

Prof. mr Ton Hartlief en prof. mr Rieme-Jan Tjittes

Kroniek van het vermogensrecht

Ook na duizenden jaren blijft het vermogensrecht zich ontwikkelen met stapjes en sprongen. De afgelopen periode heeft het contractenrecht geen grote koersverschuivingen doorgemaakt. Het Kelly-arrest was spectaculair, maar a-typisch. De geharnaste goederenrechtelijke dogmatiek komt onder druk te staan door de komst van nieuwe rechtsfiguren zoals emissierechten.



Ton Hartlief is hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Maastricht en redacteur van dit blad.

Algemeen

Tilburgse rechtswetenschap

Een belangrijke gebeurtenis in de kroniekperiode was het verschijnen van een nieuw deel Asser-Vranken, genaamd 'Vervolg'.¹ Het boek gaat over argumenteren in het burgerlijk recht en dat doen we volgens Vranken allemaal niet goed. De wetenschap hobbelt teveel achter de praktijk aan en plaatst slechts gewezen rechterlijke uitspraken in het doctrinaire systeem. De rechtspraak op haar beurt motiveert slecht door in beslissingen niet te verwijzen naar de daadwerkelijke belangen en door rechtspolitieke oordelen niet in alle openheid ten toon te spreiden. Voor wetenschap en rechter geldt volgens Vranken dat ze zich beter moeten laten leiden door de feiten en eigenlijke belangen. Kortom, meer multidisciplinair onderzoek is gewenst.

Een schoolvoorbeeld van de nieuwe juridische onderzoeker volgens Vranken is ongetwijfeld de Tilburger Van Bijnen. Zijn proefschrift over aanvullend contractenrecht bevat de 'state of the art' op het gebied van de rechtseconomische literatuur in de Verenigde Staten toegepast op het Nederlandse contractenrecht.² Het boek van Van Bijnen laat zien dat de vrees, dat multidisciplinair rechtswetenschappelijk onderzoek en de rechtspraak van elkaar zullen vreemden (zoals in de Verenigde Staten het geval is, vide iedere law journal van een grote law school), geen waarheid hoeft te worden. Het boek biedt een veelheid aan gezichtspunten, ontleend aan rechtseconomisch onderzoek, die relevant zijn voor allerlei onderdelen van ons contractenrecht, van precontractuele aansprakelijkheid tot opzegging.

Tot de 'neue Welle' behoort ook de nieuwbenoemde hoogleraar privaatrecht aan de VU, Chris Jansen. Hij

verloochent zijn Tilburgse afkomst niet in zijn oratie zonder dogmatiek. Hij schetst hoe partijen wederzijdse informatiegebreken (denk aan een klant en een computerprogrammeur die elkaars taal niet spreken en waar licht miscommunicatie kan ontstaan) kunnen oplossen door gebruik te maken van op te stellen gestandaardiseerde contracteringsprotocollen.³

Contractenrecht

Afgebroken onderhandelingen

De Hoge Raad heeft een nieuw standaardarrest gecompileerd uit eerdere arresten over schadevergoeding voor het afbreken van onderhandelingen.⁴ Hij heeft in algemene zin geoordeeld, dat als maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen heeft te gelden dat ieder van de onderhandelende partijen – die verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen – vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij. Hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan, terwijl, in het geval onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een lange tijd worden voortgezet, wat be-



Rieme-Jan Tjittes is raadsheer in het Hof Arnhem en hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit.

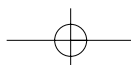
1. Asser-Vranken, *Vervolg*, 2005.

2. R.H.J. van Bijnen, 'Aanvullend contractenrecht', diss. Tilburg, 2005.

3. C.E.C. Jansen, 'Publieke doelen, private belangen en (zelf)regulering van de pre-

contractuele fase', oratie VU 3 juni 2005 (te verschijnen).

Deze artikelen zijn ook te raadplegen op internet: www.njb.nl



Een beetje meer richting van de Hoge Raad door middel van een gezichtspuntencatalogus is gewenst, in het bijzonder wanneer een objectieve Haviltex-uitleg toegepast moet worden.

treft dit vertrouwen doorslaggevend is hoe daaromtrent ten slotte op het moment van afbreken van de onderhandelingen moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen. De Hoge Raad noemt dit criterium in het arrest zelf een 'strengere en tot terughoudendheid nopenende – maatstaf'. De boodschap is helder: aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen moet niet spoedig worden aangenomen.

De vraag blijft welke betekenis nog toekomt aan het cryptische zinnetje in het arrest Plas/Valburg dat 'als de onderhandelingen nog niet in een zodanig stadium zouden zijn geraakt dat de gemeente te goeder trouw die onderhandelingen niet meer had mogen afbreken, maar reeds wel in een stadium dat zulk afbreken haar in de gegeven omstandigheden niet meer zou hebben vrijgestaan zonder de door Plas gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk voor haar rekening te nemen'.⁵ Wat ons betreft heeft die zinsnede, die lijkt op de constructie van de rechtmatige overheidsdaad (aansprakelijkheid als geen schadevergoeding wordt aangeboden), geen betekenis meer en is de enige toetssteen (afgezien van onzorgvuldigheid als de vordering op een onrechtmatige daad wordt gebaseerd) de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. De rechtsgevolgen daarvan kunnen gedifferentieerd zijn (vergoeding van kosten, gederfde winst of dooronderhandelen).

Toerekening van kennis

Wat weet een organisatie? Het antwoord op die vraag is van belang bij talloze juridische kwesties als wanneer een mededelingsplicht ontstaat, of een actio pauliana succesvol is, wanneer een verjaringsstermijn begint te lopen en of er sprake is van toerekenbaarheid van een tekortkoming.

Bij de vraag of kennis van een binnen een rechtspersoon werkzame persoon kan worden toegerekend aan de rechtspersoon, komt het er volgens HR 11 maart 2005, *JOR* 2005, 169⁶ op aan of de wetenschap van die functionaris in het maatschappelijk verkeer kan worden aangemerkt als wetenschap van de rechtspersoon. Eenzelfde norm gold al voor de vraag of gedrag van een functionaris kan worden toegerekend aan een rechtspersoon.⁷ De rechtspraak van de Hoge Raad over toerekening van kennis is niet geheel helder. Zo heeft de Hoge Raad enerzijds, in het kader van de toetsing of het vanwege opzet of bewuste roekeloosheid van een rechtspersoon naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de rechtspersoon een beroep doet op een exonatiebeding, ongeclausuleerd geoordeeld dat kennis van de bedrijfsleiding aan de rechtspersoon wordt toegerekend.⁸ De Hoge Raad heeft anderzijds in een recente zaak in algemene bewoordingen geoordeeld dat 'de enkele vaststelling dat iemand gedurende een bepaalde periode bedrijfsleider, directeur of (mede)eigenaar van een bedrijf is geweest, onvoldoende is om kennis van deze persoon aan dat bedrijf toe te rekenen (...).'⁹ Een belangrijk element voor toerekening van kennis is zeggenschap over de desbetreffende transactie, welke zeggenschap verband kan houden met de functie die iemand uitoefent.¹⁰ Niettemin mag de wederpartij er naar onze mening van uitgaan dat, behoudens aanwijzingen voor het tegendeel, een directeur zodanige zeggenschap heeft, althans behoort te hebben. Bij een eigenaar, een bedrijfsleider

of een andere 'manager' (een titel die zeer aan inflatie onderhevig is), ligt dat minder voor de hand.

Uitleg van contracten

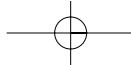
Het arrest DSM/Fox¹¹, de sinds begin vorig jaar vigerende 'leading case' bij de uitleg van contracten, geeft nog steeds aanleiding tot bespiegelingen.¹² In het arrest wordt de uitleg van contracten weinigzeggend geplaatst in het kader van de redelijkheid en wordt een vloeiende lijn geschetst waarin uitleg van een contract kan plaatsvinden aan de hand van een zeer subjectieve (als een gemeenschappelijke bedoeling van partijen kan worden achterhaald) tot een zeer objectieve norm (dat alleen gelet moet worden op de tekst, structuur en eventuele openbare toelichting, zoals bij de uitleg van cao's; vandaar de cao-norm). Good old Haviltex (de 'over en weer'-formule) beweegt zich tussen beide polen.

