

20 jaar Nieuw BW – Voorwoord Rode Draad 2012

Precies 20 jaar geleden werd het Nieuw BW ingevoerd. Althans, het algemeen vermogensrecht van de Boeken 3, 5 en 6 en een deel van Boek 7. Tegen de achtergrond van dit jubileum presenteert de redactie bij wijze van Rode Draad 2012 de serie '20 jaar Nieuw BW'.

Heeft het Nieuw BW gebracht wat er destijds van werd verwacht? Hebben de afschaffing van de fiduciaire zekerheden en de grootschalige invoering van risicoaansprakelijkheden het burgerlijk recht ingrijpend veranderd of zijn deze in de praktijk geruisloos geacommodeerd? Welke megatrends beheersen het familierecht, het ondernemingsrecht en het algemeen vermogensrecht? Hoe verhoudt het BW zich tot het oprukkende Europees privaatrecht?

Deze en andere vragen passeren de revue in een serie van tien afleveringen. In de eerste aflevering schetst professor A.S. Hartkamp enkele algemene achtergronden en hoofd-

lijnen van de ontwikkeling van het algemeen vermogensrecht in de laatste decennia. In de maanden hierna komt telkens een hoofdrechtsgebied aan de orde. Achtereenvolgens het familierecht (Boek 1), ondernemingsrecht (Boek 2), algemeen vermogensrecht (Boek 3, 5, 6 en 7), erfrecht (Boek 4), goederenrecht (Boek 3 en 5), aansprakelijkheidsrecht (Boek 6), overeenkomstenrecht (Boek 6) en bijzonder overeenkomstenrecht (Boek 7 en 8). De redactie is zeer verheugd dat professor W. Snijders zich bereid heeft verklaard ter afsluiting van de Rode Draad in december 2012 een epiloog te verzorgen.

Wouter den Hollander
Daniel Stein
Joep Wolfhagen

Het nieuwe BW – ontwikkelingen sinds 1992

A.S. Hartkamp*



1 Inleiding

Het nieuwe vermogensrecht is op 1 januari 1992 in werking getreden. Reeds enkele jaren daarvoor had het zijn uiteindelijke redactie gekregen. Ter herinnering: de vaststellingswetten van de Boeken 3, 5 en 6 waren in 1977 door de Tweede Kamer aangenomen; de gecompliceerde, uit dertien wetsvoorstellen bestaande invoeringswetgeving was begin 1990 gereed, waarna er door minister Hirsch Ballin een studie- en geweningsperiode van twee jaar werd afgekondigd. In de invoeringswetgeving waren ook enkele belangrijke titels van Boek 7 opgenomen, waaronder het kooprecht. Aan de rest van Boek 7 is nadien verder gewerkt (het boek is nog steeds niet helemaal af), evenals aan Boek 4 (erfrecht), dat in 2003 in werking is getreden.

De Boeken 1 en 2 zijn voorgegaan (1970 en 1976), evenals Boek 8 (1991), waaraan overigens nadien nog is voortgebouwd.

Van het door Meijers geplande Boek 9 (intellectuele eigendom) is nooit een wetsvoorstel verschenen. Daarentegen is het niet door Meijers geplande, pas in 2009 als wetsvoorstel ingediende Boek 10 (internationaal privaatrecht) snel door het parlement gekomen; het is begin 2012 in werking getreden.

Het is niet doenlijk om in kort bestek van het hele nieuwe wetboek de ontwikkeling in de laatste paar decennien te schetsen. Ik beperk mij tot het algemene deel vermogensrecht, en ik zal ook daarvan slechts de hoofdlijnen kunnen aanstippen. Volgende bijdragen in deze serie zullen de verschillende rechtsgebieden nader verkennen. Ik geef eerst enige algemene gezichtspunten en ga dan in op enkele meer concrete onderwerpen.

* Prof. mr. A.S. Hartkamp is hoogleraar Europees Privaatrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. De tekst van deze bijdrage is ten dele ontleend aan Mon. BW A1 (Hartkamp 2010), § 22 en 23.

2 Algemene gezichtspunten

2.1 Veel rechtspraak, maar geen verband met vernieuwingen

De rechtspraak sinds de inwerkingtreding laat een gevarieerd beeld zien. In de eerste plaats zijn er onderwerpen waar de rechtspraak rijkelijk vloeit, maar die in het geheel geen verband houden met vernieuwingen in het vermogensrecht. Zo bijvoorbeeld op het gebied van de onrechtmatige daad. De zorgvuldigheidsnorm is in enigszins andere bewoordingen, maar zonder wijziging van zijn inhoud in artikel 6:162 lid 2 BW gecodificeerd. De rechtspraak daarover is overvloedig gebleven, zowel waar het (pretense) onrechtmatigheid van particuliere gedragingen als van overheidshandelen betreft. Met de inwerkingtreding van het nieuwe wetboek heeft dat weinig of niets te maken. Mutatis mutandis hetzelfde geldt voor de begrippen schade, causaal verband, dwaling, wettelijke rente en vele andere.

