd, kon Mulder Tegelen dat niet meer te goeder trouw doen, zodat de kantonrechter het beroep van Mulder Boskoop op rechtsverwerking terecht heeft gehonoreerd.

Voorbeelden van gevallen waarin in handelszaken tussen ondernemers een van hen zich op rechtsverwerking beriep, welk verweer echter werd verworpen, bieden:

1. Rb. 's-Gravenhage kenbaar uit Hof 's-Gravenhage 10 september 1987, BIE 1989/64 (Geveka B.V. c. Technisch Handelsbureau "Geveka" B.V.)
2. Rb. Maastricht 5 april 1989, BIE 1989/67 (Edco B.V. c. Pierre Boels B.V.).
3. Hof 's-Hertogenbosch 24 oktober 1989, BIE 1999/4 (H.C.F.M. Horyon c. Aannemingsbedrijf en Handelsonderneming Horyon B.V.). Ook gedaagde's beroep op misbruik van recht werd verworpen.

d. Het recht inzake tekeningen of modellen

De Eenvormige Beneluxwet inzake Tekeningen of Modellen bevat nauwelijks open normen als "redelijk, "billijk" of "zorgvuldig":

art. 4 noemt de mogelijkheid dat een tekening of model in strijd is met "de goede zeden of de openbare orde van één der Beneluxlanden".

art. 14: de rechter wijst de vordering tot winstafdracht af o.a. als hij van oordeel is "dat de omstandigheden van het geval geen aanleiding geven tot een veroordeling tot afdracht van onrechtmatig genoten winst".

Ook rechtspraak betreffende de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid of betreffende misbruik van recht is schaars. Nochtans is er een recent Hof-arrest:

Hof Amsterdam 5 december 1996, BIE 1998/64 (Standard Creatieve Communicatie B.V. c. Smith's Food Group B.V.)

Beide partijen brachten polystyreen speelschijfjes (schietschijfjes, flippo's) op de markt die als reclamemiddel werden bijgesloten in de producten van hen zelf (Smith) of van hun afnemers (Standard). De schijfjes hadden een identieke vorm maar waren met verschillende figuren bedrukt. Deze vorm was door Standard op 28 september 1995 gedeponereerd als model in de zin van de bovengenoemde wet (BTMW). Pas daarna heeft Smith haar speelschijfje in het Beneluxgebied op de markt gebracht. Standard meende dat Smith aldus inbreuk maakte op haar modelrecht en vorderde o.a. dat Smith zou worden verboden de schijfjes nog verder te produceren en op de markt te brengen en dat haar zou worden bevolen de verpakkingen waarin de schijfjes zich bevonden terug te nemen.

Een van de verweren van Smith was dat het beroep van Standard op haar eventueel modelrecht tegenover Smith naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Het Hof onderschreef deze stelling:

Op grond van de (...) produkties II en III acht het Hof het aannemelijk dat het ontwerp van de schietschijfjes afkomstig is van de Mexicaanse firma Sabritas S.A., aan wie Smiths haar rechten op het schijfje ontleent. Een tekening van dit ontwerp is, naar uit deze produkties valt af te leiden, door Sabritas toegestuurd aan Travel Tags, van wie Standard haar rechten afleidt. Vooralsnog ziet het ernaar uit dat Travel Tags zich het haar voor commentaar toegezonden ontwerp van Sabritas ten onrechte heeft toegeëigend door daarover met Standard zaken te doen. Onder die omstandigheden staat het Standard naar redelijkheid niet vrij het schietschijfje van Smiths met een beroep op het voormeld depot van de markt te weren, laat staan om haar schadeplichtig te houden.

In een ander arrest, betreffende de slaafse nabootsing van een model schakelaar (Hof 's-Hertogenbosch 9 november 1994, BIE 1995/80 met noot DFVV) was weliswaar sprake van ongeoorloofde mededinging "in een door de eisen van redelijkheid en billijkheid bepaalde rechtsverhouding" tussen ondernemers, maar werd door het Hof toch waarschijnlijk niet de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid gehanteerd.

e. Auteursrecht

De Auteurswet, die ook in commerciële verhoudingen een belangrijke rol speelt, kent nogal wat artikelen die open normen als "redelijk" en "billijk" bevatten. Ik noem als voorbeelden:

- art. 8 (openbaarmaking "onrechtmatig")
- art. 12a ("billijke vergoeding" voor maker ter zake van verhuur)
- art. 15a (citeren "in overeenstemming (...) met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is" (lid 5: concretisering hiervan bij algemene maatregel van bestuur voorbehouden)
- art. 15c (betalen van "een billijke vergoeding" door een uitlener)
- art. 15d (behartiging van belangen "op evenwichtige wijze")
- art. 16 (het overnemen van gedeelten van werken "in overeenstemming (...) met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is")
- art. 17 (zoveel exemplaren als "redelijkerwijze nodig zijn" en betalen van "een billijke vergoeding")
- art. 21 ("een redelijk belang" van de geportretteerde)

- art. 25 (bevoegdheid van de maker na overdracht van het auteursrecht zodanige wijzigingen aan te brengen "als hem naar de regels van het maatschappelijk verkeer te goeder trouw vrijstaan"; "strijd met de redelijkheid")
- art. 26c ("in redelijkheid geen twijfel" aan onafhankelijkheid en onpartijdigheid van bemiddelaars)
- art. 45d ("een billijke vergoeding" voor de maker van een filmwerk)
- art. 45e (recht van maker zich te verzetten tegen vermelding van zijn naam op het filmwerk "tenzij dit verzet in strijd met de redelijkheid zou zijn")

Voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is van belang:

HR 20 oktober 1995, BIE 1998/41, Parfums Christian Dior S.A. en Parfums Christian Dior B.V. c. Evora B.V.

De producten van Dior hebben een relatief hoge prijs en worden gerekend tot de markt van de luxueuze cosmetische producten. Dior heeft voor de verkoop van haar producten alleenvertegenwoordigers aangesteld. Daartoe behoort niet Evora, dat onder de naam van haar dochteronderneming Kruidvat een keten van drogisterijen exploiteert. Door middel van parallel-import heeft Evora producten van Dior verkregen en deze vervolgens te koop aangeboden. Dior vorderde stopzetting van dit laatste door Evora en van de afbeelding van Dior-producten in reclamemateriaal van Evora en beriep zich hiertoe o.a. op het auteursrecht dat op de verpakking van haar producten rustte. De Hoge Raad stelde voorop dat een producent die zelf zijn producten in het verkeer brengt die vervolgens door anderen verder worden verhandeld, zich tegen dat verder verhandelen niet kan verzetten (uitputting). De vraag is echter, aldus het college, of de producent zich in zodanig geval wél met een beroep op zijn auteursrecht ertegen kan verzetten dat de wederverkoper in zijn reclamemateriaal afbeeldingen van verpakkingen van Dior-producten opneemt als vaststaat dat dit opnemen in de betrokken tak van handel gebruikelijk is. Letterlijk zegt de Hoge Raad:

Deze uitdrukkelijke beperkingen (van §6 van Hoofdstuk I van de Auteurswet, *M.*) sluiten echter niet uit dat de grenzen van het auteursrecht ook in andere gevallen aan de hand van een vergelijkbare afweging nader moeten worden bepaald, in het bijzonder wanneer de behoefte aan de desbetreffende begrenzing door de wetgever niet is onderkend en zij past in het stelsel van de wet, zulks in het licht van de ontwikkeling van het auteursrecht als middel tot bescherming van commerciële belangen.

Bij een zodanige afweging kan bij één of meer in de wet opgenomen beperkingen aansluiting worden gezocht (zie art. 23 Auteurswet), aldus de Hoge Raad. Deze exercitie voert hem tot de conclusie dat het recht van de producent om zich, na uitputting van zijn recht, toch op zijn auteursrecht te beroepen alleen om verdere (reclame ter) verhandeling tegen te gaan, niet zwaar weegt. De Hoge Raad vervolgt dan echter:

Zulks lijdt evenwel uitzondering (.. art. 25 Auteurswet, *M.*), doch ook indien anderszins de openbaarmaking en verveelvoudiging plaatsvindt onder zodanige omstandigheden dat aan de rechthebbende schade kan worden toegebracht. Als zodanige schade komt in aanmerking de schade die Dior stelt te lijden als gevolg van de wijze waarop Kruidvat voor de door haar te koop aangeboden Diorprodukten adverteert.

Ook had Evora nog aangevoerd dat Dior zich schuldig had gemaakt aan misbruik van haar auteursrechtelijke bevoegdheid.²²⁰ Daarover zei de Hoge Raad:

Dat betoog faalt. Hiervoor in 3.7.2 (lees: 3.6.2, *M.*) zijn de grenzen van de auteursrechtelijke bescherming in een geval als het onderhavige weergegeven. Daarnaast is voor een beroep op misbruik van bevoegdheid als hier gedaan geen plaats.

Voorbeelden van gevallen waarin het criterium van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (o.a. rechtsverwerking) of misbruik van recht met betrekking tot auteursrechten wel werd gesteld, zij het dat geoordeeld werd dat er niet aan was voldaan, zijn:

1. Hof Arnhem 19 december 1977, BIE 1978/21 (spinnewiel): geen rechtsverwerking of misbruik van recht
2. President Rechtbank Arnhem 20 januari 1989, BIE 1990/97 (Bert en Ernie): geen rechtsverwerking of misbruik van recht
3. President Rechtbank Arnhem 24 december 1992, BIE 1993/58 (Felix, Oeh dat smaakt): geen rechtsverwerking

3.6 *Waardepapieren en documentaire kredieten*

Waardepapieren en onherroepelijke documentaire kredieten (onherroepelijke accreditieven) zijn bij uitstek bestemd (betalingen in) het (internatio-

²²⁰ Over misbruik van auteursrecht verscheen recentelijk een Franse monografie, zie hierboven noot 96.

nale) handelsverkeer te vergemakkelijken. Daarom is op deze rechtsgebieden de rechtszekerheid van primordiaal belang. Welke (opvolgende) crediteur zou een waardepapier willen hebben als hem straks, wanneer het op accepteren of betalen door de debiteur aankomt, allerlei hem (crediteur) onbekende verweermiddelen van de debiteur zouden kunnen worden tegengeworpen gegrond op een rechtsverhouding waar hij (crediteur) buiten staat? En wat zou bij een onherroepelijk documentair krediet de toezegging waard zijn van een bank dat zij (in opdracht van de koper) aan de verkoper de koopsom tegen overlegging van bepaalde documenten (bijv. cognossementen) zal voldoen, als deze bank telkens haar betalingsverplichting zou mogen opschorten wanneer de koper zich op wanprestatie van de verkoper beroept? Niet voor niets zegt art. 4 van de UCP (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits): "In credit-operations all parties concerned deal with documents, and not with goods ...".²²¹

Toch is ook deze rechtszekerheidsburcht niet tegen de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid gevrijwaard. Er kunnen omstandigheden zijn, zo bijzonder, dat zelfs de hier bij uitstek heilige rechtszekerheid moet wijken. Dit bleek hierboven al toen ik in verband met de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in Duitsland enige aan de Duitse rechtspraak omtrent documentaire kredieten ontleende voorbeelden gaf. Een voorbeeld uit de Nederlandse rechtspraak waarin de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid bij een accreditief werd aanvaard, biedt:

President Rechtbank Amsterdam 19 augustus 1977, Schip en Schade 1978/33 (Trenhouse and Clement Ltd. c. The Bank of America National Trust and Savings Association Inc., H. Albert de Bary en Co N.V., J. Wijffels B.V., the Bank of Scotland, e.a.)

In juni 1977 kocht Trenhouse te Londen van Wijffels een nader te bepalen hoeveelheid Duitse boter, die ter verkrijging van EEG-subsidies eerst gedurende 6 maanden in een Nederlands vriesveem zou worden opgeslagen. Op 11 juli 1977 deelde Wijffels Trenhouse mee dat het hier om 598,5 ton ging. Op 12 juli 1977 stelde de Bank of Scotland in opdracht van Trenhouse voor de koopprijs een onherroepelijk accreditief "available by your draft(s) at 180 days sight on Bank of America Amsterdam" tegen overgifte van facturen en celen ten name van de Bank of Scotland. Op 13 juli 1977 brandde het betrokken Nederlandse vriesveem af waardoor de boter verloren ging. Albert de Bary, de bank die de aankoop van de boter

²²¹ Zie ook Van Empel-Huizink, Betaling, waardepapier en documentair krediet (1997), p. 100.

door Wijffels had gefinancierd en de celen hield, bood op 1 augustus de documenten – waaronder een op 28 juli 1977 door Wijffels op de Bank of Amerika getrokken wissel aan de order van de Bary – aan de Bank of Amerika aan. Op 2 augustus 1977 verklaarde Trengrouse tegenover Wijffels de koopovereenkomst ontbonden o.a. op de grond dat Wijffels niet aan zijn leveringsverplichting kon voldoen.

In kort geding vorderde Trengrouse tegenover de Bank of America, de Bary, Wijffels, en, na voeging, de Bank of Scotland, een verbod tot afwikkeling van het accreditief totdat is komen vast te staan dat Wijffels recht heeft op betaling van de koopprijs en/ofdat onder het accreditief betaald moet worden.

De President achtte op de overeenkomst het Verdrag houdende een eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken (EW) toepasselijk. Met toepassing van EW kwam de President tot de conclusie dat op de dag van de brand, 13 juli 1977, nog geen aflevering aan Trengrouse had plaatsgevonden en dat de boter nog voor risico van Wijffels in het veem lag. Hieruit trok de President de conclusie “dat Wijffels niet aan haar verplichting tot aflevering van de gekochte boter op de overeengekomen tijd en plaats kon voldoen hetgeen een wezenlijke tekortkoming is nu niet is gebleken dat Wijffels in staat en bereid was terstond andere, eveneens Duitse, boter onder dezelfde subsidiemogelijkheden te leveren”. Letterlijk overwoog de President verder:

Vooropgesteld moet worden dat bij een onherroepelijk akkreditief als het onderhavige een rechtstreekse verbintenis voor de Bank of Scotland als credietopenende bank is ontstaan jegens de begunstigde Wijffels om, wanneer de bank de aangeboden documenten in orde bevindt, tot uitbetaling – in dit geval in de vorm van acceptatie van de wissel – over te gaan. De bank mag bij het onderzoek der documenten op de uiterlijke vorm afgaan en hoeft zich niet te verdiepen in de overeenkomst, die aan het gestelde akkreditief ten grondslag ligt. De zekerheid van dit alom aanvaarde (internationale) handelscrediet vereist zulks.

Dit beginsel lijdt echter uitzondering wanneer, ook voor de bank, redelijkerwijs vast staat dat de begunstigde geen enkele aanspraak (meer) kan maken op het geld dat door het onherroepelijk akkreditief verwezenlijkt wordt (...). Nu Wij in dit vonnis, zij het voorlopig, tot de naar Ons oordeel onbetwijfelbare slotsom komen dat geen verbintenis tot betalen van de geldsom, waarvoor het akkreditief is gesteld, voor Trengrouse meer bestaat, zou Wijffels in strijd met de goede trouw en met de haar jegens Trengrouse betamende zorgvuldigheid handelen door desondanks het crediet op te vorderen (...). De Bank of America

en de Bank of Scotland, die zich slechts – terecht – beroepen hebben op het feit dat zij niet verplicht zijn om zich te verdiepen in de aan het akkreditief ten grondslag liggende rechtsverhouding van de betrokken partijen (...) zouden echter, ook al zijn de aangeboden documenten “on their face” in orde, nu door Ons is vastgesteld dat Wijffels noch de Bary thans gerechtigd zijn het akkreditief op te vorderen, jegens Trengrouse onrechtmatig handelen door toch uit te betalen.

Een voorbeeld van een geval waarin met betrekking tot het accreditief en de “performance bond” (een soort accreditief maar dan ten voordele van de koper die aldus zeker is van schadevergoeding als de verkoper niet behoorlijk presteert²²²) het criterium van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid werd gesteld, zij het dat geoordeeld werd dat er in casu niet aan was voldaan, biedt:

President Rechtbank Amsterdam, 19 maart 1981, Schip en Schade 1981/136 (Hettema Zonen B.V. c. Union of Producers and Exporters of Horticultural Crops e.a.)

De President overwoog o.a.:

dat nu het i.c. abstracte documenten met een onherroepelijk karakter betreft, waarvan de functie en de betekenis die deze in het internationale handelsverkeer vervullen, genoegzaam bekend zijn, slechts in zeer uitzonderlijke gevallen waarbij bijv. zonder nader onderzoek voor de betrokken banken direct kenbaar is dat er sprake is van duidelijke willekeur of bedrog voor een ingrijpen Onzezijds, zoals gevraagd, plaats kan zijn.

Nu Hettema in het onderhavige geschil voorshands onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er zich in het onderhavige geval omstandigheden voordoen waaruit zou moeten volgen dat te dezen van een situatie als hiervoor bedoeld sprake is, moet reeds op die grond haar betoog dienaangaande falen.

Hettema kan worden toegegeven dat het beroep dat U.O.P. kennelijk in Egypte op de “performance bond” heeft gedaan onder bepaalde omstandigheden in strijd kan zijn met de goede trouw, met inachtneming waarvan pp. de destijds gesloten overeenkomst behoren uit te voeren, doch in het licht van de thans bekende feiten is onvoldoende aannemelijk geworden dat zich te dezen (...) voorbedeelde omstandigheden zouden voordoen.

²²² Van Empel-Huizink (1997), t.a.p., nr. 58.

In deze paragraaf hoort ook een vergelijking met bankgaranties thuis:

HR 9 juni 1995, NJ 1995, 639 met noot PvS (Gesnoteg B.V. c. Mees Pierson N.V.)

In opdracht van Interflow Holding B.V. stelde Pierson een bankgarantie ten behoeve van Gesnoteg. Op zeker moment verzocht Gesnoteg om betaling onder de garantie, dit onder toezending van een onherroepelijk vonnis volgens welk Gesnoteg recht op betaling had. Pierson weigerde aan het verzoek te voldoen omdat intussen onder haar door Interflow conservatoir derdenbeslag was gelegd op alle gelden die Pierson schuldig zou zijn of worden aan Gesnoteg. Bovendien was niet voldaan aan de in de bankgarantie gestelde voorwaarde dat vonnissen als deze "middels deurwaardersexploit" moesten worden betekend. Pierson stelde Gesnoteg niet van dit verzuim in kennis. De raadsman van Gesnoteg had het vonnis per post aan Pierson toegezonden. Toen hij ontdekte dat hij had moeten betekenen was de garantietermijn verstreken. De vraag was of Pierson, door zich op het ontbreken van de betekening te beroepen, in strijd handelde met de redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad onderstreepte het grote belang van strikte toepassing van de in de garantie gestelde voorwaarden en overwoog o.a.:

dat het Hof kennelijk en terecht tot uitgangspunt heeft genomen dat, gelet op het karakter van een bankgarantie als de onderhavige en de functie die dergelijke garanties in het handelsverkeer vervullen en gelet op de positie van de bank die zowel de belangen van degene die de opdracht gaf tot het stellen van de garantie, als van degene te wiens gunste de garantie is gesteld, in het oog moet houden, een strikte toepassing door de bank van de in de garantie gestelde voorwaarden geboden is. Daarbij is mede van belang dat het Hof de tekst van de garantie in zijn rov. 4.8 "duidelijk" heeft geacht, hetgeen een feitelijk en niet onbegrijpelijk oordeel oplevert. In het licht hiervan falen de onderdelen (...), die er alle op neerkomen dat het Hof, anders dan dit uitgangspunt meebrengt, nader had moeten onderzoeken of een beroep op het niet vervuld zijn van het vereiste van betekening naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar moet worden geacht in verband met aard en omvang van het concrete belang van de Bank bij het inroepen van dit vereiste in samenhang met het concrete belang van degene in wiens opdracht de garantie is gesteld bij het inroepen van dit vereiste door de Bank.