De categorie contracten die reeds uit de aard daarvan volgens die cao-norm uitgelegd moeten worden, is beperkt. In de rechtspraak zijn de volgende eisen te ontwaren voor een uitleg volgens de cao-norm. Ten eerste dat het gaat om contracten die naar hun aard bestemd zijn om anderen dan de aanvankelijke contractspartijen te binden, welke anderen niet bij de totstandkoming betrokken zijn en die de bedoeling van de aanvankelijke contractsluitende partijen niet kennen. Ten tweede dat een zekere uniforme regeling van de rechtspositie van die derden is vereist. Een meer objectieve uitleg maakt een indringender toetsing in cassatie mogelijk teneinde die uniformiteit te bewerkstelligen. Ten derde dat die derde niet in staat is het contract zelf te wijzigen (zoals in theorie wel het geval is bij algemene voorwaarden afkomstig van een brancheorganisatie). Tot dusverre is een dergelijke objectieve uitleg op grond van de aard van de overeenkomst alleen aanvaard bij de uitleg van cao-bepalingen, een trustakte, een arbitragereglement en een pensioenregeling in de verhouding werknemerspensioenfondsen.

Daarnaast is een objectieve uitleg mogelijk bij toepassing van het Haviltex-criterium, hetzij om procesuele redenen (er is niets gesteld omtrent hetgeen partijen over en weer hebben verklaard of redelijkerwijs hebben begrepen omtrent de uitleg van een contractsbeding), hetzij op grond van de aard van een contract (denk aan 'goederenrechtelijke contracten' als de uitleg van een overdrachts- en vestigingsakte). Een beetje meer richting van de Hoge Raad door middel van een gezichtspuntencatalogus is gewenst, in het bijzonder wanneer een objectieve Haviltex-uitleg toegepast moet worden. Hoi topoi, om met Nieuwenhuis te spreken.

In de verslagperiode is een interessant arrest gepubliceerd dat relevant is als zich de vraag voordoet of een contract gekwalificeerd kan worden als een bijzonder contract en, zo ja, welk. Het ging om de vraag of een rechtsverhouding op grond waarvan een mevrouw jarenlang voor een farmaceutisch bedrijf plasjes van zwangere vrouwen had opgehaald een overeenkomst van opdracht of een arbeidsovereenkomst was. Volgens de Hoge Raad is bij die uitleg van belang, zij het niet doorslaggevend, wat partijen hebben bedoeld bij het aangaan van het contract en hoe zij het feitelijk hebben uitgevoerd.¹³ Bedingen in contracten die bij voorbeeld inhouden 'dit is geen vennootschap onder firma' zijn dus waardevol, mits ze niet door

4. HR 12 augustus 2005, C04/163HR, verwijzend naar HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017, HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997, 65 en HR 14 juni 1996, nr 16008, *NJ* 1997, 481.
5. HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723.
6. Zie daarover S.Y.Th. Meijer, 'Toerekening van kennis', *Maandblad voor Vermogensrecht* (MvV) 2005, p. 71 e.v.
7. HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 33.
8. Zie HR 31 december 1993, *NJ* 1995, 389 en HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 208.
9. HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 506.
10. Aldus A-G Timmerman in zijn conclusie (onder 3.7) voor HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 506.
11. HR 20 februari 2004, *RvdW* 2004, 34 (DSM/Fox).
12. T. Hartlief, 'De uitleg van contracten, Haviltex revisited', *TPR* 2004-4, p. 1065 e.v. en R.P.J.L. Tjittes, 'De uitleg van schriftelijke contracten', *RMThemis* 2005, p. 2 e.v.
13. HR 10 december 2004, *NJ* 2005, 239 (Diosynth/Groot-Van Veen).



contrair gedrag nadien worden tegengesproken. Overigens moet bedacht worden dat de laatstgenoemde clausules nogal eens een Engelsrechtelijke achtergrond hebben. Zo is een contract van 'partnership' (contractuele vennootschap) naar Engels recht een contract van 'utmost good faith' waardoor contractspartners jegens elkaar mededelingsplichten hebben die anders naar Engels recht niet zouden bestaan. Het Nederlandse recht is ruimhartiger met het aanvaren van mededelingsplichten, ook buiten contracten 'uberrimae fidei', zodat de genoemde 'boilerplate' dat er geen sprake is van een 'partnership' in een overnamecontract waarop Nederlands recht van toepassing is, in zoverre zinledig is.

In het kader van uitleg wijzen wij tenslotte op een helder overzichtsartikel van Raaijmakers over garanties, een onvaste rechtsfiguur waarvan de inhoud en rechtsgevolgen vastgesteld moeten worden door de uitleg van het desbetreffende beding.¹⁴

Uitleg van internationale contracten

De vaagheid van de vaderlandse uitlegnorm staat in schril contrast tot het Engelse recht¹⁵, waarin vooral de tekst voorop staat en de bedoeling van partijen die daarvan afwijkt, anders dan naar Nederlands recht, niet relevant is. Dat scheelt een hoop geprocedeer ('transactiekosten' in de woorden van de rechts-econoom) en dwingt partijen voortaan zorgvuldiger te letten op de formulering van hun contracten.¹⁶ Dit heeft dikke contracten tot gevolg, zoals in de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer gebruikelijk is, maar dit leidt niet tot hoge kosten bij het sluiten van een contract, omdat veel van die bedingen standaard in de pc van de contractenmakers zitten (zogenaamde 'boilerplates'). Uitleg van internationale contracten waarop Nederlands recht van toepassing is, is nogal eens problematisch, omdat de veelal op het Anglo-Amerikaanse recht gebaseerde bedingen, geen vaste betekenis hebben naar Nederlands recht.

In de praktijk wordt in internationale contracten nauwelijks verwezen naar de toepasselijkheid van de Principles of European Contract Law en de UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts (die recent zijn uitgebreid¹⁷), terwijl de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag vaak wordt uitgesloten.¹⁸ Dat belooft wat voor het samenstellen van een Europees contractenrecht. De invloed van Europa op het contractenrecht betreft nu vooral het consumentenrecht. Wat ons betreft moet dit zo blijven. Bedrijven en hun juridisch adviseurs moeten wel nadrukkelijk aandacht vragen voor hun positie in de fase van het opstellen van een door de Europese Commissie beoogde Common Frame of Reference op het gebied van het contractenrecht, anders gaan wetenschappers er mee aan de haal, die mogelijk de eigenheid van commerciële contracten miskennen.¹⁹

Het recht op herstel

Indien een fabrikant een ondeugdelijk product levert aan een afnemer, dan gaat alle aandacht uit naar de

rechten die de afnemer (de schuldeiser) heeft en de daarvoor geldende eisen (wel of geen ingebrekestelling enzovoorts). In een doorwrocht artikel vraagt Haas aandacht voor het recht van de schuldenaar om alsnog een goede prestatie te leveren, zeker voordat de crediteur ingrijpende remedies als ontbinding of omzetting mag invoeren.²⁰ In artikel 6:86 BW staat dat een schuldenaar zijn verzuim kan herstellen, mits hij aanbiedt de inmiddels geleden schade en kosten te vergoeden. Die laatste eis wordt door leveranciers en hun raadslieden in de praktijk nogal eens vergeten. Dat de debiteur recht heeft op herstel van zijn ondeugdelijke prestatie kan worden gemotiveerd aan de hand van nieuwe delen van het contractenrecht (art. 7:21 en 7:22 lid 2 BW alsmede art. 7:759 lid 1 BW) en buitenlands recht, terwijl ook de Hoge Raad de functie van de ingebrekestelling definieert als het bieden van een laatste termijn aan de schuldenaar om na te komen zonder dat er sprake is van een tekortkoming.²¹ De vraag die vervolgens rijst is of de debiteur alleen een tweede kans moet krijgen of ook een derde, en wat te doen als de crediteur aanstonds geen enkel vertrouwen meer heeft in de debiteur vanwege diens broddelwerk.