Dat de nieuwe wet het recht niet heeft gewijzigd kan overigens ook voortvloeien uit het feit dat de rechtspraak onder het oude recht zich al geheel op de voorgestelde nieuwe regeling had ingesteld. Ook in dat geval heeft de *inwerkingtreding* van de wet niets aan het oude recht veranderd; de wetsontwerpen hadden dat voordien wél gedaan. Zo is het bijvoorbeeld bij de dwaling gegaan. Op dit soort onderwerpen wordt hier niet verder ingegaan.

Dat de nieuwe wet het recht niet heeft gewijzigd kan ook voortvloeien uit het feit dat de rechtspraak onder het oude recht zich al geheel op de voorgestelde nieuwe regeling had ingesteld

2.2 Veel rechtspraak, maar nieuwe regeling niet problematisch

Indien nieuwe regels of begrippen tot veel rechtspraak leiden behoeft dat niet te betekenen dat zij problematisch zijn. Een duidelijk voorbeeld biedt het nieuwe artikel 6:212 BW inzake de aansprakelijkheid uit ongerechtvaardigde verrijking, een open norm die evenals de zorgvuldigheidsnorm bij de onrechtmatige daad slechts door rechterlijke uitspraken een meer concrete invulling kan verkrijgen. In zo'n geval betekent een overvloedige rechtspraak dus niet dat van een mislukte wettelijke regeling sprake is.

Hetzelfde zou ik willen aannemen bij rechtsfiguren als het bezitloos pandrecht, het – ten dele nieuw geregelde – retentierecht, de buitengerechtigde kosten van artikel 6:96 lid 2 BW, overlijdensschade (art. 6:108 BW), de opschortingsrechten en de ontbinding van wederkerige overeenkomsten wegens niet-nakoming. In het laatste geval was de bron van de rechtspraak ook niet zozeer de nieuwe, meer uitvoerige wettelijke regeling, maar de opvatting van een deel van de doctrine, volgens welke het recht op ontbinding wegens zijn ingrijpende karakter 'subsidiar' zou moeten zijn aan andere rechten van de schuldeiser in geval van niet-nakoming.¹ In een aantal gevallen is die opvatting aan de Hoge Raad voorgelegd, maar zij is steeds verworpen – geheel in overeenstemming met artikel 6:265 BW en het wettelijk stelsel.

De nieuwe en voor de praktijk belangrijke regelingen van de koop (non-conformiteit) en de opdracht (voortijdige beëindiging en loonbetaling) hebben om begrijpelijke redenen tot vrij wat rechtspraak van de Hoge Raad geleid, ook hier zonder dat van problematische regelingen kan worden gesproken.

2.3 Veel rechtspraak, regeling onvermijdelijk problematisch

Sommige regelingen zijn naar hun aard problematisch. Tot deze categorie behoort onder meer de regeling van artikel 6:74 BW en volgende (niet-nakoming). Bij vorderingen tot schadevergoeding op grond van wanprestatie wordt dikwijls het verweer opgeworpen dat er ten onrechte geen ingebrekestelling is uitgebracht en dus geen verzuim is ingetreden. De criteria hiervoor zijn onder het nieuwe recht gewijzigd: een ingebrekestelling is vereist indien (correcte) prestatie is uitgebleven, maar nog wel mogelijk is (ook dus indien ondeugdelijk is gepresteerd); geen ingebrekestelling is vereist indien een termijn voor de prestatie is bepaald. Op het laatste punt is de regeling ten opzichte van het oude recht omgekeerd: vroeger gold dat de bepaling van een termijn niet afdeed aan de noodzaak van ingebrekestelling, tenzij uit de strekking van de termijn het tegendeel voortvloeide; thans is het andersom. Tot meer of anderzootige procedures heeft dat niet geleid. De rechtspraak heeft door hantering van de redelijkheid en billijkheid de wettelijke regeling versoepeld.² Maar dat neemt niet weg dat het criterium van de onmogelijkheid in de praktijk niet altijd gemakkelijk toepasbaar is, zodat het verzwaarde accent daarop niet zonder problemen is.

1 Zie de bronvermeldingen in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 685.
2 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, nr. 398.

2.4 Onverwacht weinig ontwikkeling

Opvallend is dat bij sommige dogmatisch interessante, in de literatuur uitvoerig becommentarieerde vernieuwingen veel meer beweging was verwacht dan er uiteindelijk is gekomen. Zo hebben de nieuwe regelingen inzake rechterlijke wijzigingsbevoegdheden bij *imprévision* (art. 6:258 BW) en dwaling (art. 6:230 BW) wel tot vrij wat literatuur,³ maar tot weinig rechtspraak geleid. Hetzelfde geldt voor het matigingsrecht van artikel 6:109 BW inzake de wettelijke schadevergoeding (op dat van art. 6:94 BW inzake het boetebeding was al door de rechtspraak geanticipeerd). Ook over de nieuwe risicoaansprakelijkheden voor zaken (afd. 6.3.2) is weinig rechtspraak, met als uitzondering de aansprakelijkheid van de wegbeheerder. Ik kom daarop nog terug.