(...) Tegenover de blijkens het voorgaande geboden strikte toepassing door de bank van de voorwaarden van de garantie, zoals deze in die garantie zijn geformuleerd, moet worden aangenomen dat de bank,

indien de garantie wordt ingeroepen op de wijze die niet aan deze strikte toepassing beantwoordt, daarvan onverwijld aan degene die de garantie inroept, mededeling dient te doen en daarbij dient aan te geven op welke punten niet aan de voorwaarden is voldaan. In het bijzonder wanneer herstel nog mogelijk is, mag de bank daarmee niet dralen tot de ter zake van die garantie overeengekomen termijn is verstreken.

Gevolg van het tekortschieten in de nakoming van deze mededelingsplicht kan zijn dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aanvaardbaar is dat de bank zich op het niet vervuld zijn van de betreffende voorwaarde beroept.

In zijn noot onder het arrest merkt Van Schilfgaarde terecht op dat ook de regel van strikte conformiteit is onderworpen aan de redelijkheidstoets van art. 6:2 lid 2 BW al zal dit onderzoek zelden tot de conclusie voeren dat toepassing van de regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

B. WAT BEHOORT IN HET HANDELSRECHT IN RECHTSVERHOUDINGEN TUSSEN ONDERNEMERS DE ROL TE ZIJN VAN DE REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID, MET NAME IN HUN BEPERKENDE WERKING?

4.1 Inleiding

Bij het beantwoorden van de tweede vraag waaraan dit preadvies is gewijd, die naar de *gewenste* reikwijdte van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in rechtsverhoudingen tussen ondernemers, moeten twee aspecten goed in het oog worden gehouden. Het eerste is dat toepassing van deze beperkende werking er niet toe mag leiden dat het handelsverkeer in de betreffende bedrijfstak niet meer functioneert.²²³ Het tweede, dat inachtneming van het eerste aspect geenszins in strijd behoeft te zijn met het tegengaan van onaanvaardbare onredelijkheden en onbillijkheden. Dit laatste wordt bewezen door de hiervoor besproken rechtspraak betreffende de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid op gebieden van het klassieke handelsrecht (zie hoofdstuk 3). Van enige door deze rechtspraak veroorzaakte ontwrichting van het handelsverkeer blijkt niets. Deze niet-strijdigheid wordt ook bewezen door de prominente plaats die de redelijkheid en billijkheid, ook in hun

²²³ Vgl. de regeringscommissaris, Parl. Gesch. Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, p. 73.

beperkende werking, innemen in een veel toegepaste internationale regeling als de Unidroit Principles of International Commercial Contracts (zie hierboven 2.6), in The ICC Agency Model Contract (2.9) alsmede in het Duitse recht (zie hierboven 2.3).

Er lijkt ook weinig aanleiding te bestaan voor de stelling dat een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, of op misbruik van recht, in ondernemerskringen als "not done" wordt beschouwd. Dit beroep wordt blijkens de rechtspraak herhaaldelijk gedaan. Dat het niet altijd slaagt is een andere zaak. Dit komt vooral omdat het criterium op zich zelf al streng is ("naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar") en in verhoudingen van ondernemers onder elkaar soms met nog wat meer terughoudendheid wordt gehanteerd. De zaken liggen hier overigens genuanceerder dan vaak wordt gedacht. Zo zal bij een ondernemer, gelet op zijn professionaliteit, dikwijls eerder dan bij een particulier moeten worden aangenomen dat hij zijn recht heeft verwerkt, bijv. heeft stilgezeten waar handelen geboden was. De professionaliteit van de ondernemer keert zich hier tegen hem. Meer in het algemeen kan worden gezegd dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ook, en soms juist, in ondernemersverhoudingen reële betekenis heeft voor de uitzonderlijke gevallen waarvoor zij is bedoeld, waarbij bovendien aan preventieve werking valt te denken.

De (beperkende werking van) redelijkheid en billijkheid is in het handelsverkeer ook van niet te onderschatten belang in tijden die gekenmerkt worden door ingrijpende veranderingen, zoals thans de stormachtige opkomst van de informatie- en communicatietechnologie (ICT).²²⁴ De juridische wereld zoekt hier tastend zijn weg en beschikt nog niet over uitgewerkte routekaarten.²²⁵ Aan de andere kant moeten de veranderingen die de ICT in rechtsverhoudingen zullen aanbrengen, niet worden overdreven.²²⁶

²²⁴ Zie ook Koers, *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 1998-II, p. 26-27.

²²⁵ Zie voor een verkenning van beginselen van behoorlijk ICT-gebruik: Recht en computer, onder redactie van H. Franken, H.W.K. Kaspersen, A.H. de Wildt (1997), p. 53 e.v. en p. 106 e.v. In het op p. 496 e.v. gepubliceerde arbitragereglement wordt in art. 18.1 gezegd: "Het scheidsrecht beslist als goede mannen naar billijkheid" Zie ook de hierboven in 2.8 genoemde Model Law on Electronic Commerce of the United Nations Commission on International Trade Law en Privaatrechtelijke aspecten van elektronische handel door J.E.J. Prins en S.J.H. Gijrath (2000), p. 98-99.

²²⁶ Zie Goode, t.a.p., p. 96-97.

4.2 *De Principles of European Contract Law*

In 2000 verscheen een boek onder deze titel.²²⁷ Het werk is nog niet geheel voltooid, maar de nu reeds geboekte resultaten zullen waarschijnlijk belangrijk zijn voor een toekomstig Europees privaatrecht. Een keur van juristen uit alle landen van de Europese Unie heeft er aan gewerkt. De Principles bestrijken o.a. transacties tussen ondernemers.²²⁸

Deze regels beantwoorden bepaald niet aan het beeld dat de (beperkende werking van) redelijkheid en billijkheid in verhoudingen tussen ondernemers nauwelijks een rol spelen. Zie bijv.

Art. 1:102 Freedom of Contract

(1) Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles.

Ter toelichting wordt gezegd²²⁹ dat de regel o.a. onderworpen is aan de beperking van de redelijkheid en billijkheid. De beperkende werking wordt als volgt aan de orde gesteld: "A party cannot enforce an agreed contract or contract term which is unconscionable towards the other party. See also Article 1:201." Dit laatste artikel zegt:

- (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing.
- (2) The parties may not exclude or limit this duty.

In de toelichting²³⁰ wordt gezegd dat hier sprake is van een "basic principle" waarvan de Principles doordrenkt zijn. Art. 1:201 (en andere artikelen) beoogt "to enforce community standards of decency, fairness and reasonableness in commercial transactions (...)". De toelichting²³¹ vervolgt met:

It supplements the provisions of the Principles, and it may take precedence over other provisions of these Principles when a strict adherence to them would lead to a manifestly unjust result. Thus, even if the non-performance of an obligation is fundamental because strict

²²⁷ Part I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law, Edited by Ole Lando and Hugh Beale (2000).

²²⁸ Principles of European Contract Law (2000), p. XXV.

²²⁹ T.a.p., p. 99.

²³⁰ T.a.p., p. 113.

²³¹ T.a.p., p. 113.

compliance with the obligation is of the essence of the contract under Article 8:103, a party would not be permitted to terminate because of a trivial breach of the obligation.

Dit standpunt, dat met voorbeelden wordt geïllustreerd,²³² komt mijns inziens overeen met de in Nederland geldende beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, toegepast op ondernemersverhoudingen. Men moet wel heel goede argumenten hebben wil men – tegen deze Europese golf in – volhouden dat het anders moet en dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in rechtsverhoudingen tussen ondernemers zo ver behoort te worden teruggedrongen dat er nauwelijks iets van overblijft.

4.3 *De opvatting van Tjittes*

Een voorbeeld van zo'n andere benadering dan die welke ligt opgesloten in de Principles vormt de benadering van Tjittes.²³³ Zijn betoog komt op het volgende neer. Zo langzamerhand wordt het consumentenrecht als het "normale privaatrecht" beschouwd. De consument lijkt bevorderd te zijn tot de "maatman" van het huidige overeenkomstenrecht. Daarvan is het gevolg dat veelal miskend wordt dat het privaatrecht dat geldt in de relatie tussen ondernemers onderling een bijzondere invulling behoeft. Het handelsverkeer heeft geen behoefte aan beschermende regels zoals die in het consumentenrecht gelden. Dit om twee redenen: 1) ondernemers hebben veelal een gelijke machtspositie, althans zorgt het mededingingsrecht ervoor dat een ongelijke machtspositie niet misbruikt kan worden; 2) ondernemers hebben behoefte aan een duidelijke risico-verdeling om een risicoschatting van hun ondernemersactiviteiten te kunnen maken. Zij behoeven daarom in het contractenrecht "hard and fast rules".

Tjittes meent dat deze gedachten steun vinden in de rechtspraak. Hij wijst daarbij op de tegenstelling tussen HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759 met noot CJHB (Van Lanschot/Mevrouw Bink, een particuliere borgtocht) en HR 19 mei 1995, RvdW 1995, 112C (Zoon Bink/Van Lanschot, een kredietovereenkomst tussen een bank en een ondernemer). Verder wijst hij op HR 4 januari 1991, NJ 1991, 254 (AIC/VRG, overheveling van premiereserves die het Pensioenfonds van VRG had gevormd ter dekking van pensioen-aanspraken van werknemers van haar 100% dochter Avery Etiketten BV

²³² Een voorbeeld komt hierna in 4.3 ter sprake.

²³³ Zie zijn artikel "Naar een bijzonder contractenrecht voor ondernemers" in de bundel *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, onder redactie van S.C.J.J. Kortmann e.a. (1997), p. 375 e.v.

naar het Pensioenfonds van AIC, dit in het kader van de overdracht van alle aandelen in de dochter aan AIC), en op HR 22 december 1995, NJ 1996, 300 (ABP c.s./FGH en Breevast, overname Hoog Catharijne-complex). Ook geeft Tjittes "de boude stelling" van Brunner weer dat de redelijkheid en billijkheid voor het handelsverkeer van geringe praktische betekenis zijn²³⁴ en merkt hij op dat de Hoge Raad in zijn arrest van 31 december 1993, NJ 1995, 389, met noot CJHB (Matatag c.s./De Schelde) in belangrijke mate de stelling van Brunner onderschrijft.

Wat de wet betreft wijst Tjittes met name op de toetsing van algemene voorwaarden en de positie van grote wederpartijen hierbij (art. 6:235 lid 1 BW). Zie hierover paragraaf 1.7 van dit preadvies.

Het betoog van Tjittes mondt uit in de stelling dat er een bijzonder privaatrecht voor ondernemers moet komen en dit op meer systematische wijze dan thans in de rechtspraak geschiedt.

Ik ben het met dit betoog om een aantal redenen niet eens.

1. Het lijkt mij onjuist dat het consumentenrecht tegenwoordig als "het normale privaatrecht" wordt beschouwd. De wetgever heeft niet meer gedaan dan speciale bescherming geven aan (consumenten)belangen die zijns inziens speciale bescherming verdienen. Als vanouds – dit is dus geen verandering – dient de positie van andere (contracts)partijen op haar eigen merites te worden beoordeeld (aard van de relatie, mate van deskundigheid, ervaring, overwicht op wederpartij etc.).

2. Uit de door mij hierboven weergegeven rechtspraak op gebieden van het klassieke handelsrecht (zie hoofdstuk 3) blijkt dat de rol van de (beperkende werking van) redelijkheid en billijkheid voor het handelsverkeer geenszins zo gering is als Brunner – en ook Van Delden – (zie hierboven 1.1) het doen voorkomen. Vergeleken met die rechtspraak laat de door Tjittes vermelde en door mij zojuist genoemde rechtspraak geen ander beeld zien. In de genoemde Bink-zaken trekt de Hoge Raad de lijn tussen enerzijds de particulier die overweegt zich jegens de bank borg te stellen, en anderzijds de niet-particulier (ondernemer) in zijn verhouding tot de bank, vloeiender dan Tjittes het doet voorkomen. In de als tweede

²³⁴ Zoals Tjittes zelf ook schrijft (p. 386) is deze stelling bestreden door Wachter, *Elk volk krijgt het recht dat bij zijn aard past*, afscheidsrede KUB (1992), p. 4, en door Wessels, *Ars Aequi* 1992 (Katern 44) p. 1991, die van oordeel is dat Brunner de wederzijdse beïnvloeding van burgerlijk recht en handelsrecht miskent.

genoemde zaak overweegt de Hoge Raad namelijk dat hetgeen in het geval van de particulier aan voorlichting door de bank omtrent de aan de borgstelling verbonden risico's mag worden verwacht, "niet zonder meer van toepassing is in een geval als het onderhavige waarin sprake is van een kredietfaciliteit teneinde met behulp daarvan te kunnen deelnemen in een onderneming". Professionaliteit aan de kant van beide partijen speelt volgens de Hoge Raad in het handelsverkeer zeker een rol, maar niet in die zin dat zij de rol van redelijkheid en billijkheid ongeveer zou uitschakelen. Er blijft normaal van toetsing aan de redelijkheid en billijkheid sprake ook als rechtspraak (mede) rekening houdt met de hoedanigheid van ondernemer. In het kader van deze toetsing moet nu eenmaal met alle relevante factoren rekening worden gehouden (bijv. onder bepaalde omstandigheden verschil in economische kracht en deskundigheid).

Het beroep dat Brunner en Tjittes doen op het Serra-arrest (Matatag c.s./De Schelde) heb ik hierboven (zie p. 194) al bestreden. Met hun (boude) stellingen miskennen beide auteurs bijv. de mogelijkheid van rechtsverwerking die blijktens de parlementaire geschiedenis een van de belangrijkste toepassingen is van art. 6:2 lid 2 en art. 6:248 lid 2 BW.²³⁵ In 4.1 wees ik er op dat bij ondernemers vaak eerder zal worden aangenomen dat zij hun recht hebben verwerkt dan bij particulieren.

3. Dan de door Tjittes benadrukte wenselijkheid voor ondernemers een risicoschatting van hun ondernemersactiviteiten te kunnen maken. Dit is ontegenzeggelijk een belangrijk punt. Maar tot deze risicoschatting behoort toch ook, zou ik zeggen, dat de ondernemer juridisch mag afgaan op het fatsoen van zijn wederpartij-ondernemer. Of moet de ondernemer in wiens verzekeringsovereenkomst staat dat de dekking van de verzekering bij niet gemelde risicoverzwarend (art. 293 W.v.K) onmiddellijk eindigt, dat maar gewoon accepteren, ook als hij vóór het intreden van de schade die niet gemelde risicoverzwarend ongedaan had gemaakt?²³⁶ Wordt hier de ondernemer gebrandmerkt als letterknecht? Ander voorbeeld, ontleend aan de Principles of European Contract Law:²³⁷

The principle of good faith and fair dealing also covers situations where a party without any good reason stands on ceremony.

²³⁵ Zie hierboven onder 1.6.

²³⁶ Zie HR 19 mei 1995, NJ 1995, 498 (Modalfa Vastgoed BV c. Schermer Assuradeuren BV) en hierboven onder 3.4.

²³⁷ Parts I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law, Edited by Ole Lando and Hugh Beale (2000), p. 114.

Illustration 1: In its offer to B, A specifies that in order for B's acceptance to be effective B must send it directly to A's business headquarters where it must be received within 8 days. An employee of B overlooks this statement and sends the acceptance to A's local agent who immediately transmits it to A's headquarters where it is received 4 days later. A cannot avoid the contract.

Een ander oordeel zou tegenover B inderdaad grof onbillijk zijn.

4. Ondernemers, en ook rechtsverhoudingen tussen hen, kunnen zeer uiteenlopen. Naar aanleiding van de vraag of er ook voor ondernemersverhoudingen een grijze lijst van bedingen in algemene voorwaarden moest komen, wees de regering er op "dat het hele gebied van aan weerszijden in de commerciële sfeer gesloten overeenkomsten zo buitengewoon heterogeen en onoverzichtelijk is" en illustreerde deze opvatting met voorbeelden.²³⁸ Zie in dit verband ook het Haviltex-arrest:²³⁹ bij de beantwoording van de vraag welke zin partijen over en weer redelijkerwijs aan een beding mochten toekennen en wat zij te dien aanzien van elkaar mochten verwachten "kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis men van zodanige partijen kan verwachten".

Tjittes zelf maakt in zijn dissertatie²⁴⁰ al een drieledig onderscheid tussen de wederpartijen van een deskundige professionele bedinger: 1. "een deskundige ondernemer"; 2. "een leek-ondernemer" en 3. "een leek-ondernemer met deskundige bijstand". Hier laten zich bovendien nog allerlei tussenvormen en specifieke omstandigheden denken. Op welke ondernemers, welke ondernemersverhoudingen en welke omstandigheden zou het door Tjittes gewenste afzonderlijk recht van ondernemers zich moeten richten?

4.4 Conclusie

De rechter moet blijven doen wat hij nu al doet: met inachtneming van het (gevarieerde) karakter van ondernemersverhoudingen uitoefening van contractuele en andere rechten toetsen aan de hand van het criterium "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar" (beperkende

²³⁸ Zie MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1656-1657 en het uitvoerige citaat hierboven in 1.7.

²³⁹ HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 met noot CJHB.

²⁴⁰ De hoedanigheid van contractspartijen (1994), p. 237.

werking). Bij het hanteren van dit criterium moet niet van meet af aan een scherp onderscheid worden gemaakt tussen particulier en ondernemer. De zaak ligt hier genuanceerder. Zo zal bij een ondernemer, gelet op zijn professionaliteit, vaak eerder rechtsverwerking moeten worden aangenomen dan bij een particulier! Ook kan onder omstandigheden een rol spelen dat de ene ondernemer zwakker (bijv. economisch zwakker of ondeskundiger) is dan de ondernemer met wie hij handelt.

De wens een systematisch opgezet, afzonderlijk stuk privaatrecht voor ondernemers te creëren, miskent de – ook door onze wetgever destijds onderkende – grote diversiteit van gevallen die zich hier kunnen voordoen. Het lijkt voorshands beter de talloze casusposities die zich hier kunnen manifesteren op te vangen met het instrument van de (beperkende werking van) redelijkheid en billijkheid, uitgaande van de bestaande wet. Om met Van Gerven te spreken: men moet niet datgene wat nu juist het nut is van vage, onbepaalde begrippen voor het rechtssysteem ongedaan maken.²⁴¹

C. CONCLUSIES

De eerste in dit preadvies aan de orde gestelde vraag luidt: welke rol spelen in het handelsrecht de redelijkheid en billijkheid – met name in hun beperkende werking – in rechtsverhoudingen tussen ondernemers? Als hommage aan het klassieke handelsrecht versta ik hieronder in dit preadvies: het vennootschaps- en ondernemingsrecht, het vervoerrecht, het verzekeringsrecht, de industriële en intellectuele eigendom en de waardepapieren en documentaire kredieten. Bij de beantwoording van deze vraag moet men zich realiseren dat de beperkende werking – die zoals uit de wet blijkt, rechtsverhoudingen tussen ondernemers niet uitzondert – naar haar aard bedoeld is voor uitzonderlijke gevallen (“naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar”, zie de artt. 6:2 lid 2, 6:248 lid 2 en 2:8 lid 2 BW). Een eventueel niet zeer overvloedige rechtspraak zou in dit verband op zichzelf dus niet voldoende zijn om te bewijzen dat de beperkende werking nauwelijks een rol speelt.