Het boetebeding

Een contractuele boete kan op verzoek van de schuldenaar door de rechter worden gematigd 'indien de

De vaagheid van de vaderlandse uitlegnorm staat in schril contrast tot het Engelse recht, waarin vooral de tekst voorop staat en de bedoeling van partijen die daarvan afwijkt niet relevant is. Dat scheelt een hoop geprocedeer.

billijkheid dit klaarblijkelijk eist' (art. 6:94 BW). Die matigingsbevoegdheid kan niet contractueel worden uitgesloten (art. 6:94 lid 3 BW), een regel waar de nodige contracten tegen zondigen.²² In de praktijk is de vraag of een boetebeding in de ene of de andere categorie (zie art. 6:91 BW) thuishoort soms moeilijk te beantwoorden. In HR 3 december 2004, NJ 2005, 238 heeft de Hoge Raad beslist dat als een boetebeding kwalificeert als een schadevergoedingsbeding (en niet als een strafbeding), een contractuele boete niet kan worden gematigd. Uitleg van het boetebeding zal uitkomst moeten bieden. Zo zal een boete die per tijdsperiode wordt verbeurd veelal een strafbeding zijn: het dient als aansporing tot nakoming. Met het oog op de vraag of matiging mogelijk is of niet, verdient het aanbeveling dat contractenmakers in het boetebeding aangeven of het, althans welk deel, ziet op bestraffing of schadefixatie.

14. G.T.M.J. Raaijmakers, 'Garanties in het contractenrecht', *RMThemis* 2005, p. 124 e.v.

15. Zie ook M.A. Clarke, 'The interpretation of (transnational) commercial contracts', *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* (NTHR) 2005, p. 114 e.v. Het 'Amerikaanse recht' is wat milder, zie S.C. Conway, 'Contract interpretation in the USA: a practical overview', *NTHR* 2005, p. 119 e.v. Zie ook Tjittes, a.w. (*RMThemis* 2005), p. 4-6.

16. Zie in dit verband ook L.Timmerman, 'Het moeilijke van vereenvoudigen', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 345.

17. Met vertegenwoordiging, cessie, rechten van derden, verrekening en verjaring. Zie daarover H.N. Schelhaas, 'Beginselen voor internationale handelscontracteneen overzicht van de UNIDROIT Principles 2004', *WPNR* 6627 (2005), p. 532 e.v. Op www.unilex.info staan over de periode van 1990 tot heden wereldwijd 97 zaken vermeld waarin een overheidsrechter of arbiters hebben verwezen naar de UNIDROIT Principles.

18. Zie meer genuanceerd J.W. Bitter, 'Uniforme uitleg van contracten; waar is het goed voor en hoe is het te bereiken?', *NTHR* 2005, p. 123 e.v.

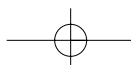
19. Zie M.Tj. Bouwes, 'Harmonisatie van het burgerlijk

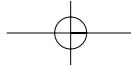
recht door de achterdeur', *NJB* 2005, p. 944 e.v.

20. D. Haas, 'Gevolgschade en het recht op een tweede kans, de verzuimregeling in perspectief', *WPNR* 6623 (2005), p. 441 e.v. Op p. 435 e.v. pleit hij (ons inziens terecht) dat, anders dan sommige auteurs beweren, voor nakomingschade als bij voorbeeld huurkosten van een machine, stagnatieschade en door de koper aan diens afnemers verschuldigde boetes, geen ingebrekestelling is vereist.

21. Zie HR 22 oktober 2004, *RvdW* 2004, 119.

22. Zie nota bene Boom Modellen en Commentaar, Bijzondere overeenkomsten (red. M.M. van Rossum en V.J.A. Sütö) 2004, p. 244.





Krans heeft betoogd dat een boetebeding niet valt onder de regeling van de handelsrente (art. 6:119a BW), zodat de wettelijke rente in beginsel niet automatisch gaat lopen als er sprake is van een strafbeding (hetgeen wel het geval is bij een schadefixatiebeding) en ook niet de 4-5% hogere handelsrente geldt.²³

De koop van een woning

De koop van woningen met gebreken zorgt voor veel rechtspraak. Op 1 september 2003 traden de wettelijke bepalingen in werking om particuliere kopers van woningen te beschermen, in het bijzonder door de eis te stellen dat de koopovereenkomst schriftelijk moet zijn aangegaan en dat vervolgens voor de koper een bedenktijd van drie dagen gaat lopen waarbinnen de koper zonder kleerscheuren van het contract kan afkomen. Het vormvereiste en de bedenktijd zijn niet effectief om de koper te beschermen tegen feitelijke gebreken aan een woning (zoals lekkage, boktor en ondeskundige verbouwingen). Die feitelijke gebreken blijken pas veelal na de overdracht als de koper een tijdje in het huis woont (en aan het verbouwen slaat). Le Roy doet daarom in een mooi artikel het voorstel dat de conformiteitseis van artikel 7:17 BW van dwingend recht moet zijn, dat er een standaardakte met een minimuminhoud moet komen en dat daarin moet komen te staan dat een koper een bouwkundige inspectie kan uitvoeren waaraan de verkoper verplicht is mee te werken.²⁴ Wij hebben onze twijfels over dit voorstel. Ten eerste lost een dwingendrechtelijke regeling van de conformiteitseis het probleem van de koper niet op. De kernkwestie voor hem (en de verkoper) is: wanneer is er sprake van non-conformiteit? Het antwoord op die vraag hangt af van alle omstandigheden van het geval en veroorzaakt, zoals Le Roy zelf ook constateert, veel onzekerheid en daardoor langdurig geprocedeerd. De inhoud van de door Le Roy voorgestelde standaardkoopakte lijkt op het NVM-model, dat vooral ingaat op juridische kwesties en niet op de vraag wanneer er sprake is van non-conformiteit vanwege een feitelijke gebrek. Een koopakte zou daarom een lange lijst van allerlei feitelijke gebreken aan de woning moeten bevatten die de koper wel of niet mag verwachten. Veel gebreken zijn echter niet te voorzien en blijken pas tijdens het gebruik van het huis (meestal als de koper aan het verbouwen slaat). Bovendien blijft de vraag liggen hoe het zit met de niet-toerekenbaarheid van de tekortkoming. Staat het de verkoper vrij te betogen dat er geen sprake is van een toerekenbare tekortkoming als hij niet weet of behoort te weten van de feitelijke gebreken (de verkoper wist ook niet dat zich onder de vloer een zwam bevond die al het houtwerk onder de vloer heeft aangetast)? En wat is de betekenis van een 'onbekendheidsverklaring' van de verkoper die in veel koopovereenkomsten staat? Het voorstel van Le Roy dat de koper een bouwkundige inspectie moet kunnen uitvoeren zal feitelijk weinig verschillen met de huidige situatie. Als de koper de verkoper nu vraagt of hij een dergelijke inspectie mag laten doen en de verkoper dit weigert, dan weet de koper genoeg: dit huis moet ik niet kopen.

