

óók online
beschikbaar
www.ntbr.nl

Redactioneel / 385

Warmte en koude in het burgerlijk recht – *S.E. Bartels*

Artikelen / 387

Een collectieve afwikkeling van massaschade en de belangen van de individuele benadeelde – *C.J.M. van Doorn*

Wetgever, besteed meer aandacht aan ons vermogensrecht! Een oproep tot het instellen van een permanente Commissie vermogensrecht – *A.J. Verdaas*

Rechtspraak / 407

Proportionele aansprakelijkheid; de CRvB laat zich leiden door de Hoge Raad en vice versa? – *F. Sobczak*

Kronieken / 413

Kroniek Algemeen – *E.H. Hondius*

Preadviezen VBR / 428

Europeanisering van vermogensrecht: een bespreking van de preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht – *J.M. Smits*

Recensie / 432

Recensie diss. mr. M.L. Tuil, Verdelingsbeslagen, een studie naar het deelgenotenbeslag en het maritaal beslag – *S. Perrick*

Persbericht VBR / 444





Inhoudsopgave

REDACTIONEEL

45. Warmte en koude in het burgerlijk recht / 385

In de Warmtewet zijn enkele interessante bepalingen van privaatrechtelijke aard opgenomen. En ook het BW zal wijzigingen ondergaan als de Warmtewet in werking treedt.
S.E. Bartels

ARTIKELLEN

46. Een collectieve afwikkeling van massaschade en de belangen van de individuele benadeelde / 387

De vraag rijst of er met een collectieve afwikkeling van massaschade voldoende recht wordt gedaan aan de belangen van de individuele benadeelde. In dit artikel wordt aan de hand van bestaand (empirisch) onderzoek de huidige praktijk geanalyseerd. Hieruit blijkt dat de huidige collectieve afwikkelingsmethode voornamelijk gericht is op het op efficiënte wijze bieden van financieel herstel aan de benadeelde. Ten aanzien van verscheidene belangen (waaronder erkenning, inspraak en vertegenwoordiging, informatie over procedure en uitkomst) valt winst te behalen. Toch laat de huidige praktijk ook interessante ontwikkelingen zien die aan een betere waarborging van deze belangen tegemoet (kunnen) komen.
C.J.M. van Doorn

47. Wetgever, besteed meer aandacht aan ons vermogensrecht!

Een oproep tot het instellen van een permanente Commissie vermogensrecht / 397

De wetgever besteedt te weinig aandacht aan ons vermogensrecht. Te veel problemen blijven onopgelost, ook als daar door wetenschap en/of praktijk aandacht voor wordt gevraagd en oplossingen voorhanden zijn. Meer wetgevingsaandacht is geboden. Ook de voortschrijdende Europese harmonisatie blijft wetgevingsaandacht vergen. Opgeroepen wordt tot het organiseren van doorlopende wetgevingsaandacht in de vorm van een permanente Commissie vermogensrecht.
A.J. Verdaas

RECHTSPRAAK

48. Proportionele aansprakelijkheid; de CRvB laat zich leiden door de Hoge Raad en vice versa? / 407

De CRvB heeft zich in zijn uitspraak van 9 april 2009 laten leiden door de Hoge Raad. De CRvB past proportionele aansprakelijkheid toe in een op Hoge Raad *Nefalit/Karamus* gelijkende casus en scheidt hiermee gelijkheid tussen ambtenaren en niet-ambtenaren wat betreft hun aansprakelijkheidsclaims voor longkanker die veroorzaakt kan zijn door blootstelling aan asbest tijdens dienstverband. Een door deskundigen berekende veroorzakingswaarschijnlijkheid van 12% wordt door de CRvB niet te klein bevonden voor toepassing van proportionele aansprakelijkheid. Indien de Hoge Raad deze rechtsoverweging overneemt dan kan dit leiden tot een toename van het aantal claims die relatief lage bedragen vertegenwoordigen.
F. Sobczak

KRONIEKEN

49. Kroniek Algemeen / 413

Deze kroniek begint met de aankondiging van de preadviezen voor de Duitse *Zivilrechtslehrertagung* van 2009. Behalve aan twee proefschriften, een rede en een monografie uit eigen land, komen vooral publicaties over Engels recht of in de Engelse taal aan bod. Schadeberekening, internationale handelsgeschillen, *unconscionability*, Europees privaatrecht en *Legal English* zijn de belangrijkste thema's. Ten slotte wordt bekendgemaakt aan welke publicatie de prijs voor het beste boek van 2010 is toegekend.
E.H. Hondius

50. Preadviezen VBR

Europeanisering van vermogensrecht: een bespreking van de preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht / 428

Deze bijdrage bevat een voorbespreking van de preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht en gewijd aan Europeanisering van vermogensrecht. Het preadvies van Keirse biedt een overzicht van ontwikkelingen op het terrein van Europeanisering van verbintenissenrecht, dat van Veder is gewijd aan de noodzaak van een Europese regeling van zekerheidsrechten op roerende zaken. Deze bespreking schetst de hoofdlijnen van beide preadviezen en plaatst deze in een breder perspectief.
J.M. Smits

RECENSIE

51. Recensie diss. mr. M.L. Tuil, Verdelingsbeslagen, een studie naar het deelgenotenbeslag en het maritaal beslag / 432

In deze recensie wordt uitgebreid aandacht besteed aan het proefschrift 'Verdelingsbeslagen. Een studie naar het deelgenotenbeslag en het maritaal beslag' waarop mr. M.L. Tuil op 17 april 2009 in Rotterdam is gepromoveerd. Met de term 'verdelingsbeslagen' wordt bedoeld op het in art. 733 Rv geregelde deelgenotenbeslag en het in art. 768 e.v. Rv geregelde maritaal beslag.

De fundamentele kritiek van de recensent is dat de promotus zich niet heeft beperkt waar dat aangewezen was en een aantal belangrijke vragen die het onderwerp van de dissertatie oproept, niet beantwoordt.
S. Perrick

52. Persbericht VBR / 444

Colofon

Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht

Ere-redacteur

prof. mr. E.H. Hondius

Hoofdredactie

prof. mr. G.E. van Maanen

Redactie

prof. mr. S.E. Bartels,
mr. V. van den Brink,
prof. mr. A.G. Castermans,
prof. mr. I. Giesen,
prof. mr. H.B. Krans,
prof. mr. V. Sagaert,
prof. mr. A.C. van Schaick,
mr. H.N. Schelhaas,

Redactiesecretaris

mr. R.C. Meurkens, Capgroep privaatrecht, Universiteit Maastricht,
Postbus 616, 6200 MD Maastricht,
e-mail: lotte.meurkens@maastrichtuniversity.nl,
tel.: 043-3883211,
fax: 043-3884868

Beoordeling kopij

NTBR is een A-tijdschrift. Alle kopij wordt beoordeeld door alle redactieleden en in voorkomende gevallen wordt een referent benaderd. De beoordeling van de kopij geschiedt geanonimiseerd ('blind review'). Auteurs wordt verzocht contact op te nemen met de redactie indien zij voornemens zijn een bijdrage in te zenden.

Medewerkers/Referenten

mr. C. Bollen,
mr. C. Cauffman,
mr. E.F.D. Engelhard,
prof. mr. N. Frenk,
prof. mr. T. Hartlief,
prof. mr. W.G. Huijgen,
prof. mr. C.E.C. Jansen,
mr. M.E. Koppenol-Laforce,
mr. R.J.P. Kottenhagen,
mr. M.J. van Laarhoven,
prof. mr. C.H. van Rhee,
prof. mr. G.J. Rijken,
prof. mr. J.G.J. Rinkes,
prof. mr. E.J.H. Schrage,
prof. mr. J.M. Smits,
prof. mr. H.J. Snijders,
prof. dr. F. Sonneveldt,
mr. W.L. Valk,
mr. L.P.W. van Vliet,
prof. mr. B. Wessels,
mr. L.F. Wiggers-Rust,
prof. mr. M.H. Wissink

Grafische vormgeving

Bert Arts BNO

Uitgeverij:

NTBR is een uitgave van Kluwer BV.
Uitgever: Pieter Bon, pbon@kluwer.nl

Standaardpublicatievoorwaarden

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

Abonnementenadministratie:

Kluwer afd. Klantenservice, Postbus 23, 7400 GA Deventer
Email: www.kluwer.nl/klantenservice
Ook adres-/naamswijzigingen d.m.v. verbeterd adreslabel aan voornoemd adres.

Abonnementprijs 2010:

€ 185 per jaar, incl. BTW en verzendkosten, Losse nummers: € 22,
NTBR verschijnt 10 x per jaar, Onlineabonnement: licentieprijs incl. eerste gebruiker € 135 per jaar (excl. BTW), prijs iedere volgende gebruiker € 20 per jaar (excl. BTW). Combinatieabonnement, licentieprijs incl. eerste gebruiker € 212,48 per jaar (excl. BTW), prijs iedere volgende gebruiker € 20 per jaar (excl. BTW). Per licentie wordt één tijdschrift uitgeleverd.

Abonnementen:

Abonnementen kunnen op elk gewenst tijdstip worden aangegaan voor de duur van minimaal één jaar, te rekenen vanaf het moment van eerste levering, en worden vooraf gefactureerd voor de volledige abonnementsperiode, tenzij uitdrukkelijk schriftelijk anders is overeengekomen.
Abonnementen kunnen, alleen schriftelijk, tot uiterlijk drie maanden voor de aanvang van het nieuwe abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch met een jaar verlengd.
Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer bv, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.kluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Gebruik persoonsgegevens:

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Reprorecht:

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

ISSN 0927-2747

www.ntbr.nl

Citeerwijze:

NTBR, jaartal, publicatienummer,
NTBR, 2010, 7

Nederlands
uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Warmte en koude in het burgerlijk recht

Redactioneel

45

Op een pufjeshete dag in de zomer zat ik op de faculteit – een gebouw zonder klimaatbeheersing – te bladeren door de tekst en de toelichting van de Warmtewet (hierna ook: Ww). Ik was daartoe gekomen omdat ik ergens had opgevangen dat de Warmtewet ook betrekking had op de levering van koude, iets waar ik op dat moment een dringende behoefte aan had. Ik leerde snel dat ik a) rijkelijk laat was met het kennismaken van de inhoud van de Warmtewet en b) dat in deze wet interessante privaatrechtelijke bepalingen zijn opgenomen. De Warmtewet geldt nog niet, maar is al in februari 2009 aangenomen door de Eerste Kamer. De wet zal niet in de door de Eerste Kamer aangenomen vorm in werking treden, zo blijkt uit recente parlementaire stukken.¹ In een paar woorden samengevat, gaat het in de wet om bescherming van warmteafnemers tegen te hoge prijzen, onredelijke voorwaarden en slechte dienstverlening.

De Warmtewet zal enkele bepalingen in het Burgerlijk Wetboek wijzigingen, onder meer art. 6:236 BW en art. 7:5 BW, maar bevat zelf ook bepalingen van privaatrechtelijke aard. Mijn oog bleef vooral hangen bij art. 3 Ww.

De overeenkomst tot levering van warmte wordt op schrift gesteld, zo leert art. 3 lid 1 Ww, en er gelden ook vereisten met betrekking tot de inhoud van het schriftelijke stuk. Uit de toelichting blijkt onomwonden dat geen sprake is van een vormvereiste in de zin van art. 3:39 BW.

'Een mondelinge of stilzwijgende overeenkomst tot levering van warmte (...) is nietig noch vernietigbaar.'²

Het vereiste van schriftelijke vastlegging dient ter bescherming van de gebruiker, aldus de toelichting.³ En dan is het inderdaad verstandig om geen nietigheid te koppelen aan het ontbreken van een schriftelijk contract, zo leert de recente geschiedenis met betrekking tot art. 7:2 lid 1 BW. Bij die bepaling blijkt het schriftelijkheidsvereiste wel geregeld ongunstig uit te pakken voor de consument-koper van een woning.⁴ Uit de toelichting op art. 3 lid 1 Ww blijkt dat er niettemin gevolgen zijn verbonden aan het ontbreken van schriftelijke vastlegging van het contract. In zo'n geval zal de leverancier moeten aantonen dat hij heeft voldaan aan zijn wettelijke verplichting te zorgen voor een betrouwbare levering van warmte tegen redelijke prijzen en voorwaarden en een goede dienstverlening.⁵

Een vordering van de leverancier jegens de gebruiker tot betaling van geleverde diensten en goederen kent een vervaltermijn van twee jaren, te rekenen vanaf het moment dat de vordering opeisbaar wordt (art. 3 lid 3 Ww). Ik onderdrukte niet de neiging op mijn zweterige hoofd te krabben bij lezing van art. 3 lid 3 Ww, waarin deze regel te lezen valt. Ik citeer de bepaling –

1. *Handelingen II* 2009/10, 29 049, nr. 51 (Verslag van een algemeen overleg vastgesteld op 19 juli 2010).
2. *Handelingen I* 2008/09, 29 048, C, p. 17.
3. *Handelingen II* 2005/06, 29 048, nr. 15, p. 8.
4. De meningen over de gevolgen van het niet voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 BW lopen uiteen. Zie hiervoor het overzicht in A.L.M. Keirse e.a., *Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie*, 2009, p. 29-97 en mijn reactie erop in *TBR* 2010/6, p. 575-580.
5. *Handelingen II* 2005/06, 29 048, nr. 15, p. 8-9. Dit geldt slechts indien het ontbreken van schriftelijke vastlegging niet (mede) te wijten is aan de gebruiker.

die ik zojuist parafraseerde – even voor u, lezer: ‘Een vordering tot betaling van een schuld van een verbruiker ter zake van geleverde diensten en goederen (...) wordt gedaan binnen twee jaren nadat de vordering opeisbaar is geworden en dat bij gebreke daarvan de vordering vervalt.’ Het was vast en zeker ook verschroeiend heet op de dag dat deze zin werd gecomponeerd. Vraag: ‘Hé, wat ga je doen?’. Antwoord: ‘Een vordering’. Uit de toelichting blijkt dat met het woord ‘vordering’ de eerste keer ‘rechtsvordering’ wordt bedoeld en de tweede keer ‘vorderingsrecht’. Op de vraag naar de betekenis van art. 3 lid 3 Ww antwoordden de indieners van het voorstel dat er na het verstrijken van twee jaren geen sprake is van een natuurlijke verbintenis.⁶

De regeling voor de noodwaterleiding in art. 5:58 BW wordt uitgebreid met de ‘noodelektriciteitsleiding’, de ‘noodgasleiding’ en de ‘noodwarmteleiding’.

‘De redelijkheid brengt met zich mee, gelet op het bijzondere karakter van energie als primaire levensbehoefte en als wezenlijke voorziening voor een zinvolle exploitatie van gebouwen, dat eigenaren van naburige erven in deze gevallen [situaties waarin een erf is ingesloten, toev. SEB] onder redelijke voorwaarden moeten dulden dat leidingen voor transport van energie over hun erf worden aangebracht.’⁷

Het toepassingsbereik van art. 5:58 BW wordt helaas niet nog wat verder veralgemeeniseerd tot noodleidingen. Niettemin voorziet ik dat de onderhavige wetswijziging effect zal hebben op de uitleg van art. 5:58 BW. De motivering die in de toelichting wordt gegeven voor uitbreiding van het toepassingsbereik van art. 5:58 BW kan ook gelden voor bepaalde andere leidingen. Analoge toepassing van art. 5:58 BW is wel bepleit,⁸ maar wordt nog niet algemeen aanvaard.⁹ Een voorbeeld van het laatste biedt een vonnis van Rechtbank Middelburg waarin toepassing van art. 5:58 met betrekking tot een rioleringsvoorziening werd afgewezen, omdat deze bepaling ‘slechts voor de noodwaterleiding [geldt] en niet ook voor andersoortige leidingen’.¹⁰ Ik zou zelf menen dat de ratio van de bepaling meebrengt dat ook aan andere dan de in art. 5:58 (nieuw) met name genoemde leidingen dermate dringende behoefte kan bestaan dat het onredelijk is de aanleg en het gebruik daarvan niet toe te staan. Hoe moet ik een zinvolle exploitatie van een gebouw heden ten dage voor me zien als er geen aansluiting op het rioleringsstelsel kan worden gemaakt? Rioleringsvoorziening en dringende behoefte lijken mij goed bij elkaar te passen. En daar komt nog bij: water wordt aangevoerd door wat wij waterleiding noemen en afgevoerd door wat wij rioleringsvoorziening noemen.

Het was een warme dag in juli, maar ook een genoeglijke. Met dank aan de Warmtewet.

6. *Handelingen I* 2008/09, 29 048, C, p. 7.

7. *Handelingen II* 2004/05, 29 048, nr. 10, p. 17.

8. Zie Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5, nr. 156.

9. T&C art. 5:58, aant. 1 (Stolker).

10. Rb. Middelburg 5 februari 2009, *LJN* BI8726.

Een collectieve afwikkeling van massaschade en de belangen van de individuele benadeelde

46

De vraag rijst of er met een collectieve afwikkeling van massaschade voldoende recht wordt gedaan aan de belangen van de individuele benadeelde. In dit artikel wordt aan de hand van bestaand (empirisch) onderzoek de huidige praktijk geanalyseerd. Hieruit blijkt dat de huidige collectieve afwikkelingsmethode voornamelijk gericht is op het op efficiënte wijze bieden van financieel herstel aan de benadeelde. Ten aanzien van verscheidene belangen (waaronder erkenning, inspraak en vertegenwoordiging, informatie over procedure en uitkomst) valt winst te behalen. Toch laat de huidige praktijk ook interessante ontwikkelingen zien die aan een betere waarborging van deze belangen tegemoet (kunnen) komen.

1. Inleiding

1.1. Waar dit artikel over gaat

Het civiele aansprakelijkheidsrecht ziet zich tegenwoordig geconfronteerd met massale schadegevallen waarbij naast enkele veroorzakers vaak honderden of (tien)duizenden benadeelden betrokken zijn. Vanuit het oogpunt van efficiëntie ligt een collectieve afwikkeling van een dergelijk massaal schadegeval voor de hand. Zo worden kosten en inspanningen voorkomen die gepaard gaan met het voeren van een groot aantal civiele procedures, waarbij telkens identieke vragen beantwoord moeten worden. Volgens de wetgever heeft een collectieve afwikkeling van massaschade voor een individuele benadeelde een belangrijke meerwaarde: omdat hij er niet alleen voor staat, kunnen de krachten gebundeld en de emotionele en financiële lasten gedeeld worden.²

Dit is een mooi uitgangspunt, maar de vraag rijst of er met de huidige collectieve afwikkelingspraktijk voldoende recht wordt gedaan aan de belangen van de individuele benadeelde. Zo zien we regelmatig dat er in een massaschadezaak verschillende belangenorganisaties worden opgericht die alle aangeven de belangen van min of meer dezelfde benadeelden te behartigen. Vervolgens strijden zij om de gunst van de benadeelde via eigen websites en consumentenprogramma's op televisie. Ook is het voorgekomen dat er tegenstrijdige (rechterlijke) uitspraken werden gewezen die breed zijn uitgemeten in de media en die door de diverse belangenorganisaties zijn aange-

grepen ter onderbouwing van hun standpunt. Het is aannemelijk dat een en ander voor verwarring, onrust en ontevredenheid bij de individuele benadeelden zorgt.

1.2. Probleemstelling en onderzoeksvraag

Of de belangen van individuele benadeelden bij een collectieve afwikkeling van massaschade wel optimaal gewaarborgd zijn en – in het verlengde daarvan – of de benadeelden het gevoel hebben rechtvaardig behandeld te zijn en tevreden zijn met de bereikte uitkomst, is een complexe vraag. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, dient allereerst inzicht te worden verkregen in welke belangen van individuele benadeelden er bij een collectieve afwikkeling van massaschade spelen. Onder *belangen* van benadeelden versta ik de werkelijke zorgen, wensen en behoeften die schuil gaan achter door benadeelden ingenomen posities, standpunten en rechten.³ Over de belangen van individuele benadeelden bij een collectieve afwikkeling van massaschade is nog nauwelijks iets bekend. Wel bestaat er (empirisch) onderzoek naar de belangen van een benadeelde bij de individuele afwikkeling van een schadegeval. De vraag is echter welke betekenis dit onderzoek heeft in de context van substantiële massaschade.⁴ Er zijn verschillende opties denkbaar.

Allereerst kan een geval van massaschade een optelsom zijn van een groot aantal individuen met soortgelijke schade. Daarmee is een geval van massaschade in wezen een optelsom van een groot aantal individuele belangen dat in het geding is. Het uitgangspunt is dan dat de belangen van individuele benadeelden in de kern gelijk blijven in zowel de individuele als de collectieve context. In deze visie is de wijze waarop wordt voorzien in de tegemoetkoming in de schade van de vele benadeelden nieuw: in plaats van een op de individuele benadeelde toegespitste afwikkeling wordt gestreefd naar een efficiënte, collectieve afwikkeling. Deze nieuwe, collectieve afwikkelingsmethode heeft naar verwachting invloed op de mate waarin er ruimte en aandacht is voor belangen van de benadeelden.

Ten tweede is het mogelijk dat wanneer benadeelden deel uitmaken van een groep waarvan de schade collectief wordt afgewikkeld, ze (deels) andere belangen hebben. Bepaalde belangen zouden in mindere mate kunnen spe-

1. Karlijn van Doorn is als docent en onderzoeker verbonden aan TISCO (Tilburg Institute for Interdisciplinary Studies of Civil Law and Conflict Resolution Systems) van het department Privaatrecht, Universiteit van Tilburg. Ze bedankt Machteld de Hoon en Gijs van Dijk voor hun waardevolle feedback bij eerdere versies van dit artikel en Sira Westerveld en Jurgen Braspenning voor onderzoeksassistentie.

2. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 1.

3. Ik sluit hiermee aan bij het begrip *belang* zoals dat wordt gedefinieerd door de moderne onderhandelingstheorie. Zie over het begrip *belang* gezien vanuit verschillende disciplines C. van Zeeland, P. Kamminga en M. Barendrecht, 'Waar het mensen om gaat en wat het burgerlijk recht daarmee kan', in: G. van Maanen, *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 39-46.

4. De strooischade-problematiek laat ik buiten beschouwing. In een geval van strooischade is het individuele financiële belang zo klein, dat een benadeelde doorgaans niet de moeite zal nemen om een individuele actie aanhangig te maken.

len en andere belangen zouden juist belangrijker kunnen worden. Zo is het denkbaar dat, omdat benadeelden zich in een collectief bevinden, ze de afwikkeling van het schadegeval meer op afstand beleven en dit bijvoorbeeld de behoefte aan inspraak beïnvloedt. Vanwege de aanwezigheid in een collectief wordt het gemakkelijker om de verkregen uitkomst met de door andere benadeelden verkregen uitkomst te vergelijken, hetgeen zijn impact kan hebben op de ervaren rechtvaardigheid. Ook is het denkbaar dat een belang een heel andere dimensie krijgt en – gelet op het deel uit maken van een collectief – veel meer een gemeenschappelijk belang wordt, zoals bijvoorbeeld het belang van een adequate vertegenwoordiging. In deze visie gaat een nieuwe wijze van afwikkeling van schade (collectief in plaats van individueel) gepaard met (deels) andere belangen van benadeelden.

Vanwege het ontbreken van (empirisch) onderzoek dat inzicht geeft in de daadwerkelijke belangen van de benadeelden in een geval van massaschade, verken ik in dit artikel de eerste optie. Ik zal door bestudering van reeds verricht onderzoek laten zien welke belangen van benadeelden reeds onderscheiden zijn bij de afwikkeling van een individueel schadegeval. Aan de hand van dit onderzoek zal ik een ‘gemene deler’ opstellen van belangen die ook in de massaschadecontext kunnen spelen. Vervolgens zal ik analyseren of, in welke mate en in welke vorm, voor deze ‘gemene deler’ van belangen ruimte en aandacht is bij een collectieve afwikkeling van massaschade.

Ik ben me ervan bewust dat alleen empirisch onderzoek daadwerkelijk uitsluitsel kan geven over de vraag welke belangen van individuele benadeelden er spelen bij een collectieve afwikkeling van massaschade. Door op basis van reeds bestaand onderzoek de belangen van individuele benadeelden bij een individuele afwikkeling van hun schade te inventariseren, kunnen echter eerste inzichten verkregen worden in de mate waarin een collectieve afwikkeling van massaschade ruimte laat voor deze belangen van individuele benadeelden. Daarmee kan dit artikel een basis vormen voor later te verrichten empirisch onderzoek.

2. Verantwoording: gehanteerde methode en plan van aanpak

2.1. Naar een ‘gemene deler’ van belangen

Om tot een ‘gemene deler’ van belangen te komen, heb ik verschillende stappen gezet. In de eerste plaats heb ik middels literatuuronderzoek geïnventariseerd welke belangen van individuele benadeelden reeds onderscheiden zijn. Ik ben op zoek gegaan naar (empirisch) onderzoek over belangen van benadeelden in de context van afwikkeling van schade. Binnen deze context is op diverse deelgebieden onderzoek verricht naar de belangen van individuele benadeelden. Op het terrein van letselschade

is het rapport van Huver e.a.⁵ actueel. Aan de hand van deze rapportage ben ik ander onderzoek tegen gekomen over de belangen van benadeelden in geval van letselschade⁶, rampen⁷, en geweldsmisdrijven.⁸ Aansprekend vanwege de brede, niet-sectorspecifieke aanpak is het onderzoek van Van Dijk en Van Mierlo naar de belangen van verschillende categorieën gedupeerden van ingrijpende gebeurtenissen.⁹ Tevens heb ik (empirisch) onderzoek naar de belangen van benadeelden in juridische procedures doorgenomen. Van der Linden¹⁰ geeft een bondig overzicht van belangrijk onderzoek. Aan de studie van Thibaut en Walker¹¹ wordt veel gerefereerd, ook Tyler en Lind¹² hebben veelvuldig onderzoek verricht over dit onderwerp. Deze studies hebben me verder op weg geholpen op dit onderzoeksterrein. In de genoemde empirische studies zijn doorgaans aan de hand van vragenlijsten, interviews en (groeps)gesprekken, soms ook middels experimenten de data verzameld die vervolgens geanalyseerd zijn door de onderzoekers. De daarbij gehanteerde methoden kan ik als jurist lastig op betrouwbaarheid beoordelen, maar de uitkomsten van deze studies bevestigen elkaar grotendeels en/of liggen in elkaars verlengde. Van deze uitkomsten ben ik dan ook uitgegaan.

Niet alle (delen van) studies zijn direct relevant voor het inventariseren van belangen die ook bij de afwikkeling van massaschade kunnen spelen. In de eerste plaats heb ik onderscheid gemaakt naar de context van het schadegeval. De afwikkeling van massaschade speelt zich voornamelijk in een civielrechtelijke (aansprakelijkheids)context af. (Onderdelen van) onderzoek naar belangen in een

5. R.M.E. Huver, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans en N.A. Elbers, *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht, Deel 1 Terreinverkenning*, Den Haag: WODC 2007. Te downloaden op: www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/slachtoffers-en-aansprakelijkheidsrecht.aspx?cp=44&cs=6796
6. Zoals het rapport van Stichting De Ombudsman, *Letselschaderegeling. Onderhandelen met het mes op tafel, een zoektocht naar de redelijkheid*, Stichting de Ombudsman 2003.
7. Zie onder meer G.K. Hadfield, ‘Framing the Choice between Cash and the Courthouse: Experiences with the 9/11 Victim Compensation Fund’, *Law and Society* 2008-43, tevens te downloaden op: works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=ghadfield. Zie ook V.C. Ammerlaan, *Na de ramp. De rol van de overheid bij de (schade-)afwikkeling van rampen vanuit een belangenperspectief van de slachtoffers* (diss. Tilburg UvT), 2008.
8. Zie onder meer A. ten Boom en K.F. Kuijpers, m.m.v. M.H. Moene, *Behoeften van slachtoffers van delicten. Een systematische literatuurstudie naar behoeften zoals door slachtoffers zelf geuit*, Den Haag: BJU 2008. Te downloaden op www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/onderzoek-naar-de-achtergronden-van-wensen-die-slachtoffers-hebben.aspx?cp=44&cs=6796.
9. J.J.M. van Dijk en F. van Mierlo, *Leemten in de slachtofferhulpverlening: resultaten van een verkennend, kwalitatief onderzoek onder verschillende categorieën gedupeerden van ingrijpende gebeurtenissen*, Tilburg: INTERVICT 2009.
10. J. Van der Linden, *De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken* (diss. Tilburg UvT), 2010, p. 19-32.
11. J. Thibaut en L. Walker, *Procedural justice: a psychological analysis*, Hillsdale NJ: Erlbaum 1975
12. Zie onder meer E.A. Lind en T.R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York: Plenum Press 1988. Zie verder de voetnoten in paragraaf 5.1 en 5.2.

strafrechtelijke context (zoals geweldsmisdrijven) heb ik minder direct kunnen gebruiken. Binnen de civielrechtelijke context kan massaschade vervolgens heel divers van aard zijn. Zo gaat het in de massaschadezaak omtrent het DES-hormoon om benadeelden met letselschade, hebben slachtoffers van de Enschede-ramp letselschade maar vooral ook zaakschade en zijn er in de *Dexia*-zaak veel benadeelden met zuivere vermogensschade. Massaschade is aldus niet gelieerd aan een bepaald soort schade. Het hanteren van een sectorspecifieke aanpak om de belangen van benadeelden in een geval van massaschade in kaart te brengen, is dan minder zinvol. Ik heb daarom voor een brede, niet sectorspecifieke aanpak gekozen¹³ en onderzoeken op verschillende deelgebieden betrokken. Zodoende heb ik een gemeenschappelijke kern uit de veelheid van belangen die kunnen spelen¹⁴, opgesteld en ben ik tot een 'gemene deler' van belangen van individuele benadeelden die bij de afwikkeling van massaschade kunnen spelen, gekomen.

2.2. *Uitwerking van de 'gemene deler' en toetsing aan de collectieve afwikkelingspraktijk van massaschade*

Om tot een overzichtelijke 'gemene deler' van belangen te kunnen komen, heb ik een onderverdeling tussen *inhoud* en *vorm*, anders gezegd, tussen *uitkomstgerichte belangen* en *procesbelangen* aangehouden. Meer daarover in paragraaf 3. In de daarop volgende paragrafen werk ik verschillende uitkomstgerichte en procesbelangen die tot deze 'gemene deler' behoren uit. In paragraaf 4.1 bespreek ik diverse relevante uitkomstgerichte belangen van het individu en de manier waarop deze in een individuele (aansprakelijkheids)procedure tot uiting komen. In paragraaf 5.1 en 5.2 bespreek ik verschillende procesbelangen van het individu die in een geval van massaschade van belang zijn alsook de wijze waarop deze procesbelangen in een individuele (aansprakelijkheids)procedure tot uiting komen.

In de paragrafen 4.2 en 5.3 analyseer ik vervolgens of, in welke mate en in welke vorm de uitkomstgerichte en procesbelangen van de individuele benadeelden tot uiting komen in de huidige collectieve afwikkelingspraktijk van massaschade. Mijn uitgangspunt hierbij vormt het bestaande wettelijk kader van art. 3:305a lid 3 BW en de artikelen uit de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (in het vervolg WCAM)¹⁵. Ik besef dat er om tot een afwikkeling van massaschade te komen meerdere wegen bewandeld kunnen worden, zoals een collectieve actie

ex art. 3:305a BW al dan niet in combinatie met een procesvolmacht of cessie ter incasso, het voeren van proefprocedures (individueel of in art. 3:305a BW-vorm), dan wel het sluiten van een schikkingsovereenkomst. Ik richt me in dit artikel op het wettelijk kader van art. 3:305a lid 3 BW jo. de WCAM, omdat dat de meest geëigende en efficiënte manier is om te komen tot een *finale*¹⁶ collectieve afwikkeling van massaschade. In paragraaf 6 sluit ik dit artikel af met een samenvatting en conclusie.

3. **Belangen van een individuele benadeelde: uitkomstgerichte en procesbelangen**

De belangen van benadeelden in een juridisch geschil en in een civiele (aansprakelijkheids)procedure die uit onderzoek naar voren komen, kunnen worden onderverdeeld in *uitkomstgerichte belangen* en *procesbelangen*.

De opvatting dat mensen voornamelijk de uitkomst van een procedure van belang vinden, wordt wel aangeduid als distributieve rechtvaardigheid. De belangen van benadeelden die samenhangen met de uitkomst van een procedure worden uitkomstgerichte belangen genoemd. Uit onderzoek blijkt echter dat mensen in hun rechtvaardigheidsoordeel ook sterk beïnvloed worden door procesmatige aspecten. De aandacht voor deze procesbelangen staat bekend onder de noemer procedurele rechtvaardigheid.¹⁷ Overigens is een strikt onderscheid tussen uitkomstgerichte belangen en procesbelangen niet altijd te maken. De uitkomst en het proces daar naar toe zijn nauw met elkaar verweven: de wens om een bepaald bedrag aan schadevergoeding te krijgen (belang bij een uitkomst) is inherent verbonden met de wijze waarop deze schadevergoeding wordt verkregen (procesbelang).¹⁸

4. **Uitkomstgerichte belangen**

4.1. *Relevante uitkomstgerichte belangen van het individu*

Er wordt vaak gedacht dat het verkrijgen van een *financiële compensatie* het enige belang is van benadeelden om een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen de schadeveroorzaker te starten. Dat de behoefte aan financiële compensatie belangrijk is, blijkt uit diverse onderzoeken. In dit verband is het positief dat de klassieke civiele aansprakelijkheidsprocedure primair gericht is op het verkrijgen van financiële compensatie.

Uit recent uitgevoerd Nederlands onderzoek van Huver e.a.¹⁹ blijkt dat slachtoffers met letselschade een civiele

13. Vergelijk de aanpak in het onderzoek van Van Dijk en Van Mierlo 2009, p. 9 en p. 32.

14. In dit artikel geef ik geen opsomming weer van de diverse belangen van benadeelden die in onderzoek naar de schadeafwikkeling in een individuele context onderscheiden zijn. Andere onderzoekers hebben een dergelijke inventarisatie reeds gemaakt, zie Ten Boom en Kuijpers 2008 p. 37-42 en Ammerlaan 2008, p. 40.

15. Ingevoegd bij wet van 23 juni 2005, *Stb* 2005, 340 (i.w.tr. 27 juli 2005). Met de WCAM zijn art. 7:907-7:910 BW en art. 1013-1018 Rv ingevoegd.

16. Hetgeen samenhangt met het opt-out-karakter van de WCAM. Zie in dit verband G. van Dijk, C.J.M. van Doorn en I.N. Tzankova, *Individueel of collectief procederen bij massaschade? Experimenten naar het effect van opt-in-modellen en opt-out-modellen op het procesgedrag van benadeelden*, Den Haag: WODC 2010.

17. Het onderscheid tussen distributieve en procedurele rechtvaardigheid is voor het eerst geïntroduceerd door eerder genoemde J. Thibaut (een psycholoog) en L. Walker (een jurist), Thibaut en Walker 1975. Meer hierover in paragraaf 5.1.

18. Thibaut en Walker 1975. Zie ook Ammerlaan 2008, p. 46.

19. Huver e.a. 2007, p. 63 en 81.

procedure zijn gestart omdat zij in eerste instantie financieel gecompenseerd wilden worden. Slachtoffers willen hun leven weer op de rails krijgen en het veiligstellen van de financiële bestaanszekerheid is daarvoor een onmisbare voorwaarde. Wanneer als reden om juridische stappen te ondernemen in eerste instantie financiële compensatie door de slachtoffers werd opgegeven, bleken daar bij nader doorvragen door de onderzoekers toch ook andere, meer immateriële motieven achter te zitten. Andere (buitenlandse) onderzoeken²⁰ bevestigen dat financiële compensatie één van de redenen is geweest om een procedure te starten, al hoeft het niet steeds het primaire motief te zijn.²¹ Financiële compensatie voor toegebrachte schade zien slachtoffers soms ook als een vorm van *erkenning*.²² De klassieke civiele aansprakelijkheidsprocedure sluit hier in zoverre op aan doordat het de veroorzaker van de schade (dan wel zijn verzekeraar) is, die een eventuele schadevergoeding aan de benadeelde dient te betalen en het uitgangspunt hierbij is dat de benadeelde volledig gecompenseerd dient te worden. Erkenning komt niet alleen in een materieel belang tot uiting, maar heeft ook veel immateriële uitingsvormen. Dat immateriële belangen, zoals erkenning, ten grondslag kunnen liggen aan een vordering in een civiele procedure, blijkt uit het veelbesproken *Jeffrey*-arrest.²³ Het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht heeft hiervoor maar weinig aandacht: zo werden de ouders van Jeffrey niet ontvankelijk verklaard in hun vordering die op immateriële gronden gebaseerd was.²⁴

Erkenning vormt, zo blijkt uit onderzoek, een wezenlijke behoefte van benadeelden. Volgens Ammerlaan kan erkenning worden begrepen als het tot uiting brengen van het daadwerkelijk zien, horen, begrijpen en respecteren van een slachtoffer.²⁵ In de juridische literatuur

spreekt men in dit verband vaak over genoegdoening.²⁶ Er bestaat maar weinig empirisch onderzoek over hoe slachtoffers erkenning ervaren. Uit het beperkte verrichte onderzoek blijkt dat erkenning in vele componenten tot uiting kan komen²⁷, zoals de behoefte aan erkenning van de aansprakelijkheid van de wederpartij, erkenning door de wederpartij en door de eigen sociale omgeving van dat wat gebeurd is, het door de wederpartij toegeven een fout gemaakt te hebben en te voelen wat de consequenties voor het slachtoffer zijn en de behoefte aan medeleven en excuses van de wederpartij. Andere immateriële belangen die in onderzoek gerelateerd zijn aan de behoefte aan erkenning zijn het te weten willen komen wat er precies gebeurd is en het willen voorkomen dat een ander hetzelfde overkomt.²⁸ Over het algemeen wordt aangenomen dat het tegemoetkomen aan dergelijke immateriële belangen de benadeelde helpt het gebeurde te verwerken, een plaats te geven en te accepteren.²⁹

4.2. *Uitkomstgerichte belangen van het individu binnen de huidige collectieve afwikkelingsmethode van massaschade*

4.2.1. *Wettelijk kader*

Ik zal nu bezien of, in welke mate en in welke vorm, aandacht wordt besteed aan *financiële compensatie* en immateriële belangen als *erkenning* in de huidige collectieve afwikkelingspraktijk van massaschade.

Omdat Nederland het verbod kent van art. 3:305a lid 3 BW, is een finale collectieve afwikkeling van massaschade alleen mogelijk via de WCAM. Uitgangspunt van de WCAM is dat een schikkingsovereenkomst gesloten tussen een (of meer) organisatie(s) die de belangen van de betrokken benadeelden behartigt(t)(en) en de schadeveroorzaker(s), ter goedkeuring aan de rechter wordt voorgelegd. Bij het opstellen van een schikkingsovereenkomst ter afwikkeling van massaschade wordt vaak gebruik gemaakt van de 'damage scheduling'-techniek: aan de hand van een aantal factoren (zoals de aard en omvang van de schade) worden benadeelden ingedeeld in verschillende schadecategorieën en verkrijgen ze de daarmee corresponderende

20. Stichting de Ombudsman 2003, p. 17; Van Dijk en Van Mierlo 2009, p. 88-92; Hadfield 2005, p. 40; D.R. Hensler, M.S. Marquis, e.a., *Compensation for Accidental Injuries in the United States*, RAND Report: Santa Monica 1991, p. 143-145 en F.A. Sloan, K. Whetten-Goldstein e.a., 'The road from medical injury to claims resolution: how no-fault and tort differ', *Law and Contemporary Problems* 1997-2, p. 50-52. Zie ook Huver e.a. 2007, p. 27-29.

21. Zo laten Dunbar en Sabry zien dat slachtoffers sneller gaan procederen wanneer ze iemand als schuldig zien voor hun letsel en dat de ernst van het letsel ook meespeelt in de bereidheid een civiele aansprakelijkheidsprocedure op te starten, zie F. Dunbar en F. Sabry, 'The propensity to sue: why do people seek legal actions?', *Business Economics* 2007, p. 31-42.

22. Zie bijvoorbeeld de citaten aangehaald in de studie van Van Dijk en Van Mierlo 2009 op p. 88.

23. HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (*Jeffrey*). Zie hierover C. van Dam, 'Access to justice and immaterieel belang', in: G. van Maanen, *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 25-33.

24. Zie over de vraag of hier door HR 19 maart 2010, *NJ* 2010, 172 (*Chipsol/Staat*) verandering in is gekomen G.E. van Maanen, 'Maakt Chipsol een einde aan Jeffrey?', *NTBR* 2010, 24 en D. Haas, 'Een verklaring voor recht als vorm van genoegdoening. Heeft de Hoge Raad de deur opengezet?', *MvV* 2010-6, p. 158-162.

25. Ammerlaan 2008, p. 56 en 59.

26. Genoegdoening wordt door juristen als één van de functies van het aansprakelijkheidsrecht gezien, evenals compensatie, rechtsherstel en preventie. Zie over genoegdoening C.E. Du Perron, 'Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht', in: A.C. Zijderfeld, C.P.M. Cleiren, C.E. du Perron, *Het opstandige slachtoffer. Genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht* (Preadvies Nederlandse Juristenvereniging 2003, deel I), Deventer: Kluwer 2003.

27. Huver e.a. 2007, p. 63-66 en 81-82 (illustratief is de tabel op p. 82); Stichting de Ombudsman 2003, p. 17; Van Dijk en Van Mierlo 2009, p. 82-88; Hadfield 2005, p. 23-32; Hensler e.a. 1991, p. 143-145. Zie in dit verband ook C. Vincent e.a. 'Why do people sue doctors? A study of patients and relatives taking legal action', *The Lancet* 1994, p. 1609-1613 en J.R. Cohen, 'Apology and organizations: exploring an example from medical practice', *Fordham Urban Law Journal* 1999/2000-27.

28. In dit verband wordt het ter verantwoording roepen van de verantwoordelijke autoriteiten door de benadeelden als een 'daad van burgerschap' ervaren, zie Hadfield 2008, p. 32-35 en 37-39. Zie ook Van Dijk en Van Mierlo 2009, p. 76-82.

29. Ammerlaan 2008, p. 64 en Du Perron 2003, p. 155.

schadevergoeding. Wanneer het in de overeenkomst neergelegde vergoedingssysteem voldoet aan de in de WCAM gestelde vereisten, verklaart de rechter de overeenkomst verbindend voor de hele groep van benadeelden zoals in de schikkingsovereenkomst omschreven.³⁰

4.2.2. Financiële compensatie en immateriële belangen zoals erkenning

Wanneer ik de WCAM bekijk vanuit het belangenperspectief van het slachtoffer, merk ik in eerste instantie op dat de wet geen garantie biedt dat er daadwerkelijk financieel herstel komt: de benadeelden zijn afhankelijk van de welwillendheid van de schadeveroorzakers tot het sluiten van een schikkingsovereenkomst.³¹ Verder valt op dat de in art. 7:907 lid 2 en 3 BW neergelegde toetsingsmaatstaven voor de rechter vooral gericht zijn op een ordelijke afwikkeling van de financiële compensatie. De rechter moet bijvoorbeeld bekijken of een zo nauwkeurige mogelijke aanduiding van het aantal personen dat tot de diverse schadegroepen behoort, is opgenomen en of voldoende zekerheid is gesteld voor voldoening van de vorderingen.³²

Aan de diverse vormen waarin het voor het individu wezenlijke belang van erkenning tot uiting kan komen, zijn in de WCAM zelf en in de memorie van toelichting weinig woorden besteed. Art. 7:907 lid 3 sub e BW lijkt een opening te bieden: de rechter dient een verbindend-verklaring af te wijzen indien de belangen van de benadeelden *anderszins* onvoldoende gewaarborgd zijn. De memorie van toelichting geeft invulling aan dit criterium door aan te geven dat er bijvoorbeeld geen onnodig zware bewijslast op de benadeelde gelegd mag worden teneinde in een bepaalde schadecategorie ingedeeld te worden en ook moet, wanneer er toekomstig benadeelden onder de schikkingsovereenkomst vallen, voor hen een financiële compensatie zeker gesteld kunnen worden.³³ Ook het criterium van art. 7:907 lid 3 sub e BW lijkt daarmee vooral op de leest van de financiële compensatie geschoeid te zijn. In de WCAM-zaken die door Hof Amsterdam beoordeeld zijn, spelen de meer immateriële behoeften van benadeelden in het kader van art. 7:907 lid 3 sub e BW geen rol. In de eerste WCAM-zaak heeft het hof in dit verband de vraag gezien of verschillende groepen DES-gedupeerden terecht buiten de kring van

gerechtigden waarvoor de schikkingsovereenkomst is afgesloten, zijn gehouden.³⁴ In de volgende WCAM-zaken vult het hof de toets vooral in met financiële, fiscale en bewijsrechtelijke afspraken rondom de uitvoering van de schikkingsovereenkomst.³⁵

Ten aanzien van de behoefte van de benadeelde aan erkenning van aansprakelijkheid door de wederpartij is van belang te vermelden dat in het kader van de WCAM niet hoeft vast te staan dat de schadeveroorzaker(s) aansprakelijk is (zijn). De schikkingsovereenkomst kan mede gesloten worden om een geschil hieromtrent te voorkomen.³⁶ In het kader van art. 3:305a BW is het eveneens niet mogelijk om een verklaring voor recht dat de schadeveroorzaker aansprakelijk is, te vorderen.³⁷

Ammerlaan geeft aan dat de WCAM de ruimte biedt aan de betrokken partijen om in de schikkingsovereenkomst ook niet-financiële erkenningsmaatregelen op te nemen.³⁸ Uitgangspunt van de WCAM is immers contractsvrijheid: partijen hebben alle vrijheid om de inhoud van de overeenkomst te bepalen. Zo kunnen partijen bijvoorbeeld afspreken dat de schadeveroorzaker excuses aanbiedt aan de benadeelden. Tot dusver zijn in de collectieve afwikkelingspraktijk van massaschade dergelijke bepalingen bij mijn weten nog niet in schikkingsovereenkomsten opgenomen.

Erkenning kan deels ook bereikt worden door tegemoet te komen aan procesbelangen van benadeelden.³⁹ Bij deze belangen en de wijze waarop ze tot uiting komen in de huidige collectieve afwikkelingspraktijk van massaschade, sta ik in de volgende paragraaf stil.

5. Procesbelangen

5.1. Procesbelangen en procedurele rechtvaardigheid

Het concept van procedurele rechtvaardigheid is in 1975 op de kaart gezet door Thibaut en Walker.⁴⁰ Zij kwamen tot de conclusie dat partijen betrokken bij een civielrechtelijk geschil een voorkeur hadden voor procedures die hen de mogelijkheid gaven enige input te leveren ten opzichte van procedures die die mogelijkheid niet in zich hadden. Sterker nog: procedures die partijen betrokken bij het proces werden door hen als meer rechtvaardig ervaren, ook al pakte de uitkomst van de procedure negatief voor hen uit. Thibaut en Walker hebben aldus laten zien dat partijen niet alleen geïnteresseerd zijn in de uitkomst van hun geschil; het proces dat doorlopen wordt om die uitkomst te bereiken is ook belangrijk. Negatieve eindoordelen worden meer geaccepteerd

30. Zie art. 7:907 lid 1 BW jo. art. 7:908 lid 1 BW. Gelet op belangrijke beginselen van partijautonomie en het recht op toegang tot de rechter, is er voor de individuele benadeelde wel een mogelijkheid om uit de overeenkomst te stappen. Deze 'opt out'-mogelijkheid is neergelegd in art. 7:908 lid 2 en 3 BW. Ik ga niet op de individuele belangen binnen deze 'opt out'-procedure in, omdat dit weer een klassieke, individuele procedure is en derhalve niet binnen het streven naar een efficiënte en collectieve afwikkeling van massaschade valt.