Ook de reflexwerking die de zwarte en de grijze lijst in de wettelijke regeling van de algemene voorwaarden blijkens de wetsgeschiedenis hebben op ondernemersverhoudingen (zie hierboven 1.7), biedt een argument tegen de stelling dat voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid nauwelijks plaats is in rechtsverhoudingen tussen ondernemers.

²⁴¹ Zie hierboven 2.1.

De meest toepasselijke rechterlijke uitspraken die ik ter zake van mijn eerste vraag heb kunnen vinden, heb ik weergegeven. Ik heb ze "voorbeelden" genoemd omdat ik zeker niet uitsluit dat er meer zijn.

In het *vennootschaps- en ondernemingsrecht* (zie hierboven 3.2) leren de weergegeven rechterlijke uitspraken dat de beperkende werking (inclusief enige gevallen van misbruik van bevoegdheid) een duidelijk aanwijsbare, reële rol speelt. Op de gebieden: rechtsverhoudingen binnen de vennootschap, besluiten, doeloverschrijding en vertegenwoordiging vond de beperkende werking in ongeveer acht gevallen daadwerkelijk toepassing, terwijl in ongeveer zeven gevallen althans het reeds genoemde criterium werd gesteld. Deze rechtspraak wekt geen verbazing, gelet op de artt. 2:8 lid 2 en 2:15 BW.

Ook in het *vervoerrecht* (3.3) en het *verzekeringsrecht* (3.4) is de rol van de beperkende werking onmiskenbaar. Ik heb hier telkens een scherp onderscheid gemaakt tussen gevallen waarin de rechter oordeelde dat aan het strenge criterium "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar" was voldaan - bij vervoer drie voorbeelden, bij verzekering zes - en de gevallen waarin hij oordeelde dat dit in het betrokken geval niet zo was: bij vervoer acht, bij verzekering vijf voorbeelden.

Dan de *industriële en intellectuele eigendom* (3.5): octrooirecht, merkenrecht, handelsnaamrecht, het recht in zake tekeningen of modellen en het auteursrecht. De rechtspraak hanteert hier behalve het reeds genoemde, strenge redelijkheids- en billijkheids criterium ook het criterium "misbruik van recht" of "misbruik van bevoegdheid". Ook op deze gebieden heb ik onderscheid gemaakt tussen rechterlijke uitspraken waarin wel en die waarin niet werd geoordeeld dat aan deze criteria was voldaan: respectievelijk in totaal negen voorbeelden en veertien. Geconcludeerd moet worden dat ook hier de beperkende werking (de genoemde misbruikcriteria daaronder begrepen) duidelijk haar rol speelt.

Tenslotte de *waardepapieren en documentaire kredieten* (3.6). Vanouds wordt op dit gebied de rechtszekerheid van uitzonderlijk belang geacht. Het is dan ook een duidelijk bewijs voor de waarde die aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in verhoudingen tussen ondernemers wordt toegekend, dat zelfs op het terrein van waardepapieren en documentaire kredieten deze beperkende werking in de rechtspraak is te vinden. Ik gaf één voorbeeld waarin deze beperkende werking werd aanvaard en één waarin zij niet werd aanvaard, maar wel het daaraan inherente criterium werd gesteld. In een verwant geval uit 1995 betref-

fende een bankgarantie (Gesnoteg) onderstreepte de Hoge Raad enerzijds het grote belang van strikte toepassing van de in een garantie als de onderhavige gestelde voorwaarden. Maar anderzijds achtte het college een beroep op het niet vervuld zijn van zo'n voorwaarde naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aanvaardbaar indien de bank was tekortgeschoten in zijn mededelingsplicht tegenover degene die de garantie inriep.

De door mij in ogenschouw genomen *buitenlandse rechtsstelsels* vertonen een uiteenlopend beeld wat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (daaronder begrepen misbruik van recht en misbruik van bevoegdheid) betreft.

Het *Duitse* recht (zie 2.3) lijkt wat dit betreft erg op het onze.

Het *Belgische* Hof van Cassatie (zie 2.1) heeft nog niet zo lang geleden de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid erkend. Deze beperkende werking vindt toepassing via de constructie van misbruik van contractuele rechten. Ook het begrip "rechtsverwerking" is daar sinds 1980 tot ontwikkeling gekomen. Een scherp onderscheid tussen ondernemersverhoudingen en verhoudingen waarbij particulieren betrokken zijn, heb ik in het Belgische recht in verband met de beperkende werking niet aangetroffen. Het misbruik-van-recht-criterium biedt de gelegenheid met alle (specifieke) omstandigheden van het geval rekening te houden.

In het *Franse recht* (zie 2.2) wordt de beperkende werking in het contractenrecht nog steeds in het algemeen, en dus niet alleen in commerciële verhoudingen, afgewezen, hoewel er enige ontwikkelingen vallen te signaleren in het richting van een verzachting van dit standpunt. Ook bij de huidige stand van zaken lijkt het Franse standpunt onbuigzamer dan het is, omdat het verbod van toepassing van de beperkende werking slechts betrekking heeft op contractuele termen die aan het - voor subjectieve waardering vatbare - criterium "clair et précis" voldoen. Ook blijft een beroep op misbruik van industriële- en intellectuele eigendomsrechten en op misbruik van aandeelhoudersmacht mogelijk.

Wat de bescherming op billijkheidsgronden betreft, wordt in het *Engelse recht* (zie 2.4) een scherp onderscheid gemaakt tussen overeenkomsten waarbij consumenten zijn betrokken en overeenkomsten "between businessmen". In Engeland ontbreekt overigens een algemene norm van redelijkheid en billijkheid zoals wij die in Nederland kennen. "Contract is contract" is de hoofdregel waaraan met name in ondernemersverhoudingen de hand wordt gehouden. Wel staat de Engelse rechter een aantal afzonder-

lijke juridische instrumenten (o.a. "unconsciousness", de constructie van de "implied terms" en "estoppel") ten dienste om (grove) onbillijkheden tegen te gaan. Degenen die daarvan profiteren zijn vooral de consument en de ondernemer die minder "bargaining strength" heeft dan zijn wederpartij-ondernemer. Het is niet uitgesloten dat de redelijkheid en billijkheid in de toekomst een meer algemene plaats in het Engelse recht krijgt. Daarover wordt gediscussieerd. Lord Chief Justice Sir Thomas Bingham heeft verklaard dat "good faith" is "the most important contractual issue of our time".

In het *Amerikaanse* recht (zie 2.5) wordt de redelijkheid en billijkheid in het overeenkomstenrecht beheerst door de UCC (The Uniform Commercial Code). Hierin is, in tegenstelling tot het Engelse recht, wél een algemene norm van redelijkheid en billijkheid te vinden (§1-203). Verder werd §2-302 betreffende "Unconscionable contract or Clause" door Llewellyn, de voornaamste auteur van de UCC "perhaps the most valuable section in the entire Code" genoemd. Net als in Engeland waren het vooral de consument en de in verhouding tot zijn wederpartij zwakkere ondernemer die een geslaagd beroep op "unconscionability" hebben gedaan. Er zijn nog andere juridische instrumenten om uit overeenkomsten voortvloeiende grove onbillijkheden tegen te gaan, bijv. via de constructie van de "implied terms".

In 2.6 e.v. heb ik een aantal *Unidroit-* en *Uncitral-regelingen* besproken, althans aangeduid. De belangrijkste daarvan voor het onderwerp van dit preadvies is de veel toegepaste Unidroit Principles of International Commercial Contracts. In de literatuur is deze regeling wel aangeduid als de Magna Charta van het internationale commerciële recht. De door mij geciteerde artikelen van deze regeling, het commentaar daarop en de in dit commentaar gegeven voorbeelden onderstrepen wat in het commentaar wordt gezegd: het beginsel van de redelijkheid en billijkheid kan worden beschouwd als "one of the fundamental ideas underlying the Principles". Dit geldt ook voor de beperkende werking van deze redelijkheid en billijkheid.

Ook het in 2.9 besproken modelcontract van de Internationale Kamer van Koophandel (The ICC Agency Model Contract) biedt een voorbeeld van een regeling waarin de open norm van redelijkheid en billijkheid - inclusief zijn beperkende werking - een preponderante rol speelt.

Het antwoord op de hiervóór geciteerde eerste vraag van dit preadvies is dus dat in het Nederlandse en Duitse recht en in een belangrijke internatio-

nale regeling als de Unidroit Principles of International Commercial Contracts de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een wezenlijke rol speelt in de uitzonderingsgevallen waarvoor zij zijn bedoeld.

O.a. door Brunner en Van Delden is een beeld geschetst van het zakenleven waar de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid nauwelijks betekenis heeft en men, daarin gesteund door de rechtspraak, naar zekerheid streeft, d.w.z. zo min mogelijk open normen. Op grond van mijn hierboven uiteengezette bevindingen meen ik dat dit beeld met name voor Nederland onjuist is.

De tweede in dit preadvies aan de orde gestelde vraag luidt: wat behoort in het handelsrecht in rechtsverhoudingen tussen ondernemers de rol te zijn van de redelijkheid en billijkheid, met name in hun beperkende werking?

Bij het beantwoorden van deze vraag moeten twee aspecten goed in het oog worden gehouden. Het eerste is dat toepassing van deze beperkende werking er niet toe mag leiden dat het handelsverkeer in de betreffende bedrijfstak niet meer functioneert. Het tweede, dat, zoals hierboven bleek, inachtneming van het eerste aspect geenszins in strijd behoeft te zijn met het tegengaan van onaanvaardbare onredelijkheden en onbillijkheden. Neemt men bovendien de onlangs verschenen, ook voor ondernemersverhoudingen geldende Principles of European Contract Law en daartegenover de opvatting van Tjittes in ogenschouw, dan voert dit alles mij tot het volgende antwoord op de tweede vraag:

De rechter moet blijven doen wat hij nu al doet: met inachtneming van het (gevarieerde) karakter van ondernemersverhoudingen uitoefening van contractuele en andere rechten toetsen aan de hand van het criterium "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar" (inclusief misbruik van recht of misbruik van bevoegdheid); de door Tjittes geuite wens een systematisch opgezet, afzonderlijk stuk privaatrecht voor ondernemers te creëren, miskent de – ook door de Nieuw BW-wetgever destijds onderkende – grote diversiteit van gevallen die zich hier kunnen voordoen en verdient dus geen bijval.

Aan het eind gekomen van dit preadvies moge ik mijn welgemeende dank betuigen aan de leden van de staf van de Leidse Afdeling Handelsrecht die veel zoekwerk voor mij hebben verricht: coördinator mr M.P. van den Hoek, mr N.B. Hillebrand, mr P.A.C.E. van der Kooij, mr S.J.A. Mulder, mr G.-J. Vossestein.

De goede zorgen van de secretaresse van Handelsrecht, mevrouw Marianne van der Star-Bousie waren weer onmisbaar.

*Prof. mr. M.M. Mendel
hoogleraar handelsrecht
Universiteit Leiden*

HET EIGEN GEZICHT VAN HET HANDELSRECHT

Samenhangende rechtsverhoudingen in het handelsrecht

Prof. mr C.E. du Perron

'Het toenemende handelsverkeer verstrengelt de rechtsbetrekkingen van de (vele) deelnemers aan dat verkeer. De op individualiteit gerichte structuur van het privaatrecht ondergaat daarvan de invloed.'
(J.B.M. Vranken)¹

¹ De verhandelsrechtelijking van het privaatrecht. Over differentiatie en schaalvergroting, in: *Handelsrecht tussen 'koophandel' en Nieuw BW. Opstellen van de Vakgroep Privaatrecht van de Katholieke Universiteit Brabant bij het 150-jarig bestaan van het WvK* (M.J.G.C. Raaijmakers e.a., red.), Deventer 1988, p. 255.

1. Die vorliegende Arbeit ist das Ergebnis einer
 Untersuchung, die im Auftrag der
 Reichsuniversität Bonn durch
 den Verfasser durchgeführt wurde.
 Die Ergebnisse sind in dieser Arbeit
 dargestellt.

Die vorliegende Arbeit ist das Ergebnis einer
 Untersuchung, die im Auftrag der
 Reichsuniversität Bonn durch
 den Verfasser durchgeführt wurde.
 Die Ergebnisse sind in dieser Arbeit
 dargestellt.

Die vorliegende Arbeit ist das Ergebnis einer
 Untersuchung, die im Auftrag der
 Reichsuniversität Bonn durch
 den Verfasser durchgeführt wurde.
 Die Ergebnisse sind in dieser Arbeit
 dargestellt.

Die vorliegende Arbeit ist das Ergebnis einer
 Untersuchung, die im Auftrag der
 Reichsuniversität Bonn durch
 den Verfasser durchgeführt wurde.
 Die Ergebnisse sind in dieser Arbeit
 dargestellt.

1 Inleiding

Het Nederlandse vermogensrecht met betrekking tot het vraagstuk 'overeenkomst en derden' is in belangrijke mate bepaald door rechtsontwikkeling vanuit het handelsrecht. Zo is de algemene erkenning van het derdenbeding (art. 6:253 BW) mede terug te voeren op het verzekeringsrecht (de verzekering ten gunste van een derde) en het vervoerrecht (de positie van de geadresseerde).² De regeling van middellijke vertegenwoordiging in art. 7:419-421 BW vindt haar oorsprong in rechtspraak over de *commissionair*³ en in de *Unidroit Convention on Agency in the International Sale of Goods 1983*.⁴ De jurisprudentiële regels over de doorwerking van exoneratiebedingen zijn grotendeels ontwikkeld in verband met handelsrechtelijke verhoudingen.⁵

Dat het vraagstuk 'overeenkomst en derden' vaak aan de orde komt in een handelsrechtelijke context, is eenvoudig te verklaren. Mede kenmerkend voor het handelsrecht – in het bijzonder voor het handelsverkeersrecht – is namelijk dat overeenkomsten daarin steeds in nauw verband staan tot andere overeenkomsten. De verbonden overeenkomsten dienen een overkoepelend doel, zoals bijvoorbeeld het verkeer van goederen van de producent naar een consument. Tot dit doel dragen onder meer bij de overeenkomsten van de producent-verkoper met een expediteur, van de expediteur met een vervoerder, van de vervoerder met een ondervervoerder, van de importeur-koper met een groothandelaar en met zijn bank en van de groothandelaar met een winkelier. Hun zin ontleen de overeenkomsten aan hun onderling verband. Daaraan doet niet af dat zeker één van de partijen bij een overeenkomst in het handelsverkeer ernaar streeft met

² Zie F.R. Salomons, *Verzekering ten behoeve van een derde* (diss. Utrecht 1996), Zwolle 1996, p. 140 e.v., met verdere verwijzingen. Zie voor ons omringende landen voorts H. Kötz/(A. Flessner), *Europäisches Vertragsrecht. Band I: Abschluß, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages; Die Beteiligung Dritter am Vertrag*, Tübingen [1996], p. 377 e.v. en W. Lorenz, *Contracts and Third-Party Rights in German and English Law*, in: *The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century* (B.S. Markesinis, ed.), Oxford 1994, p. 65-97, aldaar p. 85. De recente Engelse *Contracts (Rights Of Third Parties) Act 1999* is mede tot stand gekomen vanwege de moeilijkheden die de regel dat derden aan een overeenkomst geen rechten kunnen ontleen in het handelsverkeer veroorzaakte, zie het aan de Act ten grondslag liggende rapport van de Law Commission, *Law Com No 242*, nr. 3.9. e.v. HR 11 maart 1977, *NJ* 1977, 521 m.nt. G.J. Scholten (Kribbebijter).

³ S.Y.Th. Meijer, *Middellijke vertegenwoordiging* (diss. VU 1999), p. 109 e.v.

⁵ Bijvoorbeeld HR 12 januari 1979, *NJ* 1979, 362 m.nt. A.R. Bloembergen (Securicor) en HR 20 juni 1986, *NJ* 1987, 35 m.nt. W.C.L. van der Grinten (Citronas).

die overeenkomst winst te behalen (de verkoper bij handelskoop, de vervoerder bij een vervoerovereenkomst en de bank bij een betalingsopdracht). Die winst komt immers, indien alles verloopt zoals de bedoeling is, uiteindelijk voor rekening van de eindverbruiker van de verhandelde dan wel vervaardigde goederen of de eindafnemer van de geleverde diensten. Zou men op diens aanwezigheid niet kunnen rekenen, dan zouden alle tussenliggende overeenkomsten niet worden gesloten.⁶

De samenhang tussen contractuele rechtsverhoudingen is de afgelopen jaren het onderwerp geweest van diverse privaatrechtelijke beschouwingen.⁷ De essentie van deze beschouwingen is dat het bilaterale contractmodel van de 19^e eeuw niet is toegesneden op de toegenomen en nog steeds toenemende complexiteit van het maatschappelijk verkeer. Contracten kunnen niet meer worden gezien als relaties tussen de contracterende partijen waar alle anderen als derde buitenstaan. Het moderne contractenrecht moet erkennen dat een overeenkomst veelal deel uitmaakt van een stelsel of keten van contracten die in economisch-maatschappelijk opzicht nauw met elkaar zijn verbonden en moet daaraan rechtsgevolgen verbinden. Zo dient het zorgplichten te aanvaarden die de bilaterale contractuele context overschrijden, dient het in sommige gevallen te streven naar centralisering van aansprakelijkheid, dient het de doorwerking van exonerationclausules toe te laten tussen de partijen bij samenhangende

⁶ Vergelijk de bijdrage van Van Schaick aan dit preadvies.

⁷ De belangrijkste auteur op dit gebied is J.B.M. Vranken. Zie naast zijn in noot 1 genoemde opstel onder meer diens *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle 1989, nr. 130 e.v.; Naar een meer geïntegreerd aansprakelijkheidsrecht bij wanprestatie en onrechtmatige daad, in: *Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht* (W.C.L. van der Grinten e.a. red.), Zwolle 1991, p. 323-330; Een niet wenkend toekomstperspectief. Over meerpartijenverhoudingen en de vlucht in het derdenbeding, in: *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel), Deventer 1991, p. 295-307; Maatwerk of konfektie in het verbintenissenrecht, in: *CJHB* (Brunner-bundel), Deventer 1994, p. 417-427; Schaalvergroting in het vermogensrecht. Een slotbeschouwing, *NJB* 1995, p. 1400-1405; en De derde in het overeenkomstenrecht, *WPNR* 6288-6289 (1997). Zie verder onder meer J.G.A. Linssen, Samenhangende rechtsverhoudingen in het contractenrecht, *NJB* 1995, p. 1265-1274; F.B. Bakels, Vloeiend verbintenissenrecht, *RM Themis* 1996, p. 42-56; mijn *Aansprakelijkheid in groepen van contracten. Derdenwerking van overeenkomsten: een Franse les over de contractueel betrokken derde?*, Studiekring 'Prof.mr. J. Offerhaus', nieuwe reeks, nr. 5, Deventer 1996; F.W.J. Meijer, Samenhangende rechtsverhoudingen in ontwikkeling, *WPNR* 6329-6330 (1998); mijn *Overeenkomst en derden. Een analyse van de relativiteit van de contractswerking* (diss. UvA 1999), Deventer 1999 en R. Zwitter, Toetreden tot de vervoersovereenkomst; het Contship America, *Tijdschrift Vervoer & Recht* 2000, p. 33-44.

overeenkomsten en dient het onder omstandigheden het lot van de ene overeenkomst te laten afhangen van dat van een andere.