De eis dat de koop van een woning door een particuliere koper schriftelijk moet zijn aangegaan (art. 7:2 lid 1 BW) blijft vragen oproepen. Breedveld-Voogd acht het onduidelijk of een via e-mailverkeer tot stand gekomen koopovereenkomst als zodanig kan gelden (art. 6:227a BW).²⁵

Geschilbeslechting door bindend advies

Nederland kent vele geschillencommissies (vooral op het gebied van consumentenzaken), die uitspraak doen bij wege van bindend advies. In het commer-

ciële rechtsverkeer worden de nodige geschillen, behalve in arbitrage, ook beslecht door één of meer bindend adviseurs. Het bindend advies is een species van de vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 lid 2 BW). Een bindend advies is vernietigbaar indien gebondenheid aan de inhoud of de wijze van totstandkoming van een bindend advies naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 7:904 lid 1 BW). Dit houdt een marginale toetsing van het bindend advies in.²⁶ Hoe geschilbeslechting door middel van bindend advies moet plaatsvinden is, als partijen niet een bepaald reglement zijn overeengekomen of aansluiting hebben gezocht bij wettelijke regels van bijvoorbeeld arbitrage, ongeregeld. Vooral in ad hoc bindende adviezen wordt het door beslissende techneuten nog wel eens niet zo nauw genomen met elementaire procesregels als hoor en wederhoor. Over de vraag wanneer een procedurefout in een bindend adviesprocedure moet leiden tot vernietigbaarheid van de beslissing, heeft de Hoge Raad zich uitgelaten in HR 20 mei 2005, *RvdW* 2005, 76. De Hoge Raad oordeelde dat mede van belang is of, en zo ja in welke mate, de procedurefout nadeel aan de wederpartij heeft toegebracht. Geen belang, geen actie, zouden wij denken. Verder is de Hoge Raad ingegaan op de vraag in hoeverre een bindend advies moet worden gemotiveerd. Als uitgangspunt geldt dat hoe meer het bindend advies het karakter van rechtspraak heeft de motivering meer en beter moet zijn dan in het geval het slechts gaat om het vaststellen van een onopgeloost elementje in de rechtsverhouding van partijen.

Aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht

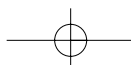
De beperking van de omkeringsregel

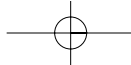
De omkeringsregel is een 'fraai' voorbeeld van hoe het mis kan gaan met een door de Hoge Raad geformuleerde algemene regel. Bekend als oplossing voor het probleem van onzekerheid over het condicio-sine-qua-non-verband bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen werd de benadering van het 'causaal verband als gegeven aannemen' regel bij kansverhoging in het algemeen binnen en buiten de letselshadecontext.²⁷ Ongetwijfeld geschrokken van de wijze waarop daaraan vervolgens toepassing is gegeven, heeft de Hoge Raad de regel 'verduidelijkt'²⁸, hetgeen lijkt te zijn uitgemond in het 'terughalen' van de regel naar het aanvankelijke toepassingssterrein van de schending van verkeers- en veiligheidsnormen onder het gelijktijdig aanprijzen van andere bewijsverlichtingsmogelijkheden.²⁹ Het verbaast ons niet dat de Hoge Raad in een tweetal zaken op het terrein van de verkeersaansprakelijkheid de omkeringsregel op 'aloude' wijze toepast, zonder daarbij te millimeteren op het punt van de vraag of wel sprake is van een voldoende specifiek gevaar.³⁰ We zijn gelukkig gewoon weer terug bij af.

Aansprakelijkheid van toezichthouders

Eén van de nieuwe ontwikkelingen betreft de positie van de toezichthouder in het aansprakelijkheidsrecht. Wij leven in een tijd waarin nieuwe toezichthouders met vergaande bevoegdheden worden geïntroduceerd: de OPTA, NMa, AFM en de Voedsel- en Warenautoriteit. Deze nieuwe autoriteiten hebben gemeen dat zij toezicht moeten houden op de naleving van regels en tegen misstanden dienen op te treden opdat bij burgers en bedrijven vertrouwen wordt geschapen. Een dergelijke opdracht roept onvermijdelijk verwachtingen omtrent het optreden van de toezichthouders op, doch gek genoeg is er bij de introductie van toezichthouders weinig aandacht voor

23. H.B. Krans, 'De betekenis van de handelsrente voor schadevergoeding en boetes', *WPNR* 6623 (2005), p. 449 e.v.
24. R.G.N. le Roy, 'Tekortschieten remedies voor teleurgestelde kopers van woningen', *NTBR* 2005, p. 249 e.v.
25. C.G. Breedveld-Voogd, 'De koop van een woning via e-mail', *Maandblad voor Ver-mogensrecht* 2005, p. 30 e.v.
26. HR 18 juni 1993, *NJ* 1993, 615 en HR 12 september 1997, *NJ* 1998, 382.
27. HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607.
28. HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304 en 305.
29. Zie bijvoorbeeld HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307 en HR 7 mei 2004, *NJ* 2004, 422.
30. HR 24 september 2004, *RvdW* 2004, 110 (onvoldoende aanpassen snelheid) en HR 8 april 2005, *NJ* 2005, 284 (rijden onder invloed).





teleurgestelde verwachtingen. Dat is eens te meer opmerkelijk nu we leven in een tijd waarin overheden al snel in het vizier komen wanneer er iets misgaat. Toezichthoudersaansprakelijkheid is dan ook een nieuwe loot aan de stam van het aansprakelijkheidsrecht.³¹ Zowel Giesen in zijn monografie als Agnes van Rossum in haar NJV-preadvies hebben in dit verband de vraag aan de orde gesteld of de toezichthouder een speciale behandeling in het aansprakelijkheidsrecht verdient. Van Rossum steunt de toezichthouders in hun behoefte aan beleids- en keuzevrijheid, opdat zij hun werk naar behoren kunnen doen. Zowel Giesen als Van Rossum hebben verder moeite met toepassing van de regels van hoofdelijkheid omdat deze al snel leiden tot daadwerkelijke aansprakelijkstelling van de overheid, terwijl de primaire – veelal insolvente – dader buiten schot blijft. Giesen is voorstander van achtergestelde aansprakelijkheid, Van Rossum is bereid na te denken over proportionele aansprakelijkheid.³² De NJV bleek echter niet bereid het uitgangspunt van hoofdelijkheid te offeren³³ en wat ons betreft terecht. Anders dan wel wordt beweerd is de bijdrage van de toezichthouder niet minimaal en gewone aansprakelijkheid van deze zijdelingse laedens niet onrechtvaardig: het gaat vaak om een cruciale bijdrage van een figuur die juist de opdracht had gekregen in te grijpen mede in het belang van claimanten die erop vertrouwden dat hij dat ook zou doen.

Wrongful life-vordering erkend

Wat de rechtspraak betreft is het arrest inzake Kelly het meest opzienbarend. Dit meervoudig gehandicapte ter wereld gekomen meisje stelt in de kern in dat zij gelet op haar handicaps liever niet te hebben willen bestaan. In binnen- en buitenland zijn bezwaren geformuleerd tegen toewijzing van een dergelijke vordering. Het zijn daarbij vooral bezwaren van ethische en rechtspolitieke aard die tot de verbeelding spreken: zo zou toewijzing in strijd zijn met de menselijke waardigheid, nadelige consequenties hebben voor het functioneren van artsen en de weg vrij maken voor een vordering van een kind tegen zijn ouders die hebben nagelaten onderzoek te doen naar mogelijke afwijkingen of abortus te plegen. In diverse andere landen werd al eerder over wrongful life-vorderingen geoordeeld en het beeld was daarbij bepaald niet gunstig.³⁴ De Franse situatie springt daarbij in het oog: na enkele voor de eiser(s) gunstige rechterlijke beslissingen greep de wetgever in en verbod hij de claim. De Hoge Raad³⁵ oordeelt echter duidelijk anders in deze zaak waarin vaststaat dat de verloskundige heeft nagelaten onderzoek te doen naar mogelijke afwijkingen terwijl daarvoor wel indicaties bestonden en waarin tevens vaststaat dat bij een onderzoek afwijkingen aan het licht waren gekomen die de ouders tot abortus hadden doen besluiten. Uiteindelijk worden de vorderingen van Kelly en van haar ouders zowel op het punt van de kosten van opvoeding/levensonderhoud als van smartengeld toegewezen. Het arrest valt op door zijn motivering waarin ook uitgebreid aandacht wordt besteed aan 'tegens'. Het is daardoor een inzichtelijk arrest geworden dat betrekkelijk weinig commotie heeft veroorzaakt. Het recht op vergoeding van kosten van opvoeding en levensonderhoud van de ouders is niet beperkt tot de schade die door de handicaps is veroorzaakt; men kan de ouders niet tegenwerpen dat zij in geval van een gezond kind ook kosten zouden hebben gemaakt. Ook Kelly heeft recht heeft op volledige vergoeding van haar kosten van levensonderhoud en niet slechts van schade die door de handicaps is veroorzaakt³⁶; alleen zo wordt recht gedaan aan haar situatie. In de uiteindelijke redenering van de Hoge Raad speelt (de frustratie van) het in onze rechtsorde erkende recht om voor abortus te kiezen

Vooral in ad hoc bindende adviezen wordt het door beslissende techneuten nog wel eens niet zo nauw genomen met elementaire procesregels als hoor en wederhoor.

een cruciale rol. De fout van de verloskundige heeft eraan in de weg gestaan dat de moeder gebruik heeft gemaakt van haar op het zelfbeschikkingsrecht gebaseerde bevoegdheid te kiezen voor abortus; een keuze die ze mede met het oog op de belangen van het op dat moment ongeboren kind zou maken.