31. Ook Ammerlaan signaleert dit: Ammerlaan 2008, p. 100. Zie ook I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007, p. 154-155. Positief gelet op het belang van erkenning is wel dat het de schadeveroorzakers zijn die de schikkingspot vullen waaruit de vergoedingen aan benadeelden betaald worden, dit in tegenstelling tot het vergoeden van schade middels fondsvorming.

32. Art. 7:907 lid 2 sub b en lid 3 sub c BW.

33. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 14-15.

34. Hof Amsterdam 1 juni 2006, *NJ* 2006, 461, r.o. 5.11-5.21 (*DES*).

35. Hof Amsterdam 25 januari 2007, *NJ* 2007, 427, r.o. 7.13-7.17 (*Dexia*), Hof Amsterdam 29 april 2009, *LJN* B12717, r.o. 4.18 (*Vie d'Or*), Hof Amsterdam 29 mei 2009, *LJN* B15744, r.o. 6.30 (*Shell*) en Hof Amsterdam 15 juli 2009, *LJN* B12691, r.o. 4.18 en 4.19 (*Vedior*).

36. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 10-11.

37. Deze mogelijkheid is in strijd met art. 3:305a lid 3 BW, zo volgt uit HR 13 oktober 2006, *RvdW* 2006/941 (*Vie d'Or*).

38. Ammerlaan 2008, p. 94-95.

39. Huver e.a. 2007, p. 39-41 en 83-86; Ammerlaan 2008, p. 69.

40. Zie noot 11.

wanneer zij de uitkomst zijn van een procedure die door partijen als eerlijk en rechtvaardig wordt ervaren. Onderzoek nadien bevestigt dit beeld grotendeels.⁴¹ Tyler en Lind hebben gezocht naar een verklaring voor dit verschijnsel. Zij denken dat mensen zo veel waarde hechten aan procedures die gevolgd worden vanwege de normatieve functie die hiervan uitgaat. Volgens Tyler en Lind ontlenen mensen hun eigen identiteit aan het feit dat ze deel uitmaken van bepaalde groepen in de samenleving. Wanneer een individu in een procedure met waardigheid en respect behandeld wordt, bevestigt dat de status en de positie die het individu in de groep heeft.⁴²

Het concept van procedurele rechtvaardigheid is op verschillende deelgebieden onderzocht en gebleken is dat eerlijke procedures op meer terreinen belangrijk zijn. Zo is de rol van slachtoffers in het strafproces vanuit het perspectief van procedurele rechtvaardigheid onderzocht.⁴³ Ook is gebleken dat het concept niet alleen de tevredenheid over juridische beslissingen in civiele geschillen beïnvloedt, maar ook speelt in procedures buiten de rechtszaal (zoals mediation).⁴⁴ Ook de houding tegenover andere autoriteiten (zoals politie)⁴⁵ wordt erdoor bepaald en procedurele rechtvaardigheid speelt eveneens in politieke situaties, in werksituaties en in organisaties⁴⁶.

5.2. Relevante procesbelangen van het individu

Er is veel onderzoek gedaan naar de factoren die het concept procedurele rechtvaardigheid invullen. Tyler concludeert in 1988 dat er geen universele en allesbepalende factoren aan te wijzen zijn. De ideale procedure bestaat daarom ook niet: de procedure moet altijd toegesneden zijn op de situatie en is tijd- en cultuurgebonden.⁴⁷ Wel overlappen de resultaten uit de diverse onderzoeken elkaar⁴⁸ en kan uit de onderzoeken een aantal procesbelangen gedestilleerd worden dat in ieder geval een rol speelt.

Erg belangrijk voor benadeelden is de mogelijkheid tot *inspraak en vertegenwoordiging* in het proces. Door participatie in het proces hebben benadeelden de mogelijkheid om hun verhaal te doen. Zij willen gehoord worden en hebben behoefte aan een 'voice'. Een volgend zwaarwegend procesbelang van individuele benadeelden is dat zij *toegang hebben tot het recht voor een neutrale beslisser*. De procedure voor die neutrale beslisser moet *consistent en nauwkeurig* zijn, dat wil zeggen dat procedures duurzaam moeten zijn voor verschillende mensen door de tijd heen en dat beslissingen moeten worden genomen op basis van correcte informatie. Rechtvaardigheidsoordelen worden eveneens beïnvloed door de *informatie die benadeelden ontvangen met betrekking tot de procedure, maar ook over de uitkomst daarvan*.⁴⁹ Wanneer benadeelden uitleg, advies en begeleiding krijgen omtrent de te volgen procedure en de uitkomst die daaruit volgt wordt toegelicht, zal dit bijdragen aan het gevoel rechtvaardig te worden c.q. zijn behandeld. Ook een *respectvolle en waardige bejegening* maakt dat benadeelden meer tevreden zijn over de procedure en het gevoel hebben rechtvaardig behandeld te zijn.⁵⁰

Uit onderzoek blijkt dat de civiele aansprakelijkheidsprocedure veel mogelijkheden biedt om aan deze procesbe-

41. Zie onder meer E.A. Lind en T.R. Tyler 1988, T. R. Tyler, 'The Relationship of the Outcome and Procedural Fairness: How Does Knowing the Outcome Influence Judgement About the Procedure?', *Social Justice Research* 1996 vol. 9 nr. 4, p. 311-32. Zie verder H.F.M. Crombag en P.J. van Koppen, 'Rechtvaardigheid', in: P.J. van Koppen e.a., *Het recht van binnen, De psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2002. Zie echter ook K. van den Bos, 'Assimilation and contrast in organizational justice: the role of primed mindsets in the psychology of the fair process effect', *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 2002 vol. 89, p. 866-880, die laat zien dat de ervaren procedurele rechtvaardigheid in wisselwerking staat met hoe mensen de verkregen uitkomst ervaren. Kritisch is M.J. Lerner, 'The Justice Motive: Where social psychologists found it, how they lost it and why they may not find it again', *Personality and Social Psychology Review* 2003-7, p. 388-399.
42. T.R. Tyler en E.A. Lind, 'A relational model of authority in groups', in: M.P. Zanna, *Advances in Experimental Social Psychology*, San Diego: Academic Press 1992, p. 115-191 en T.R. Tyler, 'Psychological Models of Justice Motive: Antecedents of Distributive and Procedural Justice', *Journal of Personality and Social Psychology* 1994 vol. 67 nr. 5, p. 850-863. Zie ook H. Tajfel, *Differentiation between social groups: studies in the social psychology of inter-group relations*, New York: Academic Press 1978.
43. Zie bijvoorbeeld J. Wemmers, R. van der Leeden, H. Steensma, 'What is procedural justice: criteria used by Dutch victims to assess the fairness of criminal justice procedures', *Social Justice Research*, 1995 vol. 8 nr. 4, p. 329-350.
44. Zie bijvoorbeeld E.A. Lind, R.J. Maccoun e.a., 'In the eye of the beholder: Tort litigants' evaluations of their experiences in the civil justice system', *Law and Society Review*, 1990-24, p. 953-996.
45. Zie T.R. Tyler, 'What is procedural justice? Criteria used by citizens to assess the fairness of legal procedures', *Law and Society Review* 1988 vol. 22 nr. 1, p. 103-136 en p. 128 voor verdere verwijzingen. Zie ook T. R. Tyler, *Why people obey the law*, New Haven and London: Yale University Press 1990.
46. Zie T.R. Tyler en A. Caine, 'The role of distributional and procedural fairness in the endorsement of formal leaders', *Journal of Personality and Social Psychology* 1981-41, p. 642-655 en Lind en Tyler 1988, hoofdstuk 7 en 8.

47. Zie T.R. Tyler 1988, p. 128-132

48. Zo zetten Thibaut en Walker 'proces control' af tegen 'decision control', Thibaut en Walker 1975; onderscheidt Leventhal zes relevante factoren: 'consistency, the ability to suppress bias, decision quality or accuracy, correctability, representation and ethicality', G.S. Leventhal 'What Should Be Done with Equity Theory?' in: K.J. Gergen e.a., *Social Exchange: Advances in Theory and Research*, New York: Plenum Press 1980; en noemen Tyler en Lind 'standing (being treated with dignity and respect), trust (honesty, the absence of bias and making an informed decision based on the facts of the case) and neutrality (ethical behaviour, act fairly)', Lind en Tyler 1988, en Tyler en Lind 1992.

49. Zie ook Van Dijk en Van Mierlo 2009, p. 76-82.

50. Er zijn onderzoekers die deze laatste twee belangen niet onder procedurele rechtvaardigheid scharen, maar spreken over onafhankelijke vormen van rechtvaardigheid. Het belang van informatie over de procedure en de uitkomst is in hun visie een uiting van informatieve rechtvaardigheid en het belang van een respectvolle en waardige bejegening van interpersoonlijke rechtvaardigheid. Gelet op het onderscheid inhoud-vorm dat ik hanteer en beide belangen meer met de vorm – de weg naar de inhoud toe – te maken hebben, beschouw ik beide belangen als procesbelangen. Zie voor meer informatie J.A. Colquitt, 'On the Dimensionality of Organizational Justice: A Construct Validation of a Measure', *Journal of Applied Psychology* 2001, p. 386-400 en J. Van der Linden 2010, p. 23-25.

langen tegemoet te komen.⁵¹ Zeker ten opzichte van alternatieve compensatiesystemen en -procedures hebben bepaalde kenmerken van de civiele procedure veel positiefs te bieden.⁵² Hierbij kan men denken aan kenmerken als de procedure op tegenspraak, de autonomie van partijen, het tot verantwoording kunnen roepen van de gedaagde, de gelegenheid het eigen verhaal te kunnen doen, en aan bepaalde juridische rituelen van de gerechtelijke procedure, zoals het recht het woord te voeren, hoor en wederhoor, het recht getuigen en deskundigen van de wederpartij te confronteren en het recht eigen getuigen en deskundigen aan te voeren. Dit positieve potentieel wordt echter in veel gevallen niet (volledig) gerealiseerd. Volgens de onderzoekers is de oorzaak hiervoor tweeledig. Enerzijds kleeft aan ieder positief kenmerk ook een risico: zo brengt de procedure op tegenspraak de mogelijkheid mee om de dader met het gebeurde te confronteren, maar ontstaat hierdoor ook het risico van een vergaande polarisatie van de verhoudingen tussen partijen. Een belangrijkere oorzaak is de vrijwel exclusieve focus op financiële compensatie gedurende de procedure.⁵³

5.3. *Procesbelangen van het individu binnen de huidige collectieve afwikkelingsmethode van massaschade*

Waar het in de praktijk soms lastig blijkt om het positieve potentieel van de civiele aansprakelijkheidsprocedure in een individueel geval tot uiting te laten komen, is het een uitdaging om de procesbelangen van benadeelden te waarborgen in een geval van (tien)duizenden benadeelden. In een situatie van massaschade komt door het enorme aantal benadeelden de aandacht voor hun procesbelangen verder onder druk te staan. Ik zal de huidige collectieve afwikkelingspraktijk van massaschade (het systeem van de WCAM jo. art. 3:305a lid 3 BW) nu vanuit het perspectief van procedurele rechtvaardigheid belichten.

5.3.1. *Het belang van inspraak en vertegenwoordiging*

Een belangrijk procesbelang is inspraak en vertegenwoordiging in het proces. Vanwege het collectieve karakter van de schadeafwikkeling in een geval van massaschade, is hier een belangrijke rol weg gelegd voor de belangenorganisaties. Het zijn de belangenorganisaties die ervoor

moeten zorgen dat de benadeelden gehoord worden en een 'voice' hebben in het proces.

Positief in het kader van dit procesbelang is dat het zowel voor een individuele benadeelde als voor een belangenorganisatie mogelijk is om een verweerschrift in te dienen in de WCAM-procedure.⁵⁴ Verder regelt de WCAM in art. 7:907 lid 1 BW dat belangenorganisaties de bevoegdheid toekomt om een collectieve schikkingsovereenkomst te sluiten met de schadeveroorzaker(s). Welke belangenorganisaties dit zijn en hoeveel belangenorganisaties betrokken dienen te worden bij de schikkingsovereenkomst en de daaraan voorafgaande onderhandelingen regelt de WCAM niet expliciet. De enige toets die de rechter aanlegt in de WCAM-procedure is dat de belangenorganisatie voldoende representatief moet zijn ter zake van de belangen van degenen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten.⁵⁵

In de praktijk blijkt de vertegenwoordiging door belangenorganisaties in de fase voorafgaand aan de WCAM-procedure niet altijd even gestroomlijnd te verlopen. Naast structurele belangenorganisaties (zoals de Consumentenbond en de VEB) begeven ook veel ad hoc-opgerichte belangenorganisaties zich op het speelveld. Zo is de Duisenberg-regeling gesloten tussen vier belangenorganisaties⁵⁶ en schadeveroorzaker Dexia, terwijl er ook andere belangenorganisaties⁵⁷ met een eigen achterban van benadeelden actief waren. Deze organisaties zijn niet bij de schikkingsonderhandelingen betrokken en derhalve niet gekend in het bereikte eindresultaat. Deze gang van zaken resulteerde erin dat deze organisaties aangaven dat de Duisenberg-regeling niet het hoogst haalbare resultaat was en dit ook in de media en via internetsites richting de benadeelden verkondigden.⁵⁸ Ook in de woekerpolis-affaire en de actuele DSB-kwestie is sprake van

51. Huver e.a. 2007, p. 37-41 en p. 83-85, de tabel op p. 84 is erg illustratief. Zie ook L. Klaming en B. Bethlehem, 'Procedurele rechtvaardigheid. Kunnen inzichten uit onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid bijdragen aan de verwezenlijking van de functies van het aansprakelijkheidsrecht?', *TVP* 2007-4, p. 119-124.

52. Shuman plaatst de civiele aansprakelijkheidsprocedure tegenover alternatieve compensatiesystemen als no fault-systemen en first party-verzekeringen, D.W. Shuman, 'The psychology of compensation in tort law', *Kansas Law Review*, 1994-43, p. 39-77 meer specifiek p. 63 en 64. Lind, Maccoun e.a. concluderen dat benadeelden een gerechtelijke procedure of een 'court annexed'-arbitrageprocedure als rechtvaardiger ervaren dan schikkingen, Lind, Maccoun e.a. 1990, p. 980-983.

53. Huver e.a. 2007, p. 84-86. In de tabel op p. 86 zijn tegenover de positieve kenmerken die het civiele aansprakelijkheidsrecht kent de risico's hiervan geplaatst. Zie ook Stichting de Ombudsman 2003, p. 17.

54. Art. 282 jo. 1014 Rv.

55. Art. 7:907 lid 3 sub f BW. De MvT geeft aan dat de representativiteit van een belangenorganisatie uit verschillende omstandigheden kan worden afgeleid, concrete vereisten worden niet genoemd. Mogelijke indicatoren voor voldoende representativiteit zijn (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 15-16): de overige werkzaamheden van de organisatie om zich voor de belangen van de benadeelden in te zetten, het aantal benadeelden dat aangesloten is bij de organisatie, de vraag in hoeverre de benadeelden zelf de organisatie als representatief aanvaarden, het gegeven dat de organisatie niet alleen tegenover de schadeveroorzakers, maar bijvoorbeeld ook ten opzichte van de overheid als gesprekspartner is opgetreden of als spreekbuis in de media heeft gefungeerd. De eis van representativiteit wordt niet gesteld in art. 3:305a BW, zie ook HR 26 februari 2010, *LJN* BK5756, r.o. 4.2 (*Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa BV*). Zie over de eis van representativiteit en hoe deze kan bijdragen aan een gedifferentieerde afwikkeling van massaschade I.N. Tzankova en C.J.M. van Doorn, 'Effectieve en efficiënte afwikkeling van massaschade: terug naar de kern van het collectieve actierecht', in: F.M.A. 't Hart, *Collectieve acties in de financiële sector*, Amsterdam: NIBESV 2009, p. 95-125.

56. De Consumentenbond, VEB, en de ad hoc-stichtingen Leaseverlies en Eegalease.

57. Denk aan Leaseproces BV, Vereniging Payback, Stichting PAL, Stichting Juniorlease en dergelijke.

58. Zie hierover N.J.H. Huls en C.J.M. van Doorn, 'De constructie van een massaclaim. Een rechtssociologische analyse van de eerste fase van de Dexia-affaire', *Themis* 2007-2, p. 51-60.

elkaar beconcurrerende belangenorganisaties⁵⁹ die alle strijden om de gunst van de benadeelden, zonder dat direct duidelijk is waarin hun doelgroep, aanpak en beoogd eindresultaat van elkaar verschillen. Deze praktijken zaaien meer verwarring dan duidelijkheid en zullen niet bijdragen aan het gevoel van partijen adequaat vertegenwoordigd⁶⁰ en rechtvaardig behandeld te zijn. In de *Dexia*-zaak zijn ook positieve ontwikkelingen te signaleren aangaande vertegenwoordiging en inspraak van individuele benadeelden. Zo zijn voor groepen benadeelden ten aanzien waarvan een eigen juridische problematiek speelde, eigen belangenorganisaties opgericht.⁶¹ Ook hebben enkele belangenorganisaties de bereikte collectieve regeling ter goedkeuring aan de achterban van benadeelden voorgelegd.⁶² Zo kan voor benadeelden vertegenwoordiging op maat en inspraak plaatsvinden hetgeen tegemoetkomt aan het ervaren van procedurele rechtvaardigheid én aan een gedifferentieerde afwikkeling van massaschade.⁶³

5.3.2. *Het belang van informatie*

Met het zojuist aangestipte procesbelang hangt het ontvangen van informatie over de procedure en de uitkomst daarvan samen. Wanneer er een WCAM-procedure ahangig is gemaakt, geven art. 1013-1018 Rv verschillende regels omtrent de te volgen procedure. In dit verband is geregeld dat benadeelden worden opgeroepen, dat zij geïnformeerd worden over tijdstip en plaats van de terechtzitting, dat aan hen een korte omschrijving van de schikkingsovereenkomst en van de gevolgen van een toewijzing van het WCAM-verzoek meegedeeld worden, en dat benadeelden een afschrift van de door de rechter gegeven beschikking krijgen.⁶⁴ Naast het feit dat deze informatie voor de individuele benadeelde wellicht lastig te plaatsen en te begrijpen zal zijn, gelden deze voorschriften pas op het moment dat er een schikkingsovereenkomst is en er een verzoek tot verbindendverklaring daarvan krachtens de WCAM is ingediend. In de fase voorafgaand aan de WCAM zijn de benadeelden afhankelijk van eigen informatievergaring via internet en andere

media. Deze media kunnen positief aan het informatiebelang van benadeelden bijdragen door een geval van massaschade onder de aandacht te brengen en te berichten over actuele ontwikkelingen.⁶⁵ Ze kunnen echter ook een versturende werking hebben wanneer tegengestelde of onvolledige informatie wordt gegeven. In de fase voorafgaand aan de WCAM-procedure is daarom voor wat betreft het informeren van de benadeelden eveneens een belangrijke rol weggelegd voor de belangenorganisaties. In de huidige praktijk is hier al deels vorm aan gegeven. Benadeelden kunnen zich door betaling van een eigen bijdrage aansluiten bij een belangenorganisatie. Via internet en andere media communiceert de belangenorganisatie met haar achterban, hierbij worden vaak gespecialiseerde communicatiebedrijven ingezet.⁶⁶ Benadeelden worden via nieuwsbrieven op de hoogte gehouden van de voortgang van de door de belangenorganisatie ondernomen acties, de bereikte resultaten en de laatste stand van zaken. Wel is het zo dat in de huidige praktijk niet alle benadeelden bij een belangenorganisatie zijn aangesloten. Tevens verschillen de juridische posities van benadeelden binnen een belangenorganisatie vaak erg van elkaar, hetgeen er voor zorgt dat er onvoldoende op maat geïnformeerd kan worden. Ook in dit verband verdient het aanbeveling de benadeelden zoveel mogelijk in subgroepen onder te verdelen en als subgroep te voorzien van informatie.

5.3.3. *Het belang van toegang tot het recht voor een neutrale beslisser*

Wanneer er een schikkingsovereenkomst is bereikt kunnen de belangenorganisaties en de schadeveroorzaker(s) deze gezamenlijk voorleggen aan de WCAM-rechter. Deze zal oordelen of de overeenkomst verbindend verklaard kan worden voor de hele groep van benadeelden. In deze zin hebben benadeelden, vertegenwoordigd door een belangenorganisatie, toegang tot het recht voor een neutrale beslisser. Gaat de rechter over tot verbindendverklaring dan worden alle benadeelden zoals in de schikkingsovereenkomst omschreven partij bij de overeenkomst.⁶⁷ Dat betekent dat zij niet meer de mogelijkheid hebben om over het geschil dat onderwerp is van de overeenkomst alsnog, buiten de overeenkomst om, de rechter te benaderen. Alleen wanneer een benadeelde zich aan de overeenkomst onttrekt door middel van een zogenaamde 'opt out'-verklaring kan hij een individuele procedure bij de rechter starten.⁶⁸

In de huidige praktijk vormt de WCAM het sluitstuk van de afwikkeling van massaschade. Uit de eerste jurisprudentie blijkt dat de WCAM-rechter ten aanzien van de bereikte schikkingsovereenkomst de contractsvrijheid

59. In de woekerpolis-affaire zijn dit onder andere de Stichting Verliespolis (www.verliespolis.nl) en de Stichting Woekerpolisclaim (www.woekerpolisclaim.nl), in de DSB-kwestie zijn meer dan tien belangenorganisaties actief, enkele voorbeelden zijn de Stichting Steunfonds Probleemhypotheek (www.stichting-steunfonds-probleemhypotheek.nl) en de Stichting Hypotheekleed (www.hypotheekleed.nl).

60. Zie ook W.H. van Boom, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht', in: M.B.M. Loos en W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht. Preadviezen 2009 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 170-171.

61. Zoals de Stichting Eegalease (art. 1:88 BW-problematiek, www.eegalease.nl) en de Stichting Juniorlease (voor jongeren die op het moment van afsluiten van de overeenkomst jonger dan 25 jaar waren, www.juniorlease.nl).

62. Zo heeft 82% van de respondenten (dus niet van de aangesloten) van Stichting Leaseverlies voor de collectief bereikte Duisenberg-regeling gestemd, en 78% van de respondenten van de Stichting Eegalease.

63. Of zoals Tzankova dat verwoordt: maatwerk op macroniveau, zie Tzankova 2007, p. 182.

64. Art. 1013 lid 1 sub c jo. lid 5 Rv en art. 1017 lid 3 en 4 Rv.

65. Denk aan televisieprogramma's als TROS-Radar en Kassa!

66. Zie J.H. Lemstra, 'Belangenorganisaties als procespartij', in: F.M.A. 't Hart, *Collectieve acties in de financiële sector*, Amsterdam: NIBESV 2009, p. 42-46. Zijn artikel geeft een goed beeld van de rol van de belangenorganisatie in de huidige massaschadepraktijk.

67. Art. 7:908 lid 1 BW.

68. Art. 7:908 lid 2 en 3 BW, zie ook voetnoot 30.

tot uitgangspunt neemt. Omdat door de verbindendverklaring vele benadeelden in beginsel aan de schikkingsovereenkomst worden gebonden, en toegang tot het recht voor een neutrale beslisser een in acht te nemen procesbelang van de individuele benadeelde is, is de vraag of de huidige plaats en rol van de WCAM-rechter in dit opzicht voldoende. In de literatuur wordt geopperd om de rechter al in een eerdere fase, namelijk bij het tot stand komen van de schikkingsovereenkomst, te betrekken. Dit zou resulteren in een WCAM-rechter die gedurende de schikkingsonderhandelingen deelbeslissingen kan geven omtrent de juridische aanvaardbaarheid van onderdelen van de schikkingsovereenkomst. Daarmee is de WCAM-rechter meer op de hoogte van de problematiek en het debat dat tussen partijen heeft plaatsgevonden en kan hij uiteindelijk de schikkingsovereenkomst beter op haar merites beoordelen.⁶⁹ Uit onderzoek blijkt bovendien dat court-annexed procedures beter scoren op ervaren rechtvaardigheid dan bilaterale schikkingen.⁷⁰ Naar aanleiding van een evaluatie van de WCAM overweegt de wetgever in dit verband de mogelijkheid tot het houden van een preprocesuele comparitie.⁷¹ Vanuit het perspectief van procedurele rechtvaardigheid verdient het op deze wijze betrekken van de rechter bij de afwikkeling van massaschade aanbeveling. Uit een recente studie blijkt verder dat wanneer benadeelden vertrouwen hebben in de neutraliteit van de (rechterlijke) instantie die optreedt in de collectieve procedure, zij minder snel van de 'opt out'-mogelijkheid gebruik zullen maken.⁷²

5.3.4. *Het belang van een duurzame procedure*

De procedure voor de neutrale beslisser moet consistent en nauwkeurig zijn. In de huidige massaschadepraktijk komt het voor dat voordat aan een WCAM-procedure wordt toegekomen in verschillende individuele (dan wel collectieve) procedures over soortgelijke geschilpunten door rechters verschillend geoordeeld wordt. Ook is het voorgekomen dat na verbindendverklaring van een schikkingsovereenkomst door de WCAM-rechter over aan de orde zijnde geschilpunten anders is geoordeeld door de Hoge Raad. Dit leidt tot tegenstrijdige rechterlijke uitspraken en zorgt niet voor een consistente lijn. Een en ander komt niet ten goede aan de rechtseenheid, rechtsgelijkheid en het vertrouwen van individuele benadeelden in het rechtssysteem. Een eerste evaluatie van de WCAM en de huidige afwikkelingspraktijk van massaschade heeft inmiddels plaatsgevonden.⁷³ De wetgever heeft mede in dit verband een voorontwerp voor een wetsvoorstel opgesteld waarin de mogelijkheid wordt geboden voor

lagere rechters om ambtshalve dan wel op verzoek van partijen prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen.⁷⁴ Hiermee kan tegemoet worden gekomen aan het belang van een consistente en nauwkeurige procedure. Ook worden andere maatregelen voorbereid die de WCAM-procedure en de afwikkeling van massaschade verder moeten stroomlijnen. Zo vormt de samenloop van de WCAM-procedure en individuele procedures een aandachtspunt.⁷⁵ Tevens zijn er op initiatief van de Raad voor de Rechtspraak vijf rechtbanken en twee gerechtshoven aangewezen die bij uitsluiting bevoegd zullen zijn massaschadezaken te behandelen.

5.3.5. *Het belang van een respectvolle en waardige bejegening*

Ten slotte is van belang dat de bij een afwikkeling van massaschade betrokken partijen, zoals de belangenorganisatie en de betrokken schadeveroorzaker(s), de benadeelden (direct of op indirect wijze via de media) respectvol bejegenen. Het is lastig om in algemene zin te zeggen in hoeverre dit belang in de huidige afwikkelingspraktijk van massaschade tot uiting komt. De ene keer zal dit belang beter gewaarborgd worden dan een andere keer. Op dit moment is er te weinig bekend over de bejegening van benadeelden bij een collectieve afwikkeling van massaschade om hier een verantwoorde, meer algemene uitspraak over te doen.

6. **Samenvatting en conclusie**

De huidige collectieve afwikkelingspraktijk van massaschade doet de vraag rijzen of er wel voldoende recht wordt gedaan aan de belangen van de individuele benadeelden. Er is weinig bekend over de belangen van individuele benadeelden die spelen bij een collectieve afwikkeling van massaschade. Aan de hand van reeds bestaand (empirisch) onderzoek naar de belangen van de individuele benadeelde bij de afwikkeling van een individueel schadegeval, ben ik tot een 'gemene deler' gekomen van belangen die ook in de massaschadecontext relevant kunnen zijn. Vervolgens heb ik geanalyseerd of, in welke mate en in welke vorm er ruimte is voor deze 'gemene deler' van belangen in de collectieve afwikkelingspraktijk van art. 3:305a lid 3 BW jo. de WCAM.

Deze analyse laat zien dat de huidige collectieve afwikkelingsmethode van massaschade voornamelijk gericht is op het op efficiënte wijze bieden van financieel herstel aan de individuele benadeelden. Naar immateriële belangen zoals erkenning gaat beduidend minder aandacht uit. Ten aanzien van verscheidene procesbelangen (waaronder inspraak en vertegenwoordiging, informatie over procedure en uitkomst, toegang tot het recht voor een neutrale beslisser) valt nog winst te behalen, al laat

69. Zie W.H.D. Asser e.a., *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Den Haag: Boom 2006, p. 121-122; Tzankova 2007, p. 155-157 en 159-161; Van Doorn 2007, p. 108-110 en p. 114 en I. Giesen 'De rol van de rechter bij massaschade: maatwerk of partijautonomie', *NJB* 2007-41, p. 2613-2614.

70. Lind, Maccoun e.a. 1990, p. 982.

71. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 762, nr. 1, p. 5-6.

72. Van Dijk, Van Doorn en Tzankova 2010, p. 92 en 94.

73. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 762, nr. 1 en 2.

74. Het voorontwerp is te raadplegen via: www.internetconsultatie.nl/prejudiciële_vragen_hoge_raad.

75. De wetgever overweegt in dit verband om de schorsingsregeling van art. 1015 Rv aan te passen.

de huidige collectieve afwikkelingspraktijk interessante ontwikkelingen zien die aan een betere waarborging van deze belangen tegemoet (kunnen) komen. Met name de rol en werkwijze van belangenorganisaties en de WCAM-rechter kunnen in dit verband verder verfijnd worden.

Het is wenselijk voor alle bij massaschade betrokken partijen om de 'gemene deler' van belangen indachtig te houden en verder door te denken op deze ontwikkelingen. In een volgend artikel zal ik vanuit de wetenschap hieraan een bijdrage proberen te leveren.

Wetgever, besteed meer aandacht aan ons vermogensrecht!

Een oproep tot het instellen van een permanente Commissie vermogensrecht

47

De wetgever besteedt te weinig aandacht aan ons vermogensrecht. Te veel problemen blijven onopgelost, ook als daar door wetenschap en/of praktijk aandacht voor wordt gevraagd en oplossingen voorhanden zijn. Meer wetgevingsaandacht is geboden. Ook de voortschrijdende Europese harmonisatie blijft wetgevingsaandacht vergen. Opgeroepen wordt tot het organiseren van doorlopende wetgevingsaandacht in de vorm van een permanente Commissie vermogensrecht.

1. Inleiding

1. De kwaliteit van het vestigings- en economisch klimaat van een land wordt mede bepaald door de kwaliteit van de juridische infrastructuur. Die juridische infrastructuur bestaat uit juridische adviseurs en advocaten, uit de mogelijkheden om geschillen te doen beslechten en uit wet- en regelgeving. Wet- en regelgeving dienen van tijd tot tijd te worden aangepast teneinde bruikbaar, effectief en efficiënt te blijven. Voor bepaalde rechtsgebieden geldt dat politieke krachten er wel voor zorgen dat met enige regelmaat, zo niet voortdurend, aanpassingen worden gedaan. Een klassiek voorbeeld is de fiscale wetgeving, een instrument dat van oudsher wordt ingezet om politiek bepaalde doelen mee te realiseren, van het stimuleren van de vestiging in ons land van internationale ondernemingen tot de ontmoediging van de aanschaf en daardoor van het gebruik van bepaalde genotmiddelen. Andere voorbeelden, althans in het huidige tijdsgewricht, zijn toezichtregels, zoals de Wet op het financieel toezicht, en het vennootschapsrecht.

2. Naar mijn waarneming is die prikkel tot aanpassing er in onvoldoende mate met betrekking tot ons vermogensrecht zoals dat is gecodificeerd in de Boeken 3, 5, 6, 7 en 7A van ons Burgerlijk Wetboek (hierna: 'ons vermogensrecht'). De aandacht van de wetgever voor ons vermogensrecht is, sinds de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW op 1 januari 1992, stiefmoederlijk. Dat is jammer omdat ons vermogensrecht, wil de kwaliteit, waaronder de bruikbaarheid, daarvan op peil blijven, periodiek 'wetgevingsaandacht' vergt. Die aandacht lijkt er wel te zijn indien 'Europa' ons dwingt tot aanpassingen door middel van de implementatie van richtlijnen, maar niet, of in onvoldoende mate, indien door wetenschap en/of praktijk vermogensrechtelijke problemen, voor de oplossing waarvan wetwijziging noodzakelijk is, onder de aandacht van de wetgever worden gebracht.

3. Bij gebrek aan voldoende politieke prikkels om ons vermogensrecht bij de tijd te houden, zou de wetgever er goed aan doen om zo een prikkel te organiseren door een permanent adviescollege (zoals bedoeld in art. 1 Kaderwet adviescolleges) in te stellen. Zo een adviescollege, dat ik hierna de Commissie vermogensrecht zal noemen, zou ook een rol kunnen vervullen bij het implementeren van Europese richtlijnen. Het geven van een stoot tot het instellen van een Commissie vermogensrecht is het doel van dit artikel. De hoofdlijnen van de voorstelling die ik van de Commissie vermogensrecht heb, zal ik ontvouwen in paragraaf 7. Ik zal in die paragraaf ook ingaan op de bezwaren die tegen zo een commissie zouden kunnen bestaan. Om te beginnen zal ik in de paragrafen 2-4 verslag doen van enkele observaties en analyses van ons vermogensrecht en aan de hand daarvan *i*) beschrijven welke (toekomstige) problemen ik daarmee (voor)zie en *ii*) mijn stelling motiveren dat ons vermogensrecht meer wetgevende aandacht verdient. Met problemen doel ik niet op concrete gebreken van ons vermogensrecht op 'onderwerpniveau', al zal ik niet schromen om voorbeelden te noemen van concrete gebreken.³ Ik doel op een inventarisatie van de factoren die er, reeds nu maar indien geen gerichte actie wordt ondernomen in toenemende mate ook in de toekomst, toe (zullen) bijdragen dat ons vermogensrecht, vanwege

1. Ronald Verdaas is advocaat bij Bosselaar & Strengers Advocaten en verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit. Verdaas bestrijkt als advocaat voornamelijk de praktijkgebieden Financiering & Zekerheden en Insolventierecht. Ook zijn onderzoek heeft voornamelijk betrekking op deze rechtsgebieden. Met dank aan Yordy Soffner (ten tijde van het schrijven van deze bijdrage masterstudent privaatrecht UVA en juridisch medewerker bij Bosselaar & Strengers Advocaten) voor het door hem ten behoeve van dit artikel verrichte onderzoek.

2. Dit artikel is een ingrijpende bewerking van een bijdrage die ik schreef voor de lustrumbundel die onlangs verscheen ter gelegenheid van het tachtigjarig bestaan van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen: A.J. Verdaas, 'Vermogensrecht in beweging. Het is hoog tijd voor een commissie vermogensrecht', in: M.J.G.C. Raaijmakers, H.J. Bruisten en A.F. Verdam, *En na de crisis?* (Lustrumbundel Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen), Deventer: Kluwer 2010, p. 347-365.

3. Relatief veel van die voorbeelden hebben betrekking op het goederenrecht. Een voor de hand liggende verklaring hiervoor is dat zowel een groot deel van mijn praktijk als van mijn onderzoek hierop betrekking heeft.

te weinig aandacht van de wetgever, veroudert. De oorzaken die ik voor het gebrek aan wetgevingsaandacht voor ons vermogensrecht zie, inventariseer en bespreek ik in paragraaf 5. In paragraaf 6 trek ik een tussenconclusie.

2. Het systeem voldoet

4. Naar mijn waarneming staat het systeem van ons vermogensrecht onder juristen niet ter discussie en is aan stelselwijzigingen geen behoefte. Nieuwe ontwikkelingen en nieuwe normen laten zich over het algemeen goed in het systeem van ons vermogensrecht inpassen. De gedeeltelijk open en abstracte bepalingen in met name (delen van) de Boeken 3 en 6 BW lenen zich voor heroriëntatie. De betekenis van die bepalingen kan, in een voortdurende wisselwerking tussen de praktijk, de rechtspraak en de wetenschap, aan de zich wijzigende maatschappelijke context, waaronder de in Nederland levende rechtsovertuigingen,⁴ worden aangepast en veel rechtsvragen waaraan bij het ontwerpen en vaststellen van ons vermogensrecht niet is gedacht, kunnen zonder wetswijziging worden opgelost.⁵

5. Een voorbeeld is het toekennen van een vordering tot vergoeding van schade aan Kelly, een kind dat gehandicapt is geboren na een door een verloskundige gemaakte kunstfout. Met een beroep op de 'klassieke' opvattingen over normschending, causaal verband en schade kan men verdedigen dat Kelly jegens de verloskundige geen recht op schadevergoeding heeft. De Hoge Raad oordeelde anders. Het arrest van de Hoge Raad is niet onomstreden. Het gaat mij er op deze plaats niet om of zijn oordeel juist en goed gemotiveerd is. Waar het mij wel om gaat, is dat het arrest en de commentaren erop laten zien dat een vordering van Kelly op de verloskundige zonder wetswijziging in ons aansprakelijkheidsrecht kan worden ingepast.⁶

6. Een ander voorbeeld is de 'overdracht' van een domeinnaam, een relatief nieuw verschijnsel waarmee bij het ontwerpen van de Boeken 3 en 6 BW nog geen rekening kon worden gehouden. Het komt voor dat de houder van een domeinnaam deze wenst 'over te dragen' aan een derde. Een domeinnaam is weliswaar een vermo-

gensrecht en daarmee een goed,⁷ echter geen voor overdracht door levering (in de zin van art. 3:84 lid 1 BW) vatbaar goed. Toch kan men de 'overdracht' van een domeinnaam, ingevolge een daartoe strekkende overeenkomst, in ons vermogensrecht inpassen en verklaren met de contractsoverneming.⁸

7. Veel in ons vermogensrecht geïmplementeerde Europese richtlijnen bleken vrij eenvoudig in ons vermogensrecht te kunnen worden ingepast, zelfs zonder dat min of meer ingrijpende wijzigingen nodig waren in de harde kern van ons vermogensrecht zoals dat is gecodificeerd in de Boeken 3, 5 en 6 BW. Een recent voorbeeld is de implementatie van de Richtlijn betalingsdiensten. Deze richtlijn kon worden geïmplementeerd zonder aanpassing van Afdeling 11 Titel 1 Boek 6 BW (Verbintenissen tot betaling van een geldsom). De daarin opgenomen bepalingen (art. 6:114 BW) die zien op girale betaling zijn zodanig abstract geformuleerd, dat implementatie van de richtlijn geen aanleiding gaf tot aanpassing ervan. Volstaan kon worden met de opname van een aantal 'buitenkantregels', omtrent bijvoorbeeld maximale uitvoeringstermijnen en informatieverplichtingen, in een nieuwe titel Betalingstransactie in Boek 7 BW.⁹ Maar er zijn ook voorbeelden van Europese richtlijnen waarvan de implementatie heel wat minder soepel verliep. Het meest in het oog springende voorbeeld is de Richtlijn financiëlezekerheidsvereenkomsten, waarop ik hierna nog zal terugkomen.¹⁰

3. Er is een gebrek aan receptie door middel van codificatie

8. Dat ons vermogensrecht in staat is om zich zonder wetswijzigingen aan te passen, ontslaat de wetgever niet van zijn plicht tot codificatie. Aan ons rechtssysteem ligt de codificatiegedachte ten grondslag en de codificatie van (onder meer) het burgerlijk recht is een grondwettelijke opdracht aan de wetgever: in beginsel is het recht vastgelegd en te vinden in de wet.¹¹ Dwaalt het recht te ver af van wat we in de wet kunnen vinden, dan wordt het vinden van het recht en het toepassen ervan een hachelijke zaak: uitsluitend de jurist die bekend en vertrouwd is met een grote hoeveelheid literatuur en jurisprudentie omtrent een bepaalde rechtsvraag, kan die

4. Art. 3:12 BW.

5. Vgl. W. Snijders, 'De openheid van ons vermogensrecht. Van syndicaatszekerheden, domeinnamen en nieuwe contractsvormen', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht* (Serie Onderneming en Recht deel 24), Deventer: Kluwer 2002, p. 27-58, W. Snijders, 'Ongeregeldeheden in ons vermogensrecht (I) en (II)' *WPNR* 2005/6607 en 6608, p. 79-85 en p. 94-102, W. Snijders, 'Een blik op het BW', *NJB* 2007, p. 10-16 en M. van Hoecke, 'Hoe wetenschappelijk is de rechtswetenschap?', *TPR* 2009, par. VI.

6. HR 18 maart 2005, *LJN* AR5213, *NJ* 2006, 606 (*Baby Kelly*; m.nt. J.B.M. Vranken). Zie over de (on)mogelijkheid dat voldaan is aan deze drie voor aansprakelijkheid geldende vereisten en de inpassing van de vordering van Kelly in ons aansprakelijkheidsrecht bijvoorbeeld C.H. Sieburgh, 'Schadevergoeding én leven. Compositie met rood, geel en blauw', *WPNR* 2005/6637, p. 755-762.

7. Art. 3:6 jo. 3:1 BW.

8. Afd. 3, Titel 2 Boek 6 BW. Zie Snijders 2002, par. 9-10 en Snijders 2005, par. 6.

9. Richtlijn 2007/64/EG, *PbEG* 2007, L 319; Titel 7:7b, in werking getreden op 1 november 2009 (*Stb.* 2009, 436).

10. Richtlijn 2002/47/EG, *PbEG* 2002, L 168. Van de overvloedige literatuur die laat zien dat implementatie van deze richtlijn niet eenvoudig was, noem ik slechts: H.J. Snijders, 'Wetgever, heb mededogen met ons Burgerlijk Wetboek, ook bij financiëlezekerheidsvereenkomsten', *NTBR* 2005, 218, p. 91 en, met verdere literatuurverwijzingen, C.J.H. Jansen, 'De Financiëlezekerheidsvereenkomst', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht* (Serie Onderneming en Recht deel 42-II), p. 353-367.

11. Zie art. 107 GW.

rechtsvraag nog beantwoorden. Een berucht voorbeeld is (zijn grote delen van) de Faillissementswet. Een fraai stuk wetgeving dat al meer dan een eeuw meegaat en grotendeels nog steeds voldoet, maar dat nog slechts door specialisten met een grondige kennis van literatuur en rechtspraak kan worden toegepast.¹²

9. Voor codificatie kan nog een andere aanleiding bestaan. De mogelijkheden tot heroriëntatie van bepalingen en tot oplossing van nieuwe rechtsvragen anders dan door codificatie zijn niet onbegrensd. Ik zal deze stelling met een aantal voorbeelden illustreren. De Hoge Raad heeft de angel uit het 'fiduciaverbod' gehaald door daar een beperkte interpretatie van te geven, maar de onzekerheid die hierover in de praktijk bestaat heeft hij daardoor niet volledig weggenomen.¹³ Om het in de praktijk gevoelde – en zich zo nu en dan daadwerkelijk voordoende – probleem echt op te lossen is wetswijziging vereist.¹⁴ Dat het fiduciaverbod niet geldt voor wie een financiële zekerheidsovereenkomst sluit, maar wel voor wie een andere overeenkomst sluit waarin zakelijke zekerheid door overdracht wordt bedongen, maakt het er systematisch gezien allemaal niet fraaier op; consistentie binnen een rechtssysteem is mede bepalend voor de kwaliteit ervan.

10. Soms weigert de Hoge Raad mee te gaan in een door velen gewenste rechtsontwikkeling omdat hij meent dat aan de wetgever te moeten overlaten. Indien daarbij ingrijpende rechtspolitieke keuzes moeten worden gemaakt en/of die rechtsontwikkeling op gespannen voet staat met van kracht zijnde wetgeving, is daar ook veel voor te zeggen. Een voorbeeld is de beperkte ruimte die

de Hoge Raad laat voor toekenning van een recht op vergoeding van immateriële schade aan nabestaanden.¹⁵

11. Een ander voorbeeld is de beperkte ruimte die de Hoge Raad biedt voor vermogensscheiding door middel van een kwaliteitsrekening door anderen dan notarissen en gerechtsdeurwaarders. Voor de door notarissen en gerechtsdeurwaarders verplicht aan te houden kwaliteitsrekeningen bestaan wettelijke regelingen.¹⁶ Bij gebreke van een algemene wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening heeft de Hoge Raad de mogelijkheid tot het aanhouden van kwaliteitsrekeningen voor anderen beperkt tot personen met beroepen, zoals advocaten en accountants, die met betrekking tot het afgescheiden van hun eigen vermogen aanhouden van giraal geld in een vergelijkbare vertrouwenspositie als notarissen en gerechtsdeurwaarders verkeren.¹⁷

12. Deze voorbeelden laten zien dat de receptie van bepaalde ontwikkelingen in ons vermogensrecht zonder wetswijziging niet mogelijk is. Daarnaast is wetgeving geïndiceerd in geval van door de Hoge Raad gevormd recht waarvan men algemeen vindt dat het achterhaald is, maar dat nog niet expliciet door hem kon worden 'afgeschaf't door een nieuw arrest omdat een daartoe geschikt geval de Hoge Raad nog niet heeft bereikt.¹⁸ De wetgever laat het echter afweten, ook als sprake is van breed gedragen wensen.

13. Illustratief is de gang van zaken omtrent een algemene wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening. In wetenschap en praktijk is uitvoerig gedebatteerd over de wenselijkheid en de inhoud van zo een regeling.¹⁹ De wens om tot een algemene regeling te komen wordt breed gedeeld. De mogelijkheden daartoe zijn grondig onderzocht en er zijn zinnige voorstellen voor gedaan.²⁰ In de (financierings)praktijk bestaat daaraan behoefte. Die behoefte is door de kredietcrisis dringender geworden

12. Het valt daarom te betreuren dat de Minister van Justitie heeft laten weten dat op de voltooiing van het voorontwerp Insolventiewet door de Commissie insolventierecht in 2007 en de afronding van de consultatie daarover in 2009, tijdens de (toen) lopende kabinetsperiode geen wetgevingstraject zal worden aangevangen; zie de brief van de Minister van Justitie aan de voorzitter van de commissie d.d. 18 november 2009; deze brief was ten tijde van het schrijven van deze bijdrage niet te vinden op de website van het ministerie, maar wel op www.bobwessels.nl. Het voorontwerp Insolventiewet is onder meer gepubliceerd in: S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. voorontwerp Insolventiewet* (Serie Onderneming en Recht deel 2-IV), Deventer: Kluwer 2007 en op www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/insolventiewet/, alwaar ook de naar aanleiding van de consultatie ingediende commentaren en de reactie van de Commissie insolventierecht daarop te vinden zijn.