Het handelsverkeer onttrekt zich niet aan de toenemende complicering van contractuele verhoudingen. Als ondernemingen zich gaan concentreren op kernactiviteiten en andere werkzaamheden overlaten aan derden (onder meer door *outsourcing*) neemt het aantal contractuele verbindingen dat vereist is om een prestatie tot stand te brengen toe. Toch kan men niet stellen dat het handelsrecht met een nieuw fenomeen wordt geconfronteerd. Zoals ik hiervoor al opmerkte, brengt de aard van het handelsverkeer mee dat handelsrechtelijke overeenkomsten veelal nauw met andere handelsrechtelijke overeenkomsten zijn verbonden. In het verleden was dat niet anders: de hedendaagse discussie over samenhangende rechtsverhoudingen heeft in de vorige eeuw – toen nog onder de vlag van de derdenwerking van overeenkomsten – haar oorspong gehad in het vervoerrecht.

In dit deel van het preadvies wil ik enkele aspecten van het verschijnsel 'samenhangende rechtsverhoudingen' aan de orde stellen. Ik concentreer mij daarbij op de vraag of een objectief criterium bestaat aan de hand waarvan de samenhang in contractuele rechtsverhoudingen kan worden vastgesteld. In verband met de positie van hulppersonen bij de doorwerking van exoneratiebedingen, bespreek ik vervolgens hoe moeilijk het is te bepalen welk regime een samenhangende contractuele structuur beheerst.

2 Wanneer bestaat er samenhang?

2.1 Inleiding

Wanneer men aan de samenhang van overeenkomsten rechtsgevolgen wil verbinden, zal men eerst moeten vaststellen wanneer er zodanige samenhang bestaat dat hij deze rechtsgevolgen kan rechtvaardigen. Een criterium daarvoor is evenwel moeilijk te vinden. Het voert te ver deze kwestie hier uitputtend te bespreken – de rechtsontwikkeling is daarvoor mijns inziens nog niet voldoende voortgeschreden. Aan de hand van een zeer korte uiteenzetting van de Franse leer van de groepen van contracten (§ 2.2), de Duitse theorie van de *Netzverträge* (§ 2.3) en het criterium voorgesteld door Vranken (§ 2.4) zal ik uiteenzetten welke problemen aan het opsporen van een criterium zijn verbonden (§ 2.5).

2.2 De Franse leer van de groepen van contracten⁸

In Frankrijk heeft men vanaf het begin van de jaren '70 getracht aansprakelijkheid in verbanden van samenhangende overeenkomsten te contractualiseren. Aan deze ontwikkeling van de leer van de groepen van contracten lagen deels specifiek Franse problemen ten grondslag: omdat een contractuele fout naar Frans recht spoedig onrechtmatig is jegens derden en het Franse recht vrijtekening voor delictuele aansprakelijkheid slechts in beperkte mate toestaat, wordt de positie van een Franse contractspartij al gauw bedreigd door vorderingen van derden uit onrechtmatige daad. De oplossing zocht men in een ander specifiek kenmerk van het Franse recht: samenloop tussen een contractuele vordering en een delictuele vordering is daarin doorgaans uitgesloten. Door een contractuele vordering toe te kennen aan derden die bij de uitvoering van een overeenkomst schade lijden, werd deze derden de delictuele vordering ontnomen. De vervangende contractuele vordering werd vanzelfsprekend beheerst door de contractuele verweermiddelen.

De Franse literatuur heeft diverse typen van samenhangende overeenkomsten geïdentificeerd. Niet alle schrijvers kwamen daarbij tot dezelfde indeling. In een grove afbakening kan men drie typen onderscheiden: a) ketens van contracten met betrekking tot verwerving van een zaak; b) ketens van contracten waarbij een prestatie wordt uitbesteed; c) overige samenhangende contracten.

De Franse rechtspraak toonde zich over de waarde van de leer van de groepen van contracten verdeeld. De derde kamer en de handelskamer van het *Cour de cassation* wilden weinig van de leer weten; de eerste civiele kamer omarmde haar. In het arrest Besse van 12 juli 1991⁹ verwierp de *Assemblée plénière* van het *Cour de cassation* de leer voor de hiervoor onder b en c genoemde typen gevallen. Slechts in ketens van contracten met betrekking tot een zaak (type a) aanvaardde zij de contractuele aard van de aansprakelijkheid. Ik zal de drie genoemde typen van contracten hierna achtereenvolgens kort bespreken.

⁸ Deze paragraaf is grotendeels gebaseerd op mijn *Aansprakelijkheid in groepen van contracten* (1996), met nadere verwijzingen.

⁹ Cass. (Ass. Plén.) 12 juli 1991, *D.*1991.Jur.549 note Ghestin ; *JCP* 1991.21743 note Viney.

a) *Ketens van contracten met betrekking tot verwerving van een zaak*

Bij het type 'ketens van contracten met betrekking tot een zaak' gaat het om een rechtsopvolger die door toedoen van een rechtsvoorganger die niet zijn directe wederpartij is schade lijdt doordat de zaak die hij verkregen heeft gebrekkig is.¹⁰ Men onderscheidt in Frankrijk gevallen waarin de voorliggende overeenkomst in de keten een koopovereenkomst is van die waarin deze een aannemingsovereenkomst is, maar dat onderscheid is niet van wezenlijk belang.

De Franse rechtspraak kent een rechtsopvolger die door non-conformiteit schade lijdt een contractuele vordering toe tegen de verantwoordelijke rechtsvoorganger, ook als deze niet zijn wederpartij is. De grondslag van deze vordering is onduidelijk. Veelal neemt men aan dat de rechtsopvolger de vordering verkrijgt van zijn directe rechtsvoorganger. Die constructie levert evenwel problemen op als de rechtsopvolger ervoor kiest zijn directe voorganger voor de schade aan te spreken en niet de verantwoordelijke eerdere rechtsvoorganger. De directe voorganger heeft in dat geval namelijk geen verhaal 'naar boven': zijn vordering ter zake is immers op de laatste rechtsopvolger overgegaan.

De eenheid in de hier behandelde ketens van overeenkomsten is eenvoudig vast te stellen. De betrokken overeenkomsten strekken alle tot het verwerven van de eigendom van een bepaalde zaak, hetzij door overdracht (bij een koopovereenkomst), hetzij door natrekking (veelal bij een aannemingsovereenkomst). Het nadeel van het criterium van 'rechtsovergang of -verwerving' is echter dat contractueel gebruiksgerechtigden tot de zaak – die door een tekortkoming daarin eveneens schade kunnen lijden – buiten de keten vallen. Bacache-Gibeili heeft daarom verdedigd dat de eenheid moet worden gezocht in de verplichting een conforme zaak aan de wederpartij ter beschikking te stellen (af te leveren).¹¹ Huurder en bruiklener worden dan in de keten opgenomen, evenwel met het gevolg dat de juridische constructie van de overgang van de vordering niet meer mogelijk is. Bacache-Gibeili lost deze moeilijkheid op door alle partijen bij samenhangende overeenkomsten binnen de verbindende kracht van elkaars overeenkomsten te brengen: het beginsel van de relativiteit van de contractswerking (art. 1165 Code civil) geldt in haar opvatting niet voor de betrokkenen bij een groep van contracten.¹²

¹⁰ Het navolgende is thans alleen nog van belang voor schade die niet vergoed wordt onder de richtlijn productenaansprakelijkheid.

¹¹ M. Bacache-Gibeili, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, Bibliothèque de droit privé tome 268, Paris L.G.D.J. 1996, nr. 148 e.v.

¹² M. Bacache-Gibeili, a.w. (vorige noot), nr. 288 e.v.

b) Ketens van contracten waarbij een prestatie wordt uitbesteed

Een keten van type b bestaat waar een contractuele debiteur hulppersonen inschakelt bij het verrichten van zijn prestatie. Het kan hierbij zowel gaan om zelfstandige hulppersonen als om werknemers van de debiteur. Op dergelijke ketens kom ik in het navolgende uitgebreid terug.

c) Overige samenhangende contracten

De restgroep van 'overige samenhangende contracten' stamt uit het werk van de Franse auteur Teyssié.¹³ Teyssié onderscheidt naast de hiervoor geschetste ketens van overeenkomsten voorts '*ensembles de contrats*'. Kenmerkend voor deze groep is dat een van de partijen een spilpositie inneemt. De betrokken overeenkomsten hangen samen, omdat zij alle noodzakelijk zijn voor het doel dat deze spilfiguur wil bereiken.

Een voorbeeld van een stelsel van overeenkomsten dat tot deze restgroep behoort, biedt een uitspraak van de eerste civiele kamer van het *Cour de cassation*.¹⁴ Het ging daarin om schade die aan een vliegtuig van de maatschappij Braathens SAFE was ontstaan toen het werd weggeduwd door een trekker van het Parijse vliegveld Orly. De schade ontstond toen de trekker losbrak van de sleepboom en tegen het landingsgestel botste. Oorzaak van het losbreken van de trekker was een defect in een ventiel, vervaardigd door de Société Soderep en in de trekker gemonteerd door de Société Saxby, de fabrikant van de trekker. Braathens sprak het vliegveld, Soderep en Saxby aan tot schadevergoeding. Het hof wees de vordering tegen het vliegveld af op grond van een exonerationebeding in het contract tussen het vliegveld en Braathens en wees de vorderingen tegen Saxby en Soderep toe op grond van onrechtmatige daad.

De eerste civiele kamer casseerde. Zij overwoog in algemene termen dat binnen een groep van contracten de vordering tot schadevergoeding van iemand die slechts schade heeft geleden omdat hij een band heeft met het oorspronkelijke contract, noodzakelijkerwijs wordt beheerst door het contractenrecht. Het hof had volgens de kamer dan ook ten aanzien van de vorderingen tegen Soderep en Saxby niet aan het contract tussen Braathens en het vliegveld voorbij mogen gaan.

¹³ B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, Bibliothèque de droit privé tome CXXXIX, Paris LGDJ 1975.

¹⁴ Civ. 1re, 21 juni 1988, *D.*1989.Jur.5 note Larroumet; *JCP* 1988.II.21125.

Zoals ik reeds opmerkte, heeft de *Assemblée plénière* van het *Cour de cassation* in het arrest Besse van 12 juli 1991¹⁵ de leer van de groepen van contracten voor de onder b en c genoemde typen gevallen verworpen. Alleen voor ketens van contracten met betrekking tot verkrijgingen van een zaak (type a) heeft de *Assemblée* de leer aanvaard.

2.3 *Netzverträge*

Evenals de Franse leer van de groepen van contracten is het Duitse concept van *Netzverträge* bedoeld om juridische eenheid te brengen in feitelijk samenhangende overeenkomsten. Volgens de Duitse schrijver Rohe bestaat de eenheid in een *Netzvertrag* uit het gemeenschappelijk doel dat alle betrokkenen nastreven. Dat doel is de uitvoering van een hoofdtransactie (bijvoorbeeld een girale betaling). Uit overwegingen van efficiency wordt deze hoofdtransactie uitgevoerd door gebruik te maken van gestandaardiseerde en herhaalbare ondergeschikte transacties (in het voorbeeld het systeem van het girale betalingsverkeer en de daarmee verbonden overeenkomsten en prestaties). Alle betrokkenen kunnen van het daardoor behaalde kostenvoordeel profiteren.¹⁶

Kenmerkend voor een *Netzvertrag* is de samenhang tussen de diverse transacties. Een keten van eigendomsverkrijgingen (het Franse type a) is dan ook niet altijd een *Netzvertrag*. Daartoe is nodig dat de verkrijgingen onderdeel uitmaken van een meeromvattend contractueel systeem, zoals een stelsel van *just in time production*.

Rohe onderscheidt *Netzverträge* in gecentraliseerde (of hiërarchische) en gedecentraliseerde varianten. Bij gecentraliseerde *Netzverträge* is er een spilfiguur en staat de eindafnemer buiten het gemeenschappelijke doel. Zo maakt het de koper van een auto niets uit of de fabrikant deze al dan niet met behulp van *just in time production* heeft vervaardigd en zal het de klant van een hamburgerrestaurant onverschillig zijn of dit als franchise gedreven wordt. Bij gedecentraliseerde *Netzverträge* ontbreekt een dergelijke spilfiguur. De afnemer of opdrachtgever is deel van het systeem omdat hij invloed heeft op het bereiken van het doel. Zo kan een betaling alleen goed uitgevoerd worden als de opdrachtgever de benodigde

¹⁵ Cass. (Ass. Plén.) 12 juli 1991, *D.1991.Jur.549* note Ghestin; *JCP* 1991.21743 note Viney.

¹⁶ M. Rohe, *Netzverträge. Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen*, [Tübingen 1998], i.h.b. p. 65 e.v.

gegevens verschaft en zullen vervoerde goederen veelal niet in goede staat aankomen als de afzender ze niet behoorlijk heeft verpakt.¹⁷

2.4 *Vranken*

Vranken heeft voorgesteld als maatstaf voor samenhang in contractuele verhoudingen te kiezen voor 'dezelfde prestatie'. Volgens hem levert de regel dat partijen hun overeenkomst niet kunnen tegenwerpen aan derden en dat derden geen beroep kunnen doen op de overeenkomst van partijen de meeste moeilijkheden op in wat hij noemt 'verticale verhoudingen'. Het gaat daarbij om verhoudingen die worden gevormd door opeenvolgende of samenhangende schakels in verkoop-, productie- of dienstverleningsprocessen, waarbij de schakels allemaal hetzij een bijdrage leveren aan het tot stand brengen van dezelfde prestatie, hetzij bij de deugdelijkheid van dezelfde prestatie belang hebben. Door het referentiepunt 'dezelfde prestatie' is het volgens Vranken mogelijk zonder al te veel problemen de kring van betrokkenen in verticale verhoudingen (en daarmee de relevante samenhang tussen die verhoudingen) te bepalen.¹⁸

2.5 *De met het samenhangcriterium verbonden problemen*

2.5.1 *Inleiding*

Hiervoor heb ik enige voorbeelden gegeven van categorieën van samenhangende contracten die in de Franse en Duitse literatuur worden onderscheiden. Daarbij is gebleken dat er twee criteria voor het vaststellen van samenhang zijn voorgesteld: 'hetzelfde doel' of 'dezelfde prestatie.' In deze subparagraaf wijs ik op belangrijke problemen die met deze criteria zijn verbonden. Ik volg daarbij voor de overzichtelijkheid de Franse indeling van groepen van contracten.

2.5.2 *Ketens van verwervingen*

Eenheid door dezelfde prestatie en overgang belang

De eenheid binnen ketens met betrekking tot de verwerving van een zaak is eenvoudig vast te stellen. Er is sprake van herhaling van dezelfde prestatie (overdracht) of van een daarmee sterk vergelijkbare prestatie

¹⁷ Rohe, a.w. (vorige noot), p. 5 en passim.

¹⁸ De derde in het overeenkomstenrecht, *WPNR* 6289 (1997), nr. 24.

(vervaardiging of bevestiging en natrekking). Het resultaat is steeds dat het belang bij de zaak op een ander overgaat.

Het ligt voor de hand aan het gegeven dat het belang overgaat, de consequentie te verbinden dat met dat belang verbonden contractuele vorderingen eveneens overgaan.¹⁹ Als A aan B een auto verkoopt en levert met de garantie dat deze onlangs is gereviseerd, en B verkoopt en levert de auto door aan C, waarna blijkt dat van enige revisie geen sprake is geweest, zal C op grond van de garantie naar Nederlands recht A kunnen aanspreken indien hij de vordering van B ter zake als kwalitatief recht (art. 6:251 BW) heeft verkregen. Dit zal het geval zijn indien A en B de overgang niet hebben uitgesloten en indien B zelf geen belang meer heeft bij de vordering. Is B zelf voor de schade van C aansprakelijk, dan heeft hij belang bij zijn vordering jegens A behouden, omdat hij daarmee verhaal moet zoeken voor hetgeen hij aan C betaalt. De vordering gaat evenmin over indien het nadeel reeds is verdisconteerd in de koopprijs die C aan B heeft betaald – waarvoor vanzelfsprekend noodzakelijk is dat het ten tijde van de verkoop al bekend was.

Met de combinatie van rechtsovergang en kwalitatieve verbondenheid (accessoriteit) is zowel een duidelijk samenhangcriterium als een rechtsgrond voor de overgang gegeven. Veel stelt de eenheid in ketens van verkrijgingen bij toepassing van dit criterium evenwel niet voor: het enige verband tussen de betrokken overeenkomsten is dat zij op de rechtsovergang van dezelfde zaak betrekking hebben. Zij zijn niet met het oog op elkaar (of op een overkoepelende overeenkomst) aangegaan en kunnen in tijd ver uit elkaar liggen. Het rechtsgevolg van de eenheid is dan ook beperkt: de kwalitatieve of accessoire overgang van contractuele rechten komt in wezen neer op een veronderstelde cessie.

Een probleem bij de overgang van rechten in ketens van verwervingen is nog de positie van gebruiksgerechtigden. Bij de bespreking van de Franse literatuur bleek al dat de constructie van de kwalitatieve of accessoire overgang van een contractueel vorderingsrecht niet kan dienen om gebruiksgerechtigden tot een zaak een vorderingsrecht tegen 'voorgangers' binnen de keten te verlenen. Omdat de gebruiksgerechtigde eenvoudig bij zijn wederpartij terecht kan (anders dan bij verkoop is er bij een gebruiksrecht blijvend contact en veelal een periodieke tegenprestatie) levert dat in de praktijk waarschijnlijk weinig problemen op.²⁰

¹⁹ Een gedachte die met ook terugvindt in art. 263 WvK (verzekering volgt belang).

²⁰ Zie over de overgang in een keten nader Asser-Hartkamp 4-II (1997), nr. 399;

Bijzondere gevallen: eenheid door doelgerichtheid

De samenhang in een keten van verwervingen kan groter zijn dan het gegeven dat het belang bij een bepaalde zaak overgaat. Zo kan A aan B halffabrikaten leveren die aan bepaalde specificaties moeten voldoen omdat B daarmee een product vervaardigt dat C weer in zijn productieproces gebruikt. Als C in een dergelijk geval leiding geeft aan het contractuele proces (bijvoorbeeld door de specificaties voor te schrijven) heeft de keten de eenheid van een *Netzvertrag* in de door Rohe omschreven zin. Een rechtsgevolg daarvan zou kunnen zijn dat A jegens C aansprakelijk is als het door A aan B geleverde product niet aan de door C opgegeven specificaties voldoet en C hierdoor schade lijdt.²¹

Een duidelijk criterium om ketens met een dergelijke bijzondere samenhang te scheiden van andere ketens, is mijns inziens evenwel niet te geven. Het criterium 'dezelfde prestatie' helpt niet meer. Het criterium 'hetzelfde doel' geeft wel de richting aan waarin de samenhang gezocht moet worden, maar is zodanig vaag dat het geen duidelijke antwoorden oplevert. In de praktijk zal het wederom aankomen op alle omstandigheden van het geval, waarbij in het bijzonder van belang zijn het inzicht dat de betrokkenen hebben in de feitelijke afhankelijkheid van de diverse prestaties en de verwachtingen die over en weer bij de betrokkenen bestaan. Dit zijn contractueel getinte criteria, zodat in geval van aansprakelijkheid de toepassing van een contractueel regime (zoals doorwerking van de exonerationbedingen van A) mijns inziens voor de hand ligt.