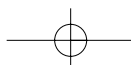
Wat ons betreft is de uitkomst juist: wanneer de civiele rechter niet (inhoudelijk) zou mogen oordelen over wrongful life-vorderingen zou de rechter een opmerkelijk halt toegeroepen worden op een moment waarop fundamentele belangen in het geding zijn en dat terwijl hij wel mag oordelen over andere, soms duidelijk minder fundamentele, kwesties. In zijn arrest heeft de Hoge Raad overigens zijn best gedaan een aantal rechtspolitieke bezwaren te neutraliseren. Zo heeft hij uitdrukkelijk een recht op abortus van een kind in de relatie met de moeder ontkend en daarmee de angel uit een belangrijk 'holland vlak-argument' gehaald: voor een claim jegens de moeder is geen ruimte. En ook op het punt van de consequenties voor de medische stand is de Hoge Raad zakelijk. In casu was duidelijk een fout gemaakt door de verloskundige. Een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot had ten tijde van het handelen van de verloskundige een onderzoek geëntameerd. Dat betekent dat de uitkomst van de procedure niet dwingt tot aanpassing van het gebruikelijke gedrag en daarmee bijvoorbeeld tot defensieve medicatie. Het lijken vooral ook deze overwegingen die de regering tot de conclusie hebben gebracht dat wettelijk ingrijpen niet aangewezen is.³⁷

Vanuit algemeen schadevergoedingsrechtelijk perspectief is van belang dat de Hoge Raad heeft beslist dat de enkele inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de ouders recht geeft op smartengeld zonder dat daarbij de eis van geestelijk letsel wordt gesteld.³⁸ Aan te nemen valt dat de Hoge Raad hiermee ook voor wrongful birth-gevallen afstand neemt van het vereiste van geestelijk letsel. Aldus zou hij de doctrine op dit punt volgen.³⁹ En niet onwaarschijnlijk is dat de overweging een nog ruimere betekenis heeft, ook bij schending van persoonlijkheidsrechten buiten de sfeer van de wrongful birth-gevallen, zij het dat de Hoge Raad benadrukt dat het hier gaat om een 'zo ingrijpende aantasting ... van een zo fundamenteel recht'. Dat suggereert duidelijk terughoudendheid.

Medische aansprakelijkheid; het gewicht van een protocol

Op het vlak van de medische aansprakelijkheid is nog een belangrijk arrest geweest. Enkele jaren geleden heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over het de betekenis van schending van een protocol voor de aansprakelijkheidsvraag.⁴⁰ Afwijking van die voorschriften is slechts aanvaardbaar indien dat in het belang van een goede patiëntenzorg wenselijk is. Het arrest heeft, ook omdat schending van het protocol om bij een knieoperatie een antistollingsmiddel toe te dienen toepassing van de omkeringsregel meebracht, in de medische en gezondheidsrechtelijke wereld stof doen opwaaien. Inmiddels is er een tweede protocolarrest. Kort gezegd gaat het om het overeenkomstig het geldende protocol toedienen van het antibioticum Augmentin bij een keizer-

31. Zie vooral I. Giesen, 'Toezicht en aansprakelijkheid', Deventer 2005 en A.A. van Rossum, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht', NJV-preadvies, Deventer 2005.
32. Zie ook al J.M. Barendrecht, *NJB* 2004, p. 2180 e.v.
33. Zie het verslag van J.M. Polak, *NJB* 2005, p. 1343.
34. Zie het overzicht van P-G Hartkamp voor HR 18 maart 2005, *RvdW* 2005, 42 onder 23 e.v.
35. HR 18 maart 2005, *RvdW* 2005, 42.
36. Anders bijvoorbeeld P-G Hartkamp voor het arrest, C.H. Sieburgh, *RMThemis* 2004, p. 204 vóór het arrest en dezelfde, *TPR* 2004 (2005), p. 1581 na het arrest. Hiertegen G.A. den Hartogh, *AA* 2005, p. 460 die erop wijst dat de verloskundige nu juist niet de handicaps heeft veroorzaakt.
37. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 323, nr 11, p. 4.
38. Een eerste indicatie voor deze koers was te vinden in HR 9 juli 2004, *RvdW* 2004, 98.
39. Zie onder meer S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld', diss., Deventer 1998, p. 161-162 en C.J.H. Brunner in zijn noot bij HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145.
40. HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649.



Het verbaast ons niet dat de Hoge Raad in een tweetal zaken op het terrein van de verkeersaansprakelijkheid de omkeringsregel op 'aloude' wijze toepast, zonder daarbij te millimeteren op het punt van de vraag of wel sprake is van een voldoende specifiek gevaar. We zijn gelukkig gewoon weer terug bij af.

sne. Augmentin heeft als contra-indicatie toepassing bij overgevoeligheid voor penicilline. Na toediening van dat medicament heeft zich bij de betrokken vrouw een allergische reactie voorgedaan en is zij in coma geraakt. De betrokken artsen en het verplegend personeel waren bekend met de overgevoeligheid van de vrouw. Het Hof heeft het ziekenhuis aansprakelijk geoordeeld omdat het in het ziekenhuis opgestelde protocol – kort gezegd – geen waarschuwing bevat voor toediening van Augmentin bij overgevoeligheid voor penicilline en het protocol onder deze omstandigheden niet voldoet aan de eisen die daaraan redelijkerwijs mogen worden gesteld. De Hoge Raad casseert en geeft en passant nog eens de (meer)waarde van (schending van) een protocol aan.⁴¹ Een protocol is een richtlijn die in beginsel in acht moet worden genomen, maar waarvan soms kan en in bepaalde gevallen ook moet worden afgeweken, waarbij als maatstaf heeft te gelden dat aan de patiënt de zorg behoort te worden verleend die in de omstandigheden van het geval van een redelijk bekwaam arts mag worden verlangd. Dit brengt enerzijds mee dat een afwijking van het protocol door een arts moet kunnen worden beargumenteerd, maar anderzijds dat het volgen van het protocol niet zonder meer betekent dat de arts juist heeft gehandeld. Voor de inhoud van het protocol betekent dit dat de opstellers ermee rekening mogen houden dat het wordt gehanteerd door redelijk bewaam artsen, en dat dus, mede uit een oogpunt van praktische hanteerbaarheid, niet alle gegevens behoeven te worden vermeld die aan de betrokken artsen op grond van hun medische kennis en ervaring bekend behoren te zijn. Op dit punt gaat het dan mis voor het Hof. De Hoge Raad heeft hier een goed evenwicht gevonden: weliswaar heeft hij artsen duidelijk gemaakt dat zij ook vanuit een oogpunt van aansprakelijkheid protocollen serieus moeten nemen, tegelijkertijd heeft hij benadrukt dat de arts bij de toepassing een zelfstandige verantwoordelijkheid houdt en de richtlijnen niet slaafs dient te volgen. Een protocol is niet heilig. We mogen aannemen dat de medische wereld met deze verantwoordelijkheid én beoordelingsruimte kan leven en dat zij niet zoals bij het arrest uit 2001 geschokt reageert. Of dat zo is, is – overigens net als bij de Kelly-zaak – vooral ook afhankelijk van de vraag of zij op deugdelijke wijze over de betekenis van het arrest wordt voorgelicht.