13. Zie HR 19 mei 1995, LjN ZC1735, NJ 1996, 119 (*Keereweer q.q./Sogelease*; m.nt. W.M. Kleijn) en HR 18 november 2005, LjN AT8241 JOR 2006/60 (*B.T.L. Lease/erven Van Summeren*; m.nt. Th.A.L. Kliebisch, NJ 2006, 151).

14. Dat het fiduciaverbod in de praktijk problemen blijft opleveren, blijkt bijvoorbeeld uit Hof 's-Hertogenbosch 8 september 2009, LjN BK9966, JOR 2010/33 (*Spijkers en Pessers/Ru-Pro*; m.nt. J.J. van Hees). Het hof oordeelt dat een koopovereenkomst met betrekking tot een onroerende zaak geen geldige titel van overdracht is omdat partijen het verschaffen van zekerheid als bedoeld in art. 3:84 lid 3 BW beoogden. J.J. van Hees plaatst in zijn noot terecht enige kritische kanttekeningen bij (de motivering van) dit oordeel.

15. Zie art. 6:106 en 6:108 BW en HR 26 oktober 2001, LjN AB2775, NJ 2002, 216 (*Oogmerk*), HR 22 februari 2002, LjN AD5356, NJ 2002, 240 en HR 9 oktober 2009, LjN BI8583, RvdW 2009, 1154, (m.nt. S.P.A. Wensink-Vergunst; JIN 2009, 851). Met betrekking tot dit onderwerp is de wetgever wel in actie gekomen; er is een wetsvoorstel bij het parlement ingediend waarmee beoogd werd het recht op zogeheten affectieschade te regelen; zie *Kamerstukken* 28 781. Het wetsvoorstel is op 9 maart 2010 door de Eerste Kamer verworpen.

16. Zie art. 25 Wet op het notarisambt en art. 19 Gerechtsdeurwaarderswet.

17. Zie HR 13 juni 2003, LjN AF3413, JOR 2003/209 (*Coöperatie Beatrix/Pro-Call*; m.nt. S.C.J.J. Kortmann en A. Steneker, NJ 2004, 196 m.nt. W.M. Kleijn).

18. Zie over dit probleem I. Giesen, 'De 'achterblijvers' van de rechtsontwikkeling: over verouderde rechtspraak en hoe er weer vanaf te komen', *WPNR* 2002/6494, p. 447-453.

19. Zoals tijdens de door de Katholieke Universiteit Brabant en de Katholieke Universiteit Leuven op 19 juni 1998 gehouden studiedag 'Inzake Kwaliteit'. Zie de bundel met de bijdragen van de sprekers: E. Dirix en R.D. Vriesendorp (red.), *Inzake Kwaliteit. De kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 1998.

20. Zie bijvoorbeeld A. Steneker, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen* (diss. Nijmegen, Serie Onderneming en Recht deel 31), Kluwer: Deventer 2005 en E.C.M. Wolfert, *De kwaliteitsrekening* (diss. Amsterdam VU, Serie Recht en Praktijk deel 157) Deventer: Kluwer 2007.

omdat financiers die participeren in een collectief zekerheidsarrangement zich niet meer uitsluitend zorgen maken over de kredietwaardigheid van hun gezamenlijke debiteur, maar ook over die van de financiers met wie zij zekerheidsrechten delen. Zo is de gerechtvaardigde wens ontstaan om de door één kredietgever gerealiseerde opbrengst van een ten behoeve van een aantal kredietgevers gezamenlijk gevestigd zekerheidsrecht, totdat die opbrengst wordt verdeeld, door vermogensafschieding met behulp van een kwaliteitsrekening veilig te stellen voor verhaal door de (andere) schuldeisers van de kredietgever die het zekerheidsrecht heeft uitgeoefend en die de opbrengst daarvan mede ten behoeve van de andere kredietgevers heeft gerealiseerd.²¹

14. Bij de behandeling van de Wet op het notarisambt is een nadere studie toegezegd over een algemene wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening.²² Een vergelijkbare toezegging is gedaan bij de behandeling van de Gerechtsdeurwaarderswet; bij de behandeling daarvan werden twee deelonderzoeken aangekondigd: een evaluatie van de bestaande bijzondere wettelijke regelingen en een onderzoek gericht op de vraag wat het toepassingsgebied van een algemene regeling van de derdenrekening zou moeten zijn.²³ Een volgende Staatssecretaris van Justitie vond het in 2001 prematuur om voor een algemene wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening te kiezen voordat de ervaringen met de bestaande regelingen waren geëvalueerd.²⁴ De bedoelde evaluatie is inmiddels uitgevoerd en het resultaat ervan is in 2006 gepubliceerd.²⁵ Uit de brief waarmee de Minister van Justitie de evaluatie aanbod aan de Tweede Kamer, blijkt dat wat hem betreft de discussie over een algemene regeling van de derdenrekening gesloten is.²⁶ Dat is opmerkelijk, omdat de vraag of er een algemene wettelijke regeling zou moeten komen door hem (of de staatssecretaris) niet is beantwoord.

15. Ook het uitblijven van een initiatief van de wetgever om de derdenwerking te ontnemen aan onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen is illustratief.²⁷ Het probleem is al voordat de Hoge Raad het arrest

Oryx/Van Eesteren weesesignaleerd door R.D. Vriesendorp, maar is daarna door wetenschap en praktijk geagendeerd.²⁸ Gevolg is een breed gedeelde wens om aan dergelijke bedingen de derdenwerking te ontnemen.²⁹ Onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen vormen een groot probleem bij financieringen met vorderingen als onderpand. Op krachtens partijbeding onoverdraagbare vorderingen kan geen pandrecht worden gevestigd. Bij financieringen door bijvoorbeeld factormaatschappijen met een groot en steeds wijzigend pakket van vorderingen als onderpand, vorderingen die voortkomen uit zeer diverse overeenkomsten en waarop zeer diverse algemene voorwaarden van toepassing zijn, is het ondoenlijk om de verpandbare van de onverpandbare vorderingen te scheiden. Voor de pandhouder komt een dergelijke financiering, voor wat betreft de aan het bedoelde onderpand te ontnemen zekerheid, neer op 'God zegene de greep'. Noch publicaties waarin voor afschaffing of beperking van de derdenwerking van onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen is gepleit, noch daarop gerichte maatregelen van de wetgevers van andere lidstaten,³⁰ hebben de wetgever tot (voor mij waarneembare) actie kunnen bewegen. Hetzelfde geldt voor de lobbyactiviteiten die, zo is mij bekend, door de Nederlandse Vereniging van Banken en een aantal factormaatschappijen zijn ontplooid.

16. Gewezen kan tot slot nog worden op de verouderde restanten van Boek 7A BW. Afgezien van Titel 9 (Van Maatschap) onderneemt de wetgever voor zover bekend niets om de resterende titels te moderniseren en naar Boek 7 over te hevelen.

4. Er is sprake van voortschrijdende harmonisatie, maar vooralsnog niet van uniformering

16. Een belangrijke ontwikkeling in veel rechtsgebieden, waaronder het vermogensrecht, is harmonisatie van rechtsstelsels, zowel op Europese als op geografisch

21. Zie bijvoorbeeld A.C.G.F. Thiele, 'Collectieve zekerheidsarrangementen; onzekere zekerheid?', in: *Zekerhedenrecht in ontwikkeling* (Preadvies KNB), Sdu Uitgevers 2009, p. 71-113. Ik merk op dat ik een voorkeur heb voor een algemene regeling boven de door haar voor dit specifieke geval voorgestelde regeling. Zie nader over deze problematiek N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt: 'De security trustee in crisistijden', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De kredietcrisis* (Serie Onderneming en Recht deel 54), Deventer: Kluwer 2010, p. 140 e.v.

22. *Kamerstukken II*, 1997/98, 23 706, nr. 32, p. 31 en *Handelingen I* 1998/99, 24, p. 1056.

23. *Handelingen II* 1999/2000, 73, p. 4883 en 4891.

24. *Kamerstukken II* 2001/02, 22 775 en 23 706, nr. 21, p. 7.

25. Koos van Dijken, Zosja Berdowski en Peter Henk Eshuis, *De praktijk van derdenrekeningen. Een onderzoek onder notarissen, gerechtsdeurwaarders en Advocaten*, Leiden: Instituut voor Onderzoek van Overheidsuitgaven 2006, te raadplegen op www.wodc.nl/publicaties/.

26. *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 VI en 23 706, nr. 73, p. 1.

27. Vgl. art. 3:83 lid 2 BW.

28. R.D. Vriesendorp, 'Verpanding van contractueel onoverdraagbare geldvorderingen', WPNR 1996/6211, p. 105-106; HR 17 januari 2003, *LJN AF0168*, *JOR* 2003/52 (*Oryx/Van Eesteren*; m.nt. M.H.E. Rongen, *NJ* 2004, 281 m.nt. H.J. Snijders).

29. Zie F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam* (diss. Nijmegen, Serie Onderneming en Recht deel 43), Deventer: Kluwer 2008, par. 6.4.4 (met verdere verwijzingen) en, van de nadien verschenen literatuur, M. Orval, 'Het cessieverbod nader bezien', WPNR 2009/6823, p. 992-997 en F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Gemakkelijke overdraagbaarheid van vorderingen: oorzaak of oplossing van de kredietcrisis?', *TvI* 2010, 6, p. 35-37; F.E.J. Beekhoven van den Boezem en A.J. Verdaas, '(On)overdraagbaarheid van vorderingen na de crisis: gluren bij de burenl!', in: M.J.G.C. Raaijmakers, H.J. Bruisten en A.F. Verdam, *En na de crisis?* (Lustrumbundel Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen), Deventer: Kluwer 2010, p. 33-45.

30. Zoals België, Duitsland, Italië en Oostenrijk.

gezien nog grotere schaal.^{31,32} Een voorbeeld op het gebied van het vermogensrecht is het *Draft Common Frame of Reference* (DCFR).³³ Het DCFR is de vrucht van het werk van twee academische groepen, de *Study Group on a European Civil Code* en de *Research Group on Existing Private Law*. Het DCFR is mede mogelijk gemaakt door de Europese Commissie, die in het kader van het actieplan voor een meer coherent Europees contractenrecht de wens te kennen heeft gegeven om te komen tot een *Common Frame of Reference* (CFR). Het DCFR is bedoeld als 'voorontwerp' voor een CFR. In mei 2010 is een deskundigencomité geïnstalleerd om de Europese Commissie te adviseren hoe verder te gaan met het DCFR.³⁴ Het DCFR heeft geen formele status, noch juridisch, noch politiek. Het DCFR heeft wel gezegd, dat het ontleent aan het wijd vertakte academische netwerk dat aan de totstandkoming ervan heeft gewerkt, zijn voorgeschiedenis (die begon met de Commission on European Contract Law) en de eminente juristen door wie het wordt gedragen. Zowel bij het ontwerpen van nieuwe wetgeving als bij de (her)interpretatie van bestaande wetsbepalingen zal men wellicht nog wel om het DCFR heen *kunnen*, maar er niet omheen *willen*. Ik twijfel er dan ook niet aan dat een verdergaande harmonisatie van ons vermogensrecht met dat van de andere lidstaten zal plaatsvinden. Het DCFR laat ook zien dat een vergaande harmonisatie van het vermogensrecht mogelijk is zonder de systemen van de lidstaten en hun rechtsculturen al te zeer geweld aan te doen:

*'In particular [the DCFR] will help to show how much national private laws resemble one another and have provided mutual stimulus for development – and indeed how much those laws may be regarded as regional manifestations of an overall common European legacy.'*³⁵

17. Maar de (politieke) weerstand tegen *uniformering* is groot, zoals bleek toen in het nieuws kwam 'dat gewerkt werd aan een Europees Burgerlijk Wetboek'.³⁶ Men

bedoelde daarmee het DCFR, waarvan niet gezegd kan worden dat zo een status daarvan beoogd is, noch door de Europese Commissie, noch door de opstellers ervan. Gelet op die politieke weerstand moeten we ervan uitgaan dat we nog lang een nationaal vermogensrecht zullen behouden. Dit betekent dat we het ons niet kunnen permitteren om aan ons vermogensrecht reeds nu minder wetgevende aandacht te besteden omdat het op afzienbare termijn zal worden vervangen door Europees vermogensrecht.

18. Ik verwacht veeleer dat Europese ontwikkelingen méér aandacht van de wetgever voor ons vermogensrecht zullen vergen. Een steeds verdergaande harmonisatie van ons vermogensrecht zal door de Europese wetgever door middel van richtlijnen worden afgedwongen. Hiervóór gaf ik aan dat de implementatie van veel Europese richtlijnen in ons vermogensrecht tot op heden betrekkelijk soepel is verlopen. Ik gaf daarbij ook aan dat de implementatie van de Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten een uitzondering vormt. Een bijzonder kenmerk van de Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten is dat deze noopte tot wijzigingen in ons goederenrecht en dat een aantal van die wijzigingen op gespannen voet staat met enkele daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten, zoals *i)* het fiduciaverbod,³⁷ *ii)* het toeëigeningsverbod³⁸ en *iii)* het voor de overdracht van of de vestiging van een beperkt recht op een goed geldende vereiste van een leverings-, respectievelijk vestigingshandeling.³⁹

19. Is dit een uitzondering op de regel of is de verwachting gewettigd dat meerdere moeilijker te implementeren richtlijnen zullen volgen? Ik meen dat het laatste het geval zal zijn. Het DCFR bevat *principles* en *model rules* op het terrein van het goederenrecht. Zo bevat het *i)* een registratiesysteem voor zekerheidsrechten,⁴⁰ *ii)* de regel dat een contractueel onoverdraagbaarheidsbeding een vordering niet onoverdraagbaar maakt⁴¹ en *iii)* een zeer liberale regeling voor (bezitloze) zekerheidsrechten.⁴² Indien het DCFR leidt tot Europese wetgeving, dan staat ons op dit terrein nog heel wat te wachten.

31. Zie over de voortschrijdende uniformering van het vermogensrecht binnen Europa bijvoorbeeld J.H.M. van Erp, 'Huidig en toekomstig Europees zekerhedenrecht', in: *Zekerhedenrecht in ontwikkeling* (Preadvies KNB), Sdu Uitgevers 2009, p. 231-235.
 32. Harmoniserende invloed op het vermogensrecht op wereldwijde schaal gaat bijvoorbeeld uit van de modelwetten die UNIDROIT (Institut International pour l'Unification du Droit privé) opstelt.
 33. Christian von Bar e.a. (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich: Sellier 2009, tevens gepubliceerd op www.law-net.eu.
 34. Zie hierover E.H. Hondius, 'Kroniek Algemeen', *NTBR* 2010, 34, p. 284.
 35. Zie randnummer 7 van de *Introduction* van het DCFR. Kritisch hierover: Jan Smits, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 125.
 36. Zie Folkert Jensma, 'Europees wetboek via de achterdeur' en 'Sluiproute naar een wetboek. Wetgevingsproject EU voltrekt zich vrijwel onopgemerkt door Nederland', *NRC Handelsblad* 4 oktober 2007 en Folkert Jensma, 'Geen mop, ook geen studieproject. Ophef over mogelijk sluipende invoering van Europees Burgerlijk Wetboek', *NRC Handelsblad* 18 oktober 2007.

37. Vergelijk art. 3:84 lid 3 BW met art. 7:55 BW. Het fiduciaverbod bepaalt dat een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen geen geldige titel van overdracht is (art. 3:84 lid 3 BW).
 38. Vergelijk art. 3:235 BW met art. 7:54 lid 3 BW. Het toe-eigeningsverbod bepaalt dat een beding waarbij de pand- of hypotheekhouder de bevoegdheid wordt gegeven om zich het verbonden goed toe te eigenen nietig is (art. 3:235 BW). Zie over de historische ontwikkeling van het toe-eigeningsverbod in Europa R. Verhagen, 'Het vervalbeding bij pand en hypotheek. De interpretatie multiplex van het toe-eigeningsverbod (C. 8.34(35).3)', *Groninger opmerkingen en mededelingen* 2009, p. 65-150.
 39. Vergelijk art. 3:84 lid 1, respectievelijk art. 3:84 lid 1 jo. 3:98 BW met art. 3 lid 1 van de richtlijn.
 40. Book IX, Section 3 (Registration).
 41. Model rule III.-5:108; anders het Nederlandse recht; vgl. art. 3:83 lid 2 BW.
 42. Book IX DCFR; zie ook *Principle* 15.

20. Op veel kortere termijn, uiterlijk op 30 december 2010, dienen wijzigingen in de Richtlijn financiële zekerheidsvereenkomsten te worden geïmplementeerd.⁴³ Die wijzigingen lijken op zichzelf betrekkelijk eenvoudig in Titel 2 Boek 7 BW (Financiële zekerheidsvereenkomsten) en de Faillissementswet geïmplementeerd te kunnen worden.⁴⁴ Wel maakt de uitbreiding van de mogelijkheden om een financiële zekerheidsvereenkomst te sluiten tot – kort gezegd – kredietvorderingen het fiduciaverbod nog moeilijker te handhaven omdat steeds moeilijker valt te verdedigen dat voor een partij die een financiële zekerheidsvereenkomst sluit het fiduciaverbod niet geldt,⁴⁵ maar dat dit wel geldt voor een partij die een dergelijke overeenkomst niet kan of wil sluiten.⁴⁶ Verdedigd wordt daarenboven dat het fiduciaverbod in strijd is met de Richtlijn financiële zekerheidsvereenkomsten.⁴⁷ Implementatie van de gewijzigde richtlijn zou voor de wetgever nu eindelijk eens aanleiding moeten zijn om het fiduciaverbod te schrappen. Doet hij dat, dan ontkomt hij er echter niet aan om de mogelijke gevolgen daarvan onder ogen te zien en zich af te vragen of nadere regelgeving gewenst is. Zo zal hij zich moeten afvragen of een regeling moet worden getroffen die voorkomt dat een zekerheids-eigenaar wordt overbedeeld indien de verkoopopbrengst van het in zekerheid aan hem overgedragen goed hoger is dan zijn vordering op de schuldenaar.⁴⁸

21. Verwacht mag worden dat de voortschrijdende harmonisatie door Europese wetgeving de nodige aandacht van de wetgever voor het vermogensrecht zal vergen. Op ambtelijk niveau zal daarbij niet kunnen worden volstaan met het beschikbaar stellen van voldoende wetgevingscapaciteit in kwantitatieve zin, maar zullen ook inhoudelijk moeilijke puzzels moeten worden opgelost.

5. Oorzaken voor het gebrek aan wetgevingsaandacht voor ons vermogensrecht

22. Dat de wetgever, tenzij daartoe gedwongen 'door Europa', weinig aandacht besteed aan ons vermogensrecht valt de rechtspraktijk en de wetenschap niet te verwijten. Het bedrijfsleven, met name de financiële sector, lobbyt

bij de wetgever om vermogensrechtelijke onderwerpen op de agenda te krijgen. Ik noemde reeds lobby voor afschaffing of beperking van de derdenwerking van onoverdraagbaarheidsbedingen. De Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) pleegt ook te lobbyen voor andere wijzigingen van ons vermogensrecht waarbij haar leden baat hebben. Naar verluidt vraagt ook Holland Financial Centre (HFC) bij de wetgever om aandacht voor enkele door de financiële sector ervaren knelpunten in ons vermogensrecht.⁴⁹ Succesvol zijn dergelijke lobby's naar mijn waarneming vaak niet, ook niet als het honoreren van een lobby op weinig bezwaren van andere belanghebbenden zou stuiten.⁵⁰

23. Nederland kent eminente juristen die voor een deel ook internationaal als zodanig worden erkend en die veel publiceren over vermogensrechtelijke onderwerpen.⁵¹ Er worden in die publicaties vele zinnige en goed onderbouwde wetswijzigingen voorgesteld. Over bepaalde problemen en de oplossingen daarvoor lijkt min of meer consensus te bestaan. Echter, ook als voor een bepaalde wijziging een breed draagvlak in wetenschap en praktijk bestaat, betekent dit nog niet dat de wetgever zich geroepen voelt om in actie te komen. Als voorbeelden noem ik nogmaals *i)* de al lang klinkende roep om afschaffing van het fiduciaverbod,⁵² *ii)* de breed gedeelde wens om aan zogenoemde onoverdraagbaarheidsbedingen de derdenwerking te ontnemen,⁵³ en *iii)* de roep om een algemene regeling van de kwaliteitsrekening. Ik voeg daar aan toe de door meerdere auteurs bepleite afschaffing van de beperking van de mogelijkheid tot de vestiging van stille pandrechten op toekomstige vorderingen tot

43. Richtlijn 2009/44/EG tot wijziging van (onder meer) de Richtlijn financiële zekerheidsvereenkomsten, *PbEG*, L 146. De wijzigingen dienen uiterlijk op 30 juni 2011 van kracht te zijn.

44. Zie het bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel, *Kamerstukken II 2009/10*, 32 457. Vgl. ook M.G. van 't Westeinde, 'Wijziging van de Richtlijn financiële zekerheidsvereenkomsten: nieuwe ronde, nieuwe kansen!', *FR* 2009, p. 380-385.

45. Zie art. 7:55 BW.

46. De Ministers van Justitie en van Financiën zien dit probleem kennelijk niet: zie *Kamerstukken II 2009/10*, 32 457, nr. 3, p.13-14.

47. Vgl. Van Erp 2009, p. 248-249, F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Richtlijn 2009/44/EG: EG-knuppel in het hoenderhok van het Nederlandse goederenrecht', *MvV* 2009, p. 315-317 en F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Credit Claims. Kredietvorderingen als beleenbare activa voor monetaire beleidstransacties in het Eurosysteem* (oratie Nijmegen, Serie Onderneming en Recht deel 56), Deventer: Kluwer 2010, p. 38-39.

48. Zie Verdaas 2008, nr. 453.

49. Uit de *Update Strategische Agenda 2010* van HFC, p. 26-27, blijkt dat HFC voornemens is om aandacht voor een goede juridische infrastructuur te blijven vragen. Deze update is te raadplegen via www.holland-financialcentre.com.

50. Een voorbeeld van een succesvolle lobby van (onder anderen) de NVB (zie *Kamerstukken II 2002/03*, 28 878, nr. 3, p.1) is de herinvoering van de stille cessie (art. 3:94 lid 3 BW).

51. Om de juistheid van deze stelling te verifiëren kan men bijvoorbeeld de lijsten van *Academic contributors* in het DCFR raadplegen.

52. Art. 3:84 lid 3 BW. Een selectie van de vele publicaties waarin voor afschaffing van het fiduciaverbod is gepleit: H.W. Heyman, 'De reikwijdte van het fiduciaverbod. In het bijzonder in verband met leasing', *WPNR* 1994/6119, p. 1-14, S.C.J.J. Kortmann, 'Struikelt leasing over de dode letter van art. 3:84 lid 3 BW?', *WPNR* 1994/6119, p. 18-23, J.M. van Dunné, 'Vijf jaar een nieuw BW. Is het niet allemaal reuze meegevallen? Ja en nee, sprak de dialecticus', *Trema* 1997, p. 221, C.J.H. Jansen, 'Fiduciaire verhoudingen in historisch perspectief' en J.H.A. Lokin, 'De spagaat van de Hoge Raad: eigendom en zekerheid', beiden in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen en N.S.G.J. Vermunt (red.) *Fiduciaire verhoudingen. Libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann* (Serie Onderneming en Recht deel 41), Deventer: Kluwer 2007 p. 105-117, respectievelijk p. 137-155, Verdaas 2008, Hoofdstuk 5, S.C.J.J. Kortmann, 'Werkelijke overdracht' ... met een fiduciair karakter', *Groninger opmerkingen en mededelingen* 2010, p. 63-72 en A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht* (Monografieën BW A1), Deventer: Kluwer 2010, p. 57.

53. Vgl. art. 3:83 lid 2 BW en HR 17 januari 2003, *LJN AF0168*, *JOR* 2003/52 (*Oryx/Van Eesteren*; m.nt. M.H.E. Rongen, *NJ* 2004, 281 m.nt. H.J. Snijders). Zie, met verdere verwijzingen, Verdaas 2008, par. 6.4.4 en, van de nadien verschenen literatuur, M. Orval, 'Het cessieverbod nader bezien', *WPNR* 2009/6823, p. 992-997.

vorderingen die rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding.⁵⁴ Natuurlijk zijn al die publicaties met zinnige voorstellen niet zinledig als die voorstellen niet worden uitgevoerd, maar het is wel jammer dat na de vele inspanningen die ervoor zijn gedaan, niet wordt bezien of de gedane voorstellen uitvoering verdienen om, indien die vraag op ambtelijk en politiek niveau bevestigend is beantwoord, vervolgens ook daadwerkelijk in wetgeving te worden omgezet.

24. Waarom wordt die vertaalslag van lobby en/of voorstel in de literatuur naar wetsvoorstel met betrekking tot ons vermogensrecht zo weinig gemaakt? Ik denk dat daar een aantal verklaringen voor is. Eén verklaring is een gebrek aan wetgevingscapaciteit en wetgevingsprioriteit. Is de *privaatrechtelijke* wetgevingscapaciteit al beperkt ten opzichte van bijvoorbeeld de fiscaalrechtelijke, binnen de *privaatrechtelijke* wetgevingscapaciteit wordt aan wijzigingen van ons vermogensrecht waartoe de wetgever niet min of meer wordt gedwongen een lage prioriteit gegeven. Vanzelfsprekend – en terecht – krijgt de implementatie van Europese richtlijnen een hoge prioriteit, met als paradoxaal gevolg dat harmonisatie op het ene gebied leidt tot stilstand en dus achteruitgang op andere gebieden. Vermogensrechtelijke onderwerpen krijgen bovendien weinig politieke aandacht, naar ik meen bij gebrek aan affiniteit hiermee bij vrijwel alle politici en omdat er weinig electoraal voordeel mee te behalen is. En er zijn altijd wel ontwikkelingen die ertoe leiden dat andere onderwerpen de wetgevingsagenda wél halen, zoals de roep om (weer) het vennootschapsrecht te wijzigen, nu naar aanleiding van de kredietcrisis.

25. Een andere mogelijke verklaring voor het grotendeels uitblijven van de vertaling van doctrine naar praktijk is drempelvrees om wijzigingen aan te brengen in een relatief jonge codificatie. Onterechte drempelvrees wat mij betreft. Ten eerste valt het met de jeugdigheid van die codificatie wel mee, nu vanaf 1 januari 2012 het vierde lustrum daarvan kan worden gevierd. En, ten tweede, op zichzelf is het goed om een nieuwe codificatie zich in de praktijk en de rechtspraak te laten 'zetten' alvorens die te gaan wijzigen, maar die gelegenheid heeft ons vermogensrecht ruimschoots gehad en hebben praktijk en rechtspraak ook te baat genomen. Ten derde is dit juist aanleiding om de 'weeffouten' die daardoor aan het licht zijn gekomen te herstellen.⁵⁵ Ten vierde: niemand hoeft zich er voor te schamen dat een codificatie, voor een deel met 'the benefit of hindsight' van ontwikkelingen die zich na de invoering ervan hebben voorgedaan, niet volmaakt

blijkt te zijn. E.M. Meijers, de ontwerper van de Boeken 3, 5 en 6 BW, had geen last van dergelijke (valse) schaamte: hij pleitte voor een tienjaarlijkse hercodificatie.⁵⁶

6. **Tussenconclusie: doorlopende wetgevingsaandacht is geboden en moet worden georganiseerd in de vorm van een permanente Commissie vermogensrecht**

26. Uit het voorafgaande trek ik de conclusie dat ons vermogensrecht doorlopende wetgevingsaandacht behoeft en ook verdient. Ik heb niet de illusie dat het die aandacht door het enkele trekken van die conclusie ook zal krijgen, zelfs niet als deze conclusie breed zou worden gedragen. De vereiste wetgevingsaandacht zal moeten worden georganiseerd en er zal capaciteit voor moeten worden vrijgemaakt. En wel zodanig dat de politieke waan van de dag niet al te licht roet in het eten kan gooien. Dat vergt onafhankelijkheid van en een zekere afstand tot politiek en ambtelijk Den Haag. Een voor de hand liggende oplossing is een permanente Commissie vermogensrecht. In de volgende paragraaf schets ik de contouren van de Commissie vermogensrecht zoals ik die voor mij zie.

7. **Contouren van de Commissie vermogensrecht**

7.1. *Doelstelling*

27. De doelstelling van de Commissie vermogensrecht zoals die mij voor ogen staat, vloeit uit het voorafgaande voort en kan worden samengevat als het in adequate wetgeving doen vertalen van in Nederland en, voor zover in Europese richtlijnen vastgelegde, in Europa levende, vermogensrechtelijke rechtsovertuigingen.

7.2. *Een effectief en efficiënt middel?*

28. Waarom verwacht ik dat de Commissie vermogensrecht erin zal slagen om de wetgever te laten doen wat hij nu nalaat? Allereerst omdat de ervaring leert dat dergelijke commissies die rol kunnen vervullen. Zo heeft onder het oude Burgerlijk Wetboek gedurende een lange periode, tot medio jaren tachtig, een Commissie voor de Burgerlijke Wetgeving bestaan. Over het functioneren van die commissie en de reden voor opheffing ervan heb ik nauwelijks informatie kunnen vinden, maar naar verluidt vervulde zij met succes een rol zoals die mij voor ogen staat. Mogelijk is de commissie opgeheven met het oog op de invoering van ons nieuwe vermogensrecht in 1992.⁵⁷

29. De Commissie Vennootschapsrecht vervult al jaren, en met succes, een belangrijke rol bij het in wetgeving vertalen van in Nederland en in Europa levende rechts-

54. Art. 3:239 lid 1 BW. Zie, met verwijzingen naar andere auteurs, Verdaas 2008, par. 8.4. en, van de nadien verschenen literatuur, F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Uitlegkwesties naar aanleiding van verpanding en cessie van vorderingen', in: J.M. Milo en S.E. Bartels (red.), *Uitleg in het goederenrecht. Eerste verkenningen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 87-88.

55. Vgl., reeds vijf jaar na invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW, Van Dunné 1997, p. 216-222.

56. E.M. Meijers, 'Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 1928/3031, p. 52.

57. Zie Van Dunné 1997, p. 222.

overtuigingen op het terrein van het vennootschapsrecht. Zowel inhoudelijk als op wetstechnisch gebied heeft zij vele waardevolle adviezen gegeven en concrete voorstellen gedaan die vaak in (komende) wetgeving zijn vertaald.⁵⁸

30. Een actueel voorbeeld is ook de Commissie insolventierecht. Hoewel op dit moment nog niet duidelijk is of het door deze commissie opgestelde voorontwerp Insolventiewet in wetgeving zal worden omgezet, durf ik zonder enig voorbehoud te stellen dat we, sinds de invoering van de Faillissementswet in 1893,⁵⁹ nog nooit zo dicht bij de invoering van een opvolger van die wet zijn geweest, alsmede dat, op enkele onderdelen na, het voorontwerp een goede en zeer bruikbare vertaling in wetteksten van de in Nederland levende, insolventierechtelijke rechtsovertuigingen is.

31. De tweede reden waarom ik hoge verwachtingen van de Commissie vermogensrecht heb, is dat de commissie zich volledig op het vermogensrecht kan focussen en niet de kans loopt om, hetgeen wetgevingsambtenaren met enige regelmaat schijnt te overkomen, vanwege veranderde politieke prioriteiten van de ene op de andere dag 'op een ander dossier te worden gezet'.

32. Een derde reden om te verwachten dat de Commissie vermogensrecht succesvol zal zijn, is dat de voorstellen die zij doet op een groot draagvlak zullen kunnen rekenen, mits de commissie met oog voor het vereiste draagvlak is samengesteld. Hoewel de leden van de commissie onafhankelijk van hun eventuele achterban zouden moeten zijn, zullen zij hun afkomst niet (behoeven te) verloochenen. Indien de commissie leden heeft met wortels in de belangrijkste juridische beroepsgroepen en de belangrijkste groepen van belanghebbenden, is de verwachting gewettigd dat de voorstellen die zij doet op een groot maatschappelijk draagvlak zullen kunnen rekenen en de daadwerkelijk levende rechtsovertuigingen zullen weerspiegelen.⁶⁰

33. Indien de Commissie vermogensrecht, overeenkomstig de aan haar te geven opdracht (zie paragraaf 7.4 hierna), met zo concreet mogelijke voorstellen tot wetswijziging komt, kan de schaarse wetgevingscapaciteit op het Ministerie van Justitie efficiënt worden benut. Keerzijde van deze medaille is dat uitvoering van de voorstellen van een actieve Commissie vermogensrecht ook wetgevingscapaciteit zal vergen. Het in de vorm van wetsvoorstellen aan het parlement voorleggen van de voorstellen

van de commissie, inclusief toelichting (waarin de commissie grotendeels maar nooit geheel kan voorzien)⁶¹ en de benodigde invoeringswetgeving, zal een beroep op de wetgevingscapaciteit van het Ministerie van Justitie doen. Daar staat tegenover dat de commissie een besparing op de voor de implementatie van vermogensrechtelijke (aspecten van) Europese richtlijnen benodigde wetgevingscapaciteit kan opleveren door daartoe voorstellen te doen (zie ook paragraaf 7.4 hierna).

7.3. Mogelijke nadelen

34. Het belangrijkste mogelijke nadeel van de Commissie vermogensrecht lijkt mij dat vele wijzigingen, op advies van de commissie, van onderdelen van ons gecodificeerde vermogensrecht ten koste zouden kunnen gaan van de interne samenhang van het systeem daarvan. De oplossing van het ene probleem, indien onvoldoende doordacht, zou zo één of meer andere problemen kunnen veroorzaken.⁶²

35. Een voorbeeld is de al eerder aangehaalde, breed gedragen roep om afschaffing van de derdenwerking van bedingen die vorderingen onoverdraagbaar doen zijn. De oplossing voor dit probleem lijkt simpel: bepaal dwingendrechtelijk in art. 3:83 lid 2 BW dat een vordering waarvan de overdracht tussen schuldeiser en schuldenaar is uitgesloten desondanks voor overdracht vatbaar is. Echter, gevolg hiervan zou kunnen zijn dat schuldenaren die het voor hen belangrijkste gevolg van overdracht of verpanding van de vorderingen die derden op hen hebben willen blijven voorkomen, namelijk dat zij dienen te betalen aan een ander dan hun (oorspronkelijke) schuldeiser, hun toevlucht zoeken tot ongewenste verbintenismatige constructies. Ik denk dan aan met boetebedingen versterkte onoverdraagbaarheidsbedingen en verrekening van dergelijke boeteschulden met de (geldig) overgedragen of verpande vorderingen, zodat de cessionaris of pandhouder alsnog met lege handen zou kunnen komen te staan. Een echte oplossing veronderstelt het doordenken van dergelijke verbintenismatige mogelijkheden en wenselijkheden. Onderzocht zal ook moeten worden of het wenselijk is om de derdenwerking van onoverdraagbaarheidsbedingen voor bepaalde categorieën van vorderingen te handhaven en of daarvoor wettelijke voorzieningen vereist zijn.⁶³

58. Zoals bijvoorbeeld met betrekking tot de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht; zie *Kamerstukken II 2006/07*, 31 058, nr. 3, p. 7, 13 en 17. Een ander voorbeeld is de wijziging van Boek 2 BW ter implementatie van de richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (Richtlijn 2005/56/EG, *PbEU L 310*; zie *Kamerstukken II 2006/07*, 30 929, nr. 3, p. 8 en 16-17).

59. *Stb.* 1893, 140.

60. Zie over de samenstelling van de commissie nader par. 7.5 hierna.

61. Vgl. het voorontwerp Insolventiewet, dat door de Commissie insolventierecht van een uitgebreide toelichting is voorzien. Bij het opstellen van een memorie van toelichting zou deze toelichting als uitgangspunt kunnen dienen.

62. Zie Meijers 1928, p. 51-52.

63. Vgl. art. 18 lid 1 aanhef en sub b Wet LB 1964, waarin is bepaald dat onder een pensioenregeling wordt verstaan een regeling waarin is bepaald dat de aanspraken ingevolge de regeling niet kunnen worden afgekocht, vervreemd of prijsgegeven, dan wel formeel of feitelijk voorwerp van zekerheid kunnen worden, anders dan in de gevallen voorzien bij of krachtens de Pensioenwet.

36. Dit mogelijke nadeel van de Commissie vermogensrecht, dat wijzigingen op advies van de commissie ten koste gaan van de interne samenhang van het systeem, mag mijns inziens geen reden zijn om gedurende langere tijd zo min mogelijk te wijzigen in ons gecodificeerde vermogensrecht. Een periodieke integrale herziening daarvan is geen goed alternatief; zij is te complex en te ingrijpend om al te vaak te doen plaatsvinden en loopt een te groot risico om te stranden. Wel is enige terughoudendheid geboden. Waarborgen tegen niet systematisch doordachte wijzigingen en tegen het volgen van de waan van de dag moeten mijns inziens worden gevonden in de samenstelling van en de opdracht aan de Commissie vermogensrecht (zie de paragrafen 7.4 en 7.5). Een zorgvuldig samengestelde commissie kan er juist voor waken dat, bijvoorbeeld onder druk van belanghebbenden, ondoordachte wijzigingen worden doorgevoerd en er aan bijdragen dat onontkoombare wijzigingen, bijvoorbeeld ingevolge Europese richtlijnen, met oog voor het systeem worden geïmplementeerd.

37. Men kan zich nog afvragen of frequente wijzigingen in ons vermogensrecht niet een te grote belasting voor burgers, bedrijven en de rechtspraak, zoals de rechterlijke macht, vormen. Mijns inziens is dat niet het geval. Tot op zekere hoogte went men daar wel aan. Wie bijvoorbeeld het fiscale recht of het financieel toezichtrecht beoefent, maar de wijzigingen daarvan niet op de voet volgt, weet niet beter dan dat hij niet blindelings op zijn papieren wettenbundel kan vertrouwen, maar de laatste stand van zaken moet controleren alvorens een regel toe te passen.⁶⁴ Deze last kan enigszins worden verlicht door invoering van wijzigingen in ons vermogensrecht overeenkomstig de systematiek van de Vaste Verandermomenten, met voor wetten twee vaste jaarlijkse inwerkingtredingsdata (1 januari en 1 juli) en een minimale invoeringstermijn van twee maanden.⁶⁵

38. Een ander mogelijk nadeel van de Commissie vermogensrecht is dat 'het primaat van de politiek' op wetgevingsgebied afbrokkelt ten gunste van 'de deskundigen'. Men kan dat met mij onwenselijk vinden, maar ik meen dat de Commissie vermogensrecht veeleer een uitdrukking dan een oorzaak van die verschuiving zal zijn. Een dergelijke verschuiving is op veel beleidsterreinen al langer gaande en is, gegeven ons politieke en maatschappelijke bestel en gegeven een ingewikkelder wordende samenleving, onvermijdelijk. Beter een niet democratisch gelegitimeerde commissie die actief is, dan een democratisch gelegitimeerde wetgever die stilzit. Bovendien zijn in de Kaderwet adviescolleges instrumenten opgenomen om politieke invloed op de werkzaamheden van adviescolleges van de regering en de Staten-Generaal te effec-

tueren, zoals de jaarlijkse programmering van de werkzaamheden.⁶⁶ Bovendien bepaalt de wetgever wat hij met de adviezen van de commissie doet, of niet. Daarbij komt nog dat het niet krijgen van een politieke en juridische (en zo nodig wettelijke) vertaling van levende rechtsovertuigingen een democratisch tekort is waarin een adviseerende commissie de fora (kabinet en parlement) die een dergelijke vertaling uiteindelijk dienen te maken, kan helpen te voorzien.

39. Over de kosten van de Commissie kan ik kort zijn. Die zullen slechts een fractie bedragen van de kosten die thans worden besteed aan juridisch vermogensrechtelijk onderzoek dat onterecht niet in wetgeving wordt vertaald. Als dat met behulp van de Commissie vermogensrecht wel lukt, zorgt zij voor een ongekend hefboomeffect. De kosten zullen dan naar verwachting verregaand worden overtroffen door de – overigens moeilijk in financiële termen uit te drukken – baten.

40. Bijna ieder instituut, althans de daarbij betrokkenen, hecht belang aan zijn eigen bestaan. Het risico bestaat dat de Commissie vermogensrecht haar bestaan zal trachten te legitimeren door voorstellen te doen waaraan niet daadwerkelijk behoefte bestaat of waarin beter door andere middelen dan door wetgeving kan worden voorzien. Dat risico lijkt mij reëel. In dit opzicht zal de wetgever zijn verantwoordelijkheid moeten nemen door hiervoor te waken.

7.4. Opdracht en taken

41. Uit het hiervoor weergegeven doel (het in adequate wetgeving doen vertalen van in Nederland (en Europa) levende, vermogensrechtelijke rechtsovertuigingen) van de Commissie vermogensrecht zoals mij dat voor ogen staat, vloeit de aan haar bij wet⁶⁷ te geven opdracht voort:

*De Commissie vermogensrecht heeft tot taak de regering en de beide kamers der Staten-Generaal gevraagd en ongevraagd te adviseren over wetgeving op het terrein van het vermogensrecht, meer in het bijzonder over de omzetting in wetgeving van i) de in Nederland levende rechtsovertuigingen en ii) de richtlijnen van de Raad van de Europese Unie, van de Europese Commissie en van de Europese Unie en het Europees Parlement gezamenlijk.*⁶⁸

64. Bijvoorbeeld door de op enig moment geldende tekst van een wet, regeling of besluit te raadplegen op www.wetten.overheid.nl.

65. Zie *Kamerstukken II 2006/07*, 29 515, nr. 181, *Kamerstukken II 2008/09*, 29 515, nr. 270 en *Kamerstukken II 2009/10*, 29 515, nr. 390.

66. Zie art. 26-27 Kaderwet adviescolleges en pagina 6 van de memorie van toelichting bij deze wet (*Kamerstukken II 1995/96*, 24 503, nr. 3).

67. Permanente adviescolleges dienen bij wet te worden ingesteld; zie art. 4 Kaderwet adviescolleges. Vgl. ook art. 79 GW, waarin is bepaald dat vaste colleges van advies in zaken van wetgeving en bestuur van het Rijk worden ingesteld bij of krachtens de wet.

68. Bij de instelling van een adviescollege dient de adviestaak te worden omschreven, aldus art. 8 Kaderwet adviescolleges. Dat een adviescollege gevraagd en ongevraagd adviseert, is in overeenstemming met art. 17 en 18 van die wet.

In een toelichting op deze opdracht zou de wetgever tot uitdrukking moeten brengen dat de ingevolge deze opdracht door de commissie te verrichten taken bestaan uit *i*) het doen van zo concreet mogelijke voorstellen voor wetgeving en *ii*) het geven van een toelichting daarbij. Tevens zou daarin tot uitdrukking moeten worden gebracht dat de commissie bij het verrichten van haar werkzaamheden voortdurend oog moet hebben voor het systeem van het (vermogens)recht, de samenhang binnen dat systeem en de samenhang daarvan met andere rechtsgebieden.

7.5. *Samenstelling*

42. Naar mijn mening dienen de leden van de Commissie vermogensrecht onafhankelijk te zijn, in die zin dat zij daarvan lid zijn op persoonlijke titel en niet namens hun eventuele achterban; zij moeten hun werk onafhankelijk kunnen doen. Dat neemt niet weg dat een voldoende brede inbreng in de commissie en voldoende draagvlak voor haar voorstellen vergen dat de leden de geluiden uit diverse relevante groepen in de samenleving opvangen en in de commissie inbrengen.⁶⁹ De commissie zou daarom ten minste leden moeten hebben met een duidelijk oog voor de belangen van het bedrijfsleven en van consumenten en met wortels in de advocatuur en de

69. Vgl. art. 12 lid 1 Kaderwet adviescolleges, waarin is bepaald dat de leden van een adviescollege worden benoemd op grond van hun deskundigheid alsmede op grond van hun maatschappelijke kennis en ervaring.

rechterlijke macht. Vanzelfsprekend dienen enkele gezaghebbende rechtswetenschappers lid van de commissie te zijn. In verband met voldoende oog voor het rechtssysteem en de samenhang daarbinnen, dienen enkele leden het gehele, casu quo een groot deel van het vermogensrecht te overzien. Het aantal leden van de commissie zou, in ieder geval om te beginnen en om met een eenvoudige organisatie snel aan de slag te kunnen, beperkt moeten blijven tot maximaal zo'n tien leden.⁷⁰ Dat zal mogelijk betekenen dat de commissie niet op alle deelgebieden van het vermogensrecht voldoende specialistische kennis in huis heeft. Een oplossing hiervoor is dat de commissie derden vraagt haar voor te lichten.⁷¹

8. **Besluit**

43. Ons vermogensrecht is mede bepalend voor de kwaliteit van ons vestigingsklimaat. Het systeem van ons vermogensrecht voldoet, maar onderhoud aan de codificatie ervan is noodzakelijk. Het is de hoogste tijd voor een permanente Commissie vermogensrecht. De Minister van Justitie en het parlement zijn thans aan zet.

70. Een adviescollege bestaat uit een voorzitter en maximaal veertien andere leden; zie art. 10 Kaderwet adviescolleges. Van die regel, en van andere in de Kaderwet adviescolleges opgenomen regels, zou in de wet waarmee de Commissie vermogensrecht wordt ingesteld kunnen worden afgeweken; zie p. 6 van de memorie van toelichting bij deze wet (*Kamerstukken II 1995/96, 24 503, nr. 3*).

71. In die mogelijkheid voorziet art. 19 lid 2 Kaderwet adviescolleges.

Proportionele aansprakelijkheid; de CRvB laat zich leiden door de Hoge Raad en *vice versa*?

48

De CRvB heeft zich in zijn uitspraak van 9 april 2009 laten leiden door de Hoge Raad. De CRvB past proportionele aansprakelijkheid toe in een op Hoge Raad *Nefalit/Karamus* gelijkende casus en scheidt hiermee gelijkheid tussen ambtenaren en niet-ambtenaren wat betreft hun aansprakelijkheidsclaims voor longkanker die veroorzaakt kan zijn door blootstelling aan asbest tijdens dienstverband. Een door deskundigen berekende veroorzakingswaarschijnlijkheid van 12% wordt door de CRvB niet te klein bevonden voor toepassing van proportionele aansprakelijkheid. Indien de Hoge Raad deze rechtsoverweging overneemt dan kan dit leiden tot een toename van het aantal claims die relatief lage bedragen vertegenwoordigen.

1. Inleiding

Aansprakelijkheid naar rato van de veroorzakingswaarschijnlijkheid, beter bekend als 'proportionele aansprakelijkheid', is een betrekkelijk recent fenomeen in de Nederlandse rechtspraak.² Deze bijdrage onderzoekt het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid aan de hand van de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 9 april 2009 in een op Hoge Raad *Nefalit/Karamus*³ (2006) gelijkende casus.⁴ De CRvB past in deze asbestzaak voor het eerst de door de Hoge Raad in dit arrest aanvaarde theorie toe, met als gevolg dat ambtenaren en niet-ambtenaren bij wie longkanker wordt vastgesteld, nadat zij tijdens dienstverband zijn blootgesteld aan asbest, op gelijke wijze worden behandeld wat betreft hun aansprakelijkheidsclaims. Het is duidelijk dat de CRvB zich in zijn uitspraak heeft laten leiden door de Hoge Raad. In een volgend arrest kan de Hoge Raad zich op zijn beurt laten leiden door de CRvB nu dit rechtscollege het door de Hoge Raad in zo algemeen mogelijke bewoordingen uitgedrukte beginsel van proportionele aansprakelijkheid verduidelijkt.