Het ontbreken van een duidelijk criterium om bijzondere samenhang in ketens op te sporen leidt tot rechtsonzekerheid. Een voor de hand liggende vraag is dan ook of het niet wenselijker is af te wijzen dat buiten het contractenrecht zorgplichten en aansprakelijkheden kunnen ontstaan op grond van bijzondere samenhang tussen verschillende overeenkomsten. C moet dan, als hij wil dat A direct jegens hem voor specificaties instaat, dit maar contractueel via B of direct met A regelen.

Het arrest Mooijman/Netjes²² toont in een iets andere context aan dat een dergelijke oplossing zinloos is. Het ging in die zaak om het volgende. Aannemer Netjes had samengewerkt met leverancier Mooijman teneinde de kopers van door Netjes gebouwde woningen in de gelegenheid te stellen

Vranken, *WPNR* 6289 (1997), nr. 1 e.v. en mijn *Overeenkomst en derden* (1999), nr. 274.

²¹ Vergelijk HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 159 m.nt. A.R. Bloembergen (ondeugdelijke steenwol).

²² HR 29 mei 1998, *NJ* 1999, 98 m.nt. J.B.M. Vranken.

door Mooijman te leveren "zonneranda's" te kopen. Mooijman zou de zonneranda's aan de woningen bevestigen. Omdat Netjes haar werkzaamheden ondeugdelijk had uitgevoerd, moest Mooijman bij het plaatsen van de zonneranda's extra kosten maken, onder meer wegens vertraging. Zij sprak Netjes tot vergoeding daarvan aan uit overeenkomst en onrechtmatige daad. Het hof wees de vordering op beide grondslagen af. Een overeenkomst was naar zijn oordeel niet totstandgekomen. Evenmin bestond er in de omstandigheden van het geval een (bijzondere) zorgplicht van Netjes om Mooijman voor de gevorderde schade te behoeden, aldus het hof.

Wat de contractuele grondslag betreft, liet de Hoge Raad dat oordeel in stand. Hij overwoog:

'dat de vraag in hoeverre twee partijen die met het oog op hun overeenkomsten met derden ter zake van door hen te bouwen voorzieningen zich feitelijk in een zekere mate van samenwerking begeven, geacht moeten worden ook onderling een overeenkomst te hebben gesloten, slechts kan worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarvan de waardering in belangrijke mate feitelijke van aard is. (...) Het Hof heeft (...) kennelijk geoordeeld dat alle door [Mooijman] ingeroepen feiten en omstandigheden, ook in onderling verband beschouwd, nog niet tot de conclusie leiden dat een overeenkomst als door Mooijman gesteld, is tot stand gekomen. Aldus opgevat geeft 's Hofs oordeel, verweven met feitelijke waarderingen als het is, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting'(r.o. 3.3).

Wat de grondslag onrechtmatige daad betreft, kon het arrest van het hof de toetsing in cassatie niet doorstaan. De Hoge Raad nam tot uitgangspunt:

'Dat hier, ofschoon tussen partijen geen overeenkomst bestaat, wel sprake is van een feitelijke samenwerking, die onder meer hierdoor wordt gekenmerkt dat Mooijman haar werkzaamheden slechts kon verrichten indien de (...) met het oog daarop door Netjes aan te brengen bouwkundige aanpassingen aan bepaalde haar bekende eisen voldeden. Een zodanige feitelijke samenwerking zal in beginsel meebrengen dat Netjes niet alleen jegens haar contractuele wederpartijen – de kopers van de woningen – maar ook op grond van hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens Mooijman gehouden is de aanpassingen deugdelijk uit te voeren' (r.o. 3.4).

Samenwerking schept dus verplichtingen. Omdat de vraag of al dan niet een overeenkomst is totstandgekomen cassatietechnisch 'feitelijker' is dan

de vraag naar de eisen van de maatschappelijke zorgvuldigheid, leidt de Hoge Raad de verplichtingen af uit hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Men kan zich afvragen of het niet meer voor de hand ligt in dit soort gevallen een overeenkomst aan te nemen, maar dat is niet waar het mij hier om gaat. Zou het hof op grond van de samenwerking tussen partijen wel tot het bestaan van een overeenkomst hebben besloten, dan had de Hoge Raad dat oordeel zeker in stand gelaten. Daaruit volgt dat waar het gaat om verplichtingen die uit feitelijke samenwerking voortvloeien, rechtszekerheid slechts te bereiken is indien men niet alleen de buitencontractuele aansprakelijkheid indamt, maar ook zware eisen stelt aan de totstandkoming van een overeenkomst.

Ander type: de keten is slechts een feitelijk verband

Van gevallen waarin aansprakelijkheid is gebaseerd op enige vorm van samenhang in een keten van verwervingen moet men gevallen onderscheiden waarin de keten alleen het feitelijk verband vormt tussen onrechtmatige daad en schade. Zo zal de wijze waarop een rechtsvoorganger heeft gehandeld onder omstandigheden een onrechtmatige daad opleveren jegens een latere verkrijger – al dan niet binnen het kader van de productenaansprakelijkheid. Voorbeelden zijn het in het verkeer brengen van een gevaarlijke zaak of van zwaar verontreinigde bouwgrond. Op de inhoud van de betrokken overeenkomsten of op de samenhang daartussen komt het in zulke gevallen niet aan: de overeenkomst is slechts de weg waarlangs de zaak de rechtsopvolger bereikt. Andere gebruikers van de zaak dan een rechtsopvolger kunnen als zij schade lijden in veel gevallen eveneens uit onrechtmatige daad ageren. De getroffen rechtsopvolger heeft een vordering op grond van onrechtmatige daad die in beginsel niet aan enig contractueel verweermiddel van de rechtsvoorganger is onderworpen. Deze vorm van aansprakelijkheid heb ik eerder aansprakelijkheid op grond van heteronome normen genoemd.²³ Omdat Vranken er terecht op heeft gewezen dat deze term onduidelijk is, omdat heteronome normen ook voorkomen in een contractuele context,²⁴ verkies ik thans de term buitencontractuele aansprakelijkheid.

²³ *Aansprakelijkheid in groepen van contracten* (1996), nr. 84 e.v.; *Overeenkomst en derden* (1999), nrs. 8 en 298 e.v.

²⁴ In De derde in het overeenkomstenrecht, *WPNR* 6289 (1997), nr. 34 en in een gesprek dat ik met hem over deze kwestie had.

2.5.3 Ketens waarbij een prestatie wordt uitbesteed

Iemand die een contractuele prestatie krijgt opgedragen, laat de feitelijke uitvoering daarvan in veel gevallen aan anderen over. Als die anderen in dienstbetrekking bij hem werkzaam zijn, is inmiddels algemeen aanvaard dat op grond van 'eenheid van onderneming' plaatsvindt wat men 'contractuele vereenzelviging' zou kunnen noemen. De contractant is voor de gedragingen van zijn werknemers contractueel aansprakelijk zoals voor zijn eigen gedragingen (art. 6:76 BW).²⁵ De werknemers kunnen zich op hun beurt beroepen op de exoneratiebedingen die hun werkgever met zijn wederpartij is overeengekomen (art. 6:257 BW).²⁶

De 'contractuele vereenzelviging' van art. 6:76 BW strekt zich ook uit tot hulppersonen die niet in dienstbetrekking van de wederpartij werkzaam zijn. Aan deze regel liggen diverse overwegingen ten grondslag. Zo is het onwenselijk dat de schuldenaar zijn aansprakelijkheidslast zou kunnen verminderen door zijn verbintenis niet zelf uit te voeren, doch daarvoor derden in te schakelen. Voorts moet worden voorkomen dat de schuldeiser voor bewijsproblemen komt te staan doordat hij niet kan aantonen waar het bij de uitvoering van de verbintenis fout is gegaan. Daarnaast speelt het profijtbeginsel een rol: de schuldenaar moet het risico dragen dat gepaard gaat met de uitbreiding van zijn bedrijvigheid door het inschakelen van anderen.²⁷

De aansprakelijkheid van art. 6:76 bestaat alleen voor de gedragingen van personen die de schuldenaar direct of indirect inschakelt bij het uitvoeren van zijn hoofdverbintenis of van de op hem rustende bijkomende verbintenissen.²⁸ Zo is de schuldenaar niet op grond van deze bepaling aansprakelijk voor gedragingen van werknemers van een toeleverancier, die veroorzaken dat zaken die de schuldenaar bij het uitvoeren van zijn verbintenis nodig heeft te laat worden geleverd.²⁹

²⁵ De buitencontractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen kan ik in dit verband buiten beschouwing laten.

²⁶ Zie mijn *Overeenkomst en derden* (1999), nr. 397 e.v. voor een pleidooi voor immuniteit voor werknemers.

²⁷ *Parl. Gesch. Boek 6 Nieuw BW (vaststellingswet)*, Deventer 1981, p. 266 e.v.; zie voorts HR 21 mei 1999, NJ 1999, 733 m.nt. Jac. Hijma.

²⁸ *Parl. Gesch. Boek 6 Nieuw BW (vaststellingswet)*, Deventer 1981, p.; Asser-Hartkamp 4-I (2000), nr. 325 e.v. 269.

²⁹ Het voorbeeld is van Hartkamp, t.a.p.

Uit het voorgaande volgt dat voor het opsporen van samenhang in ketens waarbij een prestatie wordt uitbesteed het criterium 'dezelfde prestatie' waarschijnlijk goede diensten kan bewijzen. Dit is – naar de kern genomen – immers ook het criterium van art. 6:76 BW. Geheel duidelijk is overigens niet wie er onder art. 6:76 vallen. Het moet gaan om personen die zijn ingeschakeld ter uitvoering van de verbintenis van de schuldenaar. Aan dat criterium is in ieder geval voldaan als schuldenaar C het geheel of een deel van de met zijn opdrachtgever E overeengekomen werkzaamheden als zodanig door H laat verrichten. De aansprakelijkheid is evenwel niet beperkt tot personen die handelen waar de schuldenaar dat ook zelf had kunnen doen. Zo staat de advocaat in voor de door hem in een ander arrondissement dan het zijne ingeschakelde procureur.³⁰ Het uitbesteden van een bijkomende verplichting, zoals die tot het bewaken van opgeslagen goederen, zou ik eveneens voldoende willen achten. Als E en C zijn overeengekomen dat C een gespecialiseerd bewakingsbedrijf als dat van H zal inschakelen – zodat C niet tot bewaken maar tot dat inschakelen is gehouden – is H in de regel echter geen hulppersoon van C. Tot slot acht ik het mogelijk dat H ook als hulppersoon van C heeft te gelden indien C met H een andersoortige overeenkomst sluit, mits hij dat enkel doet ter uitvoering van zijn overeenkomst met E. Waarschijnlijk is er geen eenheid van prestatie tussen enerzijds de opdrachten die H krijgt en anderzijds de langlopende overeenkomsten die hij in het algemeen voor het uitoefenen van zijn bedrijf heeft afgesloten of de incidentele overeenkomsten die C anders dan ter uitvoering van een bepaalde opdracht sluit. Twijfel kan bestaan bij de verleners van 'infrastructurale' diensten. Als een reisbureau een boeking niet kan verrichten door een communicatiestoornis, is de telefoonmaatschappij of de internetprovider waar de stoornis optrad dan zijn hulppersoon?

Leveranciers van de zaken die C bij het verrichten van zijn prestatie gebruikt vallen niet onder art. 6:76 – voor zaken die de schuldenaar gebruikt, geldt art. 6:77 BW. Hetzelfde geldt vanzelfsprekend voor leveranciers en hulppersonen van een dergelijke leverancier. Noch de fabrikant van de trekker, noch de leverancier van het defecte ventiel in de hiervoor besproken zaak van het ongeluk op het vliegveld Orly, zijn naar Nederlands recht dus hulppersoon van het vliegveld. Een uitzondering is wellicht te maken voor het geval dat C ter uitvoering van zijn overeenkomst met E een specifieke zaak laat vervaardigen door H.³¹

³⁰ Hof 's-Gravenhage 24 februari 1999, *JOR* 1999/189.

³¹ Zie over het begrippen 'hulppersoon' en 'dezelfde prestatie' (of: 'eenheid van prestatie') nader mijn *Overeenkomst en derden* (1999), nr. 418.

Aan de rechtsgevolgen van de samenhang in ketens waarbij een prestatie wordt uitbesteed besteed ik aandacht in § 3.

2.5.4 Overige samenhangende contracten

Tenzij men het begrip 'dezelfde prestatie' oprekt tot ver buiten de grenzen van art. 6:76 BW, is zijn rol op enig moment uitgespeeld. De samenhang tussen overeenkomsten kan dan uitsluitend nog worden vastgesteld door rekening te houden met de verwachtingen van alle betrokkenen. Dit bleek reeds bij de bespreking van de samenhang in ketens.

Een voorbeeld van buiten het handelsrecht biedt de rechtspraak van de Hoge Raad over financieringstransacties. In de zaak Jans/Fiat Credit³² had Jans had een auto in huurkoop betrokken van Hameeteman. Daarbij was de financiering verstrekt door Fiat Credit Nederland B.V., die de gelden rechtstreeks aan Hameeteman voldeed. De auto bleek gebrekkig. Op grond daarvan wilde Jans zowel de huurkoopovereenkomst als de financieringsovereenkomst ontbinden. De rechtbank oordeelde dat de financieringsovereenkomst in stand bleef, ongeacht ontbinding van de koopovereenkomst, nu beide overeenkomsten niet onlosmakelijk waren verbonden. De Hoge Raad overwoog dat art. 7A:1576h, in het licht van de bescherming die het de huurkoper beoogt te bieden, meebrengt dat ook indien de overeenkomst tussen de huurkoper en de huurverkoper (verder: de koopovereenkomst) enerzijds en de financieringsovereenkomst anderzijds als afzonderlijke overeenkomsten moeten worden beschouwd, de aard van de krachtens die bepaling tussen de partijen ontstane rechtsverhouding in beginsel wijst op een zodanige verbondenheid tussen de beide overeenkomsten dat vernietiging of ontbinding van de koopovereenkomst noodzakelijkerwijs tot gevolg heeft dat de financieringsovereenkomst evenmin in stand kan blijven. Of die verbondenheid in een concreet geval inderdaad bestaat, moet volgens de Raad:

'worden vastgesteld aan de hand van uitleg van die rechtsverhouding in het licht van de omstandigheden. Zijn de financieringsovereenkomst en de overeenkomst tussen de huurkoper en de huurverkoper, zoals in het onderhavige geval, (nagenoeg) gelijktijdig en met medewerking van alle drie genoemde partijen tot stand gekomen, zoals bijvoorbeeld kan blijken uit het feit dat beide overeenkomsten in een [één] akte zijn neergelegd, dan zal bij die uitleg in het bijzonder acht moeten worden geslagen op hetgeen ieder van de drie partijen van de andere partijen heeft ver-

³² HR 23 januari 1998, *NJ* 1999, 97 m.nt. J.B.M. Vranken. Zie ook HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 307 m.nt. J.B.M. Vranken.

wacht en heeft mogen verwachten. Voorts kan voor die uitleg van belang zijn of een vaste betrekking bestond tussen de huurverkoper en de financier dan wel of de financier regelmatig als zodanig is opgetreden ter zake van huurkoopovereenkomsten die door de huurverkoper zijn gesloten, alsmede of de huurverkoper is opgetreden als gevolmachtigde van de financier, in welk geval wetenschap van de huurverkoper, met name omtrent gebreken in de verkochte zaak, naar de maatstaf van art. 3:66, tweede lid, BW aan de financier moet worden toegerekend.'

Ook hier aanvaardt de Hoge Raad een soort contractuele vereenzelviging: indien de huurkoper, als gevolg van de gang van zaken rond de totstandkoming van de koopovereenkomst en de financieringsovereenkomst, mocht verwachten dat de beide overeenkomsten onlosmakelijk met elkaar waren verbonden, en indien deze verwachting aan de financier toerekenbaar is, deelt de financieringsovereenkomst het lot van de koopovereenkomst. Met het oog op bescherming van de huurkoper is het wenselijk op deze wijze de (geconstrueerde) juridische scheiding tussen de beide overeenkomsten te kunnen doorbreken.

De samenhang tussen huurkoopovereenkomst en financieringsovereenkomst wordt niet bepaald door de daarmee gemoeide prestaties. Wie geld leent bij zijn bank om een auto te kopen, kan gebreken in die auto in de regel niet aan de bank tegenwerpen. Het is de eenheid tussen financier en huurverkoper die de verwachtingen van de koper, en daarmee het resultaat, bepaalt.

2.5.5 Conclusie

Ketens met betrekking tot de overdracht of andersoortige verwerving van de eigendom van een zaak kan men met het criterium 'dezelfde prestatie' goed afbakenen. Door de structuur van de rechtsovergang is ook een duidelijke grondslag aan te wijzen voor de vordering van een latere rechtsverkrijger: de overgang van de betrokken vordering. Het is niet voor niets dat het *Cour de cassation* de leer van de groepen van contracten voor dit type gevallen in zijn arrest Besse van 1991 heeft gehandhaafd. Het rechtsgevolg van dergelijke samenhang is evenwel beperkt. Zodra men verder wil gaan, omdat de samenhang uit meer bestaat dan het overgaan van het belang bij een zaak, raakt men verzeild in de vaagheden van het criterium 'hetzelfde doel'.

In ketens waarbij een prestatie wordt uitbesteed, kan men het criterium 'dezelfde prestatie' eveneens gebruiken om gevallen van voldoende

samenhang van andere te onderscheiden. Al is ook hier de grens op sommige punten onduidelijk, (het ontbreken van protest tegen) art. 6:76 BW toont aan dat met het criterium te werken valt. Op de rechtsgevolgen van de samenhang in dergelijke ketens ga ik in § 3 in.

Andere vormen van samenhang kan men slechts vaststellen door de verwachtingen van de betrokkenen in de beschouwingen te betrekken. Die basis is in ieder geval te onzeker om voor die vormen de aansprakelijkheid geheel te contractualiseren.

3 Rechtsgevolgen van samenhang in ketens waarbij een prestatie wordt uitbesteed

3.1 Inleiding

De samenhang in ketens waarbij een prestatie wordt uitbesteed, is het eerst aan de orde gesteld in verband met de doorwerking van exoneratiebedingen. Het basistype casus is overbekend: E lijdt schade doordat H een fout maakt bij het uitvoeren van diens overeenkomst met C. De fout van H levert een onrechtmatige daad op jegens E, in de regel doordat een zaak van E is beschadigd of doordat E letsel oploopt. E stelt H voor de schade aansprakelijk. H beroept zich jegens E op exoneratiebedingen (of andere bedingen) in een overeenkomst waarbij zij niet beiden partij zijn: hetzij de overeenkomst E-C (die dan moet doorwerken ten gunste van H), hetzij in de overeenkomst C-H (die dan moet doorwerken ten nadele van E), hetzij op beide overeenkomsten. De casus kan ingewikkelder worden gemaakt door tussen E en H andere schakels te plaatsen, maar daardoor verandert niets wezenlijks. Steeds is de vraag welke mate van samenhang tussen de betrokken rechtsverhoudingen de ingeroepen vorm van doorwerking kan rechtvaardigen. Op deze vraag ga ik, naar aanleiding van het recente boek van Haak en Zwitser over hulppersonen,³³ in § 3.3 nader in.