Werkgeversaansprakelijkheid voor psychische klachten

In een tijd waarin meer en meer claims terzake van overbelasting worden ingesteld⁴², heeft de Hoge Raad partij gekozen in een controversie in de literatuur waarvan de gevolgen ook in de lagere rechtspraak waren aan te wijzen: heeft artikel 7:658 BW slechts betrekking op de situatie dat aan de werknemer fysieke schade is toegebracht of valt ook zui-

ver psychische schade onder het beschermingsbereik? In een zaak waarin een bankier zijn werkgever aansprak omdat hij naar zijn mening als gevolg van de arbeidsomstandigheden bij zijn werkgever eerder met de VUT heeft moeten gaan, nam het Hof inderdaad aansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW aan. In cassatie werd de stelling betrokken dat het strakke beoordelingskader van deze bepaling zich minder goed leent voor toepassing op psychisch letsel omdat er weinig concrete voorschriften zijn ter voorkoming van psychisch letsel, er verschillen zijn in psychische belastbaarheid tussen werknemers onderling en psychisch letsel veelal meerdere, ook niet werkgerelateerde, oorzaken heeft. De Hoge Raad maakt hiermee echter korte metten⁴³: tekst noch geschiedenis van artikel 7:658 BW dwingen tot de opvatting dat dit artikel slechts betrekking heeft op de situatie dat aan de werknemer fysieke schade is toegebracht. De ratio van de verhoogde aansprakelijkheid van de werkgever is niet zozeer gelegen in het fysieke karakter van de aantasting van de werknemer, maar in de omstandigheid dat de werkgever degene is die bepaalt op welke plaats, onder welke omstandigheden en met welke hulpmiddelen de werknemer moet werken. Dit is niet anders wanneer de werkomstandigheden niet fysiek, maar psychisch ziekmakend zijn. Het arrest bevat echter wel een tweetal *caveats*: voor de toepassing van artikel 7:658 BW is vereist dat het gaat om schending door de werkgever van een norm als in die bepaling bedoeld, alsmede om risico's die zijn verbonden aan het werk en de werkomgeving. Er moet dus causaal verband zijn tussen de werkzaamheden en de psychische schade. Op dit laatste punt casseert de Hoge Raad omdat het Hof bij het aannemen van dat verband een aantal stellingen van de werkgever – zoals dat er sprake was van reeds bestaande medische klachten – onbesproken heeft gelaten. Ook de eis dat sprake moet zijn van een schending door de werkgever van een norm als in artikel 7:658 BW bedoeld is relevant, omdat blijkt dat werknemers ook geestelijk getroffen kunnen worden door onheuse bejegening of de gang van zaken rond een opvolging of promotie. Naar gangbare inzichten vallen deze gevallen onder het bereik van artikel 7:611 BW.⁴⁴ Of dat uiteindelijk veel uitmaakt is de vraag. Beslissend is in beide gevallen of er ook daadwerkelijk een tekortkoming aan te wijzen valt: juist bij psychisch letsel is dat veelal geen sinecure. De lagere rechtspraak hecht – ook in het kader van artikel 7:658 BW – vooral ook belang aan de vraag of er voor de werkgever indicaties waren dat de werknemer de werkdruk niet aan zou kunnen.⁴⁵ Daarbij is al snel de vraag wat de werknemer dienaangaande aan de werkgever heeft laten weten.

Werkgeversaansprakelijkheid: hoe ver reikt de werksfeer?

In het licht van de recente terughoudendheid op het stuk van artikel 7:658 BW valt het arrest inzake KLM-piloot De Kuijer op. Hij raakt in een taxi op weg naar een restaurant in Abidjan tijdens één van de rustdagen tussen twee vluchten betrokken bij een ernstig verkeersongeval waarbij hij een hoge dwarslaesie oploopt. Omdat hij zijn schade in Ivoorkust niet kan verhalen spreekt hij zijn werkgever aan ex artikel 7:658/611 BW. Nadat de kantonrechter de vordering had afgewezen omdat sprake was van een privéongeval en de KLM voldoende zou hebben 'uitgestraald' dat haar vliegend personeel zelf een ongevalverzekering diende af te sluiten, wijst het Hof de vordering toe omdat de aan de orde zijnde – wisselende – risico's eerst en vooral zijn verbonden aan de aard van de onderneming van de werkgever. Goed werkgeverschap brengt dan mee dat KLM deze risico's voor haar rekening neemt dan wel er effectief voor

41. HR 1 april 2005, RvdW 2005, 50.

42. Zie voor aansprakelijkheid wegens overbelasting bijvoorbeeld Ktr. Terneuzen 29 september 2004, JAR 2004, 270.

43. HR 11 maart 2005, RvdW 2005, 37.

44. Zie bijvoorbeeld HR 30 januari 1998, NJ 1998, 476 en Ktr. Rotterdam 8 april 2003, JAR 2004, 20.

45. Zie recentelijk bijvoorbeeld Ktr. Hoorn 25 oktober 2004, JAR 2005, 57 en Ktr. Terneuzen 19 januari 2005, JAR 2005, 76.

waarschuwt onder mededeling dat die risico's voor rekening van de betrokken medewerkers blijven en onder aanbieding van een adequate verzekering. Dit gaat ver. Uiteindelijk lijkt het Hof bescherming te willen bieden tegen het risico van werkgerelateerde onverhaalbare schade. Dit fenomeen doet zich ook buiten het internationale vliegverkeer voor. Het probleem is dat men daarvoor zich wellicht kan verzekeren maar dat toch vaak nalaat bijvoorbeeld omdat men zich niet realiseert welke kans men loopt op onverhaalbare schade en wat de impact daarvan voor zijn leven is. Moeten werkgevers hiervan de rekening gerepresenteerd krijgen in het kader van (schending van de eisen van) goed werkgeverschap? En hoe verhoudt een dergelijke 'ontfermingsplicht' ex artikel 7:611 BW zich tot de nieuwe, terughoudende wind in de Kazernestraat op het stuk van artikel 7:658 BW? De Hoge Raad heeft het arrest, overigens zonder daarbij algemene overwegingen te geven, echter in standgelaten.⁴⁶ Dat zou zeer wel te maken kunnen hebben met het onderzoekje dat A-G Spier heeft gedaan naar door KLM beweerde mogelijkheden voor haar personeel een adequate verzekering af te sluiten: uit Spiers onderzoek blijkt dat de mogelijkheden zeer beperkt zijn en in ieder geval dat hoge verzekerde sommen eigenlijk niet mogelijk zijn. Dat maakt de beslissing in concreto te verteren: het is de KLM die haar personeel aan moeilijk te vermijden risico's blootstelt, ook al doen die zich voor in privé in te vullen rustperiodes, waarvoor dat personeel zich zelf niet adequaat kan indekken. Dit laat zich vervolgens echter weer veralgemeniseren, zodat het advies aan werkgevers die hun personeel naar verre oorden uitzenden toch luidt nog eens goed de risico's te inventariseren en waar mogelijk voorzorgsmaatregelen te treffen en financiële risico's af te dekken.⁴⁷

Werkgeversaansprakelijkheid jegens derden?