Om een goed beeld te krijgen van de huidige ontwikkeling wordt eerst kort ingegaan op het bewijs van causaal verband en de wenselijkheid van de klassieke 'alles of niets'

benadering in zaken die gekenmerkt worden door onzeker causaal verband. Vervolgens wordt de – voor deze bijdrage – meest belangrijke rechtsoverweging van de Hoge Raad in de *Nefalit/Karamus*-zaak weergegeven om te toetsen of deze overweging in het civiele recht mogelijk nader kan worden ingevuld aan de hand van de uitspraak van de CRvB van 9 april 2009. Onderzocht wordt of hiermee de contouren van de proportionele aansprakelijkheid helderder worden in aansprakelijkheidsclaims voor longkanker die veroorzaakt kan zijn door blootstelling aan asbest, en zo ja, in hoeverre de proportionele aansprakelijkheid zich nu kan uitstrekken tot andere (deel)gebieden.

2. Achtergrond

In ons schadevergoedingsrecht is het bestaan van causaal verband een basisvoorwaarde voor het vaststellen van aansprakelijkheid.⁵ In het merendeel van de aansprakelijkheidszaken leidt deze voorwaarde niet tot problemen omdat de vraag naar *condicio sine qua non*-verband zich relatief eenvoudig laat beantwoorden.⁶ Ook de tweede fase voor het bepalen van de omvang van het causaal verband, de toerekening naar redelijkheid als omschreven in art. 6:98 BW, wordt in de regel niet als problematisch gekwalificeerd. Echter, in aansprakelijkheidszaken die in grote mate gekenmerkt worden door het probleem van meervoudige causale onzekerheid, zoals de medische aansprakelijkheid en de aansprakelijkheid voor beroepsziekten, is de bewijs(on)mogelijkheid van het begrip 'causaal verband' aan discussie onderhevig.

Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering stelt als hoofdregel dat de eiser alle (betwiste) voorwaarden voor aansprakelijkheid dient te bewijzen.⁷ Dit impliceert dat de eiser ook het causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging en de schade moet kunnen aantonen om aansprakelijkheid vast te kunnen stellen. Slechts in bijzondere situaties kan van deze hoofdregel worden afgeweken.⁸ In aansprakelijkheidszaken die zich kenmerken door

1. Mr. Faro Sobczak is als promovendus verbonden aan Maastricht University. Het promotieonderzoek heeft betrekking op de aansprakelijkheid voor letselschade door blootstelling aan asbest.

2. In deze bijdrage ga ik niet in op de vraag of de Hoge Raad in het arrest *Nefalit/Karamus* daadwerkelijk 'proportionele aansprakelijkheid' heeft aanvaard. Aangenomen wordt dat de Hoge Raad proportionele aansprakelijkheid toepast ondanks het feit dat de Hoge Raad het begrip 'proportionele aansprakelijkheid' niet gebruikt. Zie voor een kritische beschouwing over dit begrip: J.S. Kortmann, 'Karamus/Nefalit: Proportionele Aansprakelijkheid?', *NJB* 2006/26, p. 1404-1412.

3. HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328 (*Nefalit/Karamus*).

4. CRvB 9 april 2009, *TAR* 2009/126.

5. Art. 6:74 lid 1 BW: 'daardoor'; art. 6:162 lid 1 BW: 'dientengevolge'; art. 7:658 lid 1 BW: 'in de uitoefening van zijn werkzaamheden'.

6. *Condicio sine qua non*-verband wordt vastgesteld aan de hand van de volgende vraag: Zou de schade ook zonder de onrechtmatige gedraging zijn ontstaan? Indien deze vraag met 'nee' beantwoord wordt dan kan *condicio sine qua non*-verband worden aangenomen.

7. Art. 150 Rv: 'De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.'

8. Zie art. 150 Rv. Gedacht kan worden aan de toepassing van de zogenaamde 'omkeringsregel', waarbij het causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging/tekortkoming in beginsel wordt aangenomen en het vervolgens aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken is om te stellen en te bewijzen dat de schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.

het probleem van meervoudige causale onzekerheid is de eiser in beginsel niet in staat het causaal verband te bewijzen met de daarvoor vereiste redelijke mate van waarschijnlijkheid. Het toepassen van de klassieke 'alles of niets' benadering in een dergelijke situatie leidt tot het resultaat dat de eiser met 'niets' huiswaarts keert, terwijl vaststaat dat de gedaagde wel onrechtmatig heeft gehandeld jegens de eiser. Dit betekent dat de schade die de eiser lijdt niet wordt vergoed ondanks het feit dat er een kans, en mogelijk zelfs een reële kans, bestaat dat de gedaagde zijn schade wel heeft veroorzaakt.

De 'alles of niets' benadering leidt tot onredelijke uitkomsten voor zowel eisers als gedaagden in zaken waarin de schade meerdere oorzaken kan hebben en het causaal verband daardoor onzeker is.⁹ De eiser wordt of overgecompenseerd of ondergecompenseerd. Ook vanuit een oogpunt van preventie is de 'alles of niets' benadering bekritiseerd.¹⁰ Vooraanstaande academici en lagere rechtbanken zagen daarom aanleiding om de toepasbaarheid van dit klassieke beginsel in bovenstaande situaties te heroverwegen.¹¹ Het resultaat is de 'proportionele aansprakelijkheid', met in het bijzonder de op 31 maart 2006 door de Hoge Raad aanvaarde theorie die aansprakelijkheid vaststelt naar rato van de zogenaamde veroorzakings-waarschijnlijkheid. Deze nieuwe benadering, die zijn grondslag vindt in een combinatie van de gedachte achter art. 6:99 BW en art. 6:101 BW, heeft tot gevolg dat de eiser gecompenseerd kan worden in gevallen waarin *condicio sine qua non* niet met een redelijke mate van waarschijnlijkheid vastgesteld kan worden, maar waarin de veroorzakingswaarschijnlijkheid zich, met behulp van deskundigen, wel in een kanspercentage laat uitdrukken. De reikwijdte van deze oplossing, die door enkele juristen als onwenselijk wordt gezien, blijft vooralsnog onduide-

lijk.¹² Echter, de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 9 april 2009 kan dit leerstuk (deels) verhelderen.

3. De Hoge Raad versus de Centrale Raad van Beroep

In de bekende asbestzaak *Nefalit/Karamus*¹³ aanvaardt de Hoge Raad de mogelijkheid om de gedaagde proportioneel aansprakelijk te houden voor de door de eiser geleden schade. In dit arrest is bij de aan asbest blootgestelde werknemer longkanker vastgesteld. De longkanker kan meerdere oorzaken hebben, waaronder de blootstelling aan asbest, roken, leeftijd, genetische factoren en externe factoren. Problematisch is dat deskundigen in een concreet geval niet kunnen vaststellen welke factor de longkanker heeft veroorzaakt. Het causaal verband tussen de blootstelling aan asbest en de schade (longkanker) wordt hierdoor onzeker met als gevolg dat de eiser in beginsel niet in staat is het causaal verband te bewijzen. De rechtsoverweging van de Hoge Raad op dit punt wordt gekenmerkt door de keuze voor zo algemeen mogelijke bewoordingen, hetgeen mogelijk beïnvloed is door het grote aantal kritische reacties op de manier waarop de Hoge Raad de toepasbaarheid van de zogenaamde 'omkeringsregel' in het verleden heeft beschreven.¹⁴

'...Onder die omstandigheden ligt het in het algemeen voor de hand- zoals ook in dit geding is geschied- dat de rechter een deskundige benoemt om zich te laten voorlichten over de grootte van de kans dat de gezondheidsschade van de werknemer is veroorzaakt in de uitoefening van zijn werkzaamheden door een toerekenbare tekortkoming van de werkgever. Indien vervolgens moet worden geoordeeld dat die kans zeer klein is, zal het in het algemeen voor de hand liggen dat de rechter de vordering afwijst en indien die kans zeer groot is,

9. Zie voor een rechtseconomische beschouwing: L.T. Visscher, 'Schadevergoedingsrecht', in: *De economische analyse van het recht*, Den Haag 2007.

10. T. Hartlief, 'Proportionele aansprakelijkheid: een introductie', in: *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag 2000, p. 13.

11. Zie onder andere: A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de wenselijkheid, grondslagen en afgrenzingen van aansprakelijkheid naar rato van de veroorzakingswaarschijnlijkheid*, Deventer: Kluwer 1997; N. Frenk, 'Toerekening naar kansbepaling', *NJB* 1995/36, p. 482-491; M. Faure, *(G)een schijn van kans*, Antwerpen 1993. Zie voor relevante rechtspraak: Hof Arnhem 6 juli 2004, *JAR* 2004/186; Ktg. Middelburg 1 december 1999, *VR* 1999, 117; Ktg. Eindhoven 13 april 2000, *JAR* 2003/286; Hof Amsterdam 18 maart 2004, *JAR* 2004/96, Hof 's-Gravenhage 1 oktober 2004, *JAR* 2004/273. Zie voor ontwikkelingen op internationaal niveau art. 3:103, 3:105 en 3:106 Principles of European Tort Law; J.S. Kortmann, 'PETL: General Conditions of Liability, Causation ('In Fact')', *AV&S* 2007, 4, p. 151-157.

12. Zie voor een kritische beschouwing onder andere: D. Peepkorn, 'Het feest van de gedaagden, kritiek op de proportionele leer', in: *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag 2000; R.L.M.M. Tan, 'Over het mogelijke en waarschijnlijke, salomonsoordelen in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2008, p. 23-27; Y.R.K. Waterman, *Asbestos and smoking: Proportional liability of the Employer in the Netherlands. Turning a Blind Eye to Synergistic Causation*, 2006, p. 9-15. Zie voor voorstanders: A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de wenselijkheid, grondslagen en afgrenzingen van aansprakelijkheid naar rato van de veroorzakings-waarschijnlijkheid*, Deventer: Kluwer 1997; N. Frenk, 'Toerekening naar kansbepaling', *NJB* 1995/36, p. 482-491; M. Faure, *(G)een schijn van kans*, Antwerpen 1993.

13. HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328 (*Nefalit/Karamus*).

14. Zie hier onder andere de arresten: HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 (*Dicky Trading*); HR 20 september 1996, *NJ* 1996, 747 (*Beurskens/B*); HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 778 (*Kramer/ABN Amro*); HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 584 (*Sint Willibrord*); HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 524 (*Ter Hofte/Oude Monnik Motors*). Zie voor de medische aansprakelijkheid: HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649 (*MCL/In't Hout*); HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307 (*Seresta*); HR 7 december 2007, *NJ* 2007, 644 (*Eisers/Stichting Medisch Centrum Leeuwarden*). Zie voor een kritische beschouwing: T. Hartlief, 'Causaliteitsonzekerheid: Opkomst en ondergang van de 'omkeringsregel'?', *AAe* 2003, p. 298-306; I. Giesen, 'De opkomst en ondergang (?) van de 'omkeringsregel'', *LSA bundel* 2009.

dat hij haar toewijst. Ten aanzien van de tussen die beide uitersten gelegen gevallen is het echter in het algemeen, mede gelet op de strekking van de onderhavige norm- het voorkomen van gezondheidsschade bij de werknemer- en de aard van de normschending als hiervoor aangeduid, uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar de onzekerheid over de mate waarin de tekortkoming van de werkgever heeft bijgedragen tot de schade van de werknemer, in zijn geheel op de werknemer af te wentelen. Eveneens onaanvaardbaar, maar nu tegenover de werkgever, ook al is deze tegenover de werknemer tekortgeschoten in zijn zorgplicht, is het echter de onzekerheid over het causaal verband met de schade van de werknemer geheel voor risico van de werkgever te laten komen, in weerwil van de niet zeer kleine kans dat buiten de uitoefening van de werkzaamheden gelegen omstandigheden (zoals roken, genetische aanleg, veroudering of van buitenkomende oorzaken), de schade (mede) hebben veroorzaakt. Hierbij verdient opmerking dat die laatste drie omstandigheden de werknemer weliswaar niet kunnen worden verweten, maar in verhouding tot de werkgever voor risico van de werknemer komen.¹⁵

In *Nefalit/Karamus* bevestigt de Hoge Raad de mogelijkheid tot het toepassen van proportionele aansprakelijkheid in asbestzaken waarin sprake is van meervoudige causale onzekerheid, maar laat na de contouren van de proportionele aansprakelijkheid in zijn arrest helder te maken. De Hoge Raad gebruikt maar liefst drie keer de woorden 'in het algemeen' binnen rechtsoverweging 3.13 en koppelt, al dan niet bewust, geen percentage aan de belangrijke bewoordingen 'zeer klein' of 'zeer groot'. Juristen tobben vervolgens over de vraag wat de Hoge Raad met bovenstaande rechtsoverweging heeft bedoeld en discussiëren openlijk over de reikwijdte en wenselijkheid van de aansprakelijkheid naar rato van de veroorzakingswaarschijnlijkheid.

De CRvB heeft op 9 april 2009 een vernieuwende uitspraak gedaan in een op *Nefalit/Karamus* gelijkende casus. Eerst kort de feiten. Een militair was van 1971 tot 1997 verbonden aan de Koninklijke Luchtmacht en heeft van juni 1971 tot februari 1979 als militair ambtenaar werkzaamheden verricht in de Cannerberg te Maastricht, waarin het Navo Joint Operation Centre was gevestigd. Vaststond dat de betrokkene daar als verbindingssmonteur in aanraking is gekomen met asbest. In 2000 is bij hem longkanker vastgesteld waaraan hij op 1 juli 2002 is overleden. Deze zaak toont veel overeenkomsten met de zaak *Nefalit/Karamus*; de longkanker kan meerdere oorzaken hebben waardoor het causaal verband tussen de blootstelling aan asbest en de schade onzeker is. Niet in geschil is de vraag of betrokkene is blootgesteld aan

asbest bij de uitvoering van zijn werkzaamheden en de vraag of de werkgever tekortgeschoten is in zijn zorgplicht. Daarnaast stond vast dat betrokkene een stevige roker was.

Uit oudere uitspraken, van respectievelijk 2002 en 2005, blijkt dat de CRvB, aan de hand van een door het Ministerie van Defensie opgestelde beleidsregel, volledige schadevergoeding toekent aan militaire ambtenaren die zijn blootgesteld aan asbest bij de uitvoering van werkzaamheden en tevens zelf rookten. Militairen werden, indien vergeleken met de civiele rechtspraak op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid, in deze gevallen overgecompenseerd, omdat de mogelijkheid bestaat dat de longkanker niet door de asbestblootstelling is veroorzaakt. Uit de uitspraak van 12 mei 2005 blijkt dat de CRvB een koers vaarde die gunstiger is voor rokende ambtenaren, omdat de CRvB geen rekening hield met het gebruik van tabaksproducten van de ambtenaar.¹⁶ Roken werd niet behandeld als eigen schuld in die zin dat de volledige vergoeding verminderd dient te worden aan de hand van de grootte van dit (kans)aandeel. Wel blijkt uit de beleidsregel en uit bovengenoemde uitspraken dat de blootstelling aan asbest minimaal 25 vezeljaren¹⁷ moet bedragen.¹⁸ Dit aantal vezeljaren is overigens niet willekeurig gekozen, aangezien bij een door het Ministerie van Defensie gehanteerd relatief risico van 4% per vezeljaar, de veroorzakingswaarschijnlijkheid vervolgens uitkomt op 50%.¹⁹ In Engels jargon is het bij 25 vezeljaren of meer *on the balance of probabilities more likely than not* dat de blootstelling aan asbest de longkanker heeft veroorzaakt. Voor het daadwerkelijk vaststellen van causaal verband is dan alleen nog vereist dat dit risico (longkanker) zich vervolgens ook verwezenlijkt heeft. Van Maanen geeft aan dat de CRvB op het moment van beslissen (2005) nog niet op de hoogte kon zijn van de spectaculaire uitspraak van de Hoge Raad van 31 maart 2006. In 2006 voorspelde hij, en deze voorspelling blijkt nu uitgekomen te zijn, dat de CRvB zijn Haagse collega wel zal gaan volgen.²⁰

Problematisch in de zaak van 9 april 2009 is dat de asbestblootstelling in deze casus minder dan 25 vezelja-

15. HR 31 maart 2006, RvdW 2006, 328, r.o. 3.13 (*Nefalit/Karamus*).

16. G.E. van Maanen, 'Civiele letselschadeclaims bij de Centrale Raad van Beroep. Beter af bij de Hoge Raad?', *TVP* 2006, p. 57-65.

17. Een vezeljaar is een eenheid die wordt gebruikt bij het vaststellen van de cumulatieve blootstelling aan asbestvezels.

18. CRvB 5 september 2002, *TAR* 2003/22; CRvB 12 mei 2005, *TAR* 2005/112.

19. De berekening ziet er als volgt uit: $(4 \times 25)/100 + (4 \times 25) = 50\%$. Opgemerkt kan worden dat het gekozen relatieve risico van 4% erg hoog is. De gezondheidsraad adviseert het gebruik van een relatief risico van 1% per vezeljaar in dergelijke berekeningen hetgeen ook wordt gehanteerd door professor T. Smid in zijn deskundigenrapporten in de asbestzaken *Schaier/De Schelde* en *Nefalit/Karamus*. Zie ook: Gezondheidsraad, *Protocolen asbestziekten: longkanker*, 2005.

20. G.E. van Maanen, 'Civiele letselschadeclaims bij de Centrale Raad van Beroep. Beter af bij de Hoge Raad?', *TVP* 2006, p. 57-65.

ren bedroeg.²¹ Indien de CRvB de lijn volgt die hij heeft uitgestippeld in voorgaande uitspraken, dan zou de betrokkene met lege handen huiswaarts keren, omdat blootstelling aan een dusdanig beperkt aantal vezeljaren niet onder de beleidsregel van het Ministerie van Defensie valt en dus niet vergoed wordt. Rechtbank Den Haag wees het beroep van de nabestaanden van de militaire ambtenaar dan ook zonder nadere toelichting af.²² Door dit vonnis van de rechtbank leek de positie van ambtenaren, indien vergeleken met andere werknemers die mogelijk een proportionele vergoeding zouden ontvangen, in beginsel te verslechteren.²³ Vervolgens stelden de nabestaanden hoger beroep in bij de CRvB. In de eerste plaats stellen de appellanten dat de schade volledig moet worden vergoed omdat de Staatssecretaris van Defensie in het verleden heeft toegezegd aansprakelijkheid te erkennen in een dergelijk geval. Subsidiar wordt een proportionele oplossing bepleit met als resultaat dat de schade vergoed wordt naar rato van de veroorzakingswaarschijnlijkheid dat de longkanker door asbestblootstelling is veroorzaakt.²⁴

In zijn uitspraak van 9 april 2009 gooit de CRvB het roer om en laat zich inspireren door de civiele rechtspraak op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid.²⁵ Opgemerkt kan worden dat de bestuursrechtelijke context (algemene beginselen van behoorlijk bestuur, algemene rechtsbeginselen etc.) er toe kan leiden dat de bestuursrechter andere accenten legt dan de civiele rechter. Echter, de onderhavige kwestie van arbeidsongevallen van ambtenaren is voor de bestuursrechter uitzonderlijk omdat hij hier ook over feiten oordeelt en niet alleen (marginaal) kijkt naar de rechtmatigheid van een besluit.²⁶ Het geschil spitst zich nog enkel toe op de causale onzekerheid tussen de bij de werknemer vastgestelde longkanker en de blootstelling aan asbest bij de uitvoering van

de werkzaamheden. In rechtsoverweging 3.6, waar de CRvB ingaat op de causale onzekerheid, citeert de CRvB de Hoge Raad in de zaak *Nefalit/Karamus*.²⁷ Uit het deskundigenrapport dat op verzoek van betrokkene is opgesteld door professor T. Smid²⁸, die ook de veroorzakingswaarschijnlijkheid heeft berekend in de zaken *Nefalit/Karamus* en *Schaier/De Schelde*²⁹, blijkt dat de totale verhoging van de kans op longkanker door blootstelling aan asbest tijdens de werkzaamheden in de Cannerberg kan worden gesteld op 13.88%. Dit betekent dat de kans dat de longkanker van betrokkene door deze blootstelling is veroorzaakt moet worden vastgesteld op een afgerond getal van 12%.³⁰ De CRvB volgt dit deskundigenrapport en kent 12% van de door betrokkene geleden totale schade toe. Militaire ambtenaren bevinden zich, als het gaat om schadevergoeding aan werknemers bij wie longkanker wordt vastgesteld, nadat zij tijdens dienstverband zijn blootgesteld aan asbest, nu niet meer in een bijzondere positie. Waar de Hoge Raad alleen aangeeft een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 55% niet te klein of te groot te vinden om proportionele aansprakelijkheid toe te passen, concludeert de CRvB dat een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 12% niet te klein is om toepassing van de proportionele aansprakelijkheid te rechtvaardigen.³¹ Parafraseerend zou hier mogelijk uit kunnen worden afgeleid dat een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 88% (100 minus 12) ook niet te groot is om proportionele aansprakelijkheid toe te passen. Indien deze lijn in de civiele rechtspraak wordt gevolgd dan kan proportionele aansprakelijkheid worden toegepast in asbestzaken, waarin een werknemer longkanker oploopt nadat hij tijdens dienstverband is blootgesteld aan asbest, op voorwaarde dat de door deskundigen berekende veroorzakingswaarschijnlijkheid tussen de 12% en 88% ligt. Ten aanzien van de tussen die uitersten gelegen gevallen van causale onzekerheid hoeft de rechter de klassieke 'alles of niets' benadering dan niet (meer) toe te passen.³²

Het bestuursrechtelijke oordeel dat een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 12% niet te klein is voor het toepassen van proportionele aansprakelijkheid kan, indien dit wordt overgenomen door de Hoge Raad, wel gevolgen hebben voor de reikwijdte van de proportionele aansprakelijkheid in de civiele rechtspraak en zal daarom in de volgende paragraaf nader worden besproken.

21. Rb.'s-Gravenhage 2 december 2005, TAR 2006/14; De medisch adviseur van de verweerder heeft aangenomen dat de blootstelling aan asbest minimaal 0.2 en maximaal 9.2 vezeljaren bedroeg. Het door de eiser ingebrachte rapport spreekt over een blootstelling van minimaal 4 en maximaal 20 vezeljaren. Beide rapporten bevestigen dat er in de casus sprake is van een blootstelling van minder dan 25 vezeljaren. Aan de hand van beide rapporten, die aangeven dat er slechts sprake is van een beperkte blootstelling aan asbest, heeft de rechtbank geoordeeld dat het causaal verband ontbrak.

22. Rb.'s-Gravenhage 2 december 2005, TAR 2006/14.

23. Dit is, gelet op de rechtspraak van de CRvB, geen goede ontwikkeling. Zie in dit verband de fel bekritiseerde uitspraak: CRvB 11 november 1999, JB 1999, 306 en de bijbehorende kritische noot van Gerrit van Maanen. Van Maanen geeft aan dat de uitspraak van 11 november 1999 leidt tot onaanvaardbare discriminatie tussen ambtenaren en niet-ambtenaren. Echter in de uitspraak van CRvB 22 juni 2000, JB 2000, 232 wordt de ongelijkheid (deels) weggenomen door terecht aansluiting te zoeken bij de materiële norm van art. 7:658 BW. Zie ook bij deze uitspraak de noot van Gerrit van Maanen, waarin hij aangeeft dat de CRvB een moedige stap heeft gezet.

24. Zie ook de noot bij deze uitspraak van K. Festen-Hoff in TAR 2009/126; zie ook de noot van K. Festen-Hoff bij het vonnis van Rb.'s-Gravenhage 2 december 2005 in TAR 2006/14.

25. G.E. van Maanen, 'Civiele letselschadeclaims bij de Centrale Raad van Beroep. Beter af bij de Hoge Raad?', TVP 2006, p. 57-65.

26. Zo pleit Gerrit van Maanen er in zijn noot bij de uitspraak van de CRvB 22 juni 2000 (JB 2000, 232) voor om arbeidsongevallen bij ambtenaren niet anders (slechter) te behandelen dan bij gewone werknemers.

27. Dit betreft de rechtsoverweging van de Hoge Raad in de *Nefalit/Karamus*-zaak onder voetnoot 15.

28. Hoogleraar arbeidsomstandigheden aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

29. Ktg. Middelburg 1 februari 1999, TMA 1996/6 (*Schaier/De Schelde*).

30. $13.88/113.88 = 12\%$; zie CRvB 9 april 2009, TAR 2009/126, r.o. 3.11.

31. CRvB 9 april 2009, TAR 2009/126, r.o. 3.11.

32. Het is echter maar de vraag of de CRvB en de Hoge Raad hier ook zo over denken. Zij hebben zich tot op heden niet uitgelaten over de absolute onder- en bovengrens.

4. De reikwijdte van de proportionele aansprakelijkheid in het civiele aansprakelijkheidsrecht

De Hoge Raad heeft zich na *Nefalit/Karamus*³³ niet meer uitgelaten over de nadere invulling van de door hem toegepaste proportionele aansprakelijkheid. Vanaf 31 maart 2006 blijft de juridische wereld dan ook gissen naar de reikwijdte van deze theorie. Zo opperde Giesen zelfs dat het stijgende aantal kinderen dat lijdt aan *obesitas*, door het toegenomen aantal fastfoodketens, mogelijk de fastfood branche proportioneel aansprakelijk kunnen houden voor het ontstaan van hun ziekte.³⁴ Van fundamenteel belang voor de toepasbaarheid van de proportionele aansprakelijkheid is volgens Giesen, en dat onderschrijf ik, het verschil in enkelvoudige en meervoudige causale onzekerheid. Leidend voor de reikwijdte moet het antwoord zijn op de vraag of de schade ook veroorzaakt zou kunnen zijn indien men de onrechtmatige gedraging wegdenkt. Deze vraagstelling verschilt, door gebruikmaking van het woord 'kunnen', van de vraagstelling die wordt gebruikt voor het vaststellen van *condicio sine qua non*-verband. Luidt het antwoord volmondig ja, dan kan dus aansprakelijkheid naar rato van de veroorzakingswaarschijnlijkheid volgen.

Het arrest *Nefalit/Karamus* en de uitspraak van de CRvB van 9 april 2009 vormen een goede test om bovenstaande vraagstelling te toetsen. Kan de longkanker van de werknemers ook zijn ontstaan indien de werkgevers (*Nefalit/Ministerie van Defensie*) hun werknemers niet hadden blootgesteld aan asbest tijdens het dienstverband? In beide zaken stonden de werknemers bekend als stevige rokers en het behoeft geen nadere beschouwing dat het roken van tabak de kans op het krijgen van longkanker aanzienlijk vergroot. Toegepast op de casus kan worden geconcludeerd dat proportionele aansprakelijkheid tot de mogelijkheden behoort. De werknemers, en tot die conclusie komt de Hoge Raad en de CRvB ook, kunnen schadevergoeding ontvangen naar rato van de waarschijnlijkheid dat de asbestblootstelling tijdens het dienstverband hun schade heeft veroorzaakt. Proportionele aansprakelijkheid is nu, door de uitspraken van respectievelijk 31 maart 2006 en 9 april 2009, door beide hoogste rechtscolleges aanvaard in aansprakelijkheidclaims voor longkanker die veroorzaakt kan zijn door blootstelling aan asbest.

Indien de Hoge Raad de door de CRvB uitgestippelde lijn volgt, en dus een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 12% niet te klein vindt om proportionele aansprakelijkheid toe te passen, betekent dit dat werkgevers van potentiële³⁵ asbestslachtoffers bij wie longkanker is

vastgesteld die meerdere oorzaken kan hebben, proportioneel aansprakelijk kunnen worden gehouden in zaken waarin de werknemers slechts voor korte duur zijn blootgesteld aan relatief lage concentraties asbestvezels.³⁶

Dit kan een aanzet zijn tot het ontwikkelen van een claimcultuur onder potentiële asbestslachtoffers; het aantal claims zal toenemen maar deze claims zullen relatief lage bedragen vertegenwoordigen.³⁷ De vraag die hierbij rijst, maar die gelet op de strekking van deze bijdrage onbeantwoord zal blijven, is of het inschakelen van een deskundige wel opweegt tegen de financiële waarde van de claim.³⁸

Heeft de CRvB met zijn uitspraak van 9 april 2009 nu het volledige leerstuk van proportionele aansprakelijkheid helder gemaakt? Niet, indien ervan uitgegaan wordt dat de Hoge Raad de rechtsoverweging van de CRvB overneemt dan heeft de CRvB slechts één van de voorwaarden voor toepassing van proportionele aansprakelijkheid verduidelijkt; een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 12% is niet te klein voor toepassing van proportionele aansprakelijkheid. Echter, ook de CRvB maakt niet duidelijk waar de absolute ondergrens precies ligt en verzuimt dus een duidelijke ondergrens te stellen.

Ook de toepassing van de proportionele aansprakelijkheid buiten asbestzaken blijft met de uitspraak van de CRvB onduidelijk, omdat de CRvB zich niet uitlaat over andere zaken waarin het probleem van meervoudige causale onzekerheid ook speelt. De proportionele benadering kan, indien vergeleken met de alles of niets benadering, wenselijk zijn in RSI-zaken en zaken waarin een werknemer te kampen heeft met een serieuze *burn-out*.³⁹ Tevens zou deze benadering toepasbaar kunnen zijn in aansprakelijkheidszaken waarin kanker wordt vastgesteld nadat de betrokkene is blootgesteld aan radioactieve straling. Epidemiologisch onderzoek op dit terrein toont aan dat de kans dat de kanker is veroorzaakt door de blootstelling aan radioactieve straling in de meeste gevallen een relatief lage veroorzakingswaarschijnlijkheid kent. Indien de Hoge Raad de uitspraak van de CRvB overneemt betekent dit, zoals hierboven reeds aangegeven, echter niet dat de absolute ondergrens per definitie op 12% komt te liggen.

33. HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328 (*Nefalit/Karamus*).

34. I. Giesen, T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 92.

35. Ik gebruik het woord 'potentiële' omdat het in een concreet geval niet met zekerheid is vast te stellen dat de longkanker is veroorzaakt door de blootstelling aan asbest.

36. Uit de uitspraak van de CRvB blijkt dat het aantal vezeljaren lager kan zijn dan 25 om alsnog uit te komen op een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 12%. Dit betekent dat een relatief beperkte blootstelling aan asbest toch leidt tot een veroorzakingswaarschijnlijkheid van meer dan 10%. In de zaak *Nefalit/Karamus* is de heer Karamus aan 125 vezeljaren blootgesteld, hetgeen heeft geleid tot een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 55%.

37. Zie in dit verband: T. Hartlief, *Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden*, *NJB* 2005, p. 830-834.

38. Het Ministerie van Defensie hanteert namelijk de bedragen van het Instituut Asbestslachtoffers die elk jaar worden geïndexeerd. In 2009 gaat het om een bedrag aan schadevergoeding van Euro 65.433,-. Een door de CRvB toegekende schadevergoeding van 12% staat dan gelijk aan een relatief lage vergoeding van Euro 7850,-. Zie voor meer informatie over het inschakelen van deskundigen: R. Verkerk, *Comparative aspects of expert evidence in civil litigation*, *Journal of Evidence & Proof*, 2009/13, p. 167-197.

39. I. Giesen, T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 87-100.

De ondergrens ligt dus mogelijk (nog) lager dan 12%. Niet valt uit te sluiten dat slachtoffers van kanker die veroorzaakt kan zijn door blootstelling aan radioactieve straling middels proportionele aansprakelijkheid een succesvolle claim kunnen hebben op voorwaarde dat ook wordt voldaan aan de andere voorwaarden voor aansprakelijkheid. Hun schade wordt dan vergoed naar rato van de kans dat de schade door de radioactieve straling is veroorzaakt. Voor dergelijke claims is de weg van de proportionele aansprakelijkheid vooralsnog niet afgesloten. Zolang de Hoge Raad zich niet uitlaat over de reikwijdte van proportionele aansprakelijkheid zullen juristen nu eenmaal blijven speculeren.

5. Conclusies

Op 9 april 2009 is vast komen te staan dat de door de Hoge Raad in de zaak *Nefalit/Karamus* (2006) aanvaarde theorie van proportionele aansprakelijkheid nu ook door de CRvB wordt toegepast. De positie van militaire ambtenaren, die aan minder dan 25 vezeljaren zijn blootgesteld, wordt beter. Zij hebben nu recht op een proportionele vergoeding van hun schade in zaken waarin zij in het verleden niet voor vergoeding in aanmerking kwamen. Echter, de positie van militaire ambtenaren die zijn blootgesteld aan meer dan 25 vezeljaren verslechtert. Zij hebben nu slechts recht op een proportionele vergoeding van hun schade waar de schade, voorafgaand aan deze uitspraak, volledig werd vergoed.

Waar de Hoge Raad in *Nefalit/Karamus* alleen aan geeft een veroorzakings-waarschijnlijkheid van 55% niet te klein of te groot te vinden om proportionele aansprakelijkheid toe te passen, concludeert de CRvB dat een ver-

oorzakings-waarschijnlijkheid van 12% niet te klein is om toepassing van de proportionele aansprakelijkheid te rechtvaardigen. Van fundamenteel belang is dat uit de uitspraak van de CRvB niet is af te leiden dat een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 12% de absolute ondergrens betreft. Dit betekent dat het ook mogelijk is dat proportionele aansprakelijkheid toepasbaar is bij (nog) lagere veroorzakingswaarschijnlijkheden. Indien de Hoge Raad de overweging van de CRvB op dit punt overneemt dan kunnen ook werknemers, bij wie longkanker is vastgesteld nadat zij slechts voor korte duur zijn blootgesteld aan relatief lage concentraties asbestvezels, hun werkgevers hiervoor proportioneel aansprakelijk houden.

De contouren van de proportionele aansprakelijkheid zijn helderder geworden door de uitspraak van de CRvB van 9 april 2009. Dit geldt echter alleen voor één van de voorwaarden voor toepassing van deze oplossing voor meervoudige causale onzekerheid. En zelfs deze ene voorwaarde, welke inhoudt dat de veroorzakingswaarschijnlijkheid niet zeer klein of zeer groot mag zijn, wordt niet uitgewerkt met een in een percentage uitgedrukte absolute ondergrens en bovengrens. Dit illustreert dat het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid een gevoelig onderwerp is voor beide hoogste rechtscolleges. Het toepassen van proportionele aansprakelijkheid in andere (deel)gebieden waarin het probleem van meervoudige causale onzekerheid ook speelt, zoals de blootstelling aan radioactieve straling, RSI en *burn-out*, wordt door de uitspraak van CRvB waarschijnlijker. Een relatief lage veroorzakingswaarschijnlijkheid van 12% (en mogelijk nog lager) staat het toepassen van de proportionele aansprakelijkheid in ieder geval niet (meer) in de weg.

Kroniek Algemeen

49

Deze kroniek begint met de aankondiging van de preadviezen voor de Duitse *Zivilrechtslehrertagung* van 2009. Behalve aan twee proefschriften, een rede en een monografie uit eigen land, komen vooral publicaties over Engels recht of in de Engelse taal aan bod. Schadeberekening, internationale handelsgeschillen, *unconscionability*, Europees privaatrecht en *Legal English* zijn de belangrijkste thema's. Ten slotte wordt bekendgemaakt aan welke publicatie de prijs voor het beste boek van 2010 is toegekend.

1. Inleiding

Zoals wij de *Vereniging voor burgerlijk recht (VBR)* hebben, hebben de Duitsers – in iets beperktere kring – hun *Zivilrecht Lehrer Tagung*, die – net zoals de VBR gelieerd is aan het NTBR – een band heeft met het *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* (nr. 2). Deze maand heb ik twee proefschriften en één inaugurele rede in de aanbieding. Er is een Maastrichtse dissertatie over de vergaring van feiten in het burgerlijk proces (nr. 3) en een Nijmeegse over zaaksvorming (nr. 4). De rede komt eveneens uit Nijmegen en ziet op kredietvorderingen. Wat dat zijn kunnen we lezen in nr. 5. Dan is er uit eigen land een monografie over verjaring (nr. 6). De overige aankondigingen staan hoofdzakelijk in het teken van Engels recht en de Engelse taal. Er zijn publicaties over schadeberekening naar Engels recht (nr. 7), internationale handelsgeschillen (nr. 8) en *unconscionability* (nr. 9). Voor het Engelstalig onderwijs in het Europees privaatrecht is er sinds kort een keuze uit twee bundels, één uit eigen land en één uit Cambridge (nr. 10). Voor de geïnteresseerden voeg ik hier de aankondiging van enige publicaties op het gebied van de rechtsvergelijking aan toe (nr. 10). Het omgaan met Engelse juridische terminologie staat tegenwoordig ook in de belangstelling van Nederlandse uitgeverij (nr. 12), evenals het verrichten van juridisch onderzoek (nr. 13). Europees privaatrecht (nr. 14) is niet weg te slaan uit deze kroniek, evenmin als de aankondiging van – ditmaal twee – nieuwe tijdschriften (nr. 15). Tot slot is er de in de maand december gebruikelijke toekenning van de prijs voor het beste boek (nr. 16).

Vier juristen – afgezien van de dubbeltellingen in nr. 10 – hebben gemeen dat zij op twee verschillende plaatsen in deze kroniek worden genoemd: Bas Kortmann, Ian Macneil, Jan Smits en Christian Twigg-Flesner. Zelf ben ik als redacteur betrokken bij een van de twee in nr. 10 aangekondigde bundels.

2. Unter Professoren

Sinds 1951 kennen de Duitse civilisten – althans de academici onder hen – hun *Tagung der Zivilrechtslehrer*. Eens in de twee jaar komen zij op wisselende locaties voor twee à drie dagen van referaten en discussies bijeen. De eerste keer was dat in Bad Kreuznach, waar Nipperdey sprak over 'Bonner Grundgesetz und Zivilrecht' (toen al), Ballerstedt over 'Der Einfluss des Wirtschaftsrechts auf die zivilrechtliche Dogmatik', Beitzke over 'Privatrechtliche Probleme der Zonentrennung' en Abraham over 'Bedeutung und Wert der internen Rechtsvergleichung des Verkehrsrechts'. Voornamen voerden de sprekers toen nog niet. *Das hat sich jetzt aber geändert*. Zelf nam ik in het verleden deel aan de *Tagung* te Aken; in mijn herinnering waren er tweehonderd heren en vier dames. Maar ook dat *hat sich geändert*. Op 28 en 29 september 2009 vond in Marburg de 29^e *Tagung* plaats, met liefst zes referaten.

(a) Nakoming of schadevergoeding

De naam Ulrich – of Ulrik – Huber is in ons land wellicht meer bekend als zeventiende-eeuws hoogleraar in de rechtsgeleerdheid te Franeker; in Duitsland kent iedere civilist de Bonner emeritus van die naam. Deze heeft ooit verdedigd dat anders dan veelal – ook door mij – wordt beweerd niet nakoming maar schadevergoeding de primaire sanctie van het Europees-continentale contractenrecht is, net als in de *common law*. Gewoonlijk wordt hierin juist een van de wezenlijke verschillen tussen beide stelsels gezien. Huber wijst er op dat het de Duitse schuldeiser steeds gemakkelijker wordt gemaakt om in plaats van nakoming schadevergoeding te vragen (p. 319-353). Het is jammer dat Huber niet in discussie treedt met Daniël Haas, die in zijn dissertatie niet alleen de vooraanstaande positie van de nakoming verdedigt, maar er zelfs voor pleit om dit beginsel in de Nederlandse wet – waar een expliciete bepaling thans ontbreekt – en in Europese regelgeving op te nemen.

(b) Tegen een optioneel instrument

Christoph Grigoleit bekleedt in München de prestigieuze leerstoel van Claus Wilhelm Canaris. Hoe verhouden zich de twee Europese hervormingsprojecten – het *Draft Common Frame of Reference* en het Richtlijnvoorstel consumentenrechten – tot elkaar? Dat is de vraag die Grigoleit bespreekt. Eigenlijk moet hij van geen van beide iets hebben. Van het *DCFR* niet, want 'Angesichts des Autoritätseffekts ist es außerordentlich gefährlich, die konzeptionellen Defizite eines unreifen Regelwerks im Rahmen eines politischen Referenzrahmens wegen seiner fehlenden Verbindlichkeit im Kauf zu nehmen'. Meer algemeen stelt hij: 'Für eine umfassende Kodifizierung des Schuld-

1. Hoogleraar Europees privaatrecht, Universiteit Utrecht.

vertragsrechts auf europäischer Ebene ist indessen die Zeit noch nicht reif.' Eerder had hij zich als lid van de groep-Eidenmüller reeds als tegenstander opgeworpen. Ook het Richtlijnvoorstel consumentenrechten moet zijns inziens worden verworpen, nu de 'damit zu erzielende Vereinheitlichungswirkung diffus bleibt, (...) keinen konzeptionellen Fortschritt versprechen und durch unausgereifte Regeln den weiteren Vereinheitlichungsprozess zu prägen drohen'. Wat dan wel? Vanwege de door Grigoleit geschetste bezwaren 'sollte bei den kurz- und mittelfristigen Reformanstrengungen stärkeres Gewicht darauf gelegt werden, die Legitimität, Qualität und Effektivität des fragmentarischen *Acquis* im Zusammenspiel mit den mitgliedstaatlichen Privatrechtsordnungen zu stärken' (p. 354-423).

(c) **Privaatrecht in de ban van de rechten van de mens: Luxemburg**

Duitse civilisten hadden aanvankelijk niet veel op met de toetsing van 'hun' rechtspraak door het constitutionele hof (*Bundesverfassungsgericht*). Daar hebben ze zich inmiddels bij neergelegd, maar welke betekenis heeft de rechtspraak over rechten van de mens van het Europese Hof van Justitie? Volgens Gregor Bachmann is de verleiding groot om de vraag te beantwoorden met de woorden 'geen enkele', want nog nimmer heeft het Hof een bepaling in een nationaal burgerlijk wetboek voor onverenigbaar met de grondrechten verklaard. Maar er is toch wel iets meer over het onderwerp te vertellen, zoals uit de volgende 64 bladzijden blijkt. Daarin passeren arresten als *Alsthom Atlantique* (C-339/89), *CMC Motorradcenter* (C-93/92), *Centros* (C-212/97), *Überseering* (C-208/00) en *Inspire Art* (C-167/01) zijn revue. Wat levert deze analyse op: 'erweisen sich *harmonisierte* und *nicht-wirtschaftsbezogene* Privatrechtsnormen als vergleichsweise grundfreiheitenfest, während *diskriminierende* Normen stes rechtfertigungsbedürftig bleiben. *Dispositives* Recht ist nicht per se gegen die Grundfreiheitenkontrolle immun (...). Probleme bereiten bloß *belastende* Normen.' Interessant is dat de preadviseur het *Common Frame of Reference* in dit verband een *safe harbour* noemt (p. 424-488).

(d) **Privaatrecht in de ban van de rechten van de mens: Straatsburg**

Het Straatsburgse hof houdt zich maar zelden bezig met vermogensrecht en als het dat al doet, dan worden alleen de rechten van de mens hierin beoordeeld, soms zelfs alleen die van de klager en niet die van de inbreukmaker. Robert Rebhahn besteedt in zijn preadvies onder meer aandacht aan de vraag of de voortgaande constitutionalisering van het privaatrecht een goede zaak is. In wezen, stelt hij, gaat het hier om een competentieverschuiving van het parlement naar de rechter. Bij de Europese Unie heeft dit nog haar nut, maar bij de Raad van Europa? Hij komt tot de conclusie dat 'Im Zivilrecht sind insbesondere der menschenrechtliche Mindestschutz der Familie gegen den Staat oder der Schutz der außerehelichen Kinder und

Väter zu nennen und positiv zu bewerten. Gleichwohl sind in manchen Fällen die Intensität der Kontrolle des EGMR und/oder die Richtung seiner Einflussnahme fragwürdig oder zumindest fraglich'(p. 489-554).

(e) **Zuivere vermogensschade en aansprakelijkheid van deskundigen**

Wat is zuivere vermogensschade? Voor een Duitser noch een Engelsman is dit een probleem. Een Franse jurist is evenwel onbekend met dit begrip. Voor zijn Engelse collega duidt het een schadepost aan die in het verleden niet voor vergoeding in aanmerking kwam ('pure economic loss' – zie de vele publicaties hierover van Mauro Bussani en Vernon Palmer (zie nrs. 10 onder (b) en 11 onder (c) hieronder). Ook de Duitse jurist kent het begrip in de zin van schade die buiten de in de algemene onrechtmatige daadsbepaling Par. 823 lid 1 *Bürgerliches Gesetzbuch* omschreven schadeposten valt. Florian Faust wijst er evenwel op dat zuiver economische schade uit hoofde van andere onrechtmatige daadsbepalingen wel degelijk voor vergoeding in aanmerking komt. Hij geeft aan dat deze aansprakelijkheid zich momenteel aan het uitbreiden is, hetgeen hij aantoonde aan de hand van aansprakelijkheid jegens derden, in het bijzonder van deskundigen. Een bouwkundige taxeert de waarde van een woning te hoog, omdat de opdrachtgever van de taxatie bewust gebreken in het dak aan het zicht onttrekt. Is de bouwkundige aansprakelijk jegens de koper van het pand? Ja, zegt het *Bundesgerichtshof* in een sterk bekritiseerd arrest (*BGHZ* 127, 378 e.v.). Faust heeft het eigenlijk helemaal niet op dit type aansprakelijkheid begrepen. Hij laat regeling hiervan bij voorkeur over aan partijen. 'Und vor dem, was die Parteien privatautonom gestaltet haben, sollten die Rechtsanwender höchstens Respekt haben, selbst wenn es dazu führt, dass manche Schäden unersetzt bleiben' (p. 555-579).

(f) **Huwelijksvermogen onder toezicht**

Barbara Dauner-Lieb begint haar preadvies met twee citaten die het spanningsveld van het huwelijksvermogensrecht illustreren: 'Du meine Seele, Du mein Herz' zingt Robert Schumann zijn bruid toe. 'Ich werde natürlich einen Kaufmann heiraten. Er muss recht viel Geld haben, damit wir uns vornehm einrichten können,' zegt een van Thomas Manns Buddenbrooks. De spanning tussen romantiek en zakelijk inzicht is in het traditionele Duitse huwelijksvermogensrecht opgelost in de zin van een grote mate van vrijheid voor de echtgenoten. Hierin komt evenwel verandering. Daartoe hebben bijgedragen de voordracht van Ingeborg Schwenzer voor de *Zivilrechtslehrervereinigung* in 1996 en vooral een uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht* uit 2001, waarin een koude uitsluiting ongrondwettig werd verklaard. De auteur schetst de uitwerking die het *Bundesgerichtshof* aan deze uitspraak heeft gegeven en lijkt ermee in te stemmen, maar aan het eind van haar betoog slaat de twijfel toe: wordt

met deze verregaande bescherming de keuzevrijheid niet volledig over boord gezet?