Opvallend is dat bij sommige dogmatisch interessante, in de literatuur uitvoerig becommentarieerde vernieuwingen veel meer beweging was verwacht dan er uiteindelijk is gekomen

2.5 Niet bevredigend uitgevallen vernieuwingen

Anders dan in vóór de inwerkingtreding verschenen (soms regelrecht bizarre⁴) literatuur is gesteld, is slechts van een beperkt aantal vernieuwingen duidelijk dat zij niet bevredigend zijn uitgevallen. Als eerste noem ik de regeling van de bevrijdende verjaring. Pas in de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6, dus in een laat stadium van het wetgevingsproces, is het voorstel gedaan tot verkorting van de verbintenisrechtelijke verjaringstermijnen tot vijf jaar. Die wetgevingsoperatie, die wel de juiste richting koos maar nog onvoldoende was doordacht, heeft tot veel rechtspraak geleid, met name wat de rechtsvordering tot schadevergoeding betreft. De regeling van zowel de korte verjaringstermijn van vijf jaar als de lange van twintig jaar heeft tot veel jurisprudentieel correctiewerk geleid.⁵ De na de totstandkoming van het nieuwe BW tot stand gekomen regeling van de Principles of European Contract Law is consistentener en heeft veel instemming gevonden.⁶

De afschaffing van het fiducia-verbod is een verkeerde ingreep geweest. Zij heeft de invoering van een nieuwe regeling van het bezit-

loze pandrecht nodig gemaakt, die op zichzelf niet als een mislukte regeling kan worden beschouwd, maar wel tot veel jurisprudentie aanleiding heeft gegeven.⁷ Daarbij moet wel worden aangetekend dat indien de fiduciaire eigendom niet was afgeschaft, ook die rechtsfiguur in de wet geregeld had moeten worden, met waarschijnlijk vergelijkbare gevolgen. Ernstiger is dan ook dat de afschaffing van de fiduciaire eigendom, die haar oorsprong vond in dogmatische overwegingen, heeft geleid tot rechtsonzekerheid en tot de aanvaarding van rechtsfiguren die ongunstig zijn voor de schuldenaar, zoals de schimmige *sale and lease back*.⁸ Ongelukkig is ook dat zij de geest van de Europese rechtsontwikkelingen heeft miskend, die juist tenderen in de richting van de aanvaarding van fiduciaire en trust-achtige rechtsfiguren.⁹

De afschaffing van het fiducia-verbod is een verkeerde ingreep geweest

Mislukt is ten slotte de regeling van artikel 3:40 BW, voor zover zij een onderscheid maakt tussen overeenkomsten waarvan het verrichten door de wet wordt verboden en overeenkomsten die tot een met de wet verboden uitvoeringshandeling verplichten. In beide gevallen is het normale rechtsgevolg nietigheid, maar in het eerste geval is de nietigheid onderhevig aan de relativiteitsmogelijkheden van artikel 3:40 lid 2 BW, terwijl die in het tweede geval ontbreken (art. 3:40 lid 1 BW), zodat daar de keuze gaat tussen geldigheid en absolute nietigheid zonder meer. Ook hier is de aansluiting met Europese ontwikkelingen gemist.¹⁰ In de parlementaire geschiedenis is dit probleem onderkend en wordt een uitweg gesuggereerd, die echter nog niet in de rechtspraak is toegepast en niet eenvoudig in het wettelijk stelsel is in te passen.¹¹

3 Enkele concrete onderwerpen

3.1 Algemeen belang en privaatrecht

Een van de vernieuwingen die het nieuwe BW heeft gebracht is dat op verschillende plaatsen in het vermogensrecht de rechter wordt opgedragen om te beoordelen of een algemeen belang aanwezig is c.q. om algemene belangen in zijn oordeelsvorming te betrekken en tegen persoonlijke belangen af te wegen. Hiermee wordt de gedachte verder ontwikkeld, dat naarmate de wet minder aanknopingspunten

- 3 Zie de vindplaatsen bij Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 629 e.v.
- 4 J.M. van Dunné, E.A.A. Luyten, P.A. Stein, *Kosten en tekortkomingen van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Arnhem: Gouda Quint 1990.
- 5 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 359 e.v., in het bijzonder nr. 410-415, 424-425.
- 6 Men zie hierover verscheidene bijdragen aan O. Remien (ed.), *Verjährungsrecht in Europa – zwischen Bewahrung und Reform*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011 en voorts J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2008.
- 7 Zie Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 165 e.v., 218 e.v.
- 8 Zie HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119 m.nt. W.M. Kleijn (*Keereweer/Sogelease*) en HR 18 november 2005, *NJ* 2006, 151 (*BTL Lease/Van Summeren*).
- 9 Zie hierover uitvoeriger J.H.A. Lokin, 'De spagaat van de Hoge Raad: eigendom en zekerheid', in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Fiduciaire verhoudingen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 137 e.v., met verdere literatuur.
- 10 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 304 e.v., 325, 347, 635.
- 11 Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1137 e.v.; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 325.