In de Hertel-zaak staat de vraag centraal of een werknemer van een scheepswerf een onderaannemer die met asbest werkte uit onrechtmatige daad kan aanspreken terzake van onvoldoende zorg. Heeft de onderaannemer een zorgplicht jegens anderen dan zijn eigen werknemers? Of kan hij zich verschuilen achter het ontbreken van zeggenschap en verwijzen naar de werkgever van de getroffen? Kern van de zaak is in hoeverre de in het kader van artikel 7:658 BW ontwikkelde beroepsziektenrechtspraak kan worden doorgetrokken naar andere verhoudingen. Hoewel A-G Spier het hem afraadde, wijdt de Hoge Raad in de vorm van enkele vooropstellingen algemene overwegingen aan de problematiek.⁴⁸ De artikel 7:658-lijn is niet aan de orde wanneer de werknemer een ander dan de formele of materiële werkgever aansprekt. Gelet op eerdere rechtspraak waarin aard, inhoud en achtergrond van de zorgplicht ex artikel 7:658 BW centraal staat⁴⁹, verbaast het niet dat de Hoge Raad wijst op het aspect van (ontbreken van) zeggenschap. Er kan echter wel sprake zijn van een – verhoogde – zorgplicht ex artikel 6:162 BW. Of de derde onzorgvuldig jegens de werknemer heeft gehandeld is wanneer wettelijke regels ontbraken of onvoldoende waren uitgewerkt, afhankelijk van de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de aan de derde verweten gedragingen of nalatigheden. Vanaf het moment waarop binnen de maatschappelijke kring waartoe de aangesproken derde behoort, bekend moet worden geacht dat aan het werken met asbest gevaren voor de gezondheid zijn verbonden, geldt dan een verhoogde zorgvuldigheidsnorm met het oog op de belangen van diegenen die zich bevinden in de directe nabijheid van een plaats waar met asbest wordt gewerkt. Daarbij valt afgezien van anderen werkzaam op de bewuste plek, zoals in de Hertel-

zaak, te denken aan willekeurige voorbijgangers, omwonenden, maar ook aan gezinsleden die 'thuis' worden besmet, omdat zij zijn blootgesteld aan asbestvezels die aan kleding zijn blijven hangen.⁵⁰

Wie de asbest-arresten goed in zijn hoofd heeft, ziet toch een duidelijke gelijkens tussen het artikel 7:658- en het artikel 6:162-regime, hetgeen in het licht van het belang van (het ontbreken van) zeggenschap verbaast. Onduidelijk is daarom waar nu precies de verschillen met de lijn ten aanzien van werkgevers zitten. Het is niet onmogelijk dat zij niet eens zozeer in de inhoud van de zorgplicht zodanig zitten als wel in andere 'extra's' die artikel 7:658 BW in uitgangspunt biedt ten opzichte van artikel 6:162 BW: bijzondere regels op het stuk van stelplicht en bewijslast en eigen schuld.

De verjaring van een regresvordering

De Hoge Raad heeft herhaald dat de korte termijn van artikel 3:310 BW pas loopt vanaf het moment dat de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering in te stellen.⁵¹ Nog niet geheel duidelijk was wat rechtens is bij een regresvordering. Nadat voor VOA-verhaal was beslist dat moest worden uitgegaan van de 5-jaarstermijn van artikel 3:310 BW in plaats van de algemene 20-jaarstermijn van artikel 3:306 BW⁵², was de verwachting dat voor andere zelfstandige regresrechten hetzelfde zou gelden (bij subrogatie volgde toepassing van artikel 3:310 reeds uit de regresconstructie zelf). Inmiddels heeft de Hoge Raad dat in het al genoemde Protocol-arrest, waarin het uiteindelijk om ZFW-regres gaat, inderdaad ook beslist.⁵³ Kern is het zogenoemde civiele plafond: uitoefening van het verhaalsrecht mag er niet toe leiden dat de aansprakelijke persoon er slechter aan toe is dan wanneer hij door de getroffen zelf zou zijn aangesproken. Dat geldt niet alleen voor de hoogte van de vordering, maar ook voor de lengte van de verjaringstermijn.

Daarmee is echter nog niet alles beslist: zo is voor zelfstandige regresrechten nog een relevante vraag wanneer de termijn begint. Gaat deze al lopen bij bekendheid bij de gelaedeerde of pas bij bekendheid bij de regresnemer? Het eerste past slecht bij het moment van ontstaan van de regresvordering, het tweede verhoudt zich minder goed tot het civiele plafond. Terzake van de gevolgen van een fout bij een keizersnede op 21 januari 1994 heeft ZAO uitkeringen gedaan; zij heeft de verjaring gestuit bij een verklaring van 9 juni 1999. Het Hof heeft vervolgens overwogen dat de verjaring desalniettemin een feit is wanneer bewezen kan worden dat ZAO vóór 9 juni 1994 bekend was met schade en aansprakelijke persoon. In cassatie wordt betoogd dat (ook) de kennis van de benadeelde zelf relevant is. A-G Spier meende, mede met het oog op de hanteerbaarheid van de regresrechten dat ook voor regresvorderingen de kennis van de benadeelde beslissend zou moeten zijn. Smeehuijzen is een vergelijkbare opvatting toegegaan.⁵⁴ De Hoge Raad maakt het er niet eenvoudiger op door als uitgangspunt aan te nemen dat de verjaring van de rechtsvordering aanvangt met ingang van de dag volgende op die waarop het ziekenfonds zowel met de schade als met de aansprakelijke persoon bekend is geworden, doch vervolgens in verband met het civiele plafond aan te nemen dat een aansprakelijke persoon zich jegens het ziekenfonds erop kan beroepen dat het niet een rechtsvordering kan instellen die reeds zou zijn verjaard, zo deze niet door het ziekenfonds maar door de getroffen zelf zou zijn ingesteld. Daarbij wijst de Hoge Raad erop dat anders een moeilijk te verklaren verschil zou bestaan met de gesubrogeerde verzekeraar, terwijl een dergelijk verschil niet door de ZFW-wetgever is beoogd. Kort en goed betekent dit dat niet alleen van

46. HR 18 maart 2005, *RvdW* 2005, 46.

47. Ook in Hof Den Bosch 22 juni 2004, *JAR* 2004, 237 en Ktr. Rotterdam 29 maart 2005, *JAR* 2005, 92 zijn vorderingen terzake van in het buitenland overkomen onheil aan de orde.

48. HR 17 december 2004, *RvdW* 2005, 4.

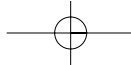
49. Zie bijvoorbeeld HR 12 januari 1999, *NJ* 1999, 534 (PAS) en HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 235.

50. Zie bijvoorbeeld al Rb. Almelo 27 januari 1999, *VR* 2000, 24 en Rb. Amsterdam 24 maart 1999, *VR* 2000, 25.

51. HR 27 mei 2005, C04/069. Zie eerder HR 31 oktober 2003, *RvdW* 2003, 169.

52. HR 31 mei 2002, *NJ* 2004, 161.

53. HR 1 april 2005, *RvdW* 2005, 50.



belang is of, zoals het Hof heeft geoordeeld, ZAO voor 9 juni 1994 bekend was met de schade en de aansprakelijke persoon, maar ook of *de benadeelde* voor 9 juni 1994 met een en ander bekend was. Het verschil tussen de benadering van de Hoge Raad en die van Spier en Smeehuijzen doet zich voor in het geval dat de regresnemer eerder dan de benadeelde kennis heeft van de fout, iets wat bijvoorbeeld in medische zaken niet denkbeeldig is. In het regime van de Hoge Raad valt voor de regresnemer dan eerder het doek dan voor de benadeelde, terwijl zij in de andere gelijk op zouden gaan.