Een opmerking van algemene aard van de auteur wil ik u niet onthouden. De veranderingen in de maatschappij, de wijziging van maatschappelijke opvattingen en de activiteiten van de wetgever stellen de jurist steeds voor nieuwe vragen. De rechtspraak probeert voor individuele gevallen oplossingen uit te denken. Het is aan de wetenschap om dogmatische modellen te ontwikkelen waarmee deze oplossingen in een systeem kunnen worden neergelegd. Daarbij is kennisneming van andere disciplines zoals *law & economics* en *behavioral law & economics* bevorderlijk, maar 'bisher fehlt es allerdings an einer allgemeinen methodischen Aufarbeitung der Rezeption außerjuristischer Theoriebildung; eine Erwartung naturwissenschaftlich oder empirisch gesicherter Gewissheiten wäre ohnehin nur Illusion' (p. 580-609).

(g) **Duitsland en Nederland; 2011**

Tja, een heikel punt: ik durf het nauwelijks aan te roeren: zijn Duitsers geïnteresseerd in wat er bij ons over burgerlijk recht wordt geschreven? Meer in het algemeen: tonen zij belangstelling voor de rechtsleer van buiten hun landsgrenzen? Te oordelen naar deze preadviezen is dat niet of nauwelijks het geval. Goed, Huber verwijst naar enige Engelse literatuur om zijn stelling over *specific performance* te illustreren. Grigoleit noemt de bronnen van de *Principles of European Contract Law*, het *Gandolfi avant-projet*, enz. Maar dat is het. Op één uitzondering na. Robert Rebhahn houdt niet op met het citeren van Nederlandse auteurs: Barkhuysen, Cherednychenko, Van Dijk, Hesselink, Lindenbergh, Mak, ga maar door. Niet onbelangrijk is dat hij deze informatie ontleent aan *Engelstalige* publicaties van deze auteurs. Daarbij blijken Engelstalige periodieken als de *Erasmus Law Review*, de *European Review of Private Law*, het *Maastricht Journal*, de *Netherlands International Law Review* en *Utrecht Law Review* een waardevolle bron te zijn. En verder kan het toeval zijn, maar het is de enige buitenlandse preadviseur: hij is Oostenrijker.

De eerstkomende – dertigste – bijeenkomst van de *Zivilrechtslehrer* staat gepland voor 25-27 september 2011 te Wenen. Bij het schrijven van deze kroniek waren de onderwerpen nog niet bekendgemaakt, maar wie nu de website van de vereniging bezoekt, heeft goede kans daar inmiddels het programma aan te treffen.

(Gregor Bachmann, 'Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten', *AcP* 2010, p. 424-488; Barbara Dauner-Lieb, 'Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle/ein Zwischenruf', *AcP* 2010, p. 580-609; Horst Eidenmüller *et al.*, 'The Common frame of reference for European private law – policy choices and codification problems', *Oxford Journal of Legal Studies* (2008), p. 1-50 (oorspronkelijk in het Duits gepubliceerd

in *JZ* 2008, p. 529 e.v.); Florian Faust, 'Der Schutz von reinen Vermögensschäden – illustriert am Beispiel der Expertenhaftung', *AcP* 2010, p. 555-579; Hans Christoph Grigoleit, 'Der Verbraucheracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts', *AcP* 2010, p. 354-423; D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2009, p. 50; Ulrich Huber, 'Schadensersatz statt der Leistung', *AcP* 2010, p. 319-353; Robert Rebhahn, 'Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention', *AcP* 2010, p. 489-554).

3. De vergaring van feiten in het civiele geding

Hoe worden de feiten in het proces vastgesteld? Remme Verkerk onderzoekt dit in zijn Maastrichtse dissertatie *Fact-finding in civil litigation*. Drie stelsels worden hierin met elkaar vergeleken: Nederland, Oostenrijk en de Verenigde Staten. De keuze is bepaald door het exceptionele karakter van deze drie. Dat het Amerikaanse civiele proces bijzonder is, behoeft nauwelijks betoog. Het jurystelsel, *discovery* en het bewijsrecht zijn enkele bijzonderheden die in het oog springen. Het Oostenrijkse stelsel is bijzonder omdat het traditioneel veel aandacht geeft aan de rol van de rechter en omdat waarheidsvinding centraal staat. Bovendien heeft het Oostenrijkse procesrecht veel invloed uitgeoefend. Het Nederlandse recht verdient onze belangstelling omdat het recentelijk is hervormd en veel met empirisch onderzoek werkt. En natuurlijk omdat het het recht van de auteur is. Opmerkelijk is dat het procesrecht van de bestudeerde stelsels tegenwoordig meer uiteenloopt dan in 1930.

Na een algemene historische kenschets volgt een bijzondere behandeling van twee procesrechtelijke leerstukken: het deskundigenbericht en – uiteraard – *discovery*. Deze laatste voltrekt zich vrijwel geheel buiten de rechter om. Vervolgens onderzoekt de auteur de ideologie, de theorie en de psychologie van de drie stelsels. Hij sluit af met een economische analyse van de effectiviteit van 'adversarial justice'. Deze komt er in zijn analyse niet goed van af. Partijen lijken meer gecharmeerd van ingrijpen door de rechter. En de kosten zijn vermoedelijk heel hoog. 'Vermoedelijk', want op dit punt heeft Verkerk geen empirisch materiaal kunnen vinden. Voor ons recht kunnen de Oostenrijkse bepalingen inzake *discovery* en de Amerikaanse voorschriften inzake het *mandatory expert report* zijns inziens een bron van inspiratie zijn.

(Remme Verkerk, *Fact-finding in civil litigation/A comparative perspective* (diss. Maastricht), Antwerpen: Intersentia 2010, 441 p.).

4. **Zaaksvervangings: één goed één recht, maar toch ...**

Na G.E. Langemeijer (1927) en Fred Hammerstein (1977) is binnen een eeuw een derde dissertatie aan de zaaksvervangings gewijd, en wel door Hanneke Spath (2010). Eigenlijk kunnen we de Belgische dissertatie van Vincent Sagaert (2003) hier wel bij tellen. Een verpande voorraad hobbelpaarden gaat door brand teniet. De eigenaar heeft uit hoofde hiervan een vordering op zijn verzekeraar. En de pandhouder? Een man bepaalt in zijn testament dat zijn vrouw na zijn overlijden het vruchtgebruik van zijn bankrekening krijgt; valt daar ook de caravan onder die met geld van de bankrekening is aangeschaft? Het zijn vragen als deze die de promotie in haar boek behandelt. Het probleem waar de zaaksvervangings ons voor stelt, is dat het resultaat als rechtvaardig en wenselijk wordt gezien, maar tegelijk als strijdig met de uitgangspunten van ons goederenrecht: bij één goed hoort één recht. In haar studie betreft Spath alleen de zaaksvervangings in het Burgerlijk Wetboek. Behalve het recht van Nederland, inclusief dat van vóór 1992, komt ook dat van België en – mondjesmaat – Duitsland aan de orde. Frankrijk wordt niet behandeld, omdat Hammerstein en nadien Sagaert dat al uitvoerig hebben gedaan.

De studie begint al meteen met een terminologisch probleem. In 1927 kon Langemeijer de term 'zaaksvervangings' introduceren, omdat 'zaak' het centrale begrip van het zakenrecht was. Sinds 1992 zitten we met een *goederenrecht* en brengt dat mee dat we voortaan van *goedsvervangings* moeten spreken? De onderzoekster wijst dit af, evenals de vondst van Sagaert om in navolging van het Duitse recht van 'zakelijke subrogatie' te spreken. Vervolgens onderzoekt de auteur wat de ratio van zaaksvervangings is. Zij ziet grote overeenkomsten met het verbintenisrechtelijk equivalent van de ongerechtvaardigde verrijking. Daarbij is er in die zin een verschil dat ongerechtvaardigde verrijking reageert, terwijl zaaksvervangings voorkomt. Het eenheidsbeginsel brengt mee dat het recht in de geschetste gevallen niet blijft bestaan, maar vervangen wordt door een nieuw recht. Waar komt dat nieuwe recht vandaan? De vertegenwoordigingsconstructie bevredigt niet; dat doet slechts de theorie van de originele verkrijging. Die geschiedt via een tweetrapsraket: de eerste stap begint wanneer het oorspronkelijke goed wordt aangetast of tenietgaat. Bij de tweede stap worden de rechtsverhoudingen aangepast. Drie voorwaarden moeten hieraan worden gesteld. Er moet een noodzaak tot bescherming bestaan, er dient causaal verband te zijn tussen tenietgaan en verkrijging en er moet, vanwege art. 3:80 lid 3 BW, een wettelijke grondslag zijn. De auteur eindigt met een vijftal suggesties voor de wetgever en een drietal voor de rechter. De aanbevelingen voor de wetgever zijn niet uitgewerkt in concrete teksten, Voorts blijft zoals reeds aangegeven het Duitse recht wat onderbelicht (onvermeld is bijvoorbeeld het Bonner

Habilitationsschrift van de Leipziger hoogleraar Lutz Haertlein, *Exekutionsintervention und Haftung/Haftung wegen unbegründeter Geltendmachung von Drittrechten in der Zwangsvollstreckung*, Tübingen: Mohr 2008, 612 p.), maar dat doet niet af aan het feit dat dit een plezierig lezende, goed beargumenteerde dissertatie is, waaraan de Nijmeegse Universiteit het predicaat *cum laude* verleende.

Het onderzoek werd begeleid door promotores Bas Kortmann en Corjo Jansen, welke laatste kennelijk niet heeft geïnsisteerd op een meer dan gebruikelijke accentuering van de rechtshistorische wortels van de zaaksvervangings.

(J.B. Spath, *Zaaksvervangings* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, 457 p.).

5. **Kredietvorderings**

Het klinkt als een jongensdroom. Na een rechtenstudie in Utrecht en een promotieplaats in Groningen krijgt hij een prachtige baan bij een bank én – *the cherry in the pudding* – een aanstelling aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Het overkwam Frits-Joost Beekhoven van den Boezem. Op 11 december vorig jaar sprak hij zijn inaugurele rede uit over *kredietvorderings als beleenbare activa voor monetaire beleidstransacties in het Eurosysteem*. Wat zijn *kredietvorderings*? Dat zijn *credit claims*: niet-verhandelbare activa. Kredietvorderings vertegenwoordigen voor banken een belangrijke vermogenswaarde: bijna 60% van hun *assets*. Stel nu dat een bank om haar kredietverstrekking op gang te houden geld leent van de centrale bank, kunnen kredietvorderings dan als onderpand dienen, bijvoorbeeld bij wege van stille verpanding? De Nederlandse Bank (DNB) vindt van niet. Gevolg is dat momenteel alleen vorderings aan DNB worden verpand waar het doen van mededeling van de verpanding niet bezwaarlijk is.

Brengt de Collateral richtlijn 2009/44/EG hier verandering in? Implementatie in Titel 7.2 BW houdt in dat tegemoet wordt gekomen aan de belangrijkste bezwaren van DNB tegen stille verpanding. Daarna kan in navolging van Duitsland op een sterke toename van de verpanding van kredietvorderings worden gerekend. Uit de rede wordt duidelijk welk een belangrijke rol de Europese Centrale Bank in het bancaire geldverkeer speelt.

(F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Credit claims/Kredietvorderings als beleenbare activa voor monetaire beleidstransacties in het Eurosysteem* (inaugurele rede Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, 57 p.).

6. **Bevrijdende verjaring**

Het leek in 1992 allemaal zo mooi. Het nieuwe BW zou de bevrijdende verjaring in een modern jasje steken. Er

kwam een – bijna – uniforme termijn, uitzonderingen verdwenen en termijnen werden aanzienlijk bekort. Toen begon de ellende. Hoe moest het nu met vorderingen van de overheid tegen milieuvervuilers, met de slachtoffers van mesothelioom, met kunstdiefstal, met degenen die lijden onder seksueel misbruik. Er werden nieuwe uitzonderingen in de wet opgenomen en het gevolg was in de ogen van velen dat de oude warwinkel herleefde. Niet zo J.L. Smeehuizen, die in zijn VU-dissertatie (2008) positief over het nieuwe stelsel oordeelde. Dat is ook de bevinding van Monique Koopmann, die vijftien jaar eerder ook aan de VU op dit onderwerp promoveerde en er thans een BW-monografie aan wijdt.

'Een evenwichtig geheel', is haar conclusie. Die komt nadat zij eerst de ontwikkeling van het verjaringsrecht, de lengte van verschillende verjaringstermijnen, de afbakening van het begrip, de verjaringstermijnen in Titel 3.11, afstand en contractvrijheid, stuiting, wettelijke verlenging, en uitspraken en dwangsommen haar revue heeft laten passeren. Niet alleen de Nederlandse wetwijzigingen, ook die in Duitsland (2002) en Frankrijk (2008), alsmede het *Draft Common Frame of Reference* krijgen haar aandacht. Dat doet zij in een prettige stijl. Plezierig is voorts dat bij deze soms wat stoffige problematiek ampel naar rechtspraak en andere casuïstiek wordt verwezen. Het is hier niet de plaats om uitvoerig met de auteur in discussie te treden. Anders zou ik bijvoorbeeld een vraagteken hebben geplaatst bij haar stelling dat de vraag of een schuldeiser zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van het betrokken recht (rechtsverwerking) niet ambtshalve door de rechter mag worden onderzocht. Mijn kanttekening wordt ingegeven door de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie inzake ambtshalve toetsing van oneerlijke contractbedingen (Océano, *NJ* 2000, 730, Mostaza Claro, *NJ* 2007, 201).

(M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring*, Deventer 2010, 107 p.).

7. Schadeberekening in de common law

Hoe zou een Nederlandse jurist, gewend als hij is aan één wettelijke regeling voor alle gevallen van schadevergoeding, oordelen over het Engels recht dat onderscheid maakt al naar gelang de schadevergoeding uit wanprestatie, onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking voortvloeit? Ik ken geen Nederlandse studie over het Engelse recht die hierop ziet. Enig idee kunnen we ons evenwel vormen aan de hand van het boek van Sirko Harder, *Measuring damages in the law of obligations*. Harder is van oorsprong een Duits jurist, die in Tübingen promoveerde en later nogmaals in Aberdeen. Vervolgens kwam hij te werken in Leicester en Melbourne. In zijn nieuwe *common law* omgeving stelde hij zich de boven-

bedoelde vraag: 'What exactly are the differences between contract, tort and equity with regard to the measure of damages? Are the differences mere accidents of legal history or can they be justified on merits? De auteur onderzoekt dit aan de hand van vijf deelgebieden: voorzienbaarheid/causaal verband, immateriële schade, medeschuld, winstafdracht en *punitive damages*.

Voor wat betreft voorzienbaarheid/causaal verband acht de auteur harmonisatie van contractenrecht en onrechtmatige daad mogelijk en wenselijk, en wel door overname van de *Wagon Mound* test ([1961] 1 *All ER* 404) in het contractenrecht. *Equity* kan zich daar bij aansluiten, hetgeen hij aantoonde aan de hand van drie frequente zaken: *misapplication of trust property*, *breach of an equitable duty of care and skill* en *breach of fiduciary duty*.

(Sirko Harder, *Measuring damages in the law of obligations* (diss. Aberdeen), Oxford: Hart 2010, 323 p.).

8. Internationale handelsgeschillen

Zoals Jan Dalhuisen zijn cursus *International commercial law*, aanvankelijk in Utrecht, later in Londen, heeft omgezet in zijn *Dalhuisen on Transnational comparative, commercial, financial and trade law*, zo heeft Richard Fentiman, *reader* aan de Universiteit van Cambridge, de cursus die hij daar sinds 1993 verzorgt, uitgewerkt tot het boek *International commercial litigation*. Fentiman heeft daarbij geprofiteerd van zijn praktijk bij Allen & Overy en van *sabbaticals* in Brussel en Ithaca NY (Cornell). Het resultaat is een fraai boek dat men met vrucht zal consulteren.

Opmerkelijk is meteen al het begin. Dat gaat over risicomanagement. Pas daarna komen de rechtsregels aan bod. Die zijn te vinden in vier bronnen: de implementatie van het EEX, het leerstuk van *forum non conveniens*, het conflict tussen deze twee, en Rome I + II. De auteur is opmerkelijk openhartig over de vooraanstaande rol van het Londense *Commercial court*, waar 80% van de geschillen worden aangebracht door buitenlanders. Vanwaar deze populariteit? Fentiman geeft zes argumenten: het Engelse recht zal een forumkeuze altijd respecteren en 'the disruptive effect of public policy and mandatory rules' minimaliseren, vreemd recht wordt als een feitelijke kwestie beschouwd: 'This permits a robust approach to foreign law', een liberale houding tegenover executie van vreemde vonnissen, een uitgebreide bevoegdheid, een discretionair gebruik hiervan en de *anti-suit injunction*.

Het boek telt totaal achttien hoofdstukken, verdeeld over zes delen: na de *Introduction* en het deel over risicomanagement zijn dat delen over toepasselijk recht en rechtskeuze, aanvang van de procedure, het voorkomen van een procedure, en handhaving. Het aantrekkelijke van

dit boek is dat de Engelse *case-law* er de basis van vormt. Bij wijze van voorbeeld noem ik de zogenoemde *presumption of identity*. Degeen die zich op vreemd recht beroept, moet dat stellen en zo nodig bewijzen. Wat indien hij hier niet in slaagt? In het verleden werd dan het vermoeden gehanteerd dat het vreemde recht gelijk was aan het Engelse recht. Maar in *Shaker v Al-Bedrawi*, [2003] CH 350 (CA), is hier een einde aan gekomen. De zaak draaide om de immuniteit van de directeur van een vennootschap. Aandeelhouders kunnen de directeur niet aanspreken voor hun schade in de hoedanigheid van aandeelhouder, indien de vennootschap zelf een vordering heeft tegen haar directeur. De betrokken vennootschap was gedomicilieerd in Pennsylvania. Eiser wist niet te bewijzen wat het recht van Pennsylvania zegt over de aansprakelijkheid van de directeur jegens de vennootschap. Daarom paste de lagere rechter Engels recht toe: de directeur had zich schuldig gemaakt aan wanprestatie omdat hij de naar Engels (= Europees) recht vereiste voorschriften van de jaarrekening niet in acht had genomen. Dit achtte het *Court of Appeal* onjuist: 'Instead, English law is the *lex causae* in such cases' (p. 316).

Om het boek van Fentiman goed te appreciëren, is het nuttig er een Europees-continentaal handboek naast te leggen. Ik opteerde voor de nieuwste Rauscher. Dat deel heeft een heel andere *scope* dan Fentiman: het gaat niet over handelszaken, maar over personen-, familie- en erfrecht. Centraal staan de Verordening (EG) nr 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening (EG) nr 1347/2000, *Pb.* 2003, L 338/1, de Verordening (EG) nr 4/2009 van de Raad van 18 december 2008 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen, en de samenwerking op het gebied van onderhoudsverplichtingen, *Pb.* 2009, L 7/1, het voorstel van 14 oktober 2009 voor een verordening van het Europees parlement en de raad betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen en authentieke akten op het gebied van erfopvolging en betreffende de instelling van een Europese erfrechtverklaring, COM(2009) 154 en het Haagse Protocol over het op onderhoudsverplichtingen toe te passen recht van 23 november 2007. Er zijn nog drie delen die op dezelfde grondige wijze ingaan op de diverse Europese IPR-instrumenten. Handzaam is dat Rauscher steeds de tekst van de betrokken bepaling geeft. Voorts gaat hij vaak in op de toepassing in geheel Europa. Nadelen zijn het vrijwel ontbreken van rechtspraak, waardoor het didactisch karakter gering is, en het typisch Duitse gebruik van afkorting als *EG-VollstrTitelVO* en *HUntVerfÜbk 2007*.

(Richard Fentiman, *International commercial litigation*, Oxford: University Press 2010, 766 p.; Thomas Rauscher

(red.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR/Kommentar*, München: Sellier 2010, 1027 p.).

9. Unconscionability

In zijn *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen* geeft Jan van Dunné aan hoe de Amerikanen aan het begrip *unconscionability* in hun *Uniform Commercial Code* zijn gekomen. Een tegenstander van formaat was Arthur Leff, die meende dat de *unconscionability-bepaling* (Section 2-302) helemaal niets om het lijf heeft. Van Dunné laat zien dat daar nu juist de charme van de bepaling in schuilt: zij spoort de rechter aan om alle omstandigheden van het geval te wegen. De onbepaaldheid van de term weerhield een gezelschap Engelse juristen uit Durham er niet van om met hulp van enige collega's van overzee te streven naar 'conceptualising unconscionability in Europe'. Het accent ligt daarbij op financiële transacties. De resultaten van een hier eind 2008 over gehouden congres zijn neergelegd in een mooi uitgegeven bundel, waarvan alleen al de bijdrage van Waddams de aanschaf rechtvaardigt.

Het boek bevat een algemeen deel en een bijzonder deel. Het algemeen deel begint met een bijdrage van Aurelia Colombi Ciacchi. Deze verzet zich – zoals reeds blijkt uit de titel 'Freedom of contract as freedom from unconscionable contracts' – tegen de heersende leer dat contractvrijheid en bescherming van de zwakke partij tegengestelde beginselen zijn (p. 7-25). Het Engelse recht heeft nooit veel op gehad met de bescherming van de zwakke partij. De poging van Lord Denning om een algemeen leerstuk te introduceren is door het toenmalige *House of Lords* afgewezen, [1985] AC 686 (HL). *True or false?* Onjuist, stelt Stephen Waddams in zijn onderhoudende bijdrage. Het allereerste Engelse handboek over contractenrecht van Powell (1790) besteedde ruimschoots aandacht aan 'the equitable jurisdiction in relieving against unreasonable Contracts or Agreements'. Mis ging het met Pollock (1876) en Anson (1879), die vlak na de samenvoeging van de *common law* en *equity* rechtspraak in 1875 met hun bekende handboeken kwamen, waarin zij correct uiteenzetten dat *courts of law* niet naar de inhoud van de overeenkomst keken, maar verzuimden melding te maken van de tegengestelde rechtspraak van de *courts of equity*. Deze marginalisering van de mogelijkheden voor rechterlijk ingrijpen bereikt haar hoogtepunt met de uitgave van Halsbury's *Laws of England* (1907-1915). Met de publicatie van het *Draft Common Frame of Reference* herleeft evenwel de oude Engelse op solidariteit berustende rechtspraak (p. 26-61).

Dan volgen contributies uit Spanje door Immaculada Barral-Viñals (p. 46-61) en Frankrijk door Séverine Saintier (p. 62-78). Net als de ontwerpers van de *Uniform Commercial Code* acht Emmanuel Voyiakis 'The fact that

the notion of unconscionability does not tell us immediately what is wrong with the agreements it concerns may, after all, be a virtue'. Vervolgens komt hij met een eigen theorie die hij de 'value of choice' noemt (p. 79-98). Uit de analyse van Waddams blijkt dat het niet mogelijk is het begrip *unconscionability* vast te knopen aan één element, zoals het ontbreken van toestemming bij de gelaedeerde of een vergrijp van de inbreukmaker. Nu dat niet is gelukt, probeert John Wightman aansluiting te vinden bij Macneils *relational theory* (p. 99-128). Qi Zhou geeft een rechtseconomische analyse van het conflict tussen billijkheid en rechtszekerheid, welke eerlijk gezegd weinig nieuws brengt onder de zon (p. 129-143).

Het tweede deel is gewijd aan *unconscionability* in financiële transacties. Het bevat hoofdstukken over woekerverboden in het zeventiende- en achttiende-eeuwse Engeland door Warren Swain en Karen Fairweather (p. 147-165), wilsgebreken door David Capper (p. 166-183), bescherming van kredietnemers door Sarah Nield (p. 184-204), het begrip 'fairness' in financiële regelgeving door Peter Cartwright (p. 205-226) en in de toepassing door de *Financial Services Authority* door Toni Williams (p. 227-245), de convergentie van publiek- en privaatrecht door onze eigen Olha Cherednychenko (p. 246-274), visies uit Litouwen door Andrius Smaliukas (p. 275-288), Polen door Stanislaw Kalus en Magdalena Habdas (p. 289-307), Italië door Christina Amato (p. 308-325) en Duitsland (in het bijzonder over 'kickback payments' (smeergelden) onder de Mifid) door Axel Halfmeijer en Peter Rott (p. 326-349) en de implementatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken in Engeland door Chris Willett (p. 350-373).

In een slothoofdstuk proberen de eindredacteuren de verschillende draden samen te vatten. Allereerst signaleren zij het ontbreken van een Europese *common core*, zij spreken zelfs van een *uncommon core*. Meer dan de totstandkoming van verticale richtlijnen op beperkte gebieden achten zij onwaarschijnlijk. Alleen op het gebied van de garantie van toegang tot de kredietverstrekking, het vaststellen van criteria voor verantwoord lenen en 'community reinvestment' zien zij een mogelijkheid voor Europese regelgeving. Constitutionalisering naar Duits voorbeeld is in hun ogen gewenst (p. 377-399).

(Mel Kenny, James Devenney, Lorna Fox O'Mahony (red.), *Unconscionability in European private financial transactions/Protecting the vulnerable*, Cambridge: University Press 2010, 420 p.; J.M. van Dunné, 'Het gebruik van open normen in de Uniform Commercial Code: 'unconscionability'' bijvoorbeeld, in: J.W.M.K. Meijer et al. (red.), *Normatief uitgelegd/Verzamelde privaatrechtelijke opstellen van J.M. van Dunné*, Deventer 2006, p. 307-319).

10. Twee studieboeken over Europees privaatrecht

Kort na elkaar verschenen dit jaar twee Engelstalige studieboeken over Europees privaatrecht: (a) een eerste editie van *The Cambridge Companion to European Union Private Law* en (b) een vierde druk van het vertrouwde *Towards a European Civil Code*. Aangezien ik bij deze laatste uitgave als redacteur betrokken was, zal ik bij de aankondiging daarvan volstaan met een vermelding van de inhoudsopgave.

(a) *De Cambridge Companion*

Christian Twigg-Flesner is een Engelse jurist met Duitse roots, die al een mooie staat van dienst heeft. De voorlopige kroon op het werk is zijn *Cambridge Companion*. In de *Introduction* zet hij de *key features of European Union Private Law (EUPL)* uiteen. Achtereenvolgens geeft hij aan wat in dit boek onder *European Union private law* wordt verstaan, wat een richtlijn is, de centrale rol van consumentenbescherming, de rechten van de mens, de rol van academici en een Europees Burgerlijk Wetboek (p. 1-19). In het hoofdstuk *The historical evolution of European Private Law* stellen Dirk Heirbaut en Matthias Storme dat een van de aantrekkelijkheden van een terugkeer naar de oude tijden van het (eerste) *ius commune* zou zijn dat 'it was essentially a professors' law. They can become the stars of the law once again'. Maar dan wel 'keeping in mind that the greatest achievement of our predecessors was both to develop a common framework and to accommodate regional differences and new situations within it' (p. 20-32).

De mate waarin bij de vaststelling van Europees privaatrecht gebruik wordt gemaakt van rechtsvergelijking verschilt volgens Jan Smits al naar gelang het om wetgeving, rechtspraak of de doctrine gaat; de doctrine gaat hierbij voorop (p. 33-43). Het internationaal privaatrecht ondergaat in Europa momenteel een revolutie, welke volgens Horatia Muir-Watt drie oorzaken heeft: de gelaagde structuur van de instellingen in Europa, het toenemend gebruik van regulering in het privaatrecht en de verhouding tussen wetgeving en zelfregulering op mondiaal niveau (p. 44-57). Stephen Weatherill concludeert dat de EU geen competentie heeft om een Europees wetboek vast te stellen (p. 58-69). 'Language and terminology' is het thema van de bijdrage van Gerhard Dannemann, Silvia Ferreri en Michele Graziadei (p. 70-84). Angus Johnston en Hannes Unberath schetsen wat richtlijnen zoal kunnen betekenen en verzetten zich tegen het toekennen van veel betekenis aan het *Draft Common Frame of Reference* (p. 85-100).

Europees gemeenschapsrecht is grotendeels publiekrecht. Maar er zijn twee gebieden waar de invloed van het Europese Hof van Justitie op het privaatrecht toeneemt, aldus Jules Stuyck in het hoofdstuk 'The European Court

of Justice as motor of Private Law'. Dat zijn 'the application of the fundamental (personal) freedoms to actions of private organisations; and the recognition of rights to damages for individuals in case of violations by other individuals of rules of EU law, that is, competition rules' (p. 101-115). Een van de motoren van het *DCFR* is Hugh Beale en daarom zullen velen extra geïnteresseerd zijn in hoe deze Engelsman de toekomst ziet. Daar laat hij zich heel voorzichtig over uit. Maar hoe dan ook: 'even if the CFR is never adopted, the project has done a great deal to raise awareness of the need to establish a shared terminology for contract law across Europe' (p. 116-130). Heel duidelijk daarentegen is – reeds blijkens zijn titel 'The way forward in European consumer contract law: optional instrument instead of further deconstruction of national private laws' – Hans Schulte-Nölke (p. 131-146).

Bij handelscontracten kunnen we ons geld beter op eenmaking van het internationaal privaatrecht dan op harmonisatie van het materieel recht zetten, betoogt Giuditta Cordero Moss (p. 147-159). Dan komen drie landgenoten aan het woord: Cees van Dam over 'European Tort Law – features of a diverse landscape' (p. 160-172) en Sjef van Erp en Bram Akkermans over 'European Union Property Law' (p. 173-186). 'Information obligations and withdrawal rights' worden behandeld door Peter Rott; (p. 187-200). 'Travel law' is een van die rechtsgebieden die in ons land (te) weinig aandacht krijgen, zeker als men het gebied zo ruim omschrijft dat daar ook de *timeshare* en zeevervoer toe worden gerekend, zoals Jens Karsten dat doet (p. 201-215). Oneerlijke bedingen (*unfair contract terms*), waarover Paolisa Nebbia schrijft, behoren daarentegen ontegenzeggelijk tot de meest besproken deelgebieden (p. 216-228). Niet valt uit te sluiten dat de onredelijk bezwarende bedingen in de nabije toekomst gezelschap krijgen van de oneerlijke handelspraktijken (*unfair commercial practices*), waarover Hans Micklitz ons onderhoudt (p. 229-242). De consumentenkoop blijft boeien, ook blijkens de bijdrage van Ulrich Magnus (p. 243-256). Vervolgens zijn er nog hoofdstukken over productenaansprakelijkheid door Geraint Howells en Marcus Pilgerstorfer (p. 257-272), de handelsagent door Severine Saintier (p. 273-285), mededingingsrecht & privaatrecht door Giorgio Monti (p. 286-297), non-discriminatie door Fryderyk Zoll (p. 298-312) en financiële dienstverlening door Jerzy Pisulinski (p. 313-328).

Het boek is niet onopgemerkt gebleven – zie nr. 16 hieronder.

(Christian Twigg-Flesner (red.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge: University Press 2010, 350 p.).

(b) Een nieuwe druk van *Towards*

Het verhaal is bekend. Twintig jaar geleden vonden twee Amsterdamse studenten – Martijn Hesselink en Edgar du

Perron – het tijd om een bundel met bijdragen over Europees privaatrecht uit te geven. Aan de eigen universiteit vonden zij geen hoogleraren bereid om hun initiatief te ondersteunen en daarom wendden zij zich tot de – toen – Utrechtse hoogleraren Hartkamp en uw kroniekschrijver. Thans ligt reeds voor de vierde druk van de vijfkoppige redactie – de vijfde redacteur is Chantal Mak, die het meeste werk voor het boek heeft verricht. Aan de neiging om steeds meer hoofdstukken op te nemen, heeft de redactie succesvol weerstand geboden. Dat is bereikt door weliswaar het Algemeen deel nog enigszins uit te breiden, maar het Bijzonder deel te beperken tot burgerlijk recht in enge zin. Het Algemeen deel bevat, na een inleidend overzicht van uw kroniekschrijver, hoofdstukken over Romeins recht en Europese harmonisatie van Reinhard Zimmermann, *lex mercatoria* en globalisering door Klaus Peter Berger, Amerikaanse particuliere wetgeving door Richard Hyland, zelfregulering door Fabrizio Cafaggi, de invloed van EG-recht op het vermogensrecht door Arthur Hartkamp, richtlijnen als middel tot unificatie door Peter-Christian Müller-Graff, uitleg van richtlijnen door het Europese hof door Stephen Weatherill, mededinging en contractenrecht door Kati Cseres, *Principles of contract law* door Arthur Hartkamp, processuele implicaties van harmonisatie door Konstantinos Kerameus (ongewijzigde herdruk), Europees privaatrecht als *multi-level system* door Christian Joerges en Christoph Schmid, de bevoegdheid van de EU tot vaststelling van een Europees Burgerlijk Wetboek door Jacobien Rutgers, de constitutionele aspecten van een Europees BW door Chantal Mak, de sociale kant door Brigitta Lurger, het schadebegrip door Christian von Bar, en een *law & economics* benadering door Fernando Gomez

Het bijzonder deel bestaat uit zes onderdelen. Onder het hoofd *Familie- en erfrecht* zijn bijdragen te vinden van Dieter Martiny, 'Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?' en van Alain Verbeke & Yves-Henri Leleu over 'Harmonisation of the Law of Succession in Europe'. Het onderdeel *Overeenkomsten – algemeen deel* bevat hoofdstukken over totstandkoming door Rodolfo Sacco (herdruk van oude versie), precontractuele verhoudingen door Sjef van Erp, volmacht door Michael Joachim Bonell, wilsgebreken door John Cartwright, strijd met de goede zeden en de openbare orde door Hector MacQueen, standaardvoorwaarden door Thomas Wilhelmsson, uitleg door Claus-Wilhelm Canaris & Hans Christoph Grigoleit, redelijkheid & billijkheid door Martijn Hesselink, onvoorziene omstandigheden door Mustapha Mekki en Martine Kloeffer-Pelèse, niet-nakoming door Ole Lando, voorzienbaarheid door James Gordley en bevrijdende verjaring door Michael Joachim Bonell.

Het deel over bijzondere overeenkomsten telt een viertal bijdragen: over de verzekeringsovereenkomst door Jürgen Basedow, dienstverlening door Marco Loos, financiële dienstverlening door Stefan Grundmann en persoonlijke

zekerheden door Aurelia Colombi Ciacchi. Over onrechtmatige daad handelen bijdragen over de algemene vereisten voor aansprakelijkheid door David Howarth, productenaansprakelijkheid door Geraint Howells, aansprakelijkheid voor daden van anderen door Gerhard Wagner, aansprakelijkheid voor gebouwen door Franz Werro, zuiver economische schade door het bekende duo Mauro Bussani & Vernon Palmer (zie nr. 2 onder (e) hierbovenen nr. 11 onder (c) hieronder), en een economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht en een Europees BW door Michael Faure. Het onderdeel goederenrecht ziet op eigendomsoverdracht door Ulrich Drobnig, zakelijke zekerheden op roerende zaken eveneens door Ulrich Drobnig, zakelijke zekerheden op onroerende zaken door Vincent Sagaert, en derdenbescherming door Arthur Salomons. Het onderdeel *trust* ten slotte telt één bijdrage getiteld 'Trust and Fiducie' door Michel Grimaldi & François Barrière.

(A.S. Hartkamp *et al.*, *Towards a European Civil Code*, vierde druk, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International/Nijmegen: Ars Aequi 2010).

11. Rechtsvergelijking

(a) *Monografieën*

Vorig jaar verscheen in Spanje een boek met de titel *Derecho contractual comparado*. Dit is geen traditionele gids tot de rechtsvergelijking, maar zoals uit de ondertitel blijkt: *una perspectiva europea y transnacional*. Zoals de titel aangeeft, blijft dit perspectief beperkt tot het contractenrecht. Het boek telt drie hoofdstukken: totstandkoming en nietigheden, inhoud en uitleg, en nakoming en niet-nakoming. Het eerste hoofdstuk bevat vijf opstellen, over aanbod en aanvaarding, algemene voorwaarden, dwaling, onbekwaamheid en volmacht. Hoofdstuk twee ziet op redelijkheid en billijkheid, precontractuele verhoudingen, uitleg, pluraliteit (in het bijzonder hoofdelijkheid) en het derdenbeding. In hoofdstuk drie zijn bijdragen te vinden over de prijs, betaling, onvoorziene omstandigheden, verzuim, ontbinding en verjaring.

Bij rechtsvergelijkende boeken uit Zuid-Europa bekruipen mij wel eens twee – weerlegbare – vermoedens: dat de tekst niet geheel bij de tijd zal zijn en dat er geen aandacht voor Nederlands recht zal zijn. Beide vermoedens worden in dit boek weerlegd. De tekst is zeker bij wat betreft het *Draft Common Frame of Reference*. In het hoofdstuk over redelijkheid en billijkheid is er aandacht voor Jan Smits en Martijn Hesselink. Er is ook wel een enkel smetje. Het *Münchener Kommentar* wordt soms in wel erg oude druk (1993) geciteerd.

Het aardige van Spanje is dat het vanwege de gemeenschappelijk taal een bruggenhoofd is met Latijns Amerika (zelfs met Brazilië, want het geschreven Portugees is ook

voor de Spanjaard gemakkelijk te lezen). Zo vinden we in het hoofdstuk over algemene voorwaarden nuttige verwijzingen naar de verschillende rechtssystemen van Latijns-Amerika.

Spaans recht als bruggenhoofd is ook een *Leitmotiv* in het werk van Gabriel García Cantero, wiens verzamelde geschriften onlangs verschenen. De auteur, nestor van de Spaanse rechtsvergelijkers – hij onbreekt bij geen enkel congres van de AIDC, met als uitzondering het congres te Washington van afgelopen zomer –, deelde zijn publicaties in vier groepen in: algemene vraagstukken, codificatie, microvergelijking en bibliografie. Onder de algemene kwesties is een aantal opstellen over het belang van de rechtsvergelijking, in het bijzonder voor Spanje, gerangschikt. In het onderdeel codificatie analyseert de auteur de burgerlijke wetboeken van Cuba, Frankrijk – zowel de *Code civil* als het Catala-project – en Louisiana.

Het deel microvergelijking telt opstellen over rechtsbronnen, vermogensrecht en familierecht. Het opstel over rechtsbronnen is gebaseerd op een publicatie van mijn hand – *Precedent and the law* (Brussel, 2007). De vermogensrechtelijke bijdragen zien op het goederenrecht en de wilsgebreken; deze zijn in het Frans gesteld. De meeste aandacht gaat uit naar het familierecht, op welk terrein de auteur niet al zijn publicaties heeft opgenomen. Niet afgedrukt is bijvoorbeeld zijn algemeen rapport voor de AIDC over de rechtspositie van buitenechtelijke kinderen – na ruim dertig jaar is dit rapport niet meer helemaal bij de tijd (ik schrijf uit ervaring, want ik was een van de nationale rapporteurs over dit thema). Ten slotte zijn nog enige bijdragen over Italiaans, Islamitisch en Afrikaans recht opgenomen.

Bij het lezen van deze bundel had ik nog een derde – wederom weerlegbaar – vermoeden: te weten dat er in Zuid-Europese citaten uit vreemde talen de nodige talen en spelfouten zouden schuilen. Dit vermoeden is niet weerlegd ('apperçu', 'Loofkosky', 'Masha Antoloskaia', 'Ducht family law', enz.). De auteur geeft aan goed in ons recht belezen te zijn. Naast de reeds genoemden (inclusief uw kroniekschrijver) citeert hij onder meer Boele-Woelki, Forder en Schrama.

(Gabriel García Cantero, *Estudios de derecho comparado*, Zaragoza: El Justicia de Aragón 2010, 798 p.; Sixto Sánchez Lorenzo (red.), *Derecho contractual comparado/Una perspectiva europea y transnacional*, Cizur Menor: Thomson Reuters 2009, 853 p.).

(b) *Washington*

Het AIDC-congres in Washington van afgelopen zomer heeft een aantal nationale bundels opgeleverd, welke alle rapporten van het betrokken land bevatten. In een vorige kroniek noemde ik al de Nederlandse bundel alsook de

bijzondere edities van de *American Journal of Comparative Law* en de *Revue internationale de droit comparé*, welke de Amerikaanse c.q. Franse nationale rapporten bevatten. Daaraan kunnen thans worden toegevoegd de Duitse, Italiaanse en Zwitserse bundels. Voorts vernam ik bij een rondgang bij de algemeen rapporteurs dat velen onder hen de uitgave van een verticale bundel, met daarin het algemeen rapport en de nationale rapporten over één thema, overwegen.

(Jürgen Basedow, Uwe Kischel, Ulrich Sieber (red.), *German national reports to the 18th international congress of comparative law*, Tübingen: Mohr 2010, 800 p.; Italian national reports, *16 Cardozo Electronic Law Bulletin 1* (2010); *Rapports suisses présentés au XVIIIe Congrès international de droit comparé*, Zürich: Schulthess 2010, 341 p.).

(c) *Rechtseconomie*

Het is wellicht verrassend dat twee buitenplaatsen van het recht, de rechtsvergelijking en de rechtseconomie, met elkaar kunnen worden gecombineerd. Dat gebeurde in de bundel *Economics of comparative law*, die in de bekende Elgar serie van overdrukken is uitgekomen. De redactie was in handen van de Belgische Amerikaan Gerrit de Geest, die zijn selectie – het heeft wel iets van het VPRO-televisieprogramma *Zomergasten* – in vier groepen indeelde: *classics, property law, courts and the legal system* en *other*. Deel 1 opent met een hoofdstuk uit *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations* van Adam Smith. Het eigendomsbegrip van deel II is veel ruimer dan dat van art. 5:1 BW, getuige de keuze van opstellen over *aboriginal property rights*, de *commons* en Mongolisch recht. Deel III handelt onder meer over de vraag waarom Japanners meer naar de rechter gaan. Het is pas in deel IV dat we de opstellen aantreffen die een meer klassiek aangelegde auteur als uw kroniekschrijver in een dergelijk boek zou opnemen: bijdragen over de verschillen tussen *common* en *civil law*, zoals op het punt van *specific performance* (Henrik Lando en Rose) en *pure economic loss* (Parisi, Palmer en Bussani – zie nrs. 2 onder (e) en 10 onder (b) hierboven).

Rechtseconomen verzetten zich vaak tegen harmonisatie, omdat deze een competitie van stelsels zou verhinderen. Dat veronderstelt dat het ook mogelijk is om de effectiviteit van stelsels te vergelijken. Komt in deze bundel daarvan iets naar buiten? Niet echt. Wat wel aardig is dat de in nr. 2 gesignaleerde theorie van Huber dat het veronderstelde primaat van nakoming als sanctie in het Europees-continentele contractenrecht op een fabeltje berust, gesteund wordt door Henrik Lando en Caspar Rose in hun opstel 'On the enforcement of specific performance in Civil Law countries'.

Ten slotte: de titel van het boek lijkt er op te duiden dat we ook opstellen over bestuursrecht, internationaal pri-

vaatrecht, strafrecht en volkenrecht kunnen verwachten. Dat blijkt onjuist: de bijdragen zijn hoofdzakelijk privaatrechtelijk in de eerder aangegeven ruime zin. De band met de rechtsvergelijking blijkt evenwel heel iel. Bekende rechtsvergelijkers als Patrick Glenn, Basil Markesinis, Esin Örüçü en Rodolfo Sacco worden in het boek zelfs niet genoemd.

(Gerrit de Geest, *Economics of comparative law*, Cheltenham: Elgar 2009, 655 p.).

12. **Legal English**

Dezer dagen besteed ik de nodige tijd aan de correctie van drukproeven van een door mij geredigeerd Engelstalig manuscript. Op bijna iedere pagina heeft de *copy editor* van Cambridge University Press wel een suggestie tot verbetering. Van tweeërlei aard zijn haar opmerkingen. Allereerst zijn er de nodige taalkundige kanttekeningen. 'That' kan beter 'which' zijn, 'have' staat hier beter dan 'having'. Voorts vergt het juridisch taalgebruik hoofdbreken. Dat krijg je nu eenmaal wanneer twee stelsels, *common* en *civil law*, zover uiteenlopen. Gelukkig zijn er tegenwoordig tal van nuttige gidsen in omloop, die met name het juridisch vakjargon verfijnen.

(a) *A Student manual*

Allereerst noem ik de *Student manual* van Wanda Meulenberg Costa Macedo. Na haar rechtenstudie in Utrecht werkte deze auteur in het Nederlandse bedrijfsleven alvorens naar Edinburgh te verhuizen. Blijkens de website waaraan ik deze informatie ontleen, was haar Engels aanvankelijk niet geheel vlekkeloos ('I choosed to become a solicitor/advocate ...'), maar inmiddels lijkt dat wel goed te zitten. Zelfs woorden in haar tekst waarvan ik het bestaan niet vermoedde, zoals 'distinguishment', blijken wel degelijk in de Oxford Dictionary voor te komen.

Het boek dat zij op de markt brengt, telt een zevental 'Units', gevolgd door drie bijlagen. De 'Units' zien op het onderscheid tussen *common* en *civil law*, grammatica, handelsrecht, contractenrecht, procesrecht/arbitrage/ADR, Europees & volkenrecht en communicatie. De bijlagen behelzen een nadere toelichting op de grammatica, een woordenlijst en een index. Een belangrijke materie als het strafrecht ontbreekt. Over de didactische waarde van het boek kan ik mij niet uitlaten. Als ik het zou gebruiken, zou het mij storen dat op de vele open vragen niet achterin kort antwoord wordt gegeven (zoals in de *Hoofdstukken* van Nieuwenhuis). Daar is wel een – mij niet voorgelegde – *Teacher manual* voor beschikbaar, die ook achtergrondinformatie biedt. Wel kan ik iets opmerken over de actualiteit van het gebodene. Daar is wel iets op aan te merken.

Op p. 15 schrijft de auteur: 'In the civil system the writings of legal authors form an important source of law, used as a legal authority'. Dat moge in de negentiende eeuw zo zijn geweest (de bekende voetnoot van Diephuis: 'anders de Hoge Raad') en mogelijk gaan we die kant nu weer uit (zie de bijdrage van Heirbaut en Storme, genoemd in nr. 10 (a) hierboven), maar anno 2010 lijkt de opmerking niet juist. Op p. 89 stelt de auteur nog dat het *House of Lords* de hoogste rechter van Engeland en Wales is. Gelijk bekend is dat sinds vorig jaar inmiddels het *Supreme Court of the United Kingdom*. Op p. 136 stelt de auteur dat er een band bestaat tussen het EVRM en de EU en wel via het Verdrag van Maastricht. Dit is op zichzelf juist, maar inmiddels bepaalt het Verdrag van Lissabon dat lidstaten gehouden zijn zich aan het Europees Handvest te houden. Ten slotte beveelt zij op p. 142 – waar, terzijde, een alinea dubbel is afgedrukt – om zoveel mogelijk het woord 'shall' te gebruiken. De *plain legal English* beweging pleit er juist voor om dit werkwoord zoveel mogelijk te vermijden.

(W.G.W. Meulenberg Costa Macedo, *Legal English/A practical approach, Student manual*, Deventer: Kluwer 2010, 190 p.).