- 12 Zie Mon. BW A1 (Hartkamp 2010), nr. 14.
- 13 Zie voor een uitzondering Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 43 waar als een van de beginselen van contractenrecht het beginsel van maatschappelijke aanvaardbaarheid wordt gepostuleerd.
- 14 HR 15 december 1995, NJ 1996, 691 m.nt. WMK (Damen / Dentjes); HR 24 december 2004, NJ 2007, 58 m.nt. J. Hijma (Chidda / Gemeente Amsterdam).
- 15 HR 7 mei 2004, NJ 2005, 23 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Gemeente Heerde / Goudsmit).
- 16 HR 5 december 1997, NJ 1998, 400 m.nt. J. Hijma (Terminus / ZAO).
- 17 HR 20 mei 1994, NJ 1995, 691 m.nt. C.J.H. Brunner (Körmeling / Gemeente Vlaardingen).
- 18 HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 m.nt. P.A. Stein (Agfa / Schoonderwoerd).
- 19 HR 14 mei 2004, NJ 2006, 188 m.nt. M.M. Mendel (Witte / Alte Leipziger).
- 20 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 454 e.v., 11 februari 2011, RdW 2011, 251 (Wolter / Wolter-Nieskens) en 28 oktober 2011, RdW 2011, 1314 (Mr. van Hees qq / Y).
- 21 HR 20 september 2002, NJ 2004, 458 m.nt. J. Hijma (Caribbean Bistros / Club Caraïbeën).
- 22 HR 29 september 2006, RdW 2006, 896 (CFS / Stork Titan).
- 23 HR 5 september 1997, NJ 1998, 437 m.nt. P. van Schilf-gaarde (Ontvanger / Hamm q.q.).
- 24 HR 8 juni 2007, NJ 2007, 419 m.nt. P. van Schilf-gaarde (Van der Werff / BLG Hypotheekbank).
- 25 HR 30 september 2005, NJ 2007, 154 m.nt. J.B.M. Vranken (Koker / Cornelius); vergelijk HR 28 oktober 2011 (aangehaald in noot 20), r.o. 3.7.2.
- 26 HR 8 november 1996, NJ 1997, 217 m.nt. PAS (Sijthoff / Ouwerkerk).
- 27 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 410 e.v., 436; Mon. Nieuw BW A5 (Rijken), nr. 23 e.v.
- 28 HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253 m.nt. PAS.

voor de beslissing van een aan de rechter voorgelegd geval biedt, het rechterlijk oordeel in sterkere mate berust op een belangenafweging, waarin naast persoonlijke belangen tevens maatschappelijke belangen een rol spelen. Men zie artikel 3:12 BW en een aantal bijzondere bepalingen als artikel 3:168, 3:185, 5:78, 6:168 en 6:259 BW.¹² In de privaatrechtelijke doctrine is hierop nauwelijks voortgebouwd.¹³ Ook in de rechtspraak worden de bepalingen weinig toegepast. Een enkele maal is een kettingsbeding of een erfdiensbaarheid in het kader van een vordering tot wijziging, opheffing of ontbinding aan het algemeen belang getoetst.¹⁴ Artikel 6:168 leidt in de rechtspraak van de Hoge Raad een vrijwel slapend bestaan. Een uitzondering geldt voor artikel 3:12 dat regelmatig wordt ingeroepen, zowel in verband met het algemeen belang¹⁵ of maatschappelijke belangen,¹⁶ als in verband met belangen van derden,¹⁷ grondrechten¹⁸ of de in Nederland levende rechtsovertuiging.¹⁹

De uitspraken van de Hoge Raad over het belangrijke nieuwe artikel 6:212 BW geven doorgaans geen blijk van de wens het leerstuk terughoudend toe te passen

3.2 Ongerechtvaardigde verrijking

De uitspraken van de Hoge Raad over het belangrijke nieuwe artikel 6:212 BW²⁰ geven doorgaans geen blijk van de wens het leerstuk terughoudend toe te passen (zo is van een beginsel van subsidiariteit geen sprake). Wel moeten de toepassingen uiteraard zorgvuldig worden ingepast in het stelsel van de wet. Om die reden kan de ongerechtvaardigde verrijking bijvoorbeeld niet worden gebruikt om het stelsel van de schadevergoeding bij wanprestatie, waarvoor in beginsel een ingebrekestelling is vereist, open te breken.²¹ En wie niet onrechtmatig jegens de octrooihouder handelt door een octrooi te laten inschrijven dat later wordt vernietigd, is ook niet ongerechtvaardigd verrijkt (ten koste van de octrooihouder, als hij door zich op het octrooi te beroepen voordeel verwerft.²² Ook het stelsel van het faillissementsrecht wordt zorgvuldig behoed. Weliswaar heeft de Hoge Raad in één vrij uitzonderlijk geval daarop een inbreuk aanvaard die mede op ongerechtvaardigde verrijking was gebaseerd,²³ maar in een latere uitspraak is die grondslag niet gehandhaafd.²⁴

Buiten deze gevallen van inpassing in het wettelijk systeem heeft de Hoge Raad zich zelden terughoudend opgesteld. Dat deed hij alleen in een casus van indirecte verrijking, waarbij de verrijkte zich tegenover de verarmde kon beroepen op verkrijging door middel van een met een derde gesloten overeenkomst die als rechtvaardiging van zijn verrijking kon worden beschouwd.²⁵

3.3 Redelijkheid en billijkheid; onvoorziene omstandigheden

Op het stuk van de redelijkheid en billijkheid heeft het nieuwe BW het recht niet wezenlijk gewijzigd, zij het dat de term goede trouw is vervangen door redelijkheid en billijkheid, dat het toepassingsgebied daarvan is uitgebreid en dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en de bevoegdheid van de rechter een overeenkomst te wijzigen of te ontbinden wegens onvoorziene omstandigheden zijn gecodificeerd.