Aan de vraag naar de doorwerking van exoneratiebedingen gaat dogmatisch de vraag vooraf of E jegens H wel een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad heeft. Aan deze vraag besteed ik kort aandacht in § 3.2.

³³ K.F. Haak / R. Zwitser, *Opdracht aan hulppersonen. Over logistieke dienstverlening in het vervoer*, SI-EUR Reeks nr. 21, 1999.

3.2 Onrechtmatigheid in uitbestedingsketens

Aan de orde is de vraag of hulppersoon H onrechtmatig handelt indien hij bij het uitvoeren van zijn contract met wederpartij C het belang schaadt van diens opdrachtgever E. Een bevestigend antwoord op die vraag is snel gegeven als er sprake is van zaakschade of letselschade van E. Het toebrengen van dergelijke schade is spoedig onzorgvuldig en daarmee verwijtbaar onrechtmatig. Tenzij er toestemming is om schade toe te brengen, doet de contractuele context voor de onrechtmatigheidsvraag eigenlijk niet ter zake. Lijdt E echter zuivere vermogensschade, dan is de onrechtmatigheidsvraag zelf een probleem. Slechts onder omstandigheden rust op H de zorgplicht E voor dergelijke schade te behoeden. Als E bijvoorbeeld aan evenementenbureau C opdracht geeft een voetbaltoernooi te organiseren, C vervolgens drukkerij H opdracht geeft de tickets te drukken, en E schade lijdt doordat de tickets niet tijdig gereed zijn, is niet zonneklaar dat drukkerij H jegens E onrechtmatig heeft gehandeld.

Bij het beantwoorden van de vraag naar de onrechtmatigheid van het handelen van H komt het aan op alle omstandigheden van het geval. H moet in ieder geval weten dat het belang van E bij het uitvoeren van zijn overeenkomst is betrokken. Daarbij is niet vereist dat H bekend is met het specifieke belang van E, voldoende is dat hij weet dat in het normale geval belangen als dat van E met overeenkomsten als de zijne zijn verbonden.³⁴ Zo zal een bureau voor telefonische onderzoeken dat in opdracht van een marketingbureau de belangstelling voor een sportdrink meet, kunnen beseffen dat het belang van een (potentiële) fabrikant van een dergelijke drank bij zijn onderzoek is betrokken.

Het is uiterst moeilijk te bepalen wanneer hulppersoon H onrechtmatig handelt door bij het uitvoeren van zijn overeenkomst met C zuivere vermogensschade toe te brengen aan E. Men kan het erover eens zijn dat het criterium is hoe dicht E bij de overeenkomst C-H staat,³⁵ maar dat criterium helpt ons niet veel verder. Hetzelfde geldt voor abstracte criteria als 'hetzelfde doel' of 'dezelfde prestatie'. Een oplossing kan alleen van geval tot geval en van type overeenkomst tot type overeenkomst worden gevonden. Relevante omstandigheden zijn onder meer de omvang van de te verwachten schade, de ernst van de wanprestatie, de verdiscontering van het belang van E in de overeenkomst C-H, de vraag of H bij E vertrouwen heeft opgewekt of weggenomen, de hoedanigheid van H, de hoedanigheid

³⁴ Vranken, De derde in het overeenkomstenrecht, *WPNR* 6288 (1997), nr. 12.

³⁵ In Duitsland '*Leistungsnähe*', in Engeland '*proximity*'.

van E en de bezwaarlijkheid van een buitencontractuele zorgplicht voor H.³⁶

3.3 Doorwerking in uitbestedingsketens

3.3.1 Inleiding

Als C de door E aan hem opgedragen prestatie niet (geheel) zelf verricht, doch deze (deels) laat uitvoeren door H, kan H, indien hij het belang van E schade toebrengt, daarvoor jegens E aansprakelijk zijn. Hiervoor heb ik daarover iets opgemerkt; ik ga thans uit van het meest voor de hand liggende geval dat H een zaak van E beschadigt.

Artikel 6:76 BW bewerkstelligt dat E er niet slechter van wordt als C ervoor kiest H in te schakelen. E kan C voor de gedragingen van H aanspreken als voor diens eigen gedragingen. Stel nu echter dat E, als hij door het optreden van H bij het uitvoeren van de overeenkomst schade lijdt, ervoor kiest niet C, maar H aan te spreken, bijvoorbeeld omdat C aansprakelijkheid voor de schade heeft uitgesloten. Het lijkt niet redelijk dat E er dan van zou kunnen profiteren dat C hulppersoon H heeft ingeschakeld, doordat hij op H onbeperkt verhaal zou hebben.

E en C en/of C en H kunnen vanzelfsprekend in deze situatie voorzien. Zo kunnen E en C in hun overeenkomst een derdenbeding opnemen, waardoor de daarin opgenomen exoneratiebedingen³⁷ mede werken ten gunste van de hulppersonen die C bij het uitvoeren van de overeenkomst inschakelt (Himalaya-clausule). Tegenwoordig kan dat op die manier zelfs naar Engels recht. Voorheen was daarin de constructie nodig dat C optrad als (onbevoegd) vertegenwoordiger van zijn (toekomstige) hulppersonen. Een andere mogelijkheid is dat E aan C volmacht (dan wel machtiging) verleent om in zijn naam (dan wel als zijn middellijk vertegenwoordiger) exoneratiebedingen overeen te komen met H. De twee mogelijke constructies leiden tot verschillende rechtsgevolgen: in het eerste geval kan H zich beroepen op bedingen in de overeenkomst E-C (die dan werkt ten gunste van 'derde' H), in het tweede geval kan H zich beroepen op bedingen in de overeenkomst C-H (die dan werken ten nadele van 'derde' E).

³⁶ Zie nader mijn *Overeenkomst en derden* (1999), nr. 326 e.v.

³⁷ Doorwerking van andersoortige contractsvoorwaarden is ook mogelijk; dat laat ik verder buiten beschouwing.

De echte problemen ontstaan als niet op de in de vorige alinea omschreven wijze expliciet in de werking van exoneratiebedingen is voorzien. Zoals bekend, aanvaardt de Hoge Raad in dergelijke gevallen soms een uitzondering op het beginsel van de relativiteit van de overeenkomst,

‘in hier voege dat een derde een contractueel beding in redelijkheid tegen zich moet laten gelden, maar daartoe zal dan een voldoende rechtvaardiging moeten kunnen gevonden worden in de aard van het betreffende geval. Daarbij moet onder meer worden gedacht – kort samengevat – aan het op gedragingen van de derde terug te voeren vertrouwen van degene die zich op het beding beroept dat hij dit beding zal kunnen invoeren ter zake van hem door zijn wederpartij toevertrouwde goederen (HR 7 maart 1969, NJ 1969, 249 [Gegaste uien]) en voorts aan de aard van de overeenkomst en van het betreffende beding in verband met de bijzondere relatie waarin de derde staat tot degene die zich op het beding beroept (HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362 [Securicor]). Bij de beantwoording van de vraag waar de grens ligt zal voorts mede rekening moeten worden gehouden met het stelsel van de wet, in het bijzonder indien de wet aan bepaalde daarin geregelde overeenkomsten binnen zekere grenzen werking jegens derden toekent en het betreffende geval in dit stelsel moet worden ingepast.’³⁸

In mijn proefschrift heb ik verdedigd dat voor de doorwerking van exoneratiebedingen ten gunste van hulppersonen als uitgangspunt kan dienen dat degene die in het maatschappelijk verkeer werkzaamheden ten aanzien van een bestaand belang (doorgaans een zaak) van een ander gaat verrichten (H), dat niet onbeschermde zal willen doen. Hij zal daarbij de voorkeur geven aan absolute bescherming, te weten verweermiddelen die tegen de rechthebbende (E) werken, boven relatieve bescherming, te weten een bij diens insolventie waardeloze vrijwaringsplicht van zijn wederpartij (C). Als E zijn goederen aan een dienstverlener (C) toevertrouwd terwijl hij weet of moet beseffen dat C bij de uitvoering van hun overeenkomst een of meer hulppersonen (H) zal inschakelen, volgt mijns inziens uit dit uitgangspunt dat E erop moet rekenen dat H zich hetzij zal beroepen op de overeenkomst E-C, hetzij op de overeenkomst C-H. Deze opvatting, die neerkomt op het tot algemeen uitgangspunt uitbreiden van de regel over doorwerking bij bewaarnemingsovereenkomsten (art. 7:608) tot alle overeenkomsten waarbij een hulppersoon het absoluut beschermde belang

³⁸ HR 20 juni 1986, NJ 1987, 35 m.nt. W.C.L. van der Grinten (Citronas), r.o. 3.4. Zie voorts HR 9 juni 1989, NJ 1990, 40 m.nt. J.L.P. Cahen (Vojvodina/ECT), HR 28 juni 1996, NJ 1997, 494 m.nt. W.M. Kleijn (Moksel/KVV) en HR 21 januari 2000, RvdW 2000, 24 (ODS/CPS; Sungreen).

(doorgaans: een zaak) van een ander bij het uitvoeren van zijn prestatie schaadt, behoudens voorzover de hulppersoon werkzaam is onder de voorwaarden van zijn opdrachtgever, zal ik hieronder nogmaals kort uiteenzetten. Vervolgens zal ik ingaan op de kritiek de Haak en Zwitser daarop hebben uitgeoefend.

3.3.2 Het beroep van H op de overeenkomst E-C

Of H zich op de overeenkomst E-C kan beroepen hangt in het bijzonder af van de vragen of E wist of moest begrijpen dat C de betrokken werkzaamheden aan H zou uitbesteden en, zo ja, of hij dan wist of moest begrijpen dat H onder de voorwaarden van C zou opereren. De volgende omstandigheden zijn daarbij in mijn opvatting van bijzonder belang.

Ten eerste de aard van de werkzaamheden die H moet verrichten in verhouding tot de aard van de werkzaamheden waartoe C zich heeft verbonden. Hoe meer men de werkzaamheden die H verricht kan beschouwen als (deel van) de werkzaamheden van het bedrijf van C, hoe eerder men de gedachte van 'dezelfde prestatie' (eenheid van prestatie) op C en H kan toepassen. Als H werkzaamheden van een geheel eigen aard verricht, ligt doorwerking van de overeenkomst E-C ten gunste van hem niet voor de hand, zeker niet indien deze werkzaamheden een specialistisch karakter dragen, wat dan veelal het geval zal zijn. In de eerste plaats is dan niet onwaarschijnlijk dat C zich juist voor de betrokken werkzaamheden heeft vrijgetekend omdat deze niet tot zijn deskundigheid behoren. In de tweede plaats zullen in de regel de voorwaarden die C heeft bedongen niet op de werkzaamheden van H zijn toegesneden. Als een architect zich voor draagkrachtberekeningen vrijtekent, volgt daaruit bijvoorbeeld niet zonder meer dat ook het bureau dat in zijn opdracht deze draagkrachtberekeningen uitvoert, jegens de opdrachtgever vrijuit gaat als daarin fouten voorkomen.

Ten tweede de wijze waarop H bij de overeenkomst E-C betrokken is geraakt. Als E aan C heeft opgedragen H in te schakelen, zal men C onder omstandigheden kunnen beschouwen als (middellijk) vertegenwoordiger van E. H mag dan rekenen op doorwerking of toepasselijkheid van zijn voorwaarden. Wanneer C als (middellijk) vertegenwoordiger van E is opgetreden, zal H trouwens in de regel geen hulppersoon van C meer zijn, maar een door E bij de overeenkomst E-C betrokken derde. De aanwijzing van H door E lijkt mij daartoe evenwel niet steeds voldoende; of H nog onder verantwoordelijkheid van C werkt, moet men vaststellen aan de hand van alle omstandigheden van het geval, waartoe ook de (al dan niet

specialistische) aard van de werkzaamheden van H behoort. Voorts is bijvoorbeeld van belang of H bijzondere voorwaarden hanteert in vergelijking met anderen die C voor de werkzaamheden had kunnen inschakelen.

3.3.3 Het beroep van H op de overeenkomst C-H

Een beroep van H op de verweermiddelen in zijn eigen overeenkomst met C, waarbij deze overeenkomst dus werkt ten nadele van de derde-belanghebbende E, is in beginsel slechts mogelijk indien C bij het sluiten van zijn overeenkomst met H krachtens hem daartoe door E verleende bevoegdheid mede is opgetreden als vertegenwoordiger van E. In dat geval is E als partij aan de bedingen in die overeenkomst gebonden. Ook hierbij is niet uitgesloten dat de vertegenwoordiging zich beperkt tot de verweermiddelen in de overeenkomst.

Doorwerking van de overeenkomst C-H ten nadele van E is eveneens mogelijk indien H dacht en mocht denken dat C bij het sluiten van deze overeenkomst bevoegdelijk mede optrad als vertegenwoordiger van E. In de regel zal E, wanneer hij C werkzaamheden opdraagt, C echter geen volmacht verlenen hem contractueel aan hulppersonen te binden. Dientengevolge zal H, wanneer C hem als hulppersoon inschakelt, er in de regel evenmin op mogen vertrouwen dat C over een dergelijke volmacht beschikt.

Al verleent E aan C geen volmacht om namens hem te contracteren, en al mag H er evenmin op vertrouwen dat een dergelijke volmacht is verleend, toch zal E hetgeen C met H overeenkomt in redelijkheid tegen zich moeten laten gelden als hij C de vrije hand laat om hulppersonen in te schakelen, mits de voorwaarden waarop C met H contracteert niet afwijken van wat E omtrent hun inhoud kon verwachten. In zoverre is E dan contractueel betrokken derde. Hetzelfde geldt indien H erop mag vertrouwen dat E aan C de vrije hand gelaten heeft.

3.3.4 Keuze tussen de overeenkomsten E-C en C-H

Uit het voorgaande volgt dat het in mijn opvatting – zoals ik deze in mijn proefschrift heb uiteengezet – wat de positie van de hulppersoon betreft om een keuze gaat. Is de structuur van de verhouding E-C-H zodanig dat E ervan mocht (of moest) uitgaan dat H onder de voorwaarden van de overeenkomst E-C zou opereren, dan kan H zich op de voorwaarden in die overeenkomst beroepen. Gaat E ervan uit dat H onder de voorwaarden van

C zal opereren, dan volgt daaruit dat hij C niet de vrije hand heeft gelaten om H op diens eigen voorwaarden in te schakelen.

Is de structuur van de verhouding E-C-H niet zodanig dat E ervan mocht (of moest) uitgaan dat H onder de voorwaarden E-C zou werken, dan komt H een beroep op zijn eigen voorwaarden (C-H) toe, mits E aan C bij het sluiten van die overeenkomst de vrije hand heeft gelaten of althans H erop mocht vertrouwen dat E aan C de vrije hand gelaten heeft. Die vrije hand moet mijns inziens spoedig worden aangenomen. Uit het uitgangspunt dat E er in beginsel niet op mag rekenen dat hij vrij schootsveld heeft richting H, volgt immers dat – indien niet in de rede ligt dat H zich kan beroepen op de overeenkomst E-C – E dús aan C de vrije hand heeft gelaten om H op diens voorwaarden in te schakelen. Dit ligt anders indien E er geen rekening mee behoefde te houden dat C met H zou contracteren op de door H gebezigde voorwaarden, indien E zich tegen H of tegen voorwaarden met de bewuste inhoud zou hebben verzet, of indien E erop rekende en mocht rekenen dat H met hem de voorwaarden voor diens werkzaamheden zou regelen. Daarvoor is in ieder geval noodzakelijk dat feitelijk de mogelijkheid van contact tussen H en E heeft bestaan. Veelal zal die mogelijkheid in de praktijk ontbreken.

Een gelijktijdig beroep van H op zijn eigen voorwaarden en op de voorwaarden in de overeenkomst E-C is in mijn opvatting in beginsel uitgesloten. Als de voorwaarden inhoudelijk niet verschillen, kan men in de praktijk de antiekiesregel toepassen.

Wat nu indien H in beginsel een beroep op de verweermiddelen in de overeenkomst E-C toekomt, maar zijn eigen voorwaarden hem minder bescherming verlenen (bijvoorbeeld omdat zij voor schade boven een hoger bedrag vrijtekenen). Volgens Schoordijk heeft H jegens E dan uitsluitend beroep op de voor E minst bezwarende voorwaarde. Voor het meerdere zou C de exoneration niet aan H hebben doorgegeven. Als uitgangspunt acht ik dit standpunt juist. Naast de instemming van E, komt het aan op hetgeen H omtrent zijn positie mocht verwachten, en men kan zeggen dat H blijkens zijn eigen voorwaarden bereid was zijn prestatie te verrichten op voor E gunstiger voorwaarden dan die welke C had bedongen. Het probleem is echter dat H, blijkens het voorgaande, in gevallen als deze jegens E juist niet op doorwerking van zijn eigen voorwaarden, maar op die van C mocht rekenen. Weet H aannemelijk te maken dat hij daarvan is uitgegaan – waarvoor ten minste vereist is dat hij van de voorwaarden E-C heeft kennisgenomen – en dat hij zijn eigen voorwaarden uitsluitend heeft bedoeld voor zijn verhouding tot C, dan

moet men van dit uitgangspunt afwijken. Daarbij is van belang dat het bedingen van algemene voorwaarden veelal een automatisme is.

3.3.5 De opvatting en de kritiek van Haak en Zwitser

Inleiding

Haak en Zwitser zetten hun opvatting over de derdenwerking van overeenkomsten uiteen aan de hand van het onderscheid tussen werking ten voordele en ten nadele van derden. Ik volsta hier met een zeer korte schets van hun betoog, ter introductie van de kritiek die zij op mijn opvatting hebben uitgeoefend.³⁹

Werking ten voordele van derden (het beroep van H op de overeenkomst E-C) aanvaarden Haak en Zwitser ruimhartig. Zij schrijven:

‘Wij zouden er voor voelen niet al te terughoudend te zijn met het aannemen van derdenbedingen. Dikwijls komt het voor dat een opdrachtgever een contract sluit met een rechtspersoon die deel uitmaakt van een grotere organisatie. De opdrachtgever zal doorgaans weten dat het opgedragen werk zal worden uitgevoerd door andere rechtspersonen en/of natuurlijke personen binnen het organisatorisch verband. In een dergelijk geval ligt het, behoudens contra indicaties, ons inziens voor de hand dat een overeengekomen exonerationclausule naar zijn aard bescherming behoort te bieden aan de gehele organisatie. Alle bij het opgedragen werk betrokken rechtspersonen en natuurlijke personen dienen ons inziens in beginsel krachtens derdenbeding een beroep te kunnen doen op de met de opdrachtgever overeengekomen exonerationclausule.’⁴⁰

Werking ten nadele van derden (het beroep van H op de overeenkomst C-H) is in de opvatting van Haak en Zwitser eveneens spoedig toelaatbaar. Zodra de belanghebbende (E) wist of moest begrijpen dat zijn wederpartij C een hulppersoon H zou inschakelen en dat deze hulppersoon eigen voorwaarden pleegt te hanteren, kan men in hun opvatting zeggen dat E aan C de vrije hand heeft gelaten om met H te contracteren. Doorwerking van de voorwaarden C-H is alleen niet aangewezen indien E geen bemoeienis met of wetenschap van het inschakelen van de hulppersoon heeft. Haak en Zwitser verklaren de doorwerking ten nadele van derden met een beroep op het goederenrechtelijk element gelegen in het houderschap van

³⁹ Zie nader *Opdracht aan hulppersonen* (1999), p. 221 e.v.