(b) *Dutch legal terminology in English*

Een tweede werk op deze markt is *Dutch legal terminology in English* van Tony Foster, die werkzaam is bij de faculteit geesteswetenschappen van de Universiteit Leiden. Het boek is niet georiënteerd op grammatica, maar op woordenschat. Voor 2500 juridische begrippen heeft Foster de Nederlandse en de Engelse term naast elkaar gezet. Dat heeft hij op vernuftige wijze gedaan, namelijk door een lopende Engelse tekst als uitgangspunt te nemen en daar in de marge steeds de Nederlandse term voor de juridische begrippen aan te geven. Dus bijvoorbeeld worden bij de zin 'An **attorney-at law and procureur** is a lawyer who is registered as an attorney-at-law and procureur in a particular **district**. In 2006, the office of procureur was abolished'. Bij de vetgedrukte begrippen wordt in de marge de vertaling gegeven: 'advocaat en procureur', respectievelijk 'arrondissement'. De juridische begrippen zijn verdeeld over 22 hoofdstukken: basisbegrippen, rechtshandelingen en overeenkomsten, bijzondere overeenkomsten, rechtmatige en onrechtmatige daden, goederenrecht, handelsrecht, sociaal recht, mededingingsrecht, 'intellectueel eigendom', personen- en familierecht, de notaris en successie, staatsrecht, bestuursrecht, milieurecht, bouwrecht, belastingrecht, vreemdelingenrecht, materieel en formeel strafrecht, internationale rechtshulp, rechterlijke organisatie en rechtsvordering, internationaal recht en computer en recht. Het boek wordt afgesloten met verklarende noten, een bibliografie, een Engelse en een Nederlandse index. Met name de verklarende noten vond ik nuttig. Zo geeft de auteur aan waarom hij bij *hypotheek* als vertaling heeft geopteerd voor *right of hypothec* in plaats van voor het

meer gebruikelijke *mortgage*. Haanappel en Mackaaij hebben hier indertijd in hun vertaling van het (nieuw) BW ook voor gekozen, maar zonder een dergelijke toelichting. Ook *Rechtsbegrippen vertaald* – het zogenoemde pinyin rapport van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking (waar Foster merkwaardig genoeg niet naar verwijst) bevat niet een dergelijke toelichting.

Ik vond dit een prettige uitgave. De bibliografie is weliswaar niet helemaal compleet en ook niet geheel bijgewerkt – zo is van Bloembergen et al., *Rechtshandeling en overeenkomst* (1998) inmiddels een veel latere druk door Hijma et al., *Rechtshandeling en overeenkomst* (2007) verschenen; van het Burgerlijk Wetboek heeft vorig jaar een bijgewerkte vertaling van Warendorf, Curry-Sumner en Thomas het licht gezien – maar aan het nut van het boek doet dit niet af.

(J.H.M. van Erp (red.), *Rechtsbegrippen vertaald, Frans-Engels-Duits*, derde druk, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2006, 90 p.; Tony Foster, *Dutch legal terminology in English*, derde druk, Deventer: Kluwer 2009, 256 p.).

13. **Legal Dutch**

(a) *Universitair*

Over welke onderzoeksvaardigheden dient de jurist te beschikken? Over de eindtermen zal men het meestal gemakkelijk eens worden, maar hoe zo ver te komen, dat is de vraag. Moet de onderzoeker-in-de-dop worden geconfronteerd met alle vragen waar hij ooit mee geconfronteerd zou kunnen worden? Dat lijkt mij niet; voor *trial and error* moet ook ruimte zijn. Utrechtse onderzoekers staken de hoofden bijeen en produceerden een handzame instructie.

De instructie telt vier hoofdstukken. Hoofdstuk 1 ziet op de verschillende soorten van rechtswetenschappelijk onderzoek. Het volgende hoofdstuk heet 'onderzoeksinstructie' en gaat onder andere over de verschillende fasen van het onderzoek: de voorbereiding, het verzamelen van materiaal, het beoordelen daarvan, het structureren van het onderzoeksverslag, het opbouwen van de argumentatie en het rapporteren van het onderzoek. Daarbij wordt ook aandacht geschonken aan plagiaat. Het derde hoofdstuk gaat over de beoordeling en het slothoofdstuk over *feedback*.

De groeiende internationalisering van de rechtenstudie wordt aangetoond door het feit dat deze uitgave in één band een Nederlandse en een Engelse versie kent.

(Ian Curry-Sumner et al., *Onderzoeksvaardigheden/Instructie voor juristen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, 68 + 68 p.).

(b) **HBO**

Het is misschien niet helemaal fair om *Juridische vaardigheden* naast de academische exercitie uit Utrecht te leggen. *Juridische vaardigheden* is geschreven voor het HBO. En nog wel voor het eerste jaar. Wat vinden we in deze bundel? Achtereenvolgens zijn dat het zoeken in een wettenbundel, het analyseren van wetsartikelen, het oplossen van een casus, het raadplegen van wetgevingsstukken, het vaststellen van de bevoegde rechter, het lezen van vonnissen en arresten en het schrijven van een juridisch betoog. Het boek bevat verschillende opdrachten en – aanschaf van een apart docentenexemplaar is hier niet nodig – de beknopte antwoorden hierop.

Deze gids bevat in haar simpelheid tal van nuttige tips. Zoals bijvoorbeeld de vraag hoe art. 6:162 BW moet worden *uitgesproken*. De stijl is aangenaam eenvoudig, zonder dat de auteurs in het tegenwoordig gebruikelijke getutoyeer van de lezer vervallen (helaas wel met een enkele uitzondering). Natuurlijk is er op het juridisch gehalte van het gebodene wel wat aan te merken. Zo merken zij bijvoorbeeld op: ‘Wanneer er sprake is van ‘onredelijk bezwarend’ kunt u terugvinden in art. 6:236 BW en art. 6:237 BW’. Dat is maar een deel van de waarheid, want de hoofdnorm is die van art. 6:233. Deze wordt voor consumententransacties op een aantal punten toegespitst in de zwarte lijst van art. 6:236 en de grijze lijst van art. 6:237 BW.

Wat vinden we in deze gids over de vervlechting van Nederlands recht met dat van Europa? Helemaal niets. Het hoofdstuk ‘Het vaststellen van de bevoegde rechter’ gaat uitsluitend over de vraag welke rechter in Nederland bevoegd is. Ook een register zou in *Juridische vaardigheden* niet hebben misstaan. Belangrijker nog is het volgende. Het ligt denk ik niet aan de auteurs, maar aan de leerdoelen van het HBO, dat dit zo buitengemeen saai oogt. Alles staat vast; er is geen enkele controverse. In Leiden hadden wij vroeger een gigantisch conflict – Abas contra uw kroniekschrijver – over de vraag waar in het stappenplan voor het oplossen van casusposities redelijkheid en billijkheid kwamen: aan het begin van de rit of aan het eind. Het HBO heeft een heel simpele oplossing: redelijkheid en billijkheid komen *überhaupt* niet aan de orde. Uit de hier aangekondigde gids – waar, nogmaals, helemaal niets op is aan te merken – rijst het beeld op van een studie HBO die gelijk is aan de universitaire studie, maar dan zonder alles wat de universitaire studie zo boeiend maakt.

(C.L. Hoogewerf, A.S. Hulster, W. Riphagen, *Juridische basisvaardigheden*, Den Haag: Boom 2010, 209 p.).

14. **Europees privaatrecht**(a) **Richtlijnvoorstel consumentenrechten**

Een van de aardigheden die het roterende voorzitterschap van de Europese Unie meebrengt, is het geld dat de ver-

schillende ministeries van het voorzittende land krijgen om wat leuks mee te doen. Zo gebruikt België het geld momenteel om iets aan het voorkomen van overdebitering te doen. Tsjechië gebruikte het geld onder meer om er in februari 2009 een congres over Europees consumentenrecht van te organiseren. Onlangs verschenen de inleidingen in druk. Bij een aan de actualiteit gebonden thema als consumentenrecht heeft publicatie na enige (niet eens zo lange) tijd het bezwaar dat de inleidingen tegen de tijd dat zij het licht zien reeds verouderd zijn. Dat geldt in deze bundel voor de bijdragen over het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten van Luc Grynbaum, Reiner Schulze, Jules Stuyck, Thomas Pfeiffer, Lubos Tichý, Tomáš Pelikán, Lenka Froňkova, Tomáš Bricháček en Martin Rezek. Inmiddels circuleert in het informele circuit een door het Spaanse voorzitterschap bijgewerkte tekst, zodat het niet zo zinvol lijkt deze inleidingen uitvoerig aan te kondigen.

Dat bezwaar geldt minder voor enkele van de in het tweede deel van de bundel opgenomen bijdragen die aan meer algemene thema's zijn gewijd. Zo analyseert Jirí Grygar het nagenoeg ontbreken van rechtspraak in consumentenzaken in Tsjechië (p. 99-108). Jan Hurdik betreurt het dat de herziening van het Tsjechische Burgerlijk Wetboek en de Europese regelgeving geen gelijke tred houden (p. 117-126).

(Hans Schulte-Nölke, *Perspectives for European consumer law/Towards a Directive on consumer rights and beyond*, München: Sellier 2010, 183 p.).

(b) **Vertrouwen in de trust**

Toen hij enkele jaren terug rector magnificus van de Nijmeegse Universiteit werd, voorspelden velen dat dit het einde van zijn wetenschappelijke loopbaan zou betekenen. Hij kreeg zelfs al een afscheidsbundel aangeboden. Bas Kortmann, want wie anders zouden we op het oog hebben, verrast echter (de vele) vriend(en) en (de weinige, *if any*) vijand(en) niet alleen door nog steeds promoties te begeleiden – zie nr. 4 hierboven – met een nieuwe publicatie van zijn *International working group on European trust law*. Eerder, in 1999, produceerde de voorganger van deze groep reeds *Principles of European trust law*. In deze vervolgstudie wordt een *Draft directive on protected funds* voorgesteld. De kernbepaling hiervan is art. 3 *The protected fund*:

- 1 *In a protected fund, assets are owned by an administrator for the benefit of one or more beneficiaries.*
- 2 *The assets of a protected fund form a patrimony separate from the private patrimony of the person who is administrator and from the patrimony of any other protected fund held by that person.*
- 3 *Accordingly a creditor has no claim against –*
 - (a) *the patrimony of a protected fund in respect of a private debt of its administrator;*

(b) *the private patrimony of the administrator in respect of a debt of a protected fund.*

4 *4 A protected fund is not affected by the insolvency of its administrator in respect of the administrator's private patrimony or the patrimony of another protected fund.*

5 *5 A protected fund includes any –*

(a) *fruits of assets of the fund;*

(b) *assets substituted for assets of the fund.*

Dit voorstel is vervolgens het voorwerp van commentaar uit een dertiental jurisdicties. De commentaren komen uit België (Eric Dirix), Duitsland (Dieter Krimphove), Engeland (David Hayton), Frankrijk (Pierre Crocq), Griekenland (Phaedon John Kozyris, Christina Dimitrakou-Deliyianni en Anastassios Valtoudis), Hongarije (Norbert Csizmazia), Italië (Luigi Fumagalli), Luxemburg (André Prüm), Nederland (Bas Kortmann, Dennis Faber en Jan Biemans), Schotland (Kenneth Reid), Spanje (José Miquel González en Andrea Macía Morillo), Tsjechië (Tomáš Richter) en Zwitserland (Wolfgang Wiegand en Christoph Hurni). Bepaald als een driestuiverroman lezen de lotgevallen van de bepalingen over de trust in het ontwerp voor een Hongaars BW. De meeste andere landen lijken grotere problemen met de inpassing van deze figuur in hun systeem te voorzien. Daarentegen is de 'protected fund' gemakkelijker te verwezenlijken, zoals bijvoorbeeld Eric Dirix en André Prüm ons voor onze Benelux-partners België en Luxemburg laten weten.

Hoe groot schatten de Nederlandse rapporteurs – Bas Kortmann, Dennis Faber en Jan Biemans – de kans in dat er in ons land een 'protected fund' regeling komt? Als deze er komt, zal het de wetgever moeten zijn die daartoe besluit; van de Hoge Raad is op dit punt niets te verwachten. De wetgever doet er goed aan gehoor te geven aan de wens van rechtsleer, het bankwezen en de NOVA. Bovendien bestaan er al trust-achtige rechtsvormen, die evenwel het nadeel hebben dat insolventie van de beheerder het trustvermogen meesleurt.

(S.C.J.J. Kortmann *et al.*, *Towards an EU directive on protected funds*, Deventer: Kluwer 2009, 358 p.).

(c) **Naar een uniform Europees contractsbegrip**

Zijn promotor Marie-Jeanne Campana drukt het zo mooi uit: 'Le droit privé européen existe, même si une vieille garde grincheuse qui meurt et ne se rend pas, continue d'en contester l'existence' (p. XI). Guillaume Busseuil heeft zich de opgave gesteld om te speuren naar een gemeenschappelijk contractsbegrip in het Europees privaatrecht. Contract is contract, lijkt het op het eerste gezicht, maar zo eenvoudig is het niet. Wat te doen met de in Frankrijk belangrijke categorie administratieve contracten, met de eenzijdige rechtshandelingen, de leemtetheorie, de *legitimate expectation*? De auteur zet zwaar in op Macneil's *relational contracts*, waarvan hij

de achtergrond via Ezra Pound herleidt naar het Duitsland van de negentiende eeuw. Het is een zeer complete studie, inclusief een uitvoerig betoog over het begrip 'notie'. Wat ik alleen miste was aandacht voor de bijzondere overeenkomsten, immers ook daarover verschillen de Europese meningen: behoort de arbeidsovereenkomst tot het contractenrecht of het arbeidsrecht, valt de schenking er onder, de erfpacht?

Wordt ook de Nederlandse doctrine besproken? Wis en waarachtig: Busch, Grotius en Hesselink – *bien étonnés* – worden dankzij hun publicaties in de *lingua franca* van hun tijd vermeld.

(Guillaume Busseuil, *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen* (diss. Nanterre), Parijs: LGDJ 2009, 776 p.).

(d) **Principles of European Insurance Contract Law**
Net als indertijd de *Unidroit Principles* met hun voorzitter Joachim Bonell hebben nu ook de *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)* in hun voorzitter Helmut Heiss een goed pleitbezorger, die niet nalaat om zijn *Principles* over het voetlicht te brengen. In een recente bijdrage bespreekt hij met co-auteur Mandeep Lakhan de mogelijkheid om de PEICL ofwel bij wege van rechtskeuze toepasselijk te verklaren ofwel deze bij verordening als optioneel instrument vast te doen stellen. De auteurs prefereren de laatste mogelijkheid. Een bijkomend voordeel is dat het Europese Hof met de uitleg belast wordt.

(Mandeep Lakhan, Helmut Heiss, 'An optional instrument for European insurance contract law', 26 *Merkourios/Utrecht Journal of International and European Law* 1-11 (2010)).

(e) **Rotterdam Rules**

Op de dag na de officiële ondertekening van de *Rotterdam Rules* vond – uiteraard in Rotterdam – een conferentie over het nieuwe zeevervoersverdrag plaats. De *European Journal of Commercial Contract Law* heeft er eerder dit jaar een themanummer aan gewijd. Als de *Rotterdam Rules* niet zo'n echec willen worden als de *Hamburg Rules*, dan is een afgewogen regeling van de jurisdictie noodzakelijk. Dat stelt Olivier Cachard, die tot de voor de Rotterdamers teleurstellende conclusie komt dat de nieuwe regeling op vier punten tekortschiet: hoofdstuk 14 van het verdrag is te gecompliceerd, het *forum actoris* speelt een te grote rol, de beperking bij het bedingen van een exclusieve rechtskeuze is niet acceptabel en de opstellers hebben de mogelijkheid voorbij laten gaan 'to create a regime of consolidation of actions' (p. 1-8). Peter Mankowski werpt ook de nodige vragen op, maar eindigt minder categorisch negatief dan de eerste auteur (p. 9-21). Rhidian Thomas, redacteur van een van de meest vooraanstaande commentaren op het verdrag, daarentegen besluit zijn bijdrage aldus: 'The Rotterdam Rules are

a complex and troublesome code. (...) The best that can be said about the published record of the deliberations which led to the meregence of the Rules is that they are rarely helpful' (p. 22-27). Maarten Claringbould beveelt een 'lees maar wat er staat' benadering aan (p. 28-41). Nu het bij zeevervoer gewoonlijk om deskundige partijen gaat, ziet Gerard Meijer niet in waarom hoofdstuk 15 arbitrage aan banden legt (p. 42-50).

De limitering van de aansprakelijkheid is altijd als een politieke kwestie gezien en daarom bij de onderhandelingen over de *Rotterdam Rules* pas aan het slot afgewikkeld, hetgeen volgens Alexander von Ziegler het arbitraire karakter van de gekozen limieten verklaart (p. 51-62). In aansluiting op het betoog van Mankowski gaat Krijn Haak in op het van-deur-tot-deur uitgangspunt van het verdrag en de wijze waarop hier, niet helemaal ideaal, vorm aan is gegeven (p. 63-71). Frank Smeele is gematigd positief over de introductie van het nieuwe begrip *maritime performing party* (p. 72-86). Ook Philippe Delebecque is tevreden: 'The new Convention realises many and many steps ahead and modernises the law of international carriage contract' (p. 87-94). Zijn de *Rotterdam Rules* ook geschikt als model voor multimodaal transport? Erik Røsæg beantwoordt de vraag in ontkennende zin, want 'they are too expansive; they do not include environmental concerns; their relationship to EU policy is not clear' (p. 94-97). Michael Sturley die zelf betrokken was bij de totstandkoming roept regeringen op om het verdrag te ratificeren (p. 98-108). Stephen Girvin ten slotte acht de bewijsregels van hoofdstuk 8 moeilijk om mee te werken, maar met de nieuwe materieelrechtelijke regels toont hij zich meer ingenomen (p. 109-117).

Het zal duidelijk zijn: de *Rotterdam Rules* zijn nog allerm minst verzekerd van een goede toekomst. Dat wordt bevestigd door het feit dat bij het afsluiten van deze regels, eind september 2010, weliswaar 22 landen het verdrag hadden getekend, maar nog geen een onder hen het had geratificeerd.

(Rotterdam Rules issue, *European Journal of Commercial Contract Law* 2010, p. 1-117; D. Rhidian Thomas, *A new convention for the carriage of goods by sea/An analysis of the UN Convention on contracts for the international carriage of goods wholly or partly by sea*, Witney: Lawtext 2009, 432 p.).

15. Nieuwe tijdschriften

Twee nieuwe elektronische tijdschriften zagen de afgelopen maanden het digitale licht. Ze hebben gemeen dat de naam niet meteen de plaats van herkomst verradert en dat ze geen van beide uitsluitend privaatrechtelijk georiënteerd zijn.

(a) *Comparative Law Review*

Onder redactie van Pier Giuseppe Monateri ('Black Gaius') en Giuseppe Franco Ferrari (niet te verwarren met de *gentleman of Verona* Franco Ferrari) verscheen dit jaar het eerste nummer van de *Comparative Law Review*. Dit nummer bevat een rechtsvergelijkende kijk op het Italiaanse constitutionele hof door Giuseppe Franco Ferrari en Antonio Gambaro, een analyse door Simona Benedettini en Antonia Nicita van het project *Doing business* van de Wereldbank vanuit het gezichtspunt van *law & economics*, een studie over *balancing* (de auteur verdedigt dat de flexibele afweging van botsende grondrechten na '9/11' plaats dreigt te maken voor een hiërarchische ordening van normen) en een bespreking van Twining's pleidooi voor een algemene rechtstheorie vanuit mondiaal perspectief (*General jurisprudence: understanding law from a global perspective*, 2009) door Claudia Amodio.

Even terug naar het artikel van Benedettini en Nicita. Enige jaren terug ging er een schok door juridisch Frankrijk. Een rapport van de Wereldbank had het onomstotelijk aangetoond: de *common law* was beter voor de economie van een land dan de *civil law*. In het eerste van een reeks *Doing business* rapporten scoorde Frankrijk uitzonderlijk laag op criteria als 'employing workers' en 'registering property'. Het rapport was gebaseerd op een studie van de Harvard econoom La Porta en anderen. De methodologie van de onderzoeksrapporten is evenwel niet onomstreden gebleven, zoals blijkt uit een studie van Anne-Julie Kerhuel en Bénédicte Fauvarque-Cosson. In hun bijdrage aan de *Comparative law review* analyseren Benedettini en Nicita de kritiek. Hun conclusie is 'that different ideas about what institutional quality is can drive economic and law scholars (and so the methodological strategies) to very different, and even contrasting, measurements'.

(Comparative law review, uitgegeven door de Associazione italiana di diritto comparato, 2010; Anne-Julie Kerhuel en Bénédicte Fauvarque-Cosson, 'Is law an economic contest? French reactions to the Doing business World bank reports and economic analysis of the law', 57 *American Journal of Comparative Law* 811-830 (2009); R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes en A. Schleifer, 'The economic consequences of legal origins', 46 *Journal of economic literature* 285 (2008)).

(b) *Journal on European History of Law*

De *European Society for the History of Law* heeft de oprichting van haar *Journal on European history of law* aangekondigd. Blijkens het eerste nummer staat hierin de Centraal-Europese rechtsgeschiedenis centraal. In het bijzonder Hongarije en Tsjechië, maar ook het voormalige Oost-Duitsland en Oostenrijk krijgen de aandacht. Dat geschiedt afwisselend in het Duits en het Engels. In het eerste nummer zijn bijdragen opgenomen over Boheems familierecht, middeleeuws Hongaars recht, economisch

recht in de DDR, de *lex mercatoria* van Lübeck, het Tsjechische constitutionele hof, en middeleeuws Tsjechisch rechtspersonenrecht, alsook enige bijdragen van strafrechtelijke signatuur. Het tijdschrift wordt uitgegeven aan de Masaryk Universiteit in het Tsjechische Brno.

(*Journal on European History of Law*, Brno 2010-).

16. Voor onder de kerstboom

De formule is bekend. In de Kroniek Algemeen worden jaarlijks enige tientallen publicaties aangekondigd. Tien daarvan worden in de december-kroniek genomineerd en één wordt uiteindelijk uitverkoren. Criterium is niet welke invloed deze publicatie zal gaan krijgen – dan zou het zesdelige DCFR-commentaar van ruim 6500 pagina's (München: Sellier 2009) dit jaar een belangrijke kandidaat zijn. Waar het om gaat, is dat de lezer het boek graag cadeau doet aan het neefje dat overweegt om aan de VU een master Nederlands recht te gaan doen. Niet mee kunnen dingen die bundels waar uw kroniekschrijver, al is het maar zijdelings, bij betrokken was, zoals de Utrechtse handhavingsbundel onder redactie van Esther Engelhard, Ivo Giesen, Chantal Mahé en Martien Schaub (*Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Boom 2009, 329 p.).

Welke publicaties haalden de groslijst? Allereerst twee feestbundels: één Engelse voor Lord Bingham en een Oostenrijkse voor Helmut Koziol. Toegegeven, met soms wat zware kost voor onze Groningse neef, maar ook vol kleinoden. Dan een tweetal van die prachtige Engelse verzamelbundels, een met standaardarresten op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht en een andere over de vraag (vrij naar Hans Nieuwenhuis) waartoe het privaatrecht is op aarde. Voorts behoren een uittreerede, van Jan Brinkhof, een Duits *Habilitationschrift* van Philip Hellwege en een Belgische dissertatie, van Ruud Jansen, tot de genomineerde werken. Een pure onderwijspublicatie, van Frederik Swennen, ook uit België, belandde eveneens op onze lijst. Over dit boek schreef ik al: 'Dit is nu eens een boek dat een student – en ook de wat oudere lezer – met genoegen ter hand zal nemen. Wie vergeet

ooit de strekking van art. 375bis Belgisch BW, na lezing van het volgende: 'art. 375bis BW strekt er in essentie toe te waarborgen dat grootouders (of andere naasten) met hun kleinkinderen bij tijd en wijle eens een pannenkoek kunnen gaan eten'. Een toelichting op de keuze voor de andere nominaties laat ik achterwege, nu ik hun belang al in de afgelopen maanden heb aangegeven.

Dan naderen we de apotheose, want twee publicaties resteren nog: het alom bejubelde *Omstreden rechtswetenschap* van Jan Smits en *The Cambridge Companion to European Union Private Law* van Christian Twigg-Flesner. Ik houd het voor de prijs voor 2010 op dat laatste. Voor *Omstreden rechtswetenschap* moet men misschien nog iets verder gevorderd zijn in de studie. De *Cambridge companion* daarentegen zal de jongerejaars nu al boeien. Jan Smits hoeft er niet van wakker te liggen, want ook in de *Cambridge companion* verscheen een hoofdstuk van zijn hand.

(Mads Andenas en Duncan Fairgrieve (red.), *Tom Bingham and the transformation of the law/A liber amicorum*, Oxford: University Press 2009, 950 p.; Peter Apathy et al. (red.), *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*, Wenen: Jan Sramek 2010, 1543 p.; J.J. Brinkhof, *De Europese uitdaging voor rechtspraak, rechtswetenschap en onderwijs, afscheidsrede Utrecht*, Utrecht: Igitur (digitaal) 2010, 27 p.; Phillip Hellwege, *Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeäftslehre, Habilitationsschrift* Regensburg 2009, Tübingen: Mohr 2010, 677 p.; Ruud Jansen, *Beschikkingsonbevoegdheid* (diss. Antwerpen), Antwerpen: Intersentia 2009, 931 p.; Charles Mitchell en Paul Mitchell (red.), *Landmark cases in the law of tort*, Oxford: Hart 2010, 368 p.; Andrew Robertson, Tang Hang Wu (red.), *The goals of private law*, Oxford: Hart 2009, 516 p.; Jan Smits, *Omstreden rechtswetenschap/Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom 2009, 235 p.; Frederik Swennen, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen: Intersentia 2010, 505 p.; Christian Twigg-Flesner (red.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge: University Press 2010, 350 p.).

Europeanisering van vermogensrecht: een bespreking van de preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht

50

Deze bijdrage bevat een voorbespreking van de preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht en gewijd aan Europeanisering van vermogensrecht. Het preadvies van Keirse biedt een overzicht van ontwikkelingen op het terrein van Europeanisering van verbintenissenrecht, dat van Veder is gewijd aan de noodzaak van een Europese regeling van zekerheidsrechten op roerende zaken. Deze bespreking schetst de hoofdlijnen van beide preadviezen en plaatst deze in een breder perspectief.

1. Inleiding

De preadviezen voor de op 14 december 2010 te houden jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht handelen over Europeanisering van vermogensrecht. Beide preadviezen zijn van de hand van Utrechtse hoogleraren. Het eerste is van de hand van Anna Keirse en gaat in op het verbintenissenrecht. Het tweede is geschreven door Michael Veder en bespreekt de specifieke thematiek van de Europeanisering van zekerheid op roerende zaken. Het navolgende biedt een korte bespreking van beide preadviezen. Die bespreking dient twee doelen: naast het voorlichten van de lezer van *NTBR* over de inhoud van beide geschriften wordt ook een voorschot genomen op de bespreking ter vergadering. Voorop staat daarbij dat eenieder vooral ook zelf kennis moet nemen van de preadviezen van dit jaar: zij bieden veel stof tot nadenken en – ook gelet op de korte periode die ik had om deze bespreking te schrijven – niet alle door de preadviseurs besproken thema's en ingenomen standpunten komen in het navolgende aan de orde.

2. Het preadvies van Keirse: Europeanisering van verbintenissenrecht

De Vereniging voor Burgerlijk Recht legde de preadviseurs drie vragen voor: is er sprake van Europeanisering, hoe moet deze worden gekwalificeerd en wat zal de toekomst brengen? Aandacht voor deze vragen is terecht: in het afgelopen decennium is het aantal door de Europese wetgever uitgevaardigde richtlijnen en verordeningen op het terrein van het verbintenissen- en procesrecht sterk gegroeid. Bekend is de beeldspraak dat het Nederlands privaatrecht thans wordt ontworpen door (op zijn

minst) twee architecten (één in Den Haag en één in Brussel) zonder dat die al te veel met elkaar overleggen over wie wat doet. Wie, zoals de meeste Nederlandse juristen, gewend is aan een coherent en systematisch geordend privaatrecht, ziet dan dat het vertrouwde gebouw wordt uitgebouwd met niet passende elementen en soms zelfs tot in de fundamenten wordt aangetast. Keirse formuleert het voorzichtig en stelt dat de 'communicatie' tussen het verbintenissenrecht van de Europese Unie en dat van de Nederlandse wetgever en rechter 'niet optimaal' verloopt (p. 1). Daarmee bedoelt zij vooral dat fragmentatie en incoherentie door Europese invloed voortdurend dreigen. Keirse stelt terecht dat dit op zichzelf beschouwd geen probleem is: haar centrale stelling is dat verbrokkeling van een rechtssysteem onvermijdelijk is en dat de Nederlandse wetgever, rechter en geleerde die verbrokkeling niet lijdzaam moeten constateren, maar actief op zoek moeten gaan naar oplossingen. 'Europeanisatie is een werkwoord' is dan ook de titel van haar laatste hoofdstuk.

Voordat ik die stelling verder bespreek is het goed om in zeer grove trekken de inhoud van Keirse's preadvies te schetsen. De door haar gekozen opbouw is klassiek: ze bespreekt achtereenvolgens Europeanisering van en door regelgeving, van en door rechtspraak en van en door rechtswetenschap. Het eerste van dit drieluik (Europeanisering en regelgeving) wordt daarbij ruim opgevat als niet enkel de beïnvloeding van nationaal recht door dat van de Europese Unie, maar ook door het EVRM en andere verdragen of niet-bindende modelregels. Bij de beoefenaars van het nationale recht is de eerste vorm van Europeanisering wellicht het meest bekend, vooral door de in het Burgerlijk Wetboek geïmplementeerde richtlijnen die de Europese Unie op basis van art. 114 VwEU (het oude art. 95 EG-Verdrag) heeft uitgevaardigd. Keirse bespreekt die richtlijnen, maar gaat ook in op de initiatieven van de Europese Commissie om het *acquis* coherenter te maken en om een verdergaande harmonisatie te bereiken. Zo worden de recente plannen voor een, op basis van het Gemeenschappelijk Referentiekader voor een Europees privaatrecht (OGRK), te vervaardigen instrument van Europees verbintenissenrecht en voor een Richtlijn Consumentenrechten door Keirse uitgebreid beschreven.

In de op internationaal niveau al uitgebreid gevoerde discussie over deze initiatieven neemt Keirse ook stelling. Zo is zij – mijns inziens terecht – niet overtuigd van de noodzaak van een verdergaande harmonisatie van het contractenrecht. Daar pleiten immers overtuigende argumenten tegen, waaronder het respecteren van uiteenlopende preferenties in de lidstaten en het geringe

1. J. Smits is hoogleraar Europees privaatrecht aan de Universiteit Maastricht (Maastricht European Private Law Institute) en onderzoeks-hoogleraar Comparative Legal Studies aan de Universiteit van Helsinki.

empirische bewijs voor de stelling dat het aantal grensoverschrijdende transacties werkelijk wordt bevorderd door eenmaking van recht. Geheel bevredigend is het betoog voor mij echter niet waar Keirse stelt dat er wel *andere* argumenten voor harmonisatie zijn, namelijk van 'culturele, politieke of rechtswetenschappelijke aard' (p. 49). Welke argumenten dat precies zijn is uit het betoog niet onmiddellijk duidelijk. Haar oproep aan de Europese wetgever om hier kleur te bekennen en die niet-economische argumenten te gebruiken zal ook niet succesvol zijn: zij creëren immers geen bevoegdheid voor harmonisatie. Ten aanzien van de ontwerp-richtlijn Consumentenrechten uit 2008 volgt Keirse (p. 50) de heersende opvatting dat de daarin voorgestelde maximumharmonisatie niet gewenst is. Die zou immers leiden tot een lager beschermingsniveau in o.a. Nederland en de bijdrage van die maatregel aan de toename van het consumentenvertrouwen is niet evident.

Het is tegenwoordig onmogelijk te schrijven over het Europees privaatrecht zonder daarbij het OGRK te betrekken. Recent publiceerde de Europese Commissie een Groenboek over de stappen die na publicatie van dit OGRK nodig zijn. Keirse bepleit dat dit OGRK uitmondt in een optioneel instrument dat als 28^{ste} rechtsstelsel door partijen kan worden gekozen. Het zal dan wel de bestaande richtlijnen op het terrein van de consumentenbescherming moeten integreren. Keirse volgt hier de eerder ook door mij verwoorde opvatting dat als de regels van een dergelijk optioneel contractenrecht kwalitatief hoogwaardig zijn, de invoering ervan inzicht kan bieden in de mate waarin uniform recht gewenst is met instandhouding van de nationale rechtsstelsels. Wat Keirse niet zegt is dat de schoen hier wel eens kan wringen: de regels van het OGRK bieden lang niet altijd de progressieve (en van bestaand nationaal recht afwijkende) oplossingen die men zou wensen. Intussen gelooft Keirse (en straks zal blijken dat dit ook geldt voor Veder) in kleine stapjes: als het voor de politieke haalbaarheid nodig is om het optioneel instrument voorlopig alleen van toepassing te verklaren op grensoverschrijdende transacties (wat de politieke haalbaarheid van het project kan vergroten), vindt zij dat een 'pragmatische tussenoplossing' (p. 59).

Een interessante suggestie van Keirse is om op terreinen waar een optionele code geen rol kan spelen (zoals het aansprakelijkheidsrecht), de Europese Unie kan bijdragen aan een Europese rechtscultuur door 'beleidslijnen' uit te zetten (eventueel met gebruikmaking van de door de Europese Unie bepleite 'open methode van coördinatie'). Zo kan de Europese Commissie uitdragen dat het 'alles-of-niets' denken moet plaatsmaken voor een proportionele benadering of dat het voorzorgsbeginsel in alle lidstaten zou moeten worden aanvaard (p. 87). Vraag is natuurlijk hoe dit voorstel zich verhoudt tot de ook door Keirse aanvaarde verschillen in preferenties tussen rechtsculturen: indien wetgever of hoogste rechter in één van de 28 Europese rechtsstelsels oordeelt dat een

alternatieve benadering de betere is, moet dat worden geaccepteerd. De Europese rechtscultuur waarvan zij rept bestaat voor mij veel meer in aanvaarding van diversiteit dan in het opleggen van eenheid. Dat betekent dat nationale rechters (die vaak als eersten geroepen zijn om innovatieve oplossingen te vinden) weliswaar inspiratie kunnen putten uit bepaalde gezichtspunten, maar niet omdat de uitvoerende macht dat wenst. In China – waar ik deze bespreking schrijf – worden de door de wetgever gegeven wetten doorgaans kort na afvaardiging bij wege van administratieve verordeningen 'uitgelegd' en de rechter (veeleer een ambtenaar dan een onafhankelijk jurist) volgt die beleidslijnen bij het beslissen van concrete geschillen. In onze rechtscultuur zal de nationale rechter zich door dergelijke beleidslijnen niet laten beïnvloeden. Ik wil niet suggereren dat Keirse het Chinese model voorstaat, maar ik ben wel huiverig voor een uitvoerende macht die rechters suggereert op een bepaalde manier te oordelen.

Het tweede, veel kortere, luik van het preadvies gaat in op Europeanisering van en door rechtspraak. Het biedt een overzicht van enkele in het oog springende tendensen. Terecht stelt Keirse dat het niet de Europese rechters in Luxemburg en Straatsburg zijn die hier de belangrijkste rol vervullen, maar de *nationale* rechters. Hier valt nog veel te wensen want die rechters zijn zich lang niet altijd bewust van hun Europese mandaat. Belangrijk is mijns inziens vooral dat, los van de *plicht* om Europees recht toe te passen, de nationale rechter ook vrijwillig beziet hoe elders over soortgelijke problemen wordt geoordeeld en zich dus rechtsvergelijkend laat inspireren. Dat is eens te meer van belang waar de rechter Europese richtlijnen en verordeningen moet interpreteren: kennisname van interpretaties door collega-rechters in andere landen kan dan zeer nuttig zijn. Keirse stipt dit punt kort aan (p. 69), maar het is voor mij de kern: een werkelijk Europese rechtscultuur vereist dat rechtsvergelijkende inspiratie een tweede natuur is, niet om tot dezelfde uitkomst te komen als in een ander land werd aanvaard, maar om te leren van elders gebruikte argumenten.

Het derde luik bespreekt Europeanisering van en door rechtswetenschap. Dat is een dankbaar onderwerp en Keirse gaat in op de diverse wetenschappelijke samenwerkingsprojecten (zoals het Trento Common Core-project, de *Ius Commune Casebooks* en het vervaardigen van Europese beginselen) die de afgelopen jaren zijn ondernomen. Ook Keirse aanvaardt de visie van de Europese academici die de gemeenschappelijke Europese rechtstraditie nieuw leven willen inroepen. Wat opvalt is dat ze daarbij bijna geen aandacht besteedt aan onderwijs. Voor mij staat en valt het tot stand komen van een Europese rechtscultuur met een veel internationaler vorm van juridisch onderwijs dan thans gebruikelijk is. Ik denk dat in het komende decennium andere juridische faculteiten in Europa het voorbeeld van de Universiteit Maastricht zullen volgen en de stap gaan zetten naar een werkelijk Europees curriculum dat opleidt tot een Europese jurist.

Maar ook in het onderwijzen van Nederlands recht dient mijns inziens vanaf de eerste dag van de opleiding de student te leren dat Nederlands recht niet zaligmakend is en dat alternatieve oplossingen bestaan voor juridische vragen.

Het drieluik van Keirse kent geen scherpe scheidslijnen: zij stelt in hoofdstuk 5 terecht dat alle drie de actoren nauw op elkaar betrokken (moeten) zijn wil Europeanisering succesvol zijn. Ter vergadering zal nog wel belangrijk zijn om de preadviseur te vragen waar zij nu precies staat als het gaat om de gewenste mate van harmonisatie. Enerzijds lijkt zij (net als ik) voorstander van een argumentatieve Europese rechtsgemeenschap, wat in mijn visie betekent dat concrete uitkomsten nog sterk van elkaar kunnen verschillen zolang maar in Europa grotendeels identieke argumenten worden gebruikt. Anderzijds lijkt Keirse het belang van rechtseenheid hoog in te schatten. Op p. 84 heet het: 'Wil men rechtseenheid, dan zal een bevoegde wetgever het recht met exclusiviteit moeten sanctioneren.' Maar beide tegelijk nastreven kan niet. Ik geloof zelf niet dat rechtseenheid nog door de nationale Staat kan worden bewerkstelligd: dat is het noodzakelijk gevolg van het feit dat recht in toenemende mate uit verschillende bronnen voortvloeit.

3. Het preadvies van Veder: tussen zekerheid en bescheidenheid

Waar het preadvies van Keirse in brede trekken enkele belangrijke aspecten van het Europees privaatrecht bespreekt, gaat Veder in op één specifiek thema: bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken. Volgens Veder – en daar lijken inderdaad aanwijzingen voor te bestaan – worden verschillen tussen goederenrechtelijke stelsels op dit vlak door partijen vaak gezien als ernstige belemmeringen voor grensoverschrijdende transacties. Toch is harmonisatie juist hier lastig: van het goederenrecht wordt vrij algemeen aangenomen dat het diep verankerd is in systemen van nationaal recht. Het Europese *acquis* op het vlak van het privaatrecht betreft dan ook bijna geheel het verbintennisrecht. En hoewel het OGRK ook het zekerhedenrecht bestrijkt, is het niet waarschijnlijk dat het deel zal uitmaken van het 'politieke' GRK waaraan thans wordt gewerkt door een deskundigengroep benoemd door de Europese Commissie. De door Veder in dit preadvies uitgewerkte these is dat ingrijpen van de Europese wetgever echter wel degelijk gewenst is.

De juridische obstakels in een grensoverschrijdende handels- en financieringstransactie zijn legio. Veder laat goed zien dat wanneer roerende zaken als zekerheid worden gegeven voor verstrekt (leveranciers)krediet, dat doorgaans gebeurt op een wijze waarbij de roerende zaken in de macht van de zekerheidsgever blijven, zoals in Nederland bij het bezitloos pandrecht. Maar in Europa bestaan grote verschillen in de wijze waarop dergelijke 'non-possessory security rights' worden vormgegeven. Naast die verschillen in substantieel recht verschillen

ook nog eens de regels van internationaal privaatrecht waardoor, als een zaak waarop een zekerheidsrecht rust in een ander land terecht komt, de status van dat recht onzeker wordt. Zelfs is denkbaar dat het zekerheidsrecht in dat geval in het geheel niet wordt erkend, met alle gevolgen van dien (zoals kan gebeuren met een naar Duits recht gevestigd eigendomsvoorbehoud op een zaak die in Spanje belandt). Ook buitenlands executie- en insolventierecht kan roet in het eten gooien van de zekerheidsnemer.

Veder beschrijft hoe de Europese Commissie al sinds 1973 tracht om voor deze problemen een oplossing te vinden. Dat is tot nu toe tevergeefs geweest. Het meest vergaande voorstel was om een Europees registratiesysteem van zekerheidsrechten te creëren, het meest recente dat om de lidstaten te verplichten een naar het recht van een ander land totstandgekomen eigendomsvoorbehoud in eigen land te erkennen. Maar zelfs dat laatste weinig vergaande voorstel resulteerde uiteindelijk slechts in de plicht van de lidstaten om, indien een eigendomsvoorbehoud werd overeengekomen, er voor te zorgen dat de verkoper eigenaar blijft tot betaling van de prijs plaatsvond (art. 4 Richtlijn bestrijding betalingsachterstanden uit 2000). Dat is een regel die de meeste lidstaten sowieso al kenden.

Dat zelfs geen overeenstemming kon worden bereikt over de erkenning van een nationaal eigendomsvoorbehoud in een andere lidstaat staat er voor Veder niet aan in de weg om toch te pleiten voor nieuwe Europese maatregelen. Hij suggereert er twee (p. 247 v.). De eerste is om, voortbouwend op dit richtlijnvoorstel, uniforme verwijzings- en erkenningsregels te maken zodat verscheidenheid van recht niet leidt tot een verval van rechten. Het vrije verkeer van goederen, diensten en kapitaal brengt mee dat door de enkele overschrijding van een landsgrens een bestaand zekerheidsrecht niet teloor mag gaan of zelfs maar andere consequenties heeft in een ander land. Veder ziet dat als een 'klein stapje in de goede richting' (p. 151).

De tweede suggestie volgt het voorstel van Karl Kreuzer, die al in 1990 poneerde dat een Europees zekerheidsrecht zou moeten worden gecreëerd *in aanvulling op* de bestaande nationale zekerheidsrechten. Daarmee zijn we terug bij het pleidooi van Keirse voor een optionele code. Maar waar Keirse zich beperkt tot het contractenrecht bepleit Veder om een dergelijk 28^{ste} stelsel te maken voor een zekerheidsrecht op roerende zaken. Dat ligt natuurlijk een stuk lastiger omdat een dergelijk recht ook jegens derden heeft te gelden en dus een eigen plaats moet krijgen in de nationale stelsels van (rangorde van) bestaande zekerheidsrechten. Om dat recht overal in Europa dezelfde plaats te geven ten opzichte van lokale rechten – iets dat waarschijnlijk harmonisatie van het executie- en insolventierecht zou vereisen – is een utopie, zoals Veder terecht schrijft. Maar dat is ook niet nodig: als bekend is hoe elk nationaal recht een dergelijk Europees recht plaatst in de nationale rangorde, kan al

belangrijke winst worden geboekt. Ook hier oordeelt Veder dat een kleine stap vooruit beter dan een groots project dat waarschijnlijk mislukt. Vraag blijft wel in hoeverre Veder zelf gelooft in de levensvatbaarheid van dit voorstel: de ervaring met harmonisatie van goederenrecht tot nu toe belooft niet veel. Ik stem overigens zelf graag in met Veders voorstel: ook op het terrein van het goederenrecht is een optioneel 28^{ste} stelsel wenselijk, zij het dat invoering ervan meer werk vereist van de lidstaten.

4. Ten slotte

Beide preadviezen zijn vlot leesbaar en bieden veel aan de niet in het debat ingevoerde lezer. Voor mij ligt de waarde van de geboden beschouwingen vooral in de beschrijving van enkele belangrijke discussies op het terrein van het Europees privaatrecht. Keirse biedt een fraai overzicht van die discussies en Veder bepleit op overtuigende wijze de noodzaak van invoering van een Europees zekerheidsrecht op roerende zaken. Ik heb wel de indruk dat beide preadviseurs zich hebben bewogen buiten hun oorspronkelijke opdracht (of in elk hun preadvies een titel mee hebben gegeven die de lading niet dekt). De titel 'Europeanisering van vermogensrecht' wekt de indruk dat wordt geschreven over de *invloed* van Europees recht op nationaal recht. Dat is een specifieke deelvraag van de discipline van het Europees privaatrecht, waarover zowel in Nederland (ik noem Hartkamps deel in de Asser-serie uit 2008 getiteld 'Europees recht en Nederlands vermogensrecht') als in andere landen inmiddels specifieke studies bestaan. Ik begon aan lezing in de verwachting dat de preadviseurs aan die discussie zouden bijdragen, maar dat is slechts in beperkte mate het geval. Ik noem twee thema's die handelen over die invloed, maar waarvoor aandacht in de preadviezen bijna geheel ontbreekt. Wellicht dat daar ter vergadering nog op kan worden ingegaan.

In de eerste plaats is er de vraag hoe moet worden omgegaan met de door Europeanisering aangetaste coherentie van het nationale privaatrecht. Keirse beschrijft die fragmentatie wel, maar is van oordeel dat na een periode van 'chaos' een nieuwe ordening zal plaatsvinden. *Europeaniseren* is inderdaad een werkwoord, maar de vraag is wel er nu precies moet gebeuren om die nieuwe ordening tot stand te brengen. Keirse veronderstelt dat nationaal recht en Europees recht uiteindelijk

op één en dezelfde noemer kunnen worden teruggebracht en dat daartoe actief tegen die fragmentatie moet worden opgetreden door wetgever, rechter en academicus. Maar dat is niet vanzelfsprekend: een andere visie, verwoord door o.a. de Duitse hoogleraar Ralf Michaels (maar ook door mij), luidt dat fragmentatie onvermijdelijk is, dat die in de toekomst alleen nog maar zal toenemen, en dat daarom niet zozeer moet worden getracht om een nieuw coherent systeem te maken, maar veeleer een alternatief voor coherentie moet worden gezocht. Als de functies van coherentie zijn om rechtseenheid en rechtszekerheid te bewerkstelligen, kunnen die functies wellicht ook op andere wijze worden bevredigd. Ik denk dat door Europeanisering van recht de verantwoordelijkheid voor rechtseenheid en rechtszekerheid steeds minder bij (nationale) wetgever en rechter komen te liggen, maar verschuift naar de partijen zelf. Een optionele code (of een verruimde mogelijkheid van rechtskeuze voor een nationaal stelsel) kan daarbij een belangrijke rol vervullen: partijen creëren zo hun eigen rechtszekerheid.