Vermeld werd reeds dat artikel 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden) tot weinig rechtspraak heeft geleid en nog minder vaak tot toepassing is gekomen. Een van de weinige vermeldenswaardige uitspraken is die waarin de Hoge Raad een ruim werkingsgebied aan de bepaling gaf in een arbeidsverhouding die geen arbeidsovereenkomst was.²⁶ Dat de bepaling zo weinig aan de orde komt is wel eigenaardig, gezien de heftige strijd die in het verleden over deze materie is geleverd.²⁷

3.4 Redelijkheid en billijkheid; aanvullende werking

Van de aanvullende en de beperkende werking kan hetzelfde niet worden gezegd (en evenmin van de rol van de redelijkheid en billijkheid bij de uitleg van overeenkomsten). Op weinig gebieden – naast de al genoemde zorgvuldigheidsnorm, causaal verband en eigen schuld – vloeit de rechtspraak zo rijkelijk als hier. Tientallen uitspraken zijn daaraan gewijd; er bestaat dringend behoefte aan een nieuwe systematisering in de trant van Mon. Nieuw BW A5 (Rijken), nr. 19 en 26 e.v.

Op het stuk van de aanvullende werking heeft het nieuwe vermogensrecht niets nieuws gebracht. Over haar zijn minder uitspraken dan over de beperkende werking, maar dat wil niet zeggen dat zij minder belangrijk is. Haar belang blijkt in zaken als *Vonk Montage / Van der Hoeven*, één van een aantal uitspraken inzake de verplichting van de werkgever tot verzekering van zijn werknemers tegen verkeersongevallen,²⁸ en een

uitspraak over de verhouding tussen redelijkheid en billijkheid en de bescherming van grondrechten.²⁹

3.5 Redelijkheid en billijkheid; beperkende werking

Wat de beperkende werking betreft is er in elk geval dit veranderd, dat de norm nu uitdrukkelijk in de wet is verankerd. De daarbij gebruikte formulering ('naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar') suggereert een mate van terughoudendheid die groter is dan wellicht onder het oude recht gebruikelijk was. In de praktijk is de relevantie van zulke nuances niet goed te verifiëren, al herinnert de Hoge Raad met enige regelmaat aan de terughoudende wettelijke formulering. Wat de Hoge Raad ook doet, gestimuleerd door een deel van de doctrine, is suggereren dat ondernemingen onderling in staat zijn hun zaakjes zo te regelen dat een beroep op de redelijkheid en billijkheid niet kansrijk is.³⁰ Alweer: in theorie misschien een juiste vingerwijzing, in de praktijk heel vaak niet te effectueren. Talrijk zijn de zaken, zowel bij de overheidsrechter als in arbitrage, waarin een onderneming, ook een grote onderneming, een beroep doet op artikel 6:248 lid 2 BW (of op toepassingen zoals artikel 6:94 BW) dat niet van redelijke grond is ontbloot. Alles hangt immers af van de omstandigheden waarin de overeenkomst is gesloten en met name de relatieve machtspositie van de partijen op dat moment. Het is daarom volkomen juist dat bepalingen inzake de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, de bescherming tegen onredelijke contractvoorwaarden en het rechterlijke matigingsrecht bij wettelijke schadevergoeding en boetebedingen (artikel 6:248 lid 2, 6:233, 6:94 BW etc.) ook van toepassing zijn op transacties tussen beroeps- of bedrijfsmatig handelende partijen.

De toepassingen van de beperkende werking zijn evenals onder het oude recht vooral te vinden bij bekende categorieën als rechtsverwerking, bindend advies en onredelijke algemene voorwaarden. Maar ook daarbuiten komen belangrijke toepassingen voor. Ik noem enige uitspraken op andere dan de genoemde drie terreinen, die mij van principieel belang schijnen te zijn. De Hoge Raad beslist slechts zelden zelf wat de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid meebrengt. Hij doet dat soms indien hij de redelijkheid en billijkheid in feite gebruikt om een algemene regel te stellen. Vóór de inwerkingtreding van het nieuwe BW heeft hij dat enkele keren gedaan

inzake onredelijke algemene voorwaarden,³¹ daarna ook met betrekking tot vervalbedingen die worden toegevoegd aan verrekenbedingen in huwelijksvoorwaarden.³² Hieraan verwant is de toepassing in de zaak *Nefalit / Erven Karamus*,³³ waarin de Hoge Raad een nieuwe regel inzake causaal verband (schadeverdeling tussen werkgever en werknemer op basis van kansberekening) introduceerde met de overweging dat een andere oplossing, te weten het geheel toe- of afwijzen van de vergoedingsvordering wegens de onzekerheid omtrent het *condicio sine qua non*-verband, uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Wat de Hoge Raad doet, gestimuleerd door een deel van de doctrine, is suggereren dat ondernemingen onderling in staat zijn hun zaakjes zo te regelen dat een beroep op de redelijkheid en billijkheid niet kansrijk is