Goederenrecht

De overdracht van emissierechten

Ter uitvoering van het Kyoto-protocol, waarmee wordt beoogd de uitstoot van broeikasgas (CO²) te verminderen, is een Europese richtlijn opgesteld die in Nederland in hoofdstuk 16 van de Wet milieubeheer (Wm) is geïmplementeerd.⁵⁵ Hierdoor is sinds 1 juli jl. een handel in emissierechten mogelijk geworden.⁵⁶ Emissierechten zijn vermogensrechten en kunnen worden overgedragen. De levering geschiedt door afschrijving van de register-rekening van de vervreemder en bijschrijving op de rekening van de verkrijger (art. 16.41 Wm). Een emissierecht is geen registergoed, omdat het emissieregister geen openbaar register is in de zin van artikel 3:10 BW. Ten behoeve van de rechtszekerheid voor de verkrijger van het emissierecht is gebroken met het voor overdracht van goederen als regel geldende causale stelsel (art. 3:84 lid 1 BW). Het causale stelsel houdt in dat aantasting van de titel tot overdracht (de overeenkomst) leidt tot een ongeldige overdracht. Voor overdracht van emissierechten geldt een abstract stelsel, inhoudend dat titelgebreken de overdracht niet aantasten (art. 16.42 Wm). De overdrager heeft in dat geval op grond van onverschuldigde betaling recht op terugoverdracht. Koster acht die bescherming van de verkrijger te vergaand en ziet onvoldoende redenen om hier af te wijken van het causale stelsel.⁵⁷ W. Snijders oordeelt daar anders over.⁵⁸ Het is niet mogelijk op emissierechten een pandrecht te vestigen of daarop beslag te leggen (art. 16.42 lid 3 en 5 Wm). Jeroen Kortmann laat onder meer zien dat de praktijk inmiddels wegen heeft gevonden om het verbod van verpanding van emissierechten te ontlopen door contractuele zekerheidsregelingen in het leven te roepen.⁵⁹

Nieuwe economische figuren (domeinnamen, bedrijfsgeheimen en informatie⁶⁰) dwingen tot nadenken over de vraag wanneer een absoluut recht ontstaat en hoe overdracht moet plaatsvinden. De motor van die nieuwe rechten is veelal de economische werkelijkheid (in het bijzonder de wens tot zekerheidstelling in verband met financiering en de bescherming van de onbetaalde vervreemder in het faillissement van de verkrijger). Indien het nieuw te aanvaarden absolute recht vervolgens past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen, staat het wettelijk systeem niet in de weg aan de erkenning van een nieuw absoluut en overdraagbaar recht (art. 3:83 lid 3 BW).⁶¹ Uit de feiten kan recht ontstaan als dit normatief wenselijk is en daarvoor een rechtssystematische inpassing kan worden gevonden.

Nieuwe regels voor appartementsrechten

Ruim 10% van de koopwoningen in Nederland bestaat uit appartementen. Per 1 mei jongstleden is de regeling van de appartementsrechten (afdeling 5.9 BW) voor het eerst sinds 1992 op onderdelen gewijzigd.⁶² Thans is duidelijk dat het mogelijk is om een

onbebouwd stuk grond te splitsen zonder dat er in de toekomst een gebouw op wordt gesticht (art. 5:106 lid 2 BW), zoals bij parkeerplaatsen voor auto's, ligplaatsen voor boten en campinggronden. Spannend in goederenrechtelijke zin is dat volgens de parlementaire geschiedenis 'floating spaces' mogelijk zijn: het appartementsrecht rechtgevend op gebruik van bij voorbeeld een willekeurige parkeerplaats in plaats van een vaste parkeerplaats. De wens vanuit de praktijk is gehonoreerd om een recht van opstal te kunnen vestigen op privé-gedeelten van nieuwe appartementsrechten (bij voorbeeld om een zendmast te mogen plaatsen), waarvan de appartementsgerechtigde slechts deelgerechtigde is en geen eigenaar (art. 5:118a BW). Voor wijziging van een splitsingsakte is niet langer toestemming van alle appartementsrechtigen vereist (art. 5:139 BW). Inmiddels is een commissie van de Koninklijke Notariële Broederschap bezig met het ontwerpen van een nieuw modelreglement dat eind 2005 wordt verwacht.

De reprise van de financiëlezekerheidsovereenkomst

Een Europese richtlijn verplichtte Nederland om uiterlijk op 27 december 2003 een regeling van de financiëlezekerheidsovereenkomst in ons recht te introduceren. De nogal ongrijpbare figuur van de financiëlezekerheidsovereenkomst is een overeenkomst op grond waarvan een zekerheidsnemer financiële zekerheid verkrijgt van een zekerheidsgever voor de nakoming van openstaande verplichtingen, door overdracht of verpanding van bepaalde effecten dan wel op een rekening geboekt geld (creditsaldo). De richtlijn beoogt de totstandkoming en uitwinning van die zekerheden spoedig te kunnen laten plaatsvinden. Zo krijgt de pandhouder zowel een beschikkingsbevoegdheid over (art. 7:53 ontwerp-BW) als een gebruiksrecht op het verpande (art. 7:54 ontwerp-BW). Een eerder wetsvoorstel (28 874) is op 8 maart jl. door de Eerste Kamer verworpen, omdat de strekking daarvan, in navolging van de literatuur⁶³, te ruim werd gevonden. Het wetsvoorstel had niet alleen betrekking op transacties tussen financiële instellingen onderling, maar ook op transacties tussen financiële instellingen met andere ondernemers. Het op 3 juni jl. ingediende nieuwe wetsvoorstel (30.138) wijkt in essentie alleen op het punt van die reikwijdte af van het oude wetsvoorstel en is beperkt tot ondernemingen die een band hebben met de financiële markt. Met de andere kritiek in de literatuur, dat het wetsvoorstel haaks staat op ons goederenrechtelijke stelsel, is niets gedaan.⁶⁴ Wordt vervolgd.

Slot

In het contractenrecht heeft de rechtsontwikkeling zich het afgelopen jaar langs lijnen van geleidelijkheid voltrokken. De contractenrechtelijke literatuur was dit keer spannender dan de rechtspraak. In het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht heeft de Hoge Raad diverse eerdere arresten verduidelijkt, doch zijn koers bij werkgeversaansprakelijkheid blijft vragen oproepen. Spectaculair, maar a-typisch, was het Kelly-arrest. In het goederenrecht komt de daarin gebruikelijke geharnaste dogmatiek onder druk te staan door de komst van nieuwe rechtsfiguren (financiëlezekerheidsovereenkomst en emissierechten). De oogst van het afgelopen halfjaar overziend, verwonderen wij ons weer dat het vermogensrecht zich ook na duizenden jaren blijft ontwikkelen met stapjes en sprongen. ■

54. J.L. Smeehuijzen, *WPNR* 6606 (2005), p. 66 e.v.
55. *Stb.* 2005, 233.
56. Besluit van 12 mei 2005 *Stb.* 2005, 248.
57. M.H. Koster, Handel in emissierechten: het causale stelsel 'uitgesloten?', *WPNR* 6617 (2005), p. 301 e.v. Kritisch is ook W.Th. Braams, 'Privaatrecht op maat: de handel in emissierechten', *NTBR* 2005, p. 231.
58. W. Snijders, 'Ongeregeldheden in het vermogensrecht', *WPNR* 6608 (2005), p. 98 (r.k.).
59. J.S. Kortmann, 'De overdracht van CO₂-emissierechten nader beschouwd', *NJB* 2005, p. 396.
60. Zie C. Prins, 'Eigenendom op informatie: economische realiteit maar juridische fictie', *NJB* 2005, p. 623.
61. Zie uitvoerig W. Snijders, 'Ongeregeldheden in het vermogensrecht', *WPNR* 6607 en 6608 (2005), p. 79 e.v. en p. 94 e.v.
62. *Stb.* 2005, 196. Zie H.L. van der Beek, 'De BW-titel Appartementsrechten gewijzigd', *MvV* 2005, p. 98 e.v. en A.A. van Rhee, 'Het vernieuwde appartementsrecht', *Bb* 2005, p. 105 e.v.
63. Zo ook de deelnemers aan de vergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht, die bijeen waren naar aanleiding van de prediezen van F.M.J. Verstijlen en J.J. van Hees over dit onderwerp. Zie C.W.M. Lieve en L.F. Wiggers-Rust, Verslag van de themamiddag Vereniging voor Burgerlijk Recht 2004: 'De financiële zekerheidsovereenkomst', *NTBR* 2005, p. 59 e.v.