Ten tweede is er de vraag naar het juiste niveau van regulering. Zodra privaatrecht niet langer enkel uit nationale bron vloeit, maar ook afkomstig is van de Europese wetgever en is neergelegd in internationale verdragen (zoals het Weens Koopverdrag) en in private regulering, is belangrijk om na te gaan of bepaalde onderwerpen beter op het ene of het andere niveau van regulering kunnen worden geregeld. Keirse stipt dit punt wel aan (p. 81), maar de 'toetsingsmaatstaf' die zij ontwikkelt blijft abstract. De door haar genoemde factoren (o.a. effectiviteit, bevordering van gewenst gedrag, aansluiting bij wat elders gebeurt, efficiëntie, sociaal welzijn, rechtszekerheid, billijkheid en de methode van rechtsvinding) zijn te algemeen om het niveau van regulering vast te stellen. In de internationale literatuur is hierover meer nagedacht, maar op dit terrein valt nog steeds veel te onderzoeken. Het is overigens evident dat bij de beantwoording van dit soort vragen van 'multilevel governance' ook de legitimiteit van de regeling een belangrijke rol speelt. Dat betekent mijns inziens niet dat al die nieuwe bronnen van privaatrecht moeten voldoen aan dezelfde eisen die traditioneel worden gesteld aan een burgerlijk wetboek (namelijk dat die op democratische wijze tot stand komt met instemming van een nationaal parlement), maar aan welke eisen dit postnationale privaatrecht dan wel moet voldoen, is een belangrijke vraag. Ik zie uit naar de discussie ter vergadering.

Verdelingsbeslagen, een studie naar het deelgenotenbeslag en het maritaal beslag

S. Perrick¹

Recensie diss. M.L. Tuil, *Verdelingsbeslagen, een studie naar het deelgenotenbeslag en het maritaal beslag*

In deze recensie wordt uitgebreid aandacht besteed aan het proefschrift 'Verdelingsbeslagen. Een studie naar het deelgenotenbeslag en het maritaal beslag' waarop mr. M.L. Tuil op 17 april 2009 in Rotterdam is gepromoveerd. Met de term 'verdelingsbeslagen' wordt bedoeld op het in art. 733 Rv geregelde deelgenotenbeslag en het in art. 768 e.v. Rv geregelde maritaal beslag. De fundamentele kritiek van de recensent is dat de promotus zich niet heeft beperkt waar dat aangewezen was en een aantal belangrijke vragen die het onderwerp van de dissertatie oproept, niet beantwoordt.

1. Op 17 april 2009 is mr. M.L. Tuil in Rotterdam gepromoveerd op het proefschrift *Verdelingsbeslagen, Een studie naar het deelgenotenbeslag en het maritaal beslag*. Als promotores traden op prof. mr. A.I.M. van Mierlo en prof. mr. A.J.M. Nuytinck.

Met de term *verdelingsbeslagen* duidt Tuil aan het in art. 733 Rv geregelde deelgenotenbeslag en het in art. 768 e.v. Rv geregelde maritaal beslag. Het boek inclusief registers en literatuuropgave beslaat ongeveer 490 pagina's en is daarmee aanzienlijk omvangrijker dan het onderwerp rechtvaardigt. Het proefschrift telt elf hoofdstukken. In de hoofdstukken III tot en met XI behandelt Tuil de negen door hem in nr. 2 geformuleerde onderzoeksvragen, te weten:

1. Hoe passen de beide verdelingsbeslagen in het stelsel van conservatoire maatregelen dat bestaat in het kader van (de verdeling van) de gemeenschap?
2. Welke goederen zijn vatbaar voor verdelingsbeslag?
3. Door welke personen kan onder welke omstandigheden een verdelingsbeslag worden gelegd?
4. Wie geldt bij een verdelingsbeslag als beslagene en wat is de positie van deelgenoten die noch als beslaglegger noch als beslagene worden aangemerkt?
5. Hoe verloopt de procedure tot het verkrijgen van een beslagverlof?
6. Welke procedure geldt als eis in de hoofdzaak?
7. Wat zijn de rechtsgevolgen van een verdelingsbeslag?
8. Wanneer is een verdelingsbeslag onrechtmatig?
9. Hoe eindigt een verdelingsbeslag?

Tuil meent dat bij de beantwoording van deze vragen ook de materieelrechtelijke context van een verdelingsbeslag onder ogen moet worden gezien. Deze context bestaat volgens Tuil uit twee componenten. Enerzijds de bevoegdheidsverdeling tussen de deelgenoten, anderzijds

de verdeling van de gemeenschap. Tuil motiveert deze keuze als volgt:

'De bevoegdheidsverdeling tussen de deelgenoten is niet alleen van belang omdat de verdelingsbeslagen de bevoegdheden van de deelgenoten inperken, maar ook omdat de bevoegdheidsverdeling tussen de deelgenoten op tal van punten de processuele positie van de deelgenoten bepaalt. De verdeling van een gemeenschap is van belang, omdat door de verdeling de rechten die het deelgenotenbeslag probeert te waarborgen, moeten worden geëffectueerd.'

Hoofdstuk I 'Bevoegdheden en bestuursverdeling' beslaat een kleine 100 pagina's en hoofdstuk II 'Verdeling van de gemeenschap' telt ruim 90 pagina's. In hoofdstuk I, nr. 7 motiveert Tuil de noodzaak van dit hoofdstuk nader:

'Het doel van dit proefschrift is de beschrijving van de werking van het deelgenotenbeslag en het maritaal beslag. Voordat ik daaraan kan toekomen, moet ik de vraag beantwoorden hoe een verhaalsbeslag op een gemeenschapsgoed kan worden gelegd. Bij deze vraag zijn drie zaken van groot belang. Dit zijn de bestuursverdeling die geldt voor de gemeenschap, het al dan niet afgescheiden zijn van het vermogen van de gemeenschap en de vraag hoe de gemeenschap in rechte kan optreden of in rechte kan worden betrokken.'

De lezer zal deze stelling in ieder geval op die plaats niet kunnen beamen. In de Inleiding en vraagstelling, nr. 1, heeft Tuil over het eigenlijke onderwerp van zijn dissertatie niet meer gemeld dan: *'Om te waarborgen dat de gemeenschapsgoederen voor de verdeling behouden blijven, kent de wet naast enkele andere conservatoire maatregelen een tweetal bijzondere beslagen. Dit zijn het in artikel 733 Rv geregelde deelgenotenbeslag en het in art. 768 e.v. Rv geregelde maritaal beslag. Deze twee beslagen zal ik aanduiden als verdelingsbeslagen. Deze verdelingsbeslagen vormen het onderwerp van dit proefschrift.'*

De zeer uitvoerige behandeling van de 'Bevoegdheden en bestuursverdeling' en de 'Verdeling van de gemeenschap' in de hoofdstukken I en II wordt naar mijn mening in het geheel niet gerechtvaardigd door het verband met het eigenlijke onderwerp zoals ook duidelijk wordt na kennisneming van de hoofdstukken III e.v. Daarbij steekt schril af de behandeling van wat één van de belangrijkste onderdelen van het proefschrift zou moeten zijn: 'De rechtsgevolgen van het beslag' in het slechts ongeveer 20 pagina's tellende hoofdstuk IX.

Een nadere motivering voor de zeer uitgebreide behandeling van de bevoegdheden van de deelgenoten en bestuursverdeling en de verdeling van de gemeenschap ontbreekt. Tuil zou er beter aan hebben gedaan om waar de bevoegdheden van de deelgenoten en de bestuursverdeling tussen de deelgenoten en de verdeling van belang zijn voor zijn eigenlijke onderwerp hieraan in het desbe-

1. S. Perrick is advocaat te Amsterdam (steven.perrick@freshfields.com).

treffende hoofdstuk kort aandacht te besteden. Dit geldt in het bijzonder voor hoofdstuk I dat nogal in de lucht hangt. Het zou de inzichtelijkheid ten goede zijn gekomen als hij het bestuur van de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap uitsluitend in het kader van het maritaal beslag zou hebben behandeld en het bestuur van de gemeenschap waarop Titel 3.7 BW van toepassing is, daaronder begrepen de 'liquidatiegemeenschap', bij het deelgenotenbeslag. De lezer zou ook dan niet uit het oog behoeven te verliezen dat Titel 3.7 BW ook van toepassing kan zijn in het kader van een maritaal beslag. Namelijk bij wat Tuil noemt, 'postmaritaal beslag' en bij het beslag op gemeenschappelijke goederen, die niet tot een huwelijksgemeenschap behoren. Zie voor dat laatste hierna onder 6, slot. Noch in het toch zeer uitgebreide hoofdstuk I noch elders stelt Tuil aan de orde of een verdelingsbeslag kan worden gelegd in geval de ontbonden huwelijksgemeenschap formeel wordt vereffend en zo ja wat daarvan de gevolgen zijn voor de bevoegdheden van de vereffenaar(s). Ook wordt niet de vraag aan de orde gesteld of een deelgenotenbeslag kan worden gelegd indien een nalatenschap formeel wordt vereffend en zo ja wat daarvan de gevolgen zijn voor de bevoegdheden van de vereffenaar(s). En dat zijn niet de enige belangrijke kwesties die Tuil niet aan de orde stelt.

Ook zou in de Inleiding de vraag aan de orde moeten komen of er voldoende rechtvaardiging is voor de gezamenlijke behandeling van het deelgenotenbeslag en het maritaal beslag onder de noemer verdelingsbeslagen. Ik denk dat het antwoord op die laatste vraag bevestigend kan luiden omdat vele van de behandelde vragen bij beide beslagen spelen.

Overigens maakt Tuil bij de analyse van beide verdelingsbeslagen telkens een vergelijking met het verhaalsbeslag op gemeenschapsgoederen. Daarbij behandelt hij de vragen die daarbij spelen en neemt hij in het algemeen een duidelijk standpunt in. Daardoor is het boek ook van belang voor het verhaalsbeslag op gemeenschapsgoederen.

Ik stel hierna een aantal vragen aan de orde die een verdelingsbeslag oproept en die voor een belangrijk gedeelte ook door Tuil aan de orde worden gesteld.

Ik tracht mijn kritiek op een zodanige wijze in te bedden in de behandeling van het desbetreffende onderwerp door Tuil, dat de lezer van deze recensie het verschil van mening tussen Tuil en mij, en hopelijk het belang daarvan, zonder raadpleging van het proefschrift kan verstaan.

2. Ik acht hoofdstuk I over 'Bevoegdheden en bestuursverdeling' het minst toegankelijk. Dat komt allereerst doordat Tuil wat hij noemt twee 'grondvormen' van de bestuursverdeling per 'grondvorm' wil behandelen voor de drie typen gemeenschap die hij onderscheidt, te weten: de *bijzondere gemeenschap* van art. 3:189 lid 1 BW, waarop Titel 3.7 niet van toepassing is, de *eenvoudige gemeenschap* waarop Afd. 3.7.1 van toepassing is (en Afd. 3.7.3, toevoeging, SP) en de *liquidatiegemeenschap* waarop ook Afd.

3.7.2 van toepassing is (en Afd. 3.7.1 slechts voor zover daarvan in Afd. 3.7.2 niet is afgeweken en Afd. 3.7.3, toevoeging, SP). Een 'bijzondere gemeenschap' die in het kader van het maritaal beslag van belang is, is de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap. De ontbonden huwelijksgemeenschap is een liquidatiegemeenschap die in het kader van het deelgenotenbeslag van belang is maar ook in het kader van het (post) maritaal beslag. De andere belangrijke liquidatiegemeenschap is de gemeenschap van de nalatenschap.

De twee grondvormen van de bestuursverdeling die Tuil onderscheidt, zijn de volmacht en de machtiging. Hij definieert in nr. 19 de machtiging als volgt: *'Een machtiging is de toestemming van de rechthebbende van een goed aan een derde (de gemachtigde), die ertoe leidt dat de derde naar buiten toe bevoegd wordt om één of meer bevoegdheden die aan het goed zijn verbonden, uit te oefenen, zonder dat de derde hiermee krachtens volmacht handelt.'* In nr. 34 wordt vermeld dat in de *'wettelijke bestuursverdelingen [] telkens de vorm van volmacht of machtiging te herkennen [is]. Bij de huwelijksgemeenschap kiest de wet bijvoorbeeld voor de machtiging.'* Van een in nr. 19 bedoelde toestemming van de rechthebbende is dan uiteraard geen sprake. In nr. 48, slot herhaalt Tuil dat het bestuur van de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap op een machtiging is gebaseerd. *'Dit betekent dat de echtgenoten in eigen naam kunnen handelen. In zoverre bestaat geen principieel verschil tussen de huwelijksgemeenschap en andere gemeenschappen.'* Dit is niet onmiddellijk duidelijk. Ik neem aan dat hier een verband moet worden gezocht met nr. 58 waar Tuil een geval vermeldt waarbij een schuld die een deelgenoot van een (andere) gemeenschap 'op basis van machtiging' is aangegaan, toch op een goed van de gemeenschap kan worden verhaald (in de naar mijn mening onzuivere terminologie van Tuil: *'waarbij de deelgenoten op basis van machtiging de gemeenschapsgoederen voor gemeenschapsschulden kunnen verbinden.'*). Het gaat hier om een uitzondering namelijk het geval van de schuld aan de begrafenisondernemer die door een deelgenoot is aangegaan zonder dat hij daarbij de andere deelgenoten heeft vertegenwoordigd. Deze schuld valt onder de 'kosten van lijkbezorging' als bedoeld in art. 4:7 lid 1 onder b BW en kan op goederen van de gemeenschap van de nalatenschap worden verhaald.

Ik begrijp dat Tuil de bevoegdheid die wordt ontleend aan een beheersregeling als een bevoegdheid krachtens volmacht aanmerkt. Dat is onjuist in aanmerking genomen de essentiële verschillen. Ik noem het privaatieve karakter van de beheersregeling en ook de verschillen bij overgang en einde. Zie Asser/Perrick 3-IV, nr. 11. Verwarrend is het om in nr. 35 'privatief bestuur' te noemen de situatie die het gevolg is van de volmacht die de deelgenoten aan één of enkelen van hen verlenen.

De vraag waar de bestuursverdeling een rol speelt bij een verdelingsbeslag wordt door Tuil niet in hoofdstuk I behandeld. De vraag speelt een zekere rol in hoofdstuk VI, zie hierna onder 4.

Wat is de relevantie voor het onderwerp van de dissertatie van de belangrijkste kwesties die overigens in hoofdstuk I aan de orde komen: het verbinden van de privégoederen van de deelgenoten, het afgescheiden vermogen en de gemeenschap als procespartij? Onder meer aan de gemeenschap als procespartij wijdt Tuil overigens interessante beschouwingen, maar die zijn voor het onderwerp van het proefschrift niet van belang nu daarbij de gemeenschap als procespartij niet aan de orde is.

3. In hoofdstuk II, nr. 278, verdedigt Tuil dat een verdeling een obligatoire overeenkomst van toedeling is. Ik ben door zijn argumenten niet overtuigd en wil op deze plaats volstaan met enkele opmerkingen. De eerste is dat deze definitie dan ook zou moeten doorwerken in wat verdeling betekent in art. 3:185 lid 1 BW dat de rechter bevoegd verklaart de verdeling tot stand te brengen. Verdelen betekent ook daar naar mijn mening het aanwijzen bij toedeling welke goederen in ieders aandeel vallen. Zie Asser/Perrick 3-IV, nr. 129. Het is dan ook consequent, maar daarom niet minder onjuist, dat Tuil in nr. 374 aanneemt dat als de rechter de verdeling vaststelt, hij de inhoud van de overeenkomst vaststelt: *'Stelt de rechter de verdeling vast, dan stelt hij de inhoud van deze overeenkomst vast. De deelgenoten worden door de rechterlijke vaststelling van de verdelingsovereenkomst verplicht te handelen alsof zij deze overeenkomst zelf hebben gesloten.'* Je zou denken dat er dan eerder van een gelasten van de wijze van verdeling door de rechter sprake is waartoe art. 3:185 lid 1 BW de rechter eveneens bevoegd verklaart. Maar ook over wat dat gelasten van de verdeling inhoudt, heeft Tuil zo zijn eigen opvatting. Zie nr. 365. De rechter bepaalt niet aan welke deelgenoot een goed moet worden toebedeeld, nee, dit gelasten houdt volgens Tuil niet meer in dan dat de rechter één van de mogelijke wijzen van verdeling die art. 3:185 lid 2 BW noemt, gelast. Ook deze opvatting komt mij onjuist voor. De figuur van het gelasten van de verdeling komt vooral voor wanneer van een rechter bezwaarlijk gevegd kan worden dat hij de verdeling uitputtend tot stand brengt.

Bij het formuleren van zijn eigen definitie van verdelen, lijkt Tuil voorts over het hoofd te zien dat ook de Hoge Raad een onderscheid maakt tussen de obligatoire overeenkomst tot verdeling en de overeenkomst van verdeling. Zie HR 7 april 1995, NJ 1996, 499, welk arrest Tuil overigens niet vermeldt.

De relevantie van de definitie van verdeling voor het onderwerp van het proefschrift stelt Tuil niet expliciet aan de orde in het vervolg van zijn betoog. Ook niet in hoofdstuk XI in het kader van de 'reguliere' afwikkeling van het beslag 'via de verdeling en de daarop volgende levering' (nr. 966). Wel leidt zijn naar mijn mening onjuiste definitie van verdeling tot een onjuiste vraagstelling in subparagraaf 4.3.1 van hoofdstuk XI met het kopje 'Recht op levering krachtens de verdeling versus andere rechten op een gemeenschapsgoed'. Tuil benadert deze

problematiek in nrs. 940 vanuit art. 3:298 BW over botsonde rechten op levering. Een deelgenoot aan wie een goed is toebedeeld maar nog niet geleverd, is echter geen schuldeiser als bedoeld in art. 3:298 BW.

4. In hoofdstuk VI onderzoekt Tuil de vierde onderzoeksvraag. Bij de beantwoording van de vraag wie bij een verdelingsbeslag als beslagene geldt, blijkt de bestuursverdeling slechts een ondergeschikte rol te spelen. Voor het maritaal beslag komt Tuil in nr. 749 tot de naar mijn mening juiste conclusie dat de echtgenoot-niet-beslaglegger als beslagene geldt. Deze echtgenoot kan, maar hoeft niet bestuursbevoegd te zijn ten aanzien van het beslagen goed en ook de beslaglegger kan maar hoeft niet bestuursbevoegd te zijn.

Bij het deelgenotenbeslag speelt de bestuursbevoegdheid in de beschouwingen van Tuil een zekere rol bij de beantwoording van de vraag onder welke deelgenoot beslag kan worden gelegd op een roerende zaak die niet registergoed is. Zie nrs. 741 e.v. Voor het begrip van de lezer van het bestuur van de 'liquidatiegemeenschap' is voldoende de opmerking in nr. 746 dat voor deze gemeenschap in beginsel collectief bestuur geldt. Overigens is mij niet duidelijk hoe voor deze gemeenschap het privaat bestuur kan gelden waarvan in nr. 747 wordt uitgegaan. Van een beperkt privaat bestuur door een deelgenoot, of derde, kan bij een gemeenschap waarop Titel 3.7 BW van toepassing is, en die is bij het deelgenotenbeslag aan de orde, uitsluitend sprake zijn als een beheersregeling tussen de deelgenoten hem daartoe bevoegd heeft gemaakt. Of doelt Tuil hier op de door hem in noot 40 genoemde mogelijkheid van een privaatieve last als bedoeld in art. 7:423 BW voor een 'bestuursverdeling die is ingesteld op grond van machtiging'? Voor de 'beschikkingshandelingen' bedoeld in art. 3:170 lid 3 BW kan overigens geen privaat bestuur gelden, ook niet op grond van een beheersregeling. Dat betekent naar mijn mening dat ook in geval een deelgenoot op grond van een beheersregeling privaat beheersbevoegd is, geldt dat '[v]an elke gemeenschappelijke zaak [] in beginsel alle deelgenoten (middellijk) houder (en bezitter) [zijn]' en dat *'in beginsel onder alle deelgenoten beslag kan worden gelegd'*. Het feit dat een deelgenoot niet als beslagene kan worden aangemerkt, staat er naar mijn mening niet aan de weg dat ook deze deelgenoot gedaagde is de 'procedure in de hoofdzaak'. Wat Tuil hiervan vindt, is mij niet duidelijk geworden. In nr. 736 lees ik nadat hij heeft opgemerkt dat de vordering tot verdeling niet tegen alle deelgenoten hoeft te worden ingesteld: *'Dit betekent ook dat als beslagene alleen geldt de deelgenoot tegen wie de vordering van art. 3:178/180 BW zal worden ingesteld.'* In nr. 737 vervolgt hij: *'Als deelgenotenbeslag wordt gelegd en de vordering tot verdeling niet tegen alle deelgenoten wordt ingesteld, is het de vraag wat de positie van de deelgenoten is tegen wie de vordering tot verdeling niet wordt ingesteld.'* Uit de eerste passage zou kunnen worden afgeleid dat Tuil ten onrechte meent dat de vordering tot

verdeling niet kan worden ingesteld tegen een deelgenoot die niet beslagene is.

5. In hoofdstuk III ('Het stelsel van conservatoire maatregelen') schetst Tuil op een heldere wijze het stelsel van conservatoire maatregelen die het recht in het kader van (de verdeling van) de gemeenschap kent. Daarbij besteedt hij in nrs. 489 e.v. aandacht aan de twee soorten bewind die naar zijn mening in het kader van verdeling van de gemeenschap van belang zijn. Hij noemt allereerst art. 3:168 lid 2 BW op grond waarvan de kantonrechter in het kader van een daar bedoelde regeling goederen van de gemeenschap onder bewind kan stellen. Dit bewind noemt Tuil 'beheer(s)bewind' en onderscheidt hij van het andere bewind dat op grond van art. 710 Rv kan worden ingesteld. Hij constateert terecht dat het beheerbewind niet kan voorzien in de in art. 3:170 lid 3 BW bedoelde 'beschikkingshandelingen'. Vgl. Asser/Perrick 3-IV, nr. 14 waar ik tot de conclusie kom dat een onderbewindstelling van goederen van de gemeenschap eigenlijk geen toegevoegde waarde heeft. De bevoegdheden bedoeld in art. 3:170 lid 3 BW kan de rechter wel op basis van art. 710 Rv aan de bewindvoerder toekennen. Onderbewindstelling op grond van deze bepaling is slechts mogelijk '[i] *Indien over één of meer goederen geschil bestaat aan wie van twee of meer partijen zij toekomen*'. Tuil meldt dat de rechter de bevoegdheden van art. 3:170 lid 3 BW aan de bewindvoerder kan opdragen of kan bepalen dat '*de deelgenoten*' deze handelingen slechts in samenspraak met een bewindvoerder kunnen verrichten. Is deze bepaling uitsluitend van toepassing in het geval dat er twijfel bestaat aan wie goederen (al dan niet in gemeenschap) toebehoren? In dat geval zou onder '*de deelgenoten*' dienen te worden verstaan: alle personen die pretenderen deelgenoot te zijn. Dan zou van deze mogelijkheid om goederen onder bewind te stellen, bijvoorbeeld gebruik kunnen worden gemaakt op vordering van een persoon die de vaststelling van het vaderschap van erflater op de voet van art. 1:207 lid 5 BW heeft verzocht. Tuil merkt echter op dat de wetsbepaling het over 'toekomen' en niet over 'toebehoren' heeft en leidt daaruit, naar mijn mening terecht, af dat het bewind ook kan worden ingesteld op verzoek van één van twee deelgenoten die strijden over de vraag aan wie van hen een gemeenschappelijk goed moet worden toebedeeld: tussen deze partijen bestaat geschil aan wie van hen het goed 'toekomt' (in tegenstelling tot 'toebehoort'). Maar is dit van praktisch belang? Ik denk van niet, want aan de bewindvoerder zal door de voorzieningenrechter niet de bevoegdheid kunnen worden toegekend om het goed te verdelen. Over verdeling zal moeten worden beslist in de 'hoofdzaak' waarover art. 710 lid 2 Rv het heeft. Het ligt niet erg voor de hand dat de voorzieningenrechter aan een op grond van art. 710 Rv benoemde bewindvoerder de bevoegdheid zal willen toekennen om een gemeenschappelijk goed waarover een in die bepaling bedoeld geschil bestaat, aan

een derde te vervreemden; geen van de deelgenoten zal daar behoefte aan hebben.

Eerst aan het slot van dit hoofdstuk behandelt Tuil de rechtsgeschiedenis en het doel van beide verdelingsbeslagen. Voor de lezer is van belang om vast te houden dat het deelgenotenbeslag anders dan het maritaal beslag niet het belang beschermt dat een deelgenoot heeft bij het behoud van het goed in verband met de waarde die het goed vertegenwoordigt. Deelgenotenbeslag kan anders dan maritaal beslag niet op alle goederen van de gemeenschap worden gelegd, maar alleen op goederen voor zover die in het bijzonder in aanmerking komen om aan de beslaglegger of aan de deelgenoot voor wiens aandeel de beslaglegger optreedt, te worden toegeedeeld. Uit de in nr. 507 geciteerde memorie van toelichting bij art. 733 Rv blijkt dat het maritale beslag zich vooral richt tegen de aan de andere echtgenoot in beginsel toekomende (privatieve) bevoegdheid om over de goederen van de gemeenschap te beschikken. Later, in nr. 863, wordt verduidelijkt dat het maritaal beslag zowel het recht om mee te delen in de waarde als een bijzonder belang bij toedeling van het goed beoogt te waarborgen. Tuil besluit hoofdstuk III met de constatering dat de 'voortgezette' (conservatoire) maatregelen van beslag, bewaring en bewind – globaal gezien – ieder een eigen doel dienen. Beslag perkt de mogelijkheden in om over de beslagen goederen te *beschikken*. Bewaring maakt een einde aan de mogelijkheid een goed te *gebruiken*, terwijl bewind ziet op het *beheer* van een goed (cursiveringen van Tuil). Wat betreft het doel van een verdelingsbeslag zal hierna blijken dat een dergelijk beslag ook nuttig kan zijn als een deelgenoot al beperkt is in zijn bevoegdheid over een gemeenschappelijk goed – of een aandeel daarin! – te beschikken. Het verbod om te beschikken over (een aandeel in?) een beslagen goed is namelijk strafrechtelijk gesanctioneerd. De verdelingsbeslagen kunnen mede dienen, zoals Tuil terecht opmerkt, als inleiding op gerechtelijke bewaring in geval er niet op vertrouwd kan worden dat de, bedoeld zal zijn: sommige, deelgenoten hun feitelijke macht ten aanzien van de gemeenschapsgoederen niet zullen misbruiken.

6. In hoofdstuk IV ('Het beslagobject') staat de vraag centraal welke goederen vatbaar zijn voor een verdelingsbeslag. Daarbij maakt Tuil een onderscheid tussen het deelgenotenbeslag en het maritaal beslag. Art. 733 Rv bepaalt dat degene die verdeling van de gemeenschap kan vorderen:

'de daartoe behorende goederen in beslag [kan] nemen, voor zover zij in het bijzonder in aanmerking komen om aan hem of aan de deelgenoot voor wiens aandeel hij optreedt, te worden toebedeeld.'

In de literatuur zijn twee opvattingen over de betekenis van deze bepaling verdedigd. Volgens de ene opvatting komt in beginsel geen enkel gemeenschapsgoed voor

deelgenotenbeslag in aanmerking, terwijl volgens de andere opvatting de deelgenoot weliswaar beslag kan leggen op goederen die 'in het bijzonder' in aanmerking komen om aan hem te worden toebedeeld, alle goederen daarvoor in beginsel in aanmerking komen. Tuil meent, naar mijn mening terecht, dat het 'in het bijzonder'-criterium impliceert dat de beslaglegger argumenten voor toedeling van het goed aan hem heeft die uitstijgen boven het normale recht van een deelgenoot om bij de verdeling naar rato van zijn aandeel gemeenschapsgoederen te ontvangen. Dit 'in het bijzonder'-criterium impliceert niet dat het goed voor de beslagleggende deelgenoot meer bijzondere waarde heeft dan voor de overige deelgenoten. Zo is het heel wel mogelijk dat een goed niet wordt toebedeeld aan de deelgenoot voor wie het goed de meeste 'waarde' heeft. (Zie nrs. 516 en 517).

Voor maritaal beslag volgt uit art. 768 lid 1 Rv dat beslag gelegd kan worden op alle goederen van de gemeenschap. Tuil onderzoekt in nrs. 519 e.v. wat de rechtsgevolgen zijn van het al dan niet verknocht zijn van een goed. Hij onderscheidt in overeenstemming met de huwelijksvermogensrechtelijke literatuur vijf mogelijkheden van verknochtheid en onderzoekt voor ieder van die categorieën of een maritaal beslag mogelijk is. Met de beantwoording van de vraag of maritaal beslag kan worden gelegd op verknochte goederen die slechts in economische zin gemeenschappelijk zijn, heb ik moeite. Het goed is in goederenrechtelijke zin niet gemeenschappelijk. Bij de verdeling van de gemeenschap moet de waarde van het goed echter wel in de verdeling worden betrokken. Tuil wijst daarbij op (het nog niet ingevoerde) art. 7:808 BW. Op grond daarvan valt slechts de economische deelgerechtigdheid van een vennoot in een huwelijksgoederengemeenschap waarin hij is gehuwd. De echtgenoot aan wie het goed toebehoort, heeft, zo meent ook Tuil, geen behoefte aan maritaal beslag. De echtgenoot aan wie het goed niet verknocht is, kan volgens Tuil maritaal beslag leggen ook al behoort het goed in goederenrechtelijke zin niet tot de gemeenschap. Hij kan dat volgens Tuil slechts doen totdat het echtscheidingsverzoek is ingediend. Tuil merkt het recht van de echtgenoot, om mee te delen in de waarde van een goed, aan als een recht op vermogensverrekening waarvan de omvang wordt bepaald door de waarde van het goed op het tijdstip van het echtscheidingsverzoek waarbij hij verwijst naar art. 1:142 lid 1 aanhef en onder b BW. Voor zover vrees bestaat dat de echtgenoot aan wie het goed niet [?] verknocht is, zal trachten het verhaal van de vordering ter zake van verrekening te belemmeren, moet een verhaalsbeslag gelegd worden. Naar mijn mening is dat ook voordat het echtscheidingsverzoek is ingediend het enige beslag dat door de echtgenoot aan wie het goed niet verknocht is, kan worden gelegd. Het maritaal beslag, ook niet in zijn functie van behoud van de waarde van een gemeenschappelijk goed, kan niet gelegd worden, niet alleen niet omdat het verknochte goed niet gemeenschappelijk is, maar ook niet omdat het maritaal beslag geen inbreuk

mag maken op de verknochtheid die in het bijzonder tot uitdrukking komt in de exclusieve beschikkingsbevoegdheid van de echtgenoot ten aanzien van wie het goed verknocht is. Beschikt deze echtgenoot over het goed, vóór, tijdens of na een echtscheidingsprocedure, dan komt de tegenprestatie voor verrekening in aanmerking.

Is de echtgenoot nog gerechtigde tot het verknochte goed op het tijdstip van de verdeling van gemeenschap, dan dient in beginsel de waarde van het verknochte goed op het tijdstip van verdeling van de gemeenschap in aanmerking te worden genomen. Onvoldoende dragend vind ik Tuils argumentatie in nr. 526: *'Een goed dat slechts in economische zin gemeenschappelijk is, wordt in goederenrechtelijke zin niet verdeeld. Daarom meen ik dat ook geen sprake is van een overbedelingsvordering, maar van een vordering tot vermogensverrekening.'* Dit 'daarom' is mij niet duidelijk. Volgens Tuil ligt het ook in het geval dat wel sprake zou zijn van een 'overbedelingsvordering' van de echtgenoot aan wie het goed niet verknocht is, het meest voor de hand dat de overbedelingsvordering wordt bepaald op het moment waarop de gemeenschap vatbaar wordt voor verdeling. Naar mijn mening dient deze verrekening plaats te vinden bij de goederenrechtelijke verdeling van de gemeenschap. Het feit dat het verknochte goed niet verdeeld wordt of dat het mogelijk is dat de gemeenschap in stappen verdeeld wordt, maakt dat niet anders. Uiteraard kunnen de ex-echtgenoten kiezen voor een verrekening per een ander tijdstip.

In de literatuur bestaat verschil van mening over het antwoord op de vraag of maritaal beslag uitsluitend gelegd kan worden op goederen die behoren tot een huwelijksgoederengemeenschap of (mede) op goederen die behoren tot een andere tussen de echtgenoten bestaande gemeenschap. Tuil verdedigt, anders dan de heersende leer, dat maritaal beslag ook kan worden gelegd op goederen die behoren tot een eenvoudige gemeenschap die tussen de echtgenoten bestaat zelfs als tussen de echtgenoten geen huwelijksgemeenschap bestaat. Ik ondersteun Tuil in zijn opvatting. Over het antwoord op de vraag of op een goed dat tot een eenvoudige gemeenschap behoort, deelgenotenbeslag kan worden gelegd, bestaat geen verschil van mening. Dit beslag heeft echter een beperktere functie en strekt er niet toe het belang dat de beslaglegger bij behoud van het goed in verband met de waarde daarvan heeft, te beschermen. In dit hoofdstuk in nrs. 557 e.v. besteedt Tuil terecht ook aandacht aan de goederen waarvan de wijze van beslaglegging niet is geregeld waarbij hij wijst op art. 474bb Rv.

7. In nr. 510 onderscheidenlijk nr. 518 heeft Tuil art. 733 Rv en art. 768 lid 1 Rv weergegeven. In de Inleiding, tot hoofdstuk V, nr. 576 dat over de beslaglegger gaat, concludeert Tuil: *'Bij de beantwoording van de vraag wie deelgenotenbeslag respectievelijk maritaal beslag kunnen leggen, is het dus zaak om te bezien wie geldt als persoon die verdeling van de gemeenschap kan vorderen respectie-*

velijk als een (gewezen) echtgenoot. Tuil merkt op dat art. 768 lid 1 Rv naast de (gewezen) echtgenoten ook de (gewezen) geregistreerde partners noemt. Hierna volgt een interessante beschouwing van het in Nederland vigerende gesloten stelsel van conservatie- en executiemiddelen. Dit stelsel houdt niet in dat de rechter geen bestaande conservatie- en executiemiddelen naar analogie mag toepassen. Zie nrs. 583-585. Tuil besteedt daarbij aandacht aan het in het kader van het onderwerp bijzonder relevante arrest HR 25 juni 1976, NJ 1977, 127 waarin werd beslist dat maritaal beslag dat volgens de letterlijke tekst van de wet zoals die luidde, uitsluitend kon worden gelegd door echtgenoten ook kan worden gelegd door gewezen echtgenoten, dat wil zeggen nadat het huwelijk is geëindigd. Ook dan kan de grond voor het leggen van maritaal beslag, te weten gegronde vrees voor verduistering, bestaan. Tuil wijst dan onder verwijzing naar het bekende arrest *Quint/Te Poel*, HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 op een tweede toets die moet worden toegepast: *'Past het conservatie- of executiemiddel in het stelsel van de wet en sluit die toepassing aan bij de wel in de wet geregelde gevallen.'* Hij vermeldt dat de Hoge Raad daartoe een tweetal 'gezichtspunten' formuleert: *'Het eerste gezichtspunt wordt gevormd door de vraag of de behoefte aan het conservatie- of executiemiddel door de wetgever wordt erkend. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag door na te gaan of in vergelijkbare gevallen het conservatie- of executiemiddel wordt toegestaan. Het tweede gezichtspunt is de vraag of de bewoordingen van de wet niet aan toepassing van het conservatie- of executiemiddel in de weg staan.'* Het deelgenotenbeslag kan worden gelegd door een persoon die verdeling van de goederen kan vorderen: dat zijn een deelgenoot, een beperkt gerechtigde op een aandeel in een goed en een privéschuldeiser van een deelgenoot die een bevel tot verdeling heeft verkregen. Tuil behandelt dan de vraag *'of deelgenotenbeslag uitsluitend kan worden gelegd voor een reeds bestaand recht om verdeling te vorderen, of dat het ook kan worden gelegd voor een toekomstig recht om verdeling te vorderen.'* Hij onderscheidt daarbij twee, overigens volstrekt verschillende, gevallen. Het eerste geval betreft de privéschuldeiser die een nog niet opeisbare vordering of zelfs nog niet bestaande vordering op een deelgenoot heeft. Hij meent dat daarvoor allereerst van belang is of er sprake is van een reële behoefte aan anticiperend deelgenotenbeslag. Die vraag beantwoordt hij bevestigend, want de deelgenoten kunnen ten aanzien van de gemeenschappelijke goederen *'nog steeds feitelijke handelingen verrichten of in weerwil van de bestuursverdeling over de goederen beschikken'* (nr. 593). Eén van de bezwaren zou kunnen zijn dat het beslag de rechten van de deelgenoten te veel inkort. Het is voor Tuil enigszins moeilijk om deze vraag in nr. 605 te beantwoorden omdat hij op die plaats nog geen antwoord heeft gegeven op de vraag in hoeverre door het beslag de rechten van deelgenoten worden ingeperkt. Hij volstaat dan ook met: *'Zonder het beslag zouden de beslagen deelgenoten op grond van de bestuurs-*

verdeling bepaalde rechten ten aanzien van de gemeenschappelijke goederen hebben. Door het beslag worden deze rechten (deels) ingeperkt.' Hij ziet daarin geen bezwaar van doorslaggevende aard. De lezer wordt in een noot verwezen naar nrs. 916 en 917 waar de vraag aan de orde is onder welke omstandigheden een verdelingsbeslag onrechtmatig is. Daar kan de lezer kennismaken van de gevolgen van een deelgenotenbeslag voor de bevoegdheden van een beslagen deelgenoot. Deze worden slechts ingekort als voor het beslagen goed privaat of cumulatief bestuur geldt en de beslagene (mede) met dit bestuur is belast. Legt een privéschuldeiser beslag, dan leidt dat steeds, ook bij collectief bestuur, tot een inkorting van de bevoegdheden van de beslagen deelgenoot/deelgenoten. De belangen van de deelgenoten bij het voortduren van hun rechten kunnen in een opheffingsgeding worden afgewogen tegen de belangen van de beslaglegger bij het behoud van het beslagen goed. Ik meen dat Tuil gelijk heeft. De wet kent aan de schuldeiser van een deelgenoot de bevoegdheid toe om beslag te leggen op een gemeenschappelijk goed dat in het bijzonder in aanmerking komt om aan de deelgenoot-schuldenaar te worden toebedeeld. Daarvoor is, zie nr. 517, bijzondere waarde voor de deelgenoot-schuldenaar voldoende en het is volgens Tuil mogelijk dat een goed niet wordt toebedeeld aan de deelgenoot voor wie het goed de meeste waarde heeft. Zie hiervoor onder 6, waar ik mijn instemming met deze opvatting heb betuigd. Op zichzelf zou men dan ook, overigens niet door Tuil uitgesproken, kritiek kunnen hebben op de door de wetgever gemaakte keuze dat ook de schuldeiser van een deelgenoot beslag kan leggen op een goed dat voor de deelgenoot-schuldenaar een bijzondere waarde heeft. Het belang van de schuldeiser behoeft in het geheel niet ontleend te zijn aan deze bijzondere waarde; zijn belang is uitsluitend zijn vordering al dan niet uit de opbrengst van het aan zijn schuldenaar toebedeelde goed, voldaan te krijgen. Nu deze keuze door de wetgever een gegeven is, zullen er ook wel uitzonderlijke omstandigheden zijn, die Tuil niet noemt, waarin een schuldeiser wiens vordering nog niet opeisbaar is of wiens vordering zelfs nog niet bestaat, deelgenotenbeslag kan leggen zonder onrechtmatig te handelen. In nr. 599 concludeert Tuil, naar mijn mening op goede gronden, dat een beslag door een schuldeiser wiens vordering nog niet bestaat of nog niet opeisbaar is, past in het stelsel van de wet en aansluit bij de in de wet geregelde gevallen. Meer moeite heeft hij om tot deze conclusie te komen bij het tweede geval waarin hij meent dat een anticiperend deelgenotenbeslag kan worden gelegd. Volgens (het nog niet ingevoerde) art. 7:806 lid 1 BW en (het nog niet ingevoerde) art. 7:827 lid 1 BW kan van een gemeenschap van een personenvennootschap ook na ontbinding noch door de deelgenoten noch door de privéschuldeisers van de deelgenoten verdeling worden gevorderd. Hij vermeldt in nr. 601: *'Hieruit lijkt te volgen dat deelgenotenbeslag op de goederen van een dergelijke gemeenschap is uitgesloten. Deze conclusie lijkt mij onjuist. De deelgenoten en hun pri-*

véschuldeisers kunnen namelijk wel vereffening van de gemeenschap afdwingen. Zoals ik in hoofdstuk VIII noch zal uiteenzetten, is vereffening ook te beschouwen als verdeling van de gemeenschap. Vereffening van een ontbonden gemeenschap van een personenvennootschap is uiteraard geen verdeling en is ook niet als verdeling te beschouwen. Iets anders is het dat de vereffenaar op grond van (het nog niet ingevoerde) art. 7:830 lid 3 BW hetgeen na voldoening van de schuldeisers van de vennootschap is overgebleven van het vermogen van de ontbonden vennootschap door overdracht dient toe te delen aan de gewezen vennoten in verhouding tot ieders deelgerechtigdheid. Tuil zou hier eerst de vraag hebben moeten stellen of (anticiperend) deelgenotenbeslag niet in strijd met de (bewoordingen van de) wet is. Hij volstaat met het beantwoorden van de vraag: wat is in dit geval de vordering in de hoofdzaak (nrs. 826-827) nu de vordering tot verdeling door de wet is uitgesloten. Daar kan Tuil wel een mouw aan passen. Als vordering in de hoofdzaak kan volgens hem onder meer worden aangemerkt de vordering tot nakoming van de verplichting tot vereffening. Ik meen dat anticiperend deelgenotenbeslag door een vennoot of een schuldeiser van een vennoot in strijd met de wet is. De wet onthoudt ook na ontbinding van de vennootschap aan hen het recht om verdeling te vorderen. Tuil zou zich de vraag hebben moeten stellen wat in zijn onjuiste visie de gevolgen van het anticiperend deelgenotenbeslag zouden zijn. Zou dat betekenen dat de blokkerende werking van het beslag ook een door de vereffenaar(s) verrichte rechtshandeling ten aanzien van het beslagen goed zou treffen? Dat komt mij onaanvaardbaar voor. Daarbij dient in aanmerking te worden genomen dat het uitgangspunt van de wet is dat de vereffening door de (besturende) vennoten gezamenlijk geschiedt, maar dat de rechter op grond van (het nog niet ingevoerde) art. 7:825 lid 3 BW wegens gewichtige redenen op verzoek van onder meer een gewezen vennoot of belanghebbende een vereffenaar kan ontslaan en een andere vereffenaar kan benoemen. Onder deze belanghebbende is een schuldeiser van een vennoot-deelgenoot begrepen. Vergelijk art. 3:193 lid 2 BW dat bepaalt dat ook een schuldeiser van een deelgenoot in een liquidatiegemeenschap de rechter kan verzoeken een vereffenaar te benoemen, wanneer zijn belangen door een gedraging van de deelgenoten ernstig worden geschaad. De belangen van de schuldeisers van de deelgenoten worden door de vereffenaar behartigd. En als de gewezen vennoten het niet eens zijn met de door de vereffenaars voorgestane verdeling van het liquidatiesaldo heeft de rechter daarover het laatste woord, zie (het nog niet ingevoerde) art. 830 lid 7 BW.

8. Bij mij kwam vervolgens de vraag op of Tuil onder ogen heeft gezien of gedurende het tijdvak dat een liquidatiegemeenschap op grond van art. 3:193 BW (formeel) wordt vereffend, een verdelingsbeslag kan worden gelegd en zo die vraag bevestigend zou zijn beantwoord wat daarvan

de gevolgen zouden zijn voor de bevoegdheden van de vereffenaar. Dat heeft hij niet gedaan, hetgeen opmerkelijk is in aanmerking genomen het feit dat hij de vraag of deelgenotenbeslag op goederen van de ontbonden personenvennootschap, die ook wordt vereffend, mogelijk is, wel heeft behandeld. Gedurende de formele vereffening van een liquidatiegemeenschap zijn op grond van art. 4:222 BW (onder meer) art. 3:178 BW en art. 3:180 BW niet van toepassing. Ook hier zou het toestaan van een door een deelgenoot of schuldeiser van een deelgenoot te leggen beslag in aanmerking genomen de blokkerende werking daarvan, onaanvaardbaar zijn. Het feit dat art. 3:178 BW en art. 3:180 BW na de vereffening weer van toepassing zijn, is een onvoldoende zwaarwegend argument om hier anticiperend deelgenotenbeslag toe te staan. De wettekst en ook een redelijke uitleg daarvan naar zin en strekking verzetten zich daartegen. Ook in zijn uitgebreide beschouwingen over 'Onverdeeldbare gemeenschappen' in hoofdstuk II, nrs. 301 e.v. vermeldt Tuil niet de wettelijke uitsluiting van het recht om verdeling te vorderen die voortvloeit uit art. 4:222 BW, dat op grond van art. 3:193 lid 1 BW op alle liquidatiegemeenschappen van toepassing is. Tuil lijkt deze voor zijn onderwerp uiterst relevante wetsbepaling over het hoofd te hebben gezien. Een verdelingsbeslag dat is gelegd voordat de formele vereffening is aangevangen, heeft ten aanzien van de vereffenaar geen blokkerende werking. In dit verband stel ik ook de vraag in hoeverre de executeur van een gemeenschap van een nalatenschap in de uitoefening van zijn taak gehinderd wordt door een deelgenotenbeslag. Ook die vraag wordt door Tuil niet beantwoord. De wet staat de toepasselijkheid van art. 3:178 BW en art. 3:180 BW niet uit gedurende het beheer van de executeur. Ik meen dat bij de beantwoording een onderscheid moet worden gemaakt tussen de executeur aan wie uitsluitend de wettelijke bevoegdheden toekomen en de executeur aan wie de erflater tevens de bevoegdheden van een afwikkelingsbewindvoerder heeft toegekend. In het eerste geval meen ik dat als het deelgenotenbeslag is gelegd door een deelgenoot de executeur kan volstaan met naleving van art. 4:147 BW. Op grond van deze bepaling is de executeur bevoegd door hem beheerde goederen te gelde te maken voor zover dit nodig is voor de tot zijn taak behorende voldoening van schulden der nalatenschap en de nakoming der hem opgelegde lasten. Tenzij de erflater anders heeft beschikt, treedt de executeur omtrent de keuze van de te gelde te maken goederen en de wijze van tegeldemaking zoveel mogelijk in overleg met de erfgenamen en stelt hij, zo bij een erfgenaam bezwaar bestaat tegen een voorgenomen tegeldemaking, die erfgenaam in de gelegenheid de beslissing van de kantonrechter in te roepen. Een door een erfgenaam gelegd deelgenotenbeslag heeft naar mijn mening ten aanzien van de executeur geen blokkerende werking. Een andere opvatting zou in strijd komen met art. 4:145 BW. Heeft een ander dan een deelgenoot het deelgenotenbeslag gelegd, dan is het de vraag of de executeur art. 4:147

BW ten aanzien van deze persoon, schuldeiser van een deelgenoot of een beperkt gerechtigde op een aandeel in het beslagen goed, analogisch dient na te leven als ware de beslaglegger een erfgenaam. Dat zou betekenen dat de executeur omtrent de keuze van een te gelde te maken beslagen goed van de nalatenschap en de eventuele wijze van tegeldemaking van dat goed zoveel mogelijk in overleg dient te treden met én de erfgenamen én de beslagleggers die niet erfgenaam zijn. Ik voel wel voor deze analogische toepassing van art. 4:147 BW. Ook een door een ander dan een deelgenoot gelegd deelgenotenbeslag heeft geen blokkerende werking.