Het heeft er de schijn van dat de Hoge Raad gemakkelijker dan vroeger tot een concrete beslissing inzake de redelijkheid en billijkheid overgaat; men zie *Oerlemans / Oerlemans* (beslissende dat de grond waarop het hof verjaring heeft aangenomen onjuist is, maar dat het middel desondanks niet tot cassatie kan leiden, omdat de schuldenaar in hoger beroep terecht heeft aangevoerd dat het beroep op verjaring in strijd is met de redelijkheid en billijkheid),³⁴ en *Hoogendoorn / Benthuizen* (beslissende dat het oordeel waarbij het hof toepassing had gegeven aan de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid bij het beoordelen van een beroep op een ontbindende voorwaarde blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting).³⁵

Hierboven werd opgemerkt dat de regeling van de bevrijdende verjaring niet bevredigend is uitgevallen, met name waar het de verjaring tot schadevergoeding betreft, zodat jurisprudentieel correctiewerk nodig is geweest. Die correcties hebben mede bestaan uit de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zowel bij de korte verjaringstermijn van vijf jaar als bij de lange van twintig jaar.³⁶

Lang is onzeker geweest of de redelijkheid en billijkheid beperkend kunnen werken ten aanzien van dwingende wetsbepalingen die de

29 HR 12 december 2003, NJ 2004, 117 (X/Y).

30 Zie onder meer HR 15 oktober 2004, NJ 2005, 141 (GTI Zwolle / Zürich).

31 HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 m.nt. W. van der Grinten (Van der Meer / Smilde).

32 HR 19 januari 1996, NJ 1996, 617 m.nt. W.M. Kleijn; en met betrekking tot de bevoegdheid van een verzekeraar zich op een vervalbeding in de polis te beroepen HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683 (Kroymans / Sun Alliance) en 14 mei 2004, NJ 2006, 188 (Witte / Alte Leipziger), beide m.nt. M.M. Mendel.

33 HR 31 maart 2006, NJ 2011, 250 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai. Zie nadien HR 24 december 2010, NJ 2011, 251 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Fortis / Bourgonje).

34 HR 4 november 1994, NJ 1996, 485 m.nt. WMK.

35 HR 24 oktober 2008, NJ 2008, 558.

36 Zie de vermeldingen in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 401 en 414.

37 HR 21 maart 2008, NJ 2008, 297 m.nt. J.M. Maeijer. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 419.

38 Men zie bijvoorbeeld HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602 (Vereniging voor de Effectenhandel / CSM) inzake art. 6:258 BW (onvoorzien omstandigheden); HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 m.nt. J. Hijma (Bramer / Hofman Beheer) inzake art. 6:233 onder a BW (onredelijk bezwaarend beding in algemene voorwaarden); HR 9 mei 2003, NJ 2004, 21 (W./W.) inzake een beroep op een wilsgebrek (bijv. art. 3:44 lid 4 BW, misbruik van omstandigheden); HR 17 december 2004, NJ 2005, 271 (Ampatil / Weggelaar) inzake art. 6:94 BW (matiging boetebeding); HR 14 januari 2005, NJ 2007, 481 m.nt. J. Hijma (Ahold / Staat) inzake art. 6:109 BW (matiging wettelijke schadevergoeding).

totstandkoming van overeenkomsten regelen, indien de toepassing van die bepalingen zou leiden tot nietigheid van een rechtshandeling. Uit *Nieuwe Steen Investments/Sami Uoti* lijkt een bevestigend antwoord voort te vloeien.³⁷

De principiële betekenis in ons privaatrecht van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid blijkt ten slotte uit een aantal beslissingen inzake samenloop. Telkens werd geoordeeld dat het bestaan van een andere, doorgaans als bijzondere toepassing van artikel 6:248 BW te beschouwen wetsbepaling niet in de weg staat aan de toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW.³⁸

3.6 Algemene voorwaarden

De toepassing van de regeling van de algemene voorwaarden (art. 6:233 BW e.v.) is aarzelend op gang gekomen. Lang bleef in de praktijk een beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid gebruikelijk, met name bij onredelijke exoneratiebedingen. Van een krachtig rechterlijk optreden op basis van de nieuwe regeling tegen onredelijke algemene voorwaarden was geen sprake. De belangstelling in de civiele rechtspraak voor deze regeling is pas toegenomen door de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat de richtlijn oneerlijke contractsbedingen eist dat de nationale rechter ambtshalve onderzoekt of bedingen in algemene voorwaarden oneerlijk in de zin van de richtlijn zijn.³⁹

Over de nieuwe regel van artikel 6:234 BW (verplichting tot terhandstelling), die duidelijk aan de strenge kant was, is veel geprocedeerd. De Hoge Raad heeft de in het artikel opgesomde uitzonderingen in beginsel als limitatief beschouwd, maar heeft de regeling niettemin enigszins versoepeld.⁴⁰ De wetgever is tussenbeide gekomen in verband met de mogelijkheid van terbeschikkingstelling via internet.