⁴⁰ *Opdracht aan hulppersonen* (1999), p. 231.

C (vergelijk de Engelse rechtsfiguur *bailment*). Zij vinden er steun voor in het stelsel van het nieuwe wetboek; zo kennen de art. 3:291 (retentie), 7:608 (bewaarneming) en 8:71 (expeditie) vergelijkbare vormen van doorwerking ten nadele van een derde.

Haak en Zwitser hebben tegen mijn opvatting over doorwerking – zoals ik die in mijn proefschrift en hiervoor heb uiteengezet, twee belangrijke bezwaren ingebracht. In de eerste plaats betogen zij dat mijn opvatting te weinig rekening houdt met de positie van de hulppersoon, zoals een stuwa-door. In de tweede plaats zou – anders dan ik verdedig – een hulppersoon in veel gevallen zowel een beroep toekomen op de overeenkomst E-C als op de overeenkomst C-H. Een keuze tussen de beide regimes is niet nodig, aldus Haak en Zwitser.⁴¹

Keuze tussen de regimes?

Het is mogelijk dat de overeenkomst E-C een derdenbeding bevat ten gunste van H, waardoor H zich op de exonerationbedingen in die overeenkomst kan beroepen, en dat tevens E aan C de bevoegdheid heeft verleend hem aan de overeenkomst C-H te binden, althans voorzover het om de daarin vervatte exonerationbedingen gaat.⁴² Ik ontken vanzelfsprekend niet dat H zich in dat geval kan beroepen op beide overeenkomsten, zowel E-C als C-H. Wat ik betoog, is dat als een expliciete combinatie in deze zin ontbreekt, het niet voor de hand ligt dat H een beroep op beide overeenkomsten toekomt. Ontbreekt een expliciete regeling, dan zal de vraag welke vorm van doorwerking redelijk is, afhangen van de verwachtingen van betrokkenen in het licht van de structuur van de verhouding E-C-H. Als er in die structuur voldoende 'eenheid van prestatie' is, ligt voor de hand dat H opereert onder de dekking van de exonerationbedingen van E. Daarmee is mijns inziens tegelijkertijd uitgesloten dat E impliciet aan C toestemming zou hebben gegeven om op andere voorwaarden met H te contracteren. Waarom zou E dat goedvinden en waarom zou H daarop mogen rekenen? Het wettelijk stelsel voor zulke gevallen (waarin het gaat om soortgelijke prestaties van C en van H of om eenheid van onderneming tussen C en zijn werknemers) is dat de hulppersoon en de ondergeschikte zich op de overeenkomst E-C kunnen beroepen (art. 6:257; 7:608 leden 1 en 3; 8:71-72; 8:363, 8:364 leden 1 en 2 en 8:365). Ook internationale

⁴¹ *Opdracht aan hulppersonen* (1999), zo p. 248 e.v. en 256; zie voorts de noot van K.F. Haak bij het arrest ODS/CPS (Sungreen), *NTBR* 2000, p. 241-244, aldaar p. 243.

⁴² Zoiets deed zich voor in de Engelse zaak *KH Enterprise (cargo owners) v. Pioneer Container* [1994] 2 A.C. 324, waarin het cognossement vermeldde dat de vervoerder 'on any terms' ondervoerders mocht inschakelen. Zie nader S.C. Boyd e.a., *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, London 1996, art. 121.

verdragen koppelen de positie van de ondergeschikte of hulppersoon doorgaans aan die van de oorspronkelijke wederpartij (art. 28 lid 2 CMR, 25A Verdrag van Warschau), maar dat zegt niet zoveel, omdat daarbij veelal een afgewogen verdragsrechtelijk aansprakelijkheidsregime van toepassing is.

Ontbreekt voldoende eenheid van prestatie, dan ligt het niet voor de hand dat H zich beroept op de voorwaarden van de overeenkomst E-C – deze zullen veelal ook niet op zijn positie zijn toegesneden. In dat geval ligt – gegeven het uitgangspunt dat E niet mag verwachten dat hij vrij schootsveld heeft jegens H – in de rede aan te nemen dat E aan C de vrije hand heeft gelaten om met H op diens voorwaarden te contracteren.

Met andere woorden: anders dan Haak en Zwitser, geloof ik niet dat iemand tegelijkertijd bewaarnemer en onderbewaarnemer kan zijn.⁴³ Wat wel kan, is dat E-C in hun overeenkomst (bijvoorbeeld een vervoersovereenkomst) een derdenbeding (een Himalaya-achtige clause) opnemen, die mede strekt ter bescherming van hulppersoon H (bijvoorbeeld een stuwadoor), terwijl de werkzaamheden van H zodanig zijn dat tussen zijn prestatie en die van E onvoldoende eenheid bestaat, zodat de overeenkomst E-C zijn risico's onvoldoende dekt en daardoor zijn positie onvoldoende beveiligt. Anders gezegd: de voor 'onderbewaarnemers' (ondercontractanten) geschreven clause in de overeenkomst E-C dekt formeel mede de positie van 'bewaarnemer' (hulppersoon met een eigen specifieke prestatie) H. In dat geval is goed verdedigbaar dat E er niet op mag vertrouwen dat H met een beroep op de overeenkomst E-C zal volstaan en dat hij dús C de vrije hand gelaten heeft om op de voorwaarden van H met H te contracteren. Ik zou menen dat een redelijke uitleg van het derdenbeding in een dergelijk geval meebrengt dat het niet strekt ter bescherming van H, zodat H zich dan alleen op diens eigen voorwaarden kan beroepen, maar wie meer op de tekst let zal H in zo'n geval inderdaad een beroep op beide overeenkomsten kunnen toestaan. Evenwel niet omdat de structuur van de relatie E-C-H tot een dergelijk dubbelberoep dwingt, maar omdat E en C een contractuele voorziening hebben getroffen die te ruim is en de structuur daarnaast dwingt tot een beroep van H op diens eigen voorwaarden. Ik acht niet uitgesloten dat mijn aldus nader gepreciseerde opvatting tot hetzelfde resultaat voert als die van Haak en Zwitser.

Een ander probleem dat in dit verband kan rijzen is dat C en H wel dezelfde soort prestatie verrichten, maar dat de contractsvoorwaarden van

⁴³ *Opdracht aan hulppersonen* (1999), p. 256.

C aan H een veel te ruime mate van bescherming verlenen. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij banken. In art. 3 van de algemene bankvoorwaarden hebben banken hun aansprakelijkheid voor hulppersonen beperkt tot *culpa in eligendo*. Wel staat een bank in voor de juiste uitvoering van een overboeking die geheel binnen het girocircuit van de BankGiroCentrale kan worden afgewikkeld (art. 10).⁴⁴ Als een bank (C) nu voor een (internationale)⁴⁵ overboeking een andere bank (H) inschakelt buiten dit circuit, deze andere bank een fout maakt waardoor de opdrachtgever (E) schade lijdt, en geen sprake is van *culpa in eligendo*, zal E moeten proberen zijn schade op H te verhalen. Tussen E en H bestaat geen contractuele relatie, maar onder omstandigheden zal H jegens E aansprakelijk zijn uit onrechtmatige daad (zie hiervoor § 3.2), bijvoorbeeld wegens het nalaten van voldoende controle op de combinatie van naam en rekeningnummer van de begunstigde.⁴⁶ Omdat tussen de werkzaamheden van bank C en bank H eenheid van prestatie bestaat, ligt voor de hand dat H opereert onder de voorwaarden van bank C. Toepassing van die voorwaarden zou evenwel betekenen dat C, evenals H, geheel vrijuit gaat. Dat is niet redelijk. Evenmin is mijns inziens redelijk aan te nemen dat E aan C de vrije hand heeft gelaten om met H op diens voorwaarden te contracteren. H is (even afgezien van bijzondere omstandigheden, die meebrengen dat H wel een bijzondere positie inneemt) te vergelijken met een onderbewaarnemer en niet met een bewaarnemer. Een goed verdedigbare oplossing is naar mijn oordeel dat H aansprakelijk is op dezelfde voet als C dat zou zijn indien C zelf een fout gemaakt zou hebben.

Wanneer dwingt de structuur tot een beroep van H op zijn eigen voorwaarden?

Haak en Zwitser verwijten mij in de tweede plaats onvoldoende oog te hebben voor de belangen van de hulppersoon (in het bijzonder de stuwadoor). Deze zou er in beginsel op mogen vertrouwen dat hij zijn eigen voorwaarden kan inroepen.

⁴⁴ Zie nader W.A.K. Rank, Geld, geldschuld en betaling, serie recht en praktijk nr. 94, Deventer 1996, p.251 e.v.; W.H.G.A. Filott, Algemene bankvoorwaarden, serie bank- en effectenrecht 3, 3e druk, Deventer 1997, p. 40 e.v. en W.J. Slagter, Commentaar op de Algemene Bankvoorwaarden, NIBE Bankjuridische reeks 38, 2e druk 1999, p. 40 e.v.

⁴⁵ De richtlijn grensoverschrijdende overboekingen laat ik in het voorbeeld buiten beschouwing, evenals specifieke contractvoorwaarden. Het gaat mij om het probleem, niet om het concrete geval.

⁴⁶ Zo in de Canadese zaak *Royal Bank of Canada v. Stangl* (1992) 32 A.C.W.S. (3d) 17; gegevens ontleend aan *Law of Bank Payments* (M. Brindle, R. Cox ed.), London 1999, nr. 3-167.

Dit kritiekpunt raakt de kern van mijn onderwerp. Waar het in wezen namelijk om gaat, is het begrenzen van de eenheid in een dienstverleningsketen. Het wettelijk stelsel gaat ervan uit dat degenen die ter uitvoering van dezelfde dienst optreden, opereren onder de voorwaarden van de eerst ingeschakelde dienstverlener.⁴⁷ Maar het wettelijk stelsel staat, wat hulppersonen betreft, doorwerking slechts toe indien de hulppersoon min of meer dezelfde prestatie verricht als zijn principaal (vervoeren, bewaren). Men zou kunnen verdedigen dat zodra de hulppersoon (H) een eigen, specialistische, dienst uitvoert, waaraan eigen risico's zijn verbonden, het meer voor de hand ligt dat hij onder zijn eigen voorwaarden opereert, dan onder de voorwaarden van de oorspronkelijke wederpartij (C). In § 3.3.2 kwam dit reeds aan de orde.⁴⁸ H wordt dan als het ware buiten het eenvormig regime van de dienst geplaatst. De samenhang van de overeenkomsten E-C en C-H brengt niet meer mee dat C en H tegenover E als eenheid moeten worden behandeld, maar juist dat E en C jegens H als eenheid hebben te gelden: wat C aanvaardt, aanvaardt ook E.

In mijn proefschrift heb ik de nadruk gelegd op het uitgangspunt dat ook een specialistische hulppersoon, zoals een stuwadoor, in beginsel onder de voorwaarden van de oorspronkelijke wederpartij (de vervoerder) moet opereren, als de werkzaamheden die de stuwadoor verricht nog geschieden ter uitvoering van de vervoersovereenkomst. Voor doorwerking van de stuwadoorsvoorwaarden is in deze opvatting in beginsel slechts plaats als de stuwadoor ten behoeve van de ontvanger werkzaam is. Haak en Zwitser leggen sterker de nadruk op het specialistisch karakter van de werkzaamheden van de hulppersoon. Door dat karakter, zou hem een beroep op zijn eigen voorwaarden toekomen, hij zou buiten de eenheid van de contractsketen vallen.

Wellicht is de nadruk die Haak en Zwitser leggen de juiste, en moet de grenslijn van de contractseenheid anders worden getrokken dan ik bij het schrijven van mijn proefschrift meende. Ik ben daar nog niet uit. De oplossing hangt mijns inziens sterk af van de mate waarin bij doorwerking van de voorwaarden van hulppersoon H ook aan het belang van E recht wordt gedaan.

De belangen van E worden door een oplossing waarbij de voorwaarden van H ten nadele van hem doorwerken immers ernstig bedreigd. Weinig belet C en H het belang van E geheel weg te contracteren. Als minimum-

⁴⁷ De Hoge Raad denkt daar anders over; daarop kom ik nog terug.

⁴⁸ Aldus *Opdracht aan hulppersonen* (1999), p. 258.

voorwaarde voor doorwerking ten nadele van E moet dan ook gelden dat E beseftte dat dit gevaar hem boven het hoofd hing. Hij moet daarvoor inzicht hebben gehad in de wijze waarop C de bedongen prestatie zou uitvoeren, met andere woorden: moet geweten hebben dat C een hulppersoon als H zou inschakelen.⁴⁹ Bij particuliere belanghebbenden mag dit inzicht niet worden verondersteld. Brengt een particulier zijn belang in de dienstverleningsketen via een middellijk vertegenwoordiger (zoals een expediteur in het vervoerrecht), dan zal de kennis van deze vertegenwoordiger in de regel aan de particulier worden toegerekend. Heeft een particulier een verzekering gesloten met het oog op het specifieke dienstverleningsrisico (zoals een verzekering voor het risico van vervoer en wat daar bij hoort) dan acht ik verdedigbaar dat de verzekeraar niet mag profiteren van de omstandigheid dat de verzekerde een particulier is. Hij krijgt het 'professionele' inzicht in de dienstverleningsstructuur toegemeten. Daarnaast zal – ook in handelsrechtelijke verhoudingen – inhoudscontrole moeten plaatsvinden: de belangen van E mogen door H niet te zeer worden geschaad.⁵⁰

3.3.6 En de Hoge Raad?

Hiervoor is gebleken dat het wettelijk stelsel van het nieuwe recht aanknopingspunten biedt voor een veel ruimere mate van doorwerking dan de Hoge Raad in zijn rechtspraak heeft aanvaard. De parlementaire toelichting op art. 7:608 (doorwerking voorwaarden bewaarnemer) waarschuwt weliswaar voor het uitbreiden van het beginsel van dat artikel tot andere gevallen, maar geenszins valt in te zien waarom andere dienstverleners dan bewaarnemers minder aanspraak op bescherming zouden kunnen maken – er nog vanaf gezien dat iemand die een zaak onder zich krijgt om met betrekking tot die zaak een dienst te verrichten, vaak onder de bewaarnemingsregeling kan worden gebracht. Te vrezen viel evenwel dat de Hoge Raad bij zijn oude rechtspraak zou blijven.

Een recente uitspraak in een Antilliaanse zaak heeft die vrees deels bewaarheid.⁵¹ De feiten lagen als volgt. ODS heeft een partij buizen 'cif free plant Kodela' verkocht aan Kodela N.V., een op Curaçao gevestigde vennootschap. Het transport overzee is door ODS via Vertom Scheepvaart & Handelsmij. B.V. opgedragen aan Europe Caribbean Line N.V. De

⁴⁹ Zo ook *Opdracht aan hulppersonen* (1999), p. 263-264.

⁵⁰ Dit sluit aan bij hetgeen Mendel in zijn preadvies opmerkt. Zie nader mijn *Overeenkomst en derden* (1999), nr. 425 e.v. en 106 e.v. Een voorbeeld biedt de uitspraak van het Antilliaanse Hof te kennen uit HR 21 januari 2000, *RvdW* 2000, 24 (ODS/CPS; Sungreen).

⁵¹ HR 21 januari 2000, *RvdW* 2000, 24 (ODS/CPS; Sungreen).

buizen zijn vervoerd met het m.s. Sungreen en op Curaçao in opdracht van een scheepsagent gelost door CPS, de enige stuwadoor in de haven van Curaçao. CPS heeft de buizen opgeslagen op haar terrein en geladen op vrachtauto's die de buizen bij Kodela hebben afgeleverd. Bij de lossing is gebruik gemaakt van de scheepskraan; voor de andere handelingen heeft CPS gebruik gemaakt van vorkheftrucks. Na lossing uit het schip en aankomst op het terrein van Kodela bleek een gedeelte van de buizen beschadigd. ODS meent dat CPS aansprakelijk is voor de schade aan de buizen. Zij voert daartoe aan dat de schade is ontstaan door een verkeerde handelwijze van CPS, met name hierin bestaande dat de buizen na lossing in strijd met uitdrukkelijke instructies zijn vervoerd door middel van vorkheftrucks met onbeschermdde lepels. CPS heeft onder meer als verweer aangevoerd dat zij zich jegens ODS kan beroepen op het exonerationbeding dat zij in haar algemene voorwaarden heeft opgenomen; dat deze voorwaarden deel uitmaakten van haar overeenkomst met de scheepsagent en dat de scheepsagent is opgetreden voor ODS dan wel dat ODS als contractueel betrokken derde moet worden beschouwd. Het Hof staat CPS een beroep op haar contractsvoorwaarden toe. Daartegen komt CPS in cassatie op.

De Hoge Raad roept in zijn uitspraak eerst zijn oude rechtspraak over de doorwerking van exonerationbedingen in herinnering. Deze is hiervoor al aan de orde gekomen. Vervolgens overweegt hij:

'De invoering van de Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Nederlandse BW heeft op dit punt geen wijziging van het geldende recht meegebracht. Wel is het in Nederland geldende recht inzake (zee)vervoer van goederen door de invoering van Boek 8 BW per 1 april 1991 ingrijpend gewijzigd. Dit heeft echter (...) het stelsel van de wet niet veranderd ten gunste van zelfstandige opdrachtnemers, zoals stuwadoors, die bij de uitvoering van overeenkomsten van (zee)vervoer van goederen worden ingeschakeld. Zoals de Hoge Raad in zijn (...) arrest van 9 juni 1989 heeft overwogen, geeft het wettelijk stelsel geen aanknopingspunten voor de opvatting dat in gevallen waarin goederen in afwachting van (door-)vervoer over zee zijn toevertrouwd aan een stuwadoor of opslagbedrijf, bij ontbreken van bijzondere omstandigheden als bedoeld in HR 7 maart 1969, NJ 1969, 249, en HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362, werking tegenover derden – belanghebbenden bij die goederen – zou moeten worden toegekend aan tussen de stuwadoor of het opslagbedrijf en zijn opdrachtgever overeengekomen bedingen strekkende tot beperking van aansprakelijkheid van eerstgenoemde. Hetzelfde moet worden aangenomen ingeval, zoals hier, over zee vervoerde goederen na aankomst van het schip voor lossing, opslag en verder vervoer zijn toevertrouwd aan een stuwadoor.'

Volgens de Hoge Raad heeft het Hof de in zijn rechtspraak ontwikkelde criteria juist toegepast. Hij tekent daarbij aan:

'Het Hof is niet ervan uitgegaan dat het in beginsel zou stroken met het wettelijk stelsel, aan te nemen dat aan stuwadoors tegenover ladingbelanghebbenden met wie zij geen contractuele band hebben, in het algemeen een beroep op exoneratiebedingen in de stuwadoorsvoorwaarden toekomt. Het in een concreet geval te geven antwoord op de vraag of sprake is van een op gedragingen van de derde (ladingbelanghebbende) terug te voeren vertrouwen van de stuwadoordoor, of van een bijzondere relatie als vorenbedoeld, hangt mede af van een waardering van de feiten, zodat de juistheid van dat antwoord in cassatie slechts in beperkte mate kan worden getoetst. Dit in aanmerking genomen, kan niet worden gezegd dat 's Hofs (...) oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is ook niet onbegrijpelijk, noch onvoldoende gemotiveerd.'