Heeft de erflater aan de executeur de bevoegdheden toegekend om zelfstandig, dat wil zeggen zonder toestemming van de erfgenamen, de verdeling van de nalatenschap tot stand te brengen, dan kan een door een erfgenaam gelegd deelgenotenbeslag daarin geen wijziging brengen. Ten aanzien van een beslag dat is gelegd door een beperkt gerechtigde wiens recht door een deelgenoot is gevestigd, dient naar mijn mening hetzelfde te gelden. Het beperkte recht is volgens art. 4:167 lid 2 BW onder voorbehoud van bewind gevestigd behoudens bescherming van de beperkt gerechtigde op grond van art. 4:168 BW. Ook een door een schuldeiser van een erfgenaam gelegd deelgenotenbeslag kan geen inbreuk maken op de bevoegdheden van de bewindvoerder. Ik neem aan dat het beslag 'regulier' wordt beëindigd door de verdeling door de bewindvoerder.

9. En hoe is nu de situatie in het geval dat de verkoop van het beslagen goed nodig is om een schuldeiser van een gemeenschap van een nalatenschap, of een andere 'liquidatiegemeenschap', te voldoen en er geen executeur in functie is? Deze vraag wordt niet behandeld in het summiere hoofdstuk IX over de rechtsgevolgen van het beslag. Daarin besteedt Tuil eerst in § 2 aandacht aan de rechtsgevolgen van een *verhaalsbeslag* waaronder het verbod van onttrekking en de blokkerende werking daarvan. Hij begint § 3, dat gaat over de rechtsgevolgen van een *verdelingsbeslag*, met de opmerking dat de rechtsgevolgen van het verdelingsbeslag in beginsel niet verschillen van die van het verhaalsbeslag waaronder het verbod van onttrekking en de blokkerende werking. Anders dan bij een verhaalsbeslag kan zich bij een verdelingsbeslag, dat immers een volstrekt andere strekking heeft dan een verhaalsbeslag, de vraag voordoen of verhaal op een goed waarop een verdelingsbeslag rust, mogelijk is. Tuil beantwoordt in nr. 956, dat deel uitmaakt van hoofdstuk XI over het einde van het beslag, wel de vraag hoe een door een gemeenschapsschuldeiser gelegd verhaalsbeslag op een gemeenschapsgoed zich verhoudt tot een op dat goed rustend verdelingsbeslag. Legt een gemeenschapsschuldeiser verhaalsbeslag op een goed waarop een deelgenotenbeslag rust, dan leidt de verhaalsexecutie volgens Tuil tot opheffing van het deelgenotenbeslag. Bij het maritaal beslag blijft dit beslag op de executieopbrengst rusten. Dit verschil wordt verklaard

doordat het maritaal beslag ook het recht beschermt om mee te delen in de waarde van het beslagen goed. Ik ben het hiermee eens, zij het niet met het daarvoor in nr. 940 gegeven argument dat een recht op levering krachtens de verdeling een persoonlijk recht op levering van een gemeenschapsgoed is dat immers 'in rang' na een goederrechtelijk recht of een verhaalsrecht op dat goed komt. Het argument dient naar mijn mening te zijn dat de voldoening van een opeisbare gemeenschapsschuld aan de verdeling vooraf dient te gaan. Ik verwijs daarbij ook naar art. 3:193 lid 1 BW waar als grond voor de benoeming van een vereffenaar wordt genoemd het feit dat tot verdeling van een liquidatiegemeenschap wordt overgegaan voordat de opeisbare schulden daarvan zijn voldaan. Is dat argument ook niet voldoende om aan te nemen dat een verdelingsbeslag geen blokkerende werking heeft ten aanzien van een tegeldemaking van het beslagen goed door de daartoe bevoegde deelgenoten teneinde een gemeenschapsschuld te voldoen en uitwinning van het gemeenschappelijk goed door de schuldeiser te voorkomen? Voorbeeld. Een privéschuldeiser van een deelgenoot heeft deelgenotenbeslag op een gemeenschapsgoed gelegd. Zijn de deelgenoten tot verkoop van het goed bevoegd teneinde een gemeenschapsschuld te voldoen en heeft het verdelingsbeslag derhalve geen blokkerende werking? Ik neig tot een bevestigende beantwoording maar de aspirant-koper van het goed zal er belang bij hebben dat er geen enkele onzekerheid over de bevoegdheid van de deelgenoten bestaat en derhalve verlangen dat het beslag door de voorzieningenrechter wordt opgeheven. De onzekerheid zou bijvoorbeeld kunnen ontstaan doordat de beslaglegger het standpunt inneemt dat een ander niet-beslagen gemeenschapsgoed eveneens of zelfs meer in aanmerking komt om te worden verkocht.

10. Een andere vraag die onder meer ziet op de reikwijdte van de blokkerende werking van een verdelingsbeslag, is de vraag of een verdelingsbeslag in de weg staat aan nakoming van een verbintenis tot levering van het beslagen goed die dateert van vóór dit tijdstip van beslaglegging. Deze schuld van de gemeenschap betreft het beslagen goed zelf. Ook hier openbaart zich het verschil in strekking tussen een verhaalsbeslag en een verdelingsbeslag. De vordering tot levering mag geen enkele last ondervinden van een verdelingsbeslag. Wat betekent dat voor een *verdelingsbeslag*? Dit is een andere vraag dan de vraag naar de verhouding van het recht van de koper en het recht van de deelgenoot aan wie het goed is toebedeeld. Zie daarover onder 3, slot. Ik neem aan dat het verdelingsbeslag, zo dat al gelegd is, dient te worden opgeheven door de voorzieningenrechter en dat men niet het standpunt mag innemen dat het verdelingsbeslag de levering ter nakoming van de verbintenis blokkeert. Zie voor het geval de gemeenschapsschuldeiser verhaalsbeslag legt hierna onder 14.

In nr. 222 geeft Tuil de wettelijke definitie van verdeling in art. 3:182 BW weer. Aan die definitie wordt in de tweede zin een aantal handelingen onttrokken. Op deze handelingen, waaronder de nakoming van de koopovereenkomst waarbij de erflater een aan hem toebehorend goed aan een toekomstige erfgenaam heeft verkocht, gaat Tuil niet in. Dit goed zal niet voor verdeling in aanmerking komen. Een verzoek tot het leggen van een *deelgenotenbeslag* door een erfgenaam, daaronder begrepen de erfgenaam-koper, zal door de voorzieningenrechter moeten worden afgewezen. De erfgenaam-koper zal wel verhaalsbeslag kunnen leggen. Heeft de erflater een goed aan een derde verkocht, dan dient de voorzieningenrechter eveneens verlof tot het leggen van een *deelgenotenbeslag* af te wijzen. Het goed komt immers ook in dat geval niet voor verdeling in aanmerking, laat staan dat dit verkochte goed in het bijzonder in aanmerking komt om aan een erfgenaam te worden toebedeeld. Ook de derde kan verhaalsbeslag op het goed leggen.

11. In hoofdstuk V over de beslaglegger merkt Tuil in nr. 607 terecht op dat rechtsopvolging onder algemene dan wel bijzondere titel geen belemmering vormt voor de mogelijkheid om *deelgenotenbeslag* te leggen. In nrs. 632 e.v. besteedt hij aandacht aan het *maritaal beslag* en de overgang onder algemene titel van de rechten van een (gewezen) echtgenoot. Eén van die gevallen doet zich voor wanneer een (gewezen) echtgenoot overlijdt voordat de gemeenschap is verdeeld. Ook in dat geval is er volgens Tuil een reële behoefte aan *maritaal beslag* en past het beslag in het stelsel van de wet. In nrs. 637 e.v. beantwoordt hij de vraag of er nog andere bezwaren zijn tegen *maritaal beslag* na rechtsopvolging waaronder *erfopvolging*. Volgens Tuil is het lot van een *maritaal beslag* afhankelijk van het lot van de procedure die als eis in de hoofdzaak geldt. Hij verwijst daarbij naar art. 704 lid 2 Rv betreffende het conservatoir verhaalsbeslag dat bepaalt dat indien de eis in de hoofdzaak wordt afgewezen en deze afwijzing in kracht van gewijsde is gegaan, het beslag van rechtswege vervalt. Volgens art. 769 lid 1 Rv zijn de bepalingen betreffende conservatoir verhaalsbeslag van een geldvordering van overeenkomstige toepassing op het *maritaal beslag* met dien verstande dat geen vermelding van een bedrag wordt vereist en dat als hoofdzaak geldt 'het verzoek tot opheffing van de gemeenschap respectievelijk tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed of tot ontbinding van het geregistreerd partnerschap' alles behoudens voor zover daarvan in de volgende artikelen niet wordt afgeweken. Art. 770b lid 1 Rv bepaalt dan dat bij toewijzing van het verzoek tot opheffing van de gemeenschap respectievelijk tot echtscheiding, tot scheiding van tafel en bed of tot ontbinding van het geregistreerd partnerschap het beslag vervalt 'zodra de goederen aan de andere echtgenoot of geregistreerde partner worden toebedeeld of krachtens de verdeling aan de beslaglegger geleverd'. De lezer kan in hoofdstuk VIII kennis nemen van de opvatting van de

schrijver over (het belang van) 'de eis in de hoofdzaak' voor verdelingsbeslagen en in het bijzonder ook van zijn kritiekloze aanname dat een eis in de hoofdzaak hier evenals bij een verhaalsbeslag een redelijk doel dient. Zie verder hierna onder 12.

Uit het feit dat bij het *maritaal beslag* als hoofdzaak gelden de procedure tot opheffing van de gemeenschap, de procedure tot scheiding van tafel en bed, dan wel de procedure tot echtscheiding leidt Tuil af dat *maritaal beslag* na *erfopvolging* alleen mogelijk is als deze procedures door de erfgenamen kunnen worden voortgezet dan wel tegen de erfgenamen kunnen worden ingesteld. De korte excursie naar de gevolgen van het overlijden van een procespartij voor het lot van een procedure die reeds vóór het overlijden is begonnen, heb ik niet nodig om tot de conclusie te komen dat een procedure tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed eindigt door het overlijden van één van de echtgenoten. Tuil komt in nr. 645 zonder verder commentaar tot de naar mijn mening onbevredigende conclusie dat de in het kader van deze procedures gelegde *maritale beslagen* vervallen. Door het overlijden van één van de echtgenoten is het huwelijk ontbonden. Ik zou willen aannemen dat een redelijke toepassing naar doel en strekking van art. 704 lid 2 Rv meebrengt dat het *maritaal beslag* niet door het overlijden van een echtgenoot eindigt. Art. 704 lid 2 Rv dwingt geenszins tot de opvatting van Tuil: de eis in de hoofdzaak is immers niet afgewezen, maar kan niet meer worden toegewezen. Analogische toepassing van art. 770b lid 1 Rv op dit geval betekent dat het beslag vervalt zodra de goederen aan (de erfgenamen van) de andere echtgenoot worden toegedeeld of krachtens de verdeling aan (de erfgenamen van) de beslaglegger worden geleverd. Op dezelfde grond concludeert Tuil in nr. 647 dat het leggen van een *maritaal beslag* na *erfopvolging* niet mogelijk is. De ratio van het in art. 769 lid 1 Rv van overeenkomstige toepassing verklaarde art. 700 lid 3 Rv, lijkt mij te zijn dat binnen een redelijke termijn komt vast te staan of de huwelijksgemeenschap wordt ontbonden. Wordt de eis in één van de door art. 769 lid 1 Rv genoemde 'hoofdzaken' afgewezen en is deze afwijzing in kracht van gewijsde gegaan, dan vervalt daardoor het beslag. Is het huwelijk door overlijden van één van de echtgenoten ontbonden dan is daarmee aan de ratio van de wet voldaan en getuigt de naar mijn mening niet houdbare opvatting dat omdat de hoofdzaak na overlijden van één van de echtgenoten niet kan worden voortgezet of niet kan worden ingesteld een *maritaal beslag* vervalt c.q. niet meer kan worden gelegd, van een onaanvaardbaar formalistische wetstoepassing. Ik zou ten slotte Tuil willen voorhouden dat de voorzieningenrechter op grond van art. 768 Rv ook aan een gewezen echtgenoot verlof kan verlenen tot het leggen van *maritaal beslag*. Dan heeft het verzoek tot echtscheiding, de eis en de hoofdzaak, reeds tot echtscheiding geleid. Daarmee staat de ontbinding van de huwelijksgemeenschap vast en dat acht de wetgever voldoende. Een verdere eis in de hoofdzaak is

niet noodzakelijk. Zie nr. 841 over 'posterieur maritaal beslag' waarin Tuil het door mij onderschreven standpunt inneemt: '... dat na voltooiing van een dergelijke procedure nadere legitimatie van maritaal beslag niet meer nodig is, zodat posterieur beslag kan worden gelegd zonder dat het instellen van een hoofdzaak noodzakelijk is'.

12. Ik liep zojuist vooruit op hoofdstuk VIII over de eis in de hoofdzaak. Tuil maakt daarbij een onderscheid tussen het deelgenotenbeslag en het maritaal beslag. Uit het hiervoor onder 11 reeds genoemde art. 769 lid 1 Rv volgt welke verzoeken bij het maritaal beslag als hoofdzaak kunnen gelden. Bij het deelgenotenbeslag ontbreekt een corresponderende bepaling. Het is van belang om met Tuil te constateren dat de verplichting om tijdig de eis in de hoofdzaak in te stellen in 1992 in het beslagrecht is geïntroduceerd en toen in de plaats is gekomen van de verplichting tot het instellen van de eis tot waardeverklaring. Deze verplichting dient bij het *conservatoire verhaalsbeslag* ter bescherming van de beslagene. Tuil legt helder uit dat die bescherming op twee manieren plaatsvindt. Allereerst doordat de aanspraak van de beslaglegger in de hoofdzaak wordt getoetst. Ten tweede doordat het toewijzen van de eis in de hoofdzaak ertoe leidt dat het conservatoire beslag een executoriaal beslag wordt en tot executie leidt. Volgens art. 700 lid 3 Rv wordt het verlot, tenzij op het tijdstip van verlot reeds een eis in de hoofdzaak is ingesteld, verleend onder voorwaarde dat de eis in de hoofdzaak binnen een daartoe te bepalen termijn geschiedt. Deze bepaling is op grond van art. 734 lid 1 Rv van overeenkomstige toepassing op het *deelgenotenbeslag*. Na een korte introductie over wat 'de eis in de hoofdzaak' is bij een conservatoir verhaalsbeslag gaat Tuil in nrs. 816 e.v. over tot de behandeling van de vraag wat bij het deelgenotenbeslag als 'eis in de hoofdzaak' moet worden aangemerkt. Hij zou hier naar mijn mening eerst de vraag aan de orde hebben moeten stellen of de wetgever in art. 734 lid 1 Rv op goede gronden (onder meer) art. 700 lid 3 Rv van overeenkomstige toepassing heeft verklaard op het deelgenotenbeslag. Naar mijn mening ontbreekt een overtuigende ratio voor deze van overeenkomstige-toepassing-verklaring. De eis tot het instellen van de hoofdzaak kan niet dezelfde beschermende werking ten aanzien van de beslagene tot gevolg hebben als bij het conservatoir verhaalsbeslag. De aanspraak van de beslaglegger die in de hoofdzaak zou kunnen worden getoetst, is een geheel andere dan die van de degene die een conservatoir verhaalsbeslag heeft gelegd. Dit beslag kan voorts niet in een executoriaal beslag uitmonden. De voorzieningenrechter beslist volgens art. 700 lid 2 Rv 'na summier onderzoek'. In nr. 799 vermeldt Tuil dat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat dit betekent dat de voorzieningenrechter in de regel mag afgaan op de mededelingen van de verzoeker en de door deze overhandigde stukken. Dit betekent dat de voorzieningenrechter het verzoek in de regel aanstonds kan toewijzen zodat mondelinge behandeling achterwege kan blijven.

De 'mededelingen' van de verzoeker zullen, neem ik aan, mede moeten inhouden dat hij bevoegd is verdeling van de gemeenschap te vorderen en dat de in beslag te nemen goederen in het bijzonder in aanmerking komen om aan hem of aan de deelgenoot voor wiens aandeel hij optreedt, te worden toebedeeld. Tegen een beschikking waarin het verzoek wordt toegewezen, is geen hogere voorziening toegelaten. De beslagene wordt beschermd door art. 705 Rv op grond waarvan de voorzieningenrechter die verlot tot het beslag heeft gegeven, rechtdoende in kort geding het beslag op vordering van elke belanghebbende kan opheffen, onverminderd de bevoegdheden van de gewone rechter. Is daarmee niet voldoende rechtsbescherming aan de beslagene gegeven? Waarom is het nodig dat een eis in een hoofdzaak, een vordering tot verdeling of een vordering tot verdeling door of op last van de rechter, tegen de beslagene(n) wordt ingesteld? De wat Tuil noemt 'reguliere' afwikkeling van het beslag is de verdeling. Volgens art. 733 lid 2 Rv vervalt het beslag naarmate de goederen aan een ander worden toebedeeld of door de levering aan de beslaglegger of degene voor wiens aandeel hij optreedt, art. 735 lid 1 Rv. Deze toedeling of levering kan uiteraard ook plaatsvinden buiten het kader van een eis in een hoofdzaak. Een verdelingsbeslag staat er, zoals Tuil in nrs. 861 e.v. terecht opmerkt, niet aan in de weg dat de deelgenoten het beslagen goed verdelen. Hij lijkt daarbij, mijns inziens terecht, aan te nemen dat daarvoor de stand van zaken in de aanhangig te maken eis in de hoofdzaak niet relevant is.

Ik meen dat de wet ten onrechte voorschrijft dat een eis in een hoofdzaak wordt ingesteld. Worden de partijen die het over de verdeling van de beslagen goederen eens moeten worden het daarover niet eens, dan kan ieder van hen desgewenst een vordering tot verdeling of een vordering tot verdeling door of op last van de rechter instellen. Een uitspraak op een eis in een hoofdzaak is niet nodig om vast te stellen of een beslaglegger terecht beslag heeft gelegd. Ook in het geval dat de rechter het goed aan een ander dan de beslaglegger, of aan de deelgenoot voor wiens aandeel hij optreedt, toedeelt, staat daarmee geenszins vast dat de beslaglegger onterecht beslag heeft gelegd. Het vaststellen van de al dan niet rechtmatigheid van het beslag kan ook niet de ratio zijn van de van overeenkomstige-toepassing-verklaring van art. 700 lid 3 Rv. En, zoals ik zojuist opmerkte, ook voor de 'reguliere' afwikkeling van het beslag is naar mijn mening een beslissing in een hoofdzaak niet noodzakelijk.

Volgens art. 704 lid 1 Rv gaat een conservatoir beslag in beginsel over in een executoriaal beslag zodra de beslaglegger in de hoofdzaak een executoriale titel heeft verkregen. Art. 770b lid 1 Rv verklaart terecht onder meer deze bepaling niet van overeenkomstige toepassing op het maritaal beslag. Ook het deelgenotenbeslag heeft geen executoriale variant zoals Tuil terecht opmerkt in nr. 966. Hij vermeldt daar niet dat art. 734 Rv anders dan art. 770b lid 1 Rv ten aanzien van het maritaal beslag, art. 704 lid 1 Rv ten onrechte niet van overeenkomstige

toepassing op het deelgenotenbeslag uitsluit. Deze slordigheid van de wetgever is naar mijn mening overigens onvoldoende grond om te mogen aannemen dat ook art. 700 lid 3 Rv niet van overeenkomstige toepassing is op het deelgenotenbeslag.

13. Ook bij de behandeling in hoofdstuk IX van de rechtsgevolgen van een verdelingsbeslag brengt Tuil eerst de rechtsgevolgen van een verhaalsbeslag in kaart. Dat is allereerst het verbod van onttrekking, dat in art. 198 Sr strafrechtelijk is gesanctioneerd. Het tweede rechtsgevolg is de blokkerende werking. Deze twee gevolgen zijn ook verbonden aan een verdelingsbeslag met dien verstande dat wat de blokkerende werking betreft art. 505 lid 3 Rv niet van toepassing is. Art. 505 lid 3 Rv stelt het belang van de aspirant verkrijger van een registergoed boven het belang van de verhaalsbeslaglegger indien de akte van vervreemding reeds vóór de inschrijving van het beslag was verleden en de inschrijving van deze akte uiterlijk geschiedt op de eerste dag dat de Dienst voor het kadaster en de openbare registers na de inschrijving van het beslag is opengesteld.

Tuil is het met deze belangenafweging van de wetgever eens omdat voor de beslaglegger de mogelijkheid van verhaal in beginsel blijft bestaan op de tegenprestatie bij de vervreemding. Bij een verdelingsbeslag dient die belangenafweging volgens Tuil anders uit te vallen: *'Een verdelingsbeslag beschermt (tevens) het recht van de beslaglegger om het beslagen goed als gevolg van de verdeling te ontvangen. Dit recht blijft echter niet in tact na de vervreemding van het goed.'* (nr. 860). Ik vraag mij af of hierbij niet zou moeten worden onderscheiden tussen het maritaal beslag en het deelgenotenbeslag. Ik denk van niet. Het maritaal beslag waarborgt weliswaar het belang van een deelgenoot bij het behoud van een goed in verband met de waarde die het goed vertegenwoordigt, zie hiervoor onder 5, ook het bijzondere belang bij toedeling van het goed wordt door het maritaal beslag beschermd. Voorts is het de vraag in hoeverre de niet-toepasselijkheid van art. 505 lid 3 Rv bij het deelgenotenbeslag in de praktijk relevant is. Dit beslag is aan de orde bij een liquidatiegemeenschap en dat betekent dat in beginsel ook de deelgenoot-beslaglegger aan de vervreemding zal moeten deelnemen. Is de deelgenoot-beslaglegger mede de vervreemder, dan dient uiteraard de vervreemding in het door art. 505 lid 3 Rv bedoelde geval wel tegen de beslaglegger te kunnen worden ingeroepen. Men kan overigens met Tuil, nr. 880, deze medewerking van de beslaglegger als de opheffing van het beslag aanmerken, zodat we niet meer hoeven te spreken over de blokkerende werking van het beslag. Het zal dus gaan om het bijzondere geval dat een privéschuldeiser van een deelgenoot al dan niet anticiperend deelgenotenbeslag heeft gelegd. Een anticiperend deelgenotenbeslag door een privéschuldeiser, dat wil zeggen een beslag voordat de privéschuldeiser een bevel tot verdeling heeft gekregen, staat, zoals Tuil terecht opmerkt in nr. 862, ook in de weg

aan een verdeling waartoe de deelgenoten ondanks een deelgenotenbeslag bevoegd zijn. De verdeling kan weliswaar plaatsvinden zonder medewerking van de privéschuldeiser van een deelgenoot die (nog) niet een bevel tot verdeling heeft verkregen, maar het door hem gelegde beslag heeft wel blokkerende werking.

In nr. 868 behandelt Tuil de vervreemding van een beslagen goed die wordt getroffen door de blokkerende werking van het beslag. Zijn betoog verzandt in een overmaat aan casuïstiek onder meer door onjuiste juridische analyses. Hij behandelt verschillende varianten van de casus dat *'tussen A en B een huwelijksgemeenschap bestaat of tussen A, B en C een ander soort gemeenschap. In beide gevallen behoort tot deze gemeenschap een auto. Ter verzekering van zijn rechten legt A verdelingsbeslag op de auto. In weerwil van dit beslag vervreemdt B de auto aan X.'*

Ik beperk mij hier tot het geval dat de auto aan A, B en C in gemeenschap toebehoort. Ervan uitgaande dat deze vervreemding wordt getroffen door de blokkerende werking van het beslag en de auto met succes door A wordt opgeëist ten behoeve van de verdeling, kan zich onder meer de mogelijkheid voordoen dat de auto aan B wordt toebedeeld. Daaraan wijdt Tuil nrs. 870 tot en met 877. Hij constateert dat de toedeling van de auto aan B op grond van art. 735 lid 1 Rv het verdelingsbeslag doet vervallen. Voor het vervallen van het beslag is niet de in art. 3:186 lid 1 BW bedoelde levering vereist. Met het vervallen van het beslag wordt de vervreemding van de auto niet langer geblokkeerd *'en sorteert nu – ook tegen de beslaglegger – volledig effect'*. In een noot bij nr. 870 vermeldt hij: *'Vgl. Hof Arnhem 11 juni 2006, JBPr 2007, 10 m.nt. E. Loesberg.'* Bedoeld zal hier zijn een verwijzing naar een arrest van het Hof Arnhem van 11 juli 2006. In dit arrest ging het om een door een echtgenoot vóór de ontbinding van het huwelijk gelegd *maritaal* beslag en een beschikking over het beslagen goed eveneens vóór de ontbinding van het huwelijk. Een *'nieuwe levering'* is volgens Tuil niet vereist. Ik denk dat deze conclusie niet juist is. Tuil ziet hier over het hoofd dat B, anders dan de beslagen echtgenoot in het zojuist vermelde arrest van het Hof Arnhem ook zonder verdelingsbeslag als deelgenoot niet bevoegd was over de auto te beschikken. Convalescentie kan B niet helpen alleen al niet omdat niet voldaan is aan de daarvoor door art. 3:58 lid 1 BW gestelde voorwaarde dat geen van de onmiddellijk belanghebbenden, onder wie de deelgenoot A, zich in de tijdsruimte gelegen tussen de vervreemding door B en de toedeling aan B op de onbevoegdheid van B heeft beroepen. Overigens zou convalescentie slechts kunnen plaatsvinden indien niet alleen het verdelingsbeslag is vervallen, maar de auto ook zou zijn geleverd aan B. Meer moeite heb ik met het vervolg van Tuils betoog in de nrs. 871 tot en met 877. Niet zozeer omdat dit gezien Tuils onjuiste uitgangspunt overbodig is, maar omdat dit, aannemende dat Tuils uitgangspunt juist is, van een nogal mechanische wetstoepassing blijkt geeft. Het feit dat B

de auto die hem bij de verdeling is toebedeeld, niet ontvangt, kan er volgens Tuil toe leiden dat B als gevolg van de verdeling minder krijgt dan zijn deel van de gemeenschap. Hij geeft het voorbeeld *'dat de gemeenschap inclusief de auto € 9000,— waard is, en de auto voor € 3000,— is gewaardeerd. B heeft de auto echter aan X verkocht voor € 2000,—. Dit betekent dat als gevolg van de verdeling A en C in waarde € 3000,— ontvangen, terwijl B slechts € 2000,— ontvangt'*. Hoezo heeft B slechts € 2000 ontvangen? Bij de verdeling tussen A, B en C is aan B de auto van € 3000 toebedeeld. Dat volgens Tuil geen levering aan B en X noodzakelijk was, doet daaraan niet af. Dat B de auto onbevoegdlijk voor € 2000 heeft verkocht, betekent niet dat hij niet tengevolge van de verdeling een goed met een waarde van € 3000 ontvangt. De beschouwingen over stornis als bedoeld in art. 3:188 BW, nietigheid of vernietigbaarheid van de verdeling en een mogelijke herverdeling in de nrs. 871 tot en met 876 zijn volstrekt overbodig.

14. In hoofdstuk XI over het einde van het beslag besteedt Tuil allereerst aandacht aan de tussentijdse opheffing door de rechter op grond van art. 705 Rv. Interessante beschouwingen wijdt Tuil in dit hoofdstuk aan de samenloop van een verdelingsbeslag met een verhaalsbeslag dat is gelegd op een gemeenschapsgoed of op een aandeel daarin. In aanmerking genomen de omvang die deze recensie toch al heeft, volsta ik op deze plaats met de opmerking dat ik het eens ben met zijn conclusie in nr. 956: *'Mijns inziens wordt ook een deelgenotenbeslag opgeheven door de verhaalsexecutie van het beslagen goed. Anders dan bij het maritale beslag blijft het deelgenotenbeslag niet op de executieopbrengst rusten. Het deelgenotenbeslag beschermt immers niet het recht om mee te delen in de waarde van de beslagen gemeenschapsgoederen.'* Deze conclusie geeft aan waarom dit onderwerp in dit hoofdstuk wordt behandeld. Bij het trekken van deze conclusie verwijst Tuil niet naar zijn uitgebreide beschouwingen in hoofdstuk I over schulden van de gemeenschap en afgescheiden vermogen. Dat heeft hij ook niet nodig om tot de geciteerde conclusie te komen. Een verdelingsbeslag wordt *'regulier'* afgewikkeld via de verdeling. De wet maakt daarbij een onderscheid tussen het geval dat het beslagen goed wordt toebedeeld aan een andere deelgenoot dan die het beslag heeft gelegd en het geval dat het goed aan de beslagleggende deelgenoot wordt toebedeeld. Op het eerste geval zien art. 733 lid 2 Rv en art. 770b lid 1 Rv. Door toedeling aan een andere deelgenoot vervalt het beslag. Uit art. 735 Rv en eveneens art. 770b lid 1 Rv volgt dat in het geval het goed

wordt toebedeeld aan de beslaglegger het beslag vervalt door de levering van het goed aan de beslaglegger. Volgens Tuil, nr. 966, wordt *'de goederenrechtelijke effectueering van de verdeling niet verwezenlijkt via het beslag, maar door reële executie.'* Dat laatste kan, maar noodzakelijk is dat in het geheel niet. De deelgenoten kunnen ook zelf de levering tot stand brengen. In nrs. 821 tot en met 824 beargumenteert Tuil waarom bij een deelgenotenbeslag zijns inziens ook de vordering tot verdeling ex art. 3:178/180 BW als eis in de hoofdzaak mag worden aangemerkt. Hij geeft in nr. 823 overigens een belangrijk argument voor het standpunt dat aan het wettelijk vereiste van een eis in de hoofdzaak een redelijke grond ontbeert: *'Het recht van de beslaglegger om beslag te leggen, kan alleen in een afzonderlijke procedure worden getoetst.'* Eén van de argumenten die volgens Tuil kunnen worden aangevoerd tegen het standpunt dat de vordering tot verdeling niet als eis in de hoofdzaak mag worden aangemerkt, is dat een bevel tot verdeling niet leidt tot een recht op het beslagen goed. Dat argument dwingt volgens Tuil niet tot de conclusie dat de vordering tot verdeling niet als eis in de hoofdzaak kan dienen. En wel omdat de notaris het resultaat van de verdeling gewoonlijk zal vastleggen in een notariële akte en deze akte 'mits in executoriale vorm' opgemaakt een executoriale titel vormt. Maar ook als de verdeling niet bij notariële akte plaatsvindt, vervalt het beslag overeenkomstig art. 733 lid 2 Rv, art. 735 lid 1 Rv of art. 770b lid 1 Rv. Daarvan lijkt ook Tuil uit te gaan. Zie hiervoor onder 12. Tuil lijkt er hier ten onrechte van uit te gaan dat een verdelingsbeslag zou moeten leiden tot een reële executie van het beslagen goed.

15. Ik moet afronden. Bezie ik het voorgaande en mijn aantekeningen in Tuils boek in het bijzonder in de eerste twee hoofdstukken die niet hun weerslag in deze recensie hebben kunnen vinden, dan kunnen mijn waarderende oordelen op onderdelen niet wegnemen dat mijn eindoordeel kritisch is. Ik verschil nogal eens van mening met de promotus. Voorts heb ik geconstateerd dat de lezer op een aantal belangrijke vragen die het onderwerp van de dissertatie oproept, geen antwoord zal vinden. Tuil kiest nogal eens voor een wat ik hiervoor genoemd heb *'mechanische wetstoepassing'*. Hij heeft zich voorts zeker niet beperkt waar dat aangewezen zou zijn geweest en het proefschrift wordt ontsierd door vele taal- en spellingfouten. Daarmee heeft hij zichzelf geen dienst bewezen. Het zal het voor lezers moeilijker maken de vele waardevolle elementen die het proefschrift bevat op de juiste waarde te schatten.

VBR Publicatieprijs 2010

In 2011 bestaat de Vereniging voor Burgerlijk Recht vijftienvestig jaar. Om dat jubileum te vieren, stelt het bestuur van de VBR een jaarlijks uit te reiken VBR Publicatieprijs in. De prijs wordt toegekend aan de auteurs(s) van het artikel dat in 2010 de meest belangwekkende bijdrage leverde aan de kennis en verbetering van het burgerlijk recht in brede zin.

Op de voorjaarsvergadering 2011 zal bekend worden gemaakt wie de winnaar is van de VBR Publicatieprijs 2010.

Een deskundige jury onder voorzitterschap van prof. mr. G.E. van Maanen (Universiteit Maastricht) kiest uit alle inzendingen de meest prominente wetenschappelijke publicatie die in 2010 op het vlak van het burgerlijk recht verscheen.

Wilt u een publicatie nomineren voor de VBR Publicatieprijs 2010? Lees dan op de website van de VBR (www.verenigingvoorburgerlijkrecht.nl) het juryreglement voor de precieze regels.

Stuur uw nominatie in naar publicatieprijs@verenigingvoorburgerlijkrecht.nl onder vermelding van 'nominatie 2010'.

Namens het bestuur VBR,

Willem van Boom, vz.
Harriët Schelhaas, secr.

www.verenigingvoorburgerlijkrecht.nl

Dit overzicht komt buiten verantwoordelijkheid van de redactie tot stand

Stand van zaken wetgeving t/m 26 oktober 2010

BOEK 1 BW

Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen (80F, 83, 87, 93 t/m 96, 96A, 96B, 97, 98, 99, 102, 110, 111, 112, 119, 122 t/m 128, 131, 133, 134, 142, 166)

Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek (10, 436)

Wijziging van o.a. BW om ruimte te bieden aan ontwikkelingen op gebied van elektronisch verkeer (88)

Aanpassingswet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba (24)

Wijziging Boek 1 BW en de Wet rechten burgerlijke stand i.v.m. goedkeuring Overeenkomst afgifte attestatie de vita met bijlagen (Trb. 2004, 283) (19, 19K)

Wet zorg en dwang psychogeriatrische en verstandelijk gehandicapte cliënten (451)

Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de jeugdzorg en de Pleegkinderenwet in verband met herziening van de maatregelen van kindbescherming (241, 253g, 253h, 253q, 253r, 253s, 253v, 254 t/m 269, 270 t/m 272a, 274, 275, 276, 277, 297, 205, 306a, 326, 327, 328, 329, 331, 332, 332a, 334, 335, 336a, 367)

Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (378, 431, 450)

Wet elektronische dienstverlening burgerlijke stand (18 t/m 18D, 19E, 19H, 20A, 20C, 23B, 24A, 25, 25A, 43, 44, 45, 45A, 46, 49, 49A, 28, 29, 29A, 54, 55, 57, 58, 62, 63, 80A, 80G)

BOEK 2 BW

Voorstel van wet van de leden Koenders en Rabbae inzake verantwoording maatschappelijk ondernemen (391, 396)

Initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek i.v.m. aanpassing uitzonderingspositie kerkgenootschappen (2)

Uitvoering van richtlijn nr. 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod (118A, 359A t/m 359D 391, 392)

Wijziging Boek 2 en 6 BW (stilzwijgende verlenging en opzegtermijn bij lidmaatschappen, abonnementen en overige overeenkomsten) (35, 36)

Wet vereenvoudiging en flexibilisering b.v.-recht (24D, 129, 175, 178, 178C, 180 t/m 183, 185, 189A t/m 195B, 196C, 197, 198, 201, 201A, 203, 203A, 204A t/m 204C, 206A t/m 207A, 207C t/m 209, 212, 216 t/m 218, 220, 221, 223 t/m 227, 228, 230, 231, 238, 239, 242 t/m 244, 252, 253, 254, 257, 325, 334X, 334BB, 336 t/m 343C, 373)

Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek (63B, 63J, 107A, 138, 153, 164, 248, 263, 274, 345, 349, 360)

Wijziging boek 2 BW en Wet financieel toezicht ter uitvoering van richtlijn nr. 2007/36/EG betreffende uitoefening bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen (113, 114, 114A, 115, 117, 117A, 117B, 119, 120, 359B)

	Tweede Kamer			Eerste Kamer			Staatsblad	
	Voorstel van wet (Voorlopig) verslag Nota n.a.v. verslag Nader (voorlopig) verslag Eindverslag Aangenomen (Voorlopig) verslag Memorie van antwoord Nader (voorlopig) verslag Eindverslag						Plaatsing	Inwerkingtreding
28867								
31065								
31358							222	
31959							350	
31962								
31996								
32015								
32399								
32444								
27905								
29757								
30419							202	390
30520								
31058								
31065								
31746							257	258

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

Dit overzicht komt buiten verantwoordelijkheid van de redactie tot stand

Stand van zaken wetgeving t/m 26 oktober 2010

Wijziging boek 2 Burgerlijk Wetboek i.v.m. de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen (9, 129, 129A, 132, 132A, 133, 134, 140, 142, 142A, 146, 164A, 166, 239, 239A, 242, 242A, 244, 250, 252A, 256, 274A, 276, 279A, 279B, 297A, 297B, 391)

Wijz. Boek 2 BW i.v.m. adviesrecht ondernemingsraad NV's t.a.v. bezoldigingsbeleid (107A, 134A, 135, 144A, 158)

Wijziging van onder meer Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet documentatie vennootschappen i.v.m. uitbreiding van de controle op rechtspersonen (4, 63k, 64, 68, 72, 125, 174A, 175, 179, 183, 204A, 235, 284A, 330, 332, 334EE, 334GG)

Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek houdende regels voor de vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming (3, 18, 19a, 26a, 72, 183, 285a, 305 t/m 307p, 308, 310, 315, 317, 323, 333, 334b, 334i, 334m, 334u, 344, 346, 360, 383a, 392)

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet giraal effectenverkeer en het Burgerlijk Wetboek naar aanleiding van het advies van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code van 30 mei 2007 (114a)

Evaluatiewet modernisering rechterlijke organisatie (131, 241)

Wijzigingswet financiële markten 2010 (76a, 449)

Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten in verband met lastenverlichting voor burgers en bedrijfsleven (313, 314, 316, 317, 318, 330, 334h, 334g, 334i, 334m, 334n, 334ee)

Wijziging van de Wet op het notarisambt naar aanleiding van de evaluatie van die wet (art. 117, 227)

Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (19A, 72, 162, 187A, 181, 203, 210, 227A, 230, 233, 263, 272, 303, 311, 326, 329, 330, 330A, 333A, 334Y, 334DD, 334EE, 334EE1, 334II, 348, 353, 362, 378, 382, 382A, 392, 393, 394, 396, 397, 404, 428, 435A, 450, 452)

Wet aanpassing bestuursprocesrecht (174A, 284A)

Verzamelwet van rechtswege verleende vergunning (49, 58, 300)

Wijziging Boek 2 BW ter uitvoering van richtlijn nr. 2009/109/EG betreffende verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen (313, 315, 316, 331, 333, 334I, 334L, 334F, 334HH)

Wijziging van o.a. boek 2 BW i.v.m. o.a. bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen en winstdelingen van bestuurders (53A, 135, 245, 383C)

BOEK 3 BW

Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek (15J, 189, 193, 285)

Wet Dieren (2A)

Voorstel van wet van het lid Agema tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht tot verhoging van de minimumleeftijd voor prostiuees naar 21 jaar (310)

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

	Tweede Kamer					Eerste Kamer			Staatsblad			
	Voorstel van wet	(Voorlopig) verslag	Nota n.a.v. verslag	Nader (voorlopig) verslag	Eindverslag	Aangenomen	(Voorlopig) verslag	Memorie van antwoord	Nader (voorlopig) verslag	Eindverslag	Plaatsing	Inwerkingtreding
31763												
31877											250	251
31948											280	
32003												
32014												
32021												
32036												
32038											205	206
32250												
32426												
32450												
32454												
32458												
32512												
31065												
31389												
31983												

Dit overzicht komt buiten verantwoordelijkheid van de redactie tot stand

Stand van zaken wetgeving t/m 26 oktober 2010

BOEK 4 BW

Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek (126, 160) 31065
 Aanpassingswet veiligheidsregio's (102, 103) 31968

BOEK 5 BW

Warmtewet (58) 29048
 Wijziging van Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek en de Woningwet in verband met het plegen van onderhoud door verenigingen van eigenaars (121, 126, 127a, 140a, 140b, 141) 31991

BOEK 6 BW

Warmtewet (236) 29048
 Wijziging Boek 6 BW (verruiming aansprakelijkheid gedragingen minderjarige kinderen) (169) 30519
 Wijziging Boek 2 en 6 BW (stilzwijgende verlenging en opzegtermijn bij lidmaatschappen, abonnementen en overige overeenkomsten) (236, 237) 30520
 Wijziging van o.a. BW om ruimte te bieden aan ontwikkelingen op gebied van elektronisch verkeer (227A, 234) 31358
 Wijziging Burgerlijk Wetboek, de Algemene wet bestuursrecht en de Algemene wet inzake rijksbelastingen (119, 120, 212A) 31418
 Invoeringswet Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (176) 31953
 Wijziging Boek 6 en Wetboek van Burgelijke Rechtsvordering i.v.m. normering vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten recht (96) 32418

BOEK 7 BW

Wijziging BW i.v.m. invoering klachtrecht werknemers (657, 670, 670B, 677) 27274
 Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (800 t/m 803, 805 t/m 831, 831A, 832 t/m 837) 28746
 Voorstel van wet van het lid Van Gent inzake regeling vrijheid van meningsuiting werknemers i.v.m. klokkenluiders (660B, 670, 670B, 677) 28990
 Warmtewet (5) 29048
 Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (978, 986) 31058
 Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek (800 t/m 837) 31065
 Wijziging Wet voorkeursrecht gemeenten (vereenvoudiging bekendmaking en aanbestedingsprocedure) (381) 31285
 Wijziging van o.a. BW om ruimte te bieden aan ontwikkelingen op het gebied van elektronisch verkeer (932, 933, 940, 943) 31358
 Wijziging Boek 7 BW en Wet handhaving consumentenbescherming i.v.m. doorverkoop toegangskaarten (4A) 31461
 Wijziging Wet gebruik burgerservicenummer in de zorg (456) 31466
 Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade (942) 31518

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

	Tweede Kamer				Eerste Kamer				Staatsblad			
	Voorstel van wet	(Voorlopig) verslag	Nota n.a.v. verslag	Nader (voorlopig) verslag	Eindverslag	Aangenomen	(Voorlopig) verslag	Memorie van antwoord	Nader (voorlopig) verslag	Eindverslag	Plaatsing	Inwerkingtreding
31065												
31968												
29048												
31991												
29048												
30519												
30520												
31358												
31418												
31953												
32418												
27274												
28746												
28990												
29048												
31058												
31065												
31285											155	248
31358											222	
31461												
31466												
31518											221	

Dit overzicht komt buiten verantwoordelijkheid van de redactie tot stand

Stand van zaken wetgeving t/m 26 oktober 2010

Wijziging o.m. Algemene wet gelijke behandeling (aanpassing definities van direct en indirect onderscheid aan richtlijnterminologie) (646)

31832

Wijziging Boek 7 BW i.v.m. limiteren hoogte ontslagvergoeding voor personen met jaarsalaris van 75.000 euro of hoger (685, 685A)

31862

Wijziging van onder meer Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet documentatie vennootschappen i.v.m. uitbreiden van de controle op rechtspersonen (834)

31948

Invoeringswet Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (231, 235)

31953

Wijziging van het Burgerlijk Wetboek (initiatiefrecht huurders) (243, 305)

31992

Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten in verband met lastenverlichting voor burgers en bedrijfsleven (662, 665, 942)

32038

Tijdelijke verruiming van de mogelijkheid om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan in verband met het bevorderen van de arbeidsparticipatie van jongeren. (668A)

32058

Huisvestingswet 20 (267 t/m 270, 274)

32271

Wijz. Boek BW en Wft ter implementatie Richtlijn inzake kredietovereenkomsten voor consumenten (57 t/m 73, 550, 1576E)

32339

Wet cliëntenzorg (448 t/m 459, 462 t/m 466)

32402

Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (834, 835)

32426

Wijziging Burgerlijk Wetboek en Faillissementswet (implementatie Richtlijnen 2009/44/EG en 2009/47/EG) (51, 53, 54)

32457

Aanpassing Boek 7 onder meer in verband met afschaffen beperkte opbouw minimum vakantierechten tijdens ziekte (635, 636, 637, 638, 640A, 642)

32465

Wet college voor de rechten van de mens (648, 649)

32467

BOEK 7A BW

Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek) (1655, 1657 t/m 1662, 1665, 1666, 1670 t/m 1776, 1678 t/m 1684, 1686, 1688)

31065

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

	Tweede Kamer				Eerste Kamer				Staatsblad			
	Voorstel van wet	(Voorlopig) verslag	Nota n.a.v. verslag	Nader (voorlopig) verslag	Eindverslag	Aangenomen	(Voorlopig) verslag	Memorie van antwoord	Nader (voorlopig) verslag	Eindverslag	Plaatsing	Inwerkingtreding
31832	■											
31862	■											
31948	■										280	
31953	■										142	
31992	■											
32038	■										205	206
32058	■										274	274
32271	■											
32339	■											
32402	■											
32426	■											
32457	■											
32465	■											
32467	■											
31065	■											

Dit overzicht komt buiten verantwoordelijkheid van de redactie tot stand

Stand van zaken wetgeving t/m 26 oktober 2010

BOEK 8 BW

Wet publiekrechtelijke registratie zeeschepen (169, 171, 175, 194, 195A)

Warmtewet (20)

Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek (192, 782, 784, 1301)

Aanpassing Boek 8 Burgerlijk Wetboek i.v.m. toetreding Koninkrijk tot Protocol wijziging Verdrag beperking aansprakelijkheid maritieme vorderingen (Trb. 1997, 300) (753, 755, 756)

Wijziging boek 8 BW, ter uitvoering van het internationaal verdrag inzake wettelijke aansprakelijkheid voor schade door verontreiniging door bunkerolie, 2001 (Trb. 2005, 239) (541, 621, 639 t/m 654, 1833 AA)

Wijziging Boek 8 i.v.m. aanpassing bedragen waartoe aansprakelijkheid vervoerder bij vervoer door de lucht is beperkt op grond van Verdrag Montreal (1359, 1399, 1400)

BOEK 10 BW

Vaststelling en invoering van Boek 10 (Internationaal privaatrecht) van het Burgerlijk Wetboek (Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek), wetsvoorstel van 18 september 2009

	Tweede Kamer	Eerste Kamer	Staatsblad
28180			
29048			
31065			
31425			162
31875			
32480			
32137			
	Voorstel van wet		
	(Voorlopig) verslag		
	Nota n.a.v. verslag		
	Nader (voorlopig) verslag		
	Eindverslag		
	Aangenomen		
	(Voorlopig) verslag		
	Memorie van antwoord		
	Nader (voorlopig) verslag		
	Eindverslag		
	Plaatsing		
	Inwerkingtreding		

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