Over de nieuwe regel van artikel 6:234 BW, die duidelijk aan de strenge kant was, is veel geprocedeerd

3.7 Risicoaansprakelijkheid

Wat de nieuwe risicoaansprakelijkheden van titel 6.3 betreft moet worden onderscheiden. De aansprakelijkheid van ouders voor kinderen onder de veertien jaar lijkt niet tot problemen aanleiding te geven, al wordt er met enige regelmaat over geprocedeerd. Van de aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikte

opdrachtnemers worden regelmatig in procedures de grenzen onderzocht; zij wordt door de Hoge Raad terughoudend toegepast.⁴¹ Op het gebied van de toerekening naar verkeersopvattingen (art. 6:162 lid 3 BW) is, anders dan verwacht, niets opvallends gebeurd.

Dat laatste geldt, met een enkele uitzondering,⁴² ook voor de nieuwe regels inzake risicoaansprakelijkheid voor zaken. Van de niet talrijke zaken die de Hoge Raad hebben bereikt betreft het merendeel de aansprakelijkheid van de wegbeheerder. Uit een uitspraak als *Hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht/Gemeente De Ronde Venen* blijkt dat op het gebied van de aansprakelijkheid voor gebrekkige onroerende zaken de risicoaansprakelijkheid soms niet sterk verschilt van een schuldaansprakelijkheid.⁴³

3.8 Nietigheden

Uit het stelsel van het nieuwe BW was in de doctrine een tendens afgeleid tot relativisering van nietigheid, zowel wat het vaststellen van nietigheid als wat de rechtsgevolgen daarvan betreft.⁴⁴ De Hoge Raad heeft in *Royal and Sun Alliance/Universal Pictures* deze relativiseringstendens expressis verbis erkend door gewag te maken van het 'aan het Burgerlijk Wetboek ten grondslag liggende uitgangspunt dat nietigheden in beginsel niet verder reiken dan de strekking daarvan meebrengt'.⁴⁵ De Hoge Raad is dan ook vrij terughoudend met het aannemen van nietigheid; in twijfelgevallen doet hij dat liever niet.⁴⁶ Ook van ambtshalve toepassing van nietigheden wil hij kennelijk niet snel weten.⁴⁷

Omgekeerd wordt ruim baan gegeven aan bepalingen die ertoe strekken de rechtsgevolgen van nietigheid te mitigeren; in het bijzonder artikel 3:42 BW (conversie) wordt regelmatig toegepast.

Een uitzondering op deze tendens is te signaleren waar het gaat om gedragingen van de overheid jegens particulieren, waarbij misbruik wordt gemaakt van bevoegdheid of (anderszins) publiekrechtelijke wetgeving wordt doorkruist.⁴⁸

4 Nieuwe ontwikkelingen buiten het BW om: de invloed van het Europese recht

4.1 Toenemende invloed van het Unierecht

Het nieuwe BW, inclusief de verdere afronding daarvan na 1992 en de interpretatie door de rechtspraak, zijn niet meer de enige bron van vernieuwing van het privaatrecht. De civilisten die zich aan het nieuwe BW heb-

39 Zie onder meer de arresten van 26 oktober 2006, C-168/05, *NJ* 2007, 201 m.nt. M.R. Mok (*Mostaza Claro*) en 4 juni 2009, C-243/08, *NJ* 2009, 395 m.nt. M.R. Mok (*Pannon*), en daarover Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 187 e.v. en 250; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 479, met verdere literatuur.

40 HR 1 oktober 1999, *NJ* 2000, 207 m.nt. J. Hijma (*Geurtzen/Kampstaal*) en wat de bewijslevering betreft HR 21 september 2007, *NJ* 2009, 50 m.nt. J. Hijma (*Ammerlaan/Enthoven*).

41 HR 1 december 2001, *NJ* 2002, 75 (*Energie Delfland/de Stoeterij*).

42 HR 8 oktober 2010, *RvdW* 20101, 1164 (aansprakelijkheid voor gebrekkige tuinmuur).

43 HR 17 december 2010, *RvdW* 2011, 7.

44 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 615, met literatuur.

45 HR 17 februari 2006, *NJ* 2006, 378 m.nt. M.M. Mendel. Evenzo HR 5 januari 2007, *NJ* 2008, 502 m.nt. E. Verhulp.

46 Zie bijvoorbeeld HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 495 (Nedlloyd/Monteiro c.s.) inzake discriminerende ontslagverlening aan werknemers en HR 22 januari 1999, *NJ* 2000, 305 (*Uneto/De Vliert*) inzake aannemingsovereenkomsten die in strijd zijn met EG-richtlijnen inzake openbare aanbesteding.