Aan het oordeel van het Hof doet volgens de Hoge Raad niet af dat CPS de enige stuwadoordoor is in de haven van Curaçao, zodat er geen alternatief was. Het Hof zag zich, aldus de Hoge Raad

'gesteld voor de vraag of mede door toedoen van ODS bij CPS het vertrouwen is gewekt dat CPS haar wederpartij (Veder/ECL) bevoegd mocht achten tot het sluiten van de overeenkomst. Het heeft, in cassatie niet bestreden, vastgesteld dat gesteld noch gebleken is dat ODS aan ECL bijzondere instructies heeft gegeven om zich niet jegens CPS te verbinden, en dat ODS over de lossing en verdere behandeling van de buizen door CPS van meet af aan de supervisie heeft gehouden en over haar bevindingen met CPS overleg heeft gepleegd. Door op grond daarvan te oordelen dat het bedoelde vertrouwen bij CPS is gewekt door toedoen van ODS, heeft het Hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Hieraan doet niet af dat CPS als stuwadoordoor een monopoliepositie heeft. 's Hofs oordeel is ook niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering.'

Hoewel de Hoge Raad in deze uitspraak de stuwadoordoor een beroep op zijn contractsvoorwaarden toestaat, is er formeel geen breuk met de eerdere rechtspraak. De feiten van het geval spraken sterk voor een uitzondering binnen de door de Hoge Raad gegeven regels, want ODS had zich nauw met de werkzaamheden van CPS bemoeid. Duidelijker zijn die regels (met name het duistere criterium van de 'bijzondere relatie' uit het Securicor-arrest) er door de uitspraak niet op geworden.

Niet geheel duidelijk is ook of de Hoge Raad in deze uitspraak het beroep in de literatuur op het stelsel van het nieuwe wetboek geheel verwierpt. Hij overweegt dat de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Nederlandse BW 'op dit punt' geen wijziging van het geldende recht heeft meegebracht. Zou de Hoge Raad met 'op dit punt' bedoelen: ten aanzien van de doorwerking van exoneratiebedingen ten gunste van zelfstandige opdrachtnemers in het algemeen (wat ik waarschijnlijk acht), dan heeft hij de geschetste opvatting in de literatuur inderdaad verworpen. Daaraan doet mijns inziens niet af dat de Hoge Raad boek 7 (waarin de regeling van de bewaarneming staat) niet noemt. Niet goed denkbaar is dat hij in een zaak waarop het NBW direct van toepassing is dat artikel wel zou noemen om tot een geheel ander wettelijk stelsel te komen.⁵²

Het is evenwel ook mogelijk dat de Hoge Raad met 'op dit punt' bedoelt: ten aanzien van stuwadoors. Dan is er voor zijn opvatting meer te zeggen: de bijzondere overwegingen in zijn aangehaalde arresten over het ontbreken van een belangenevenwicht in het vervoerrecht waar het om stuwadoors gaat, hebben in het stelsel van het nieuwe wetboek hun kracht nog niet verloren: boek 8 heeft op dat punt geen wijziging gebracht.

Het arrest 'Sungreen' brengt in zoverre wel verandering, dat de Hoge Raad door zijn verwijzing naar het gemengd juridisch-feitelijk karakter van oordelen in zaken als deze, de feitenrechter meer vrijheid lijkt te laten. In combinatie met hetgeen de Raad overweegt over het criterium van de 'vrije hand', biedt dat de praktijk waarschijnlijk ruimte om tot oplossingen te komen die meer gaan in de richting van die van Haak en Zwitser en die meer recht doen aan de belangen van de betrokken hulppersonen.

4 Tot slot een voorbeeld van andere gevolgen van eenheid: franchise

Zoals ik al aankondigde, heb ik hiervoor slechts enkele aspecten van het vraagstuk van de samenhangende overeenkomsten kunnen behandelen. Ik heb mij geconcentreerd op het criterium waarmee men samenhang kan vaststellen. Naar aanleiding van recente kritiek van Haak en Zwitser op hetgeen ik eerder over dit onderwerp schreef, ben ik uitgebreid ingegaan op de doorwerking van exoneratiebedingen. Andere rechtsgevolgen van

⁵² Zie over deze kwestie voorts de noot van K.F. Haak bij het arrest ODS/CPS (Sungreen), *NTBR* 2000, p. 241-244.

samenhang, genoemd in mijn inleiding, heb ik buiten beschouwing moeten laten.

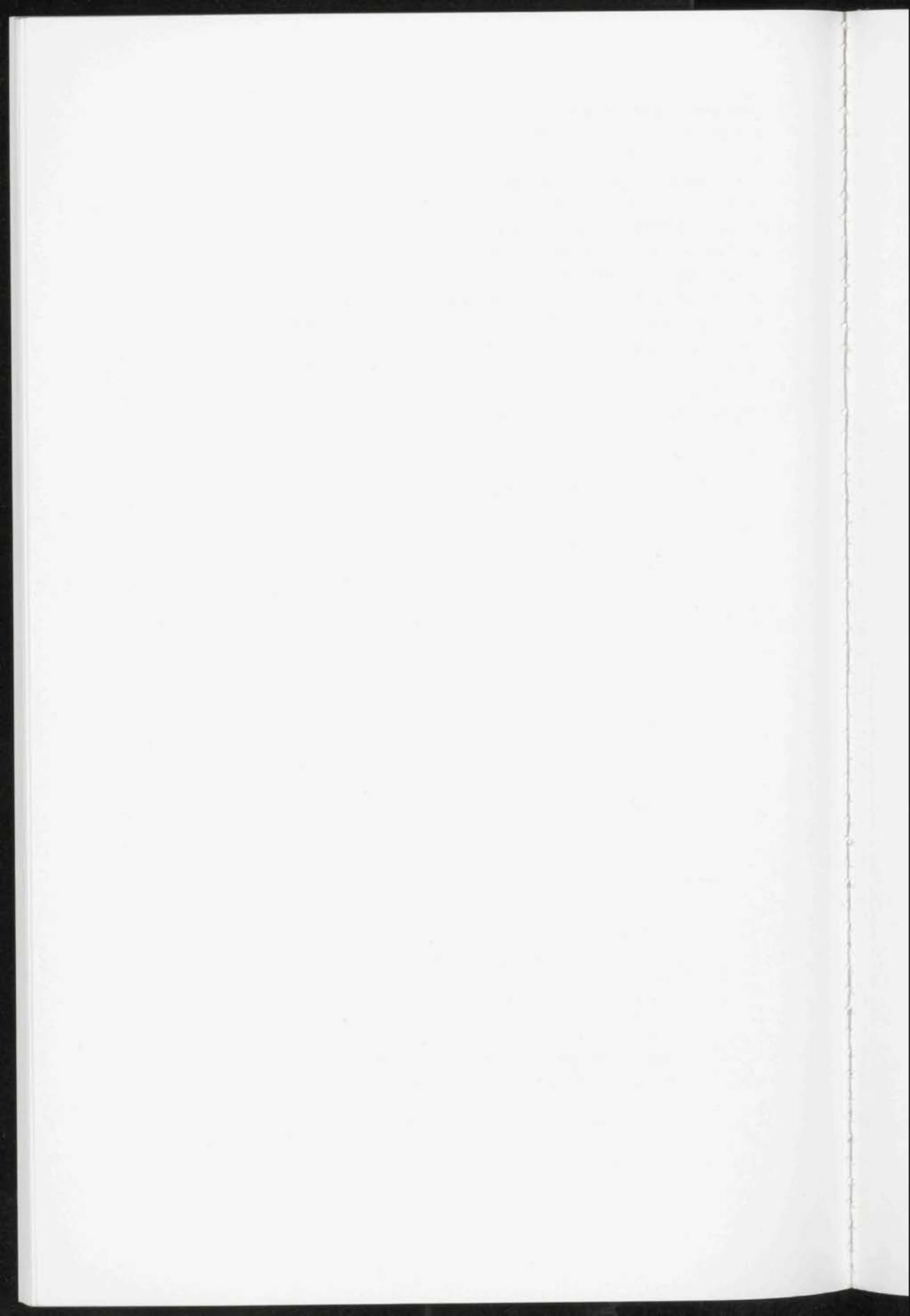
Ter afsluiting wil ik nog een ander voorbeeld geven. Zoals Van der Heiden in zijn proefschrift terecht heeft opgemerkt,⁵³ kunnen rechtsgevolgen worden verbonden aan de eenheid in een franchise-organisatie (een *Netzvertrag* met een spilfiguur). Zo zal een particulier die handelt met een ondernemer die onder de vlag van een franchiseketen opereert, vorderingen die uit dat handelen ontstaan veelal ook tegen de spil in het franchisestelsel (de franchisegever) kunnen richten. Voor productenaansprakelijkheid volgt dat bij 'huiskartikelen' uit art. 6:187. Wie uitglijdt over een bananenschil in de lokale, als franchise gedreven, supermarkt, zal mijns inziens naast de vennootschap die deze supermarkt exploiteert ook de spil in de franchiseketen kunnen aanspreken. De fout geldt in het maatschappelijk verkeer als een fout van deze spil. En wie een computer koopt bij de lokale vestiging van een grote franchiseketen, kan met eventuele vorderingen uit wanprestatie ook bij de spil in de keten terecht.

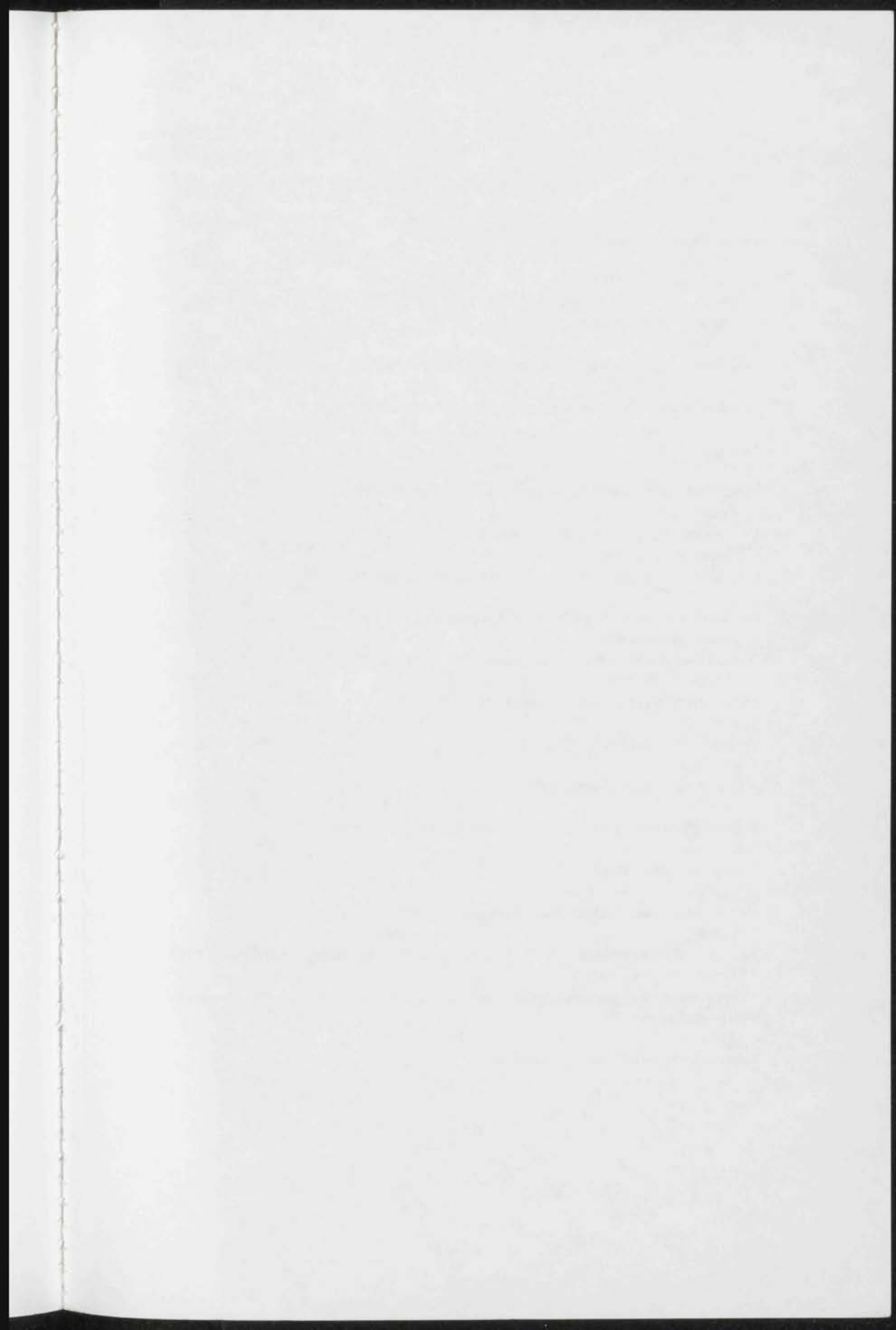
Voor professionele wederpartijen van een franchise-exploitant, zullen de zaken evenwel vaak anders liggen. Van hen kan meer inzicht in de franchise-structuur worden verwacht. Wat zich aan een particulier als eenheid openbaart, kan voor een professionele partij verscheidenheid zijn.⁵⁴

⁵³ A.J.J. van der Heiden, *Franchising. Definitie, werkwijze, in- en externe aansprakelijkheid* (diss. UvA 1999).

⁵⁴ Ik kan de samenhang in franchise-organisaties hier niet verder uitwerken. Zie nader A.J.J. van der Heiden, *Franchising* (diss. UvA 1999), o.m. p. 214 e.v., 236 e.v., 254-255, 278 e.v. en 302-305 en over het Engelse recht ter zake en over het gesneuvelde ontwerp van de richtlijn dienstenaansprakelijkheid, M. Mendelsohn, R. Bynoe, *Franchising* [London 1995], p.109 e.v.







Bij het secretariaat van de Vereniging 'Handelsrecht', postbus 100, 3000 AC Rotterdam (tel: 010 - 4017927, fax: 010 - 4017117) zijn de volgende preadviezen en verslagen verkrijgbaar.

Verslag:

De juridische fusie naar wordend recht, 1980

Preadvies:

De bankgarantie, 1984

Verslag:

De afroep-bankgarantie, 1984

Verslag:

Bescherming van beleggers ter beurze / Europese effectenreglementering, 1986

Preadvies en verslag:

Juridische aspecten van moderne betaalmiddelen, 1987

Preadvies en verslag:

Leasing, 1989

Verslag:

Eigendom ten titel van beheer naar komend recht, 1990

Preadvies en verslag:

De nieuwe algemene bepalingen van Boek 2 BW, 1991

Preadvies en verslag:

Concentraties en joint ventures in het mededingingsrecht, 1992

Preadvies en verslag:

Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu, 1993

Preadvies en verslag:

Nieuwe bepalingen omtrent uitgifte en levering van aandelen op naam, 1994

Preadvies en verslag:

Verzekering naar komend recht, 1995

Preadvies:

Splitsing van rechtspersonen, 1996

Preadvies:

Van ordening naar marktwerking, 1996

Verslag:

Splitsing van rechtspersonen / De mededingingswet, 1996

Preadvies:

Vervoersrecht in Boek 8 BW, 1997

Preadvies:

Het wetsvoorstel beschermingsconstructies, 1998

Verslag:

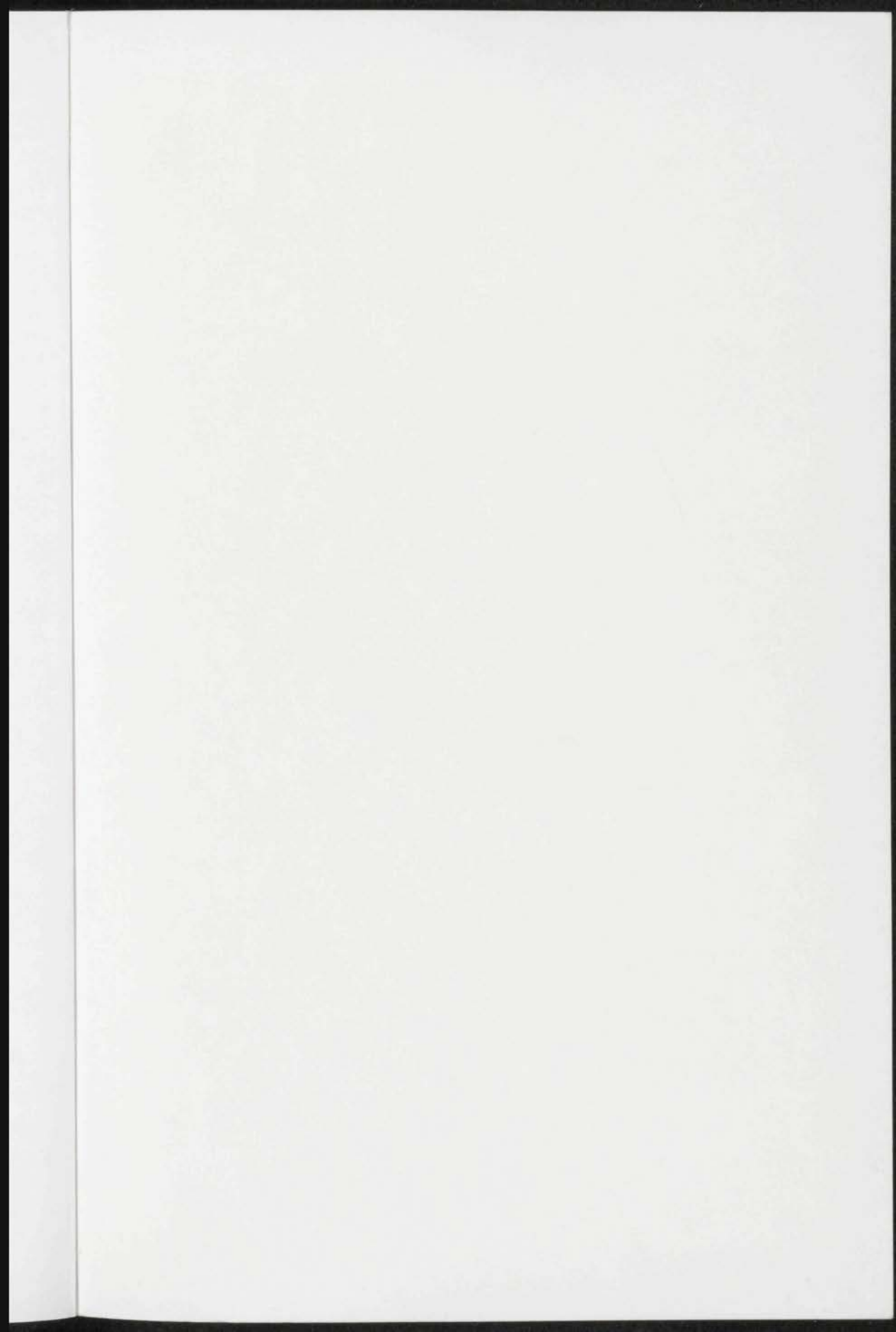
Vervoersrecht in Boek 8 BW / Het wetsvoorstel beschermingsconstructies, 1998

Preadvies en verslag:

Vraagpunten en adviezen over titel 13 van Boek 7 inzake de personen-vennootschappen, 1998

Preadvies:

Bescherming van bedrijfsgeheimen



ISBN 90-271-5244-6
NUGI 697/701.



9 789027 152442 >

Eigendom
Ulrike Verboom