47 Zie inzake art. 6 Mededingingswet HR 16 januari 2009, *NJ* 2009, 54 (*Gemeente Heerlen/Whizz*). De implicaties hiervan in verband met de toenemende invloed van het Europese recht kunnen hier niet besproken worden. Zie voor een kort overzicht Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 124 e.v.

48 Zie de rechtspraak behandeld bij Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 345 en 346.

ben gewend staan alweer voor een nieuwe inspanning, veroorzaakt door de snel toenemende invloed van het Europese recht op het privaatrecht.

Kwantitatief het belangrijkste onderdeel daarvan zijn de richtlijnen, eerst voornamelijk op het terrein van het consumentenrecht, later ook daarbuiten (betalingsachterstanden, betalingsverkeer, effectenverkeer, financiële-zekerheidsvereenkomst, cultuuroederen). Als deze richtlijnen tijdig en correct in nationaal recht worden omgezet is er niet veel aan de hand, al zal men zich bewust moeten blijven van de Europeesrechtelijke achtergrond van de wetgeving en zal de rechter, bij voorkeur voorgelicht door partijen, zo nodig prejudiciële vragen over de uitleg daarvan moeten richten aan het Hof van Justitie.⁴⁹ Maar voor het geval de omzetting niet in orde is moet de civilist zich vertrouwd maken met Europeesrechtelijke leerstukken als richtlijnconforme interpretatie en lidstaataansprakelijkheid.

De civilisten die zich aan het nieuwe BW hebben gewend staan alweer voor een nieuwe inspanning, veroorzaakt door de snel toenemende invloed van het Europese recht op het privaatrecht

Voorts komen er steeds meer verordeningen, gebaseerd op artikel 81 VWEU, op het gebied van het internationale privaaten procesrecht, alsmede op enkele andere rechtsgebieden zoals het vervoersrecht.⁵⁰ Een nieuwe ontwikkeling is hier de onlangs ingediende ontwerpverordening betreffende een optioneel kooprecht, dat in feite een algemeen deel contractenrecht toegespitst op de koop inhoudt.⁵¹

Echt lastig wordt het als het gaat om het doorgronden van de betekenis van de rechtspraak van het Hof van Justitie waarin het primaire Unierecht op privaatrechtelijke verhoudingen wordt toegepast. Ik denk aan de toetsing van privaatrechtelijke wetgeving en gedragingen van particulieren aan verdragsbepalingen (verkeersvrijheden, discriminatieverboden etc.) en aan de ontwikkeling van algemene beginselen van Unierecht die ook betekenis hebben voor het privaatrecht. Op deze ontwikkelingen kan hier niet worden ingegaan.⁵²

4.2 Het EVRM

Het belang van het EVRM voor het procesrecht, het strafrecht en het personen- en familierecht is algemeen bekend. Minder bekend is dat het verdrag ook betekenis heeft voor het algemene vermogensrecht. Sommige van de door het verdrag beschermde rechten zijn daarvoor indirect van belang, zoals artikel 6 EVRM (recht op een eerlijk proces) en artikel 8 EVRM (recht op eerbiediging van het privéleven). Belangrijker, want van rechtstreeks belang, is artikel 1 Eerste Protocol, betreffende de bescherming van het recht op eigendom. Dit begrip wordt door het Hof ruim uitgelegd, zodat het mede vorderingen en contractuele rechtsposities omvat. Over de inbreuk daarop door de overheid kan door een burger bij het Hof in Straatsburg worden geklaagd.

Interessant is dat een inbreuk ook kan bestaan uit een nalaten. Op de verdragsstaten rust dus niet slechts de verplichting om zich van inbreuk op de fundamentele rechten van de burgers te onthouden, maar onder omstandigheden ook de verplichting om door wetgeving of andere maatregelen de uitoefening van die rechten te waarborgen. Schending van die verplichting kan tot aansprakelijkheid van de desbetreffende verdragsstaat leiden. Interessant is voorts dat die verplichting rust op en dus kan worden geschonden door iedere overheidsinstantie, dus ook de rechterlijke macht. Dat maakt het voor het EHRM binnen zekere grenzen mogelijk om rechterlijke uitspraken betreffende een privaatrechtelijke rechtsverhouding te toetsen, zelfs waar het uitleg van privaatrechtelijke rechtshandelingen betreft.⁵³

De invoering van het nieuwe BW is een gelukkige ontwikkeling voor het Nederlandse privaatrecht geweest

5 Slotopmerkingen

De invoering van het nieuwe BW is een gelukkige ontwikkeling voor het Nederlandse privaatrecht geweest. Het privaatrecht is daardoor opnieuw geformuleerd en gesystematiseerd. Hoe belangrijk dat is blijkt bijvoorbeeld uit de daardoor mogelijk geworden onderbrenging van privaatrechtelijke richtlijnen in het wetboek, waardoor de overzichtelijkheid van het privaatrecht wordt bevorderd. Voorts is daardoor het privaatrecht door de

49 Zie daarover C.H. Sieburgh, *Legitimiteit van de confrontatie van Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine*, Preadvies NJV 2011.

50 Zie voor een kort overzicht Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 192 en 193. Van de laatstgenoemde leidt in het bijzonder verordening 261/2004, gebaseerd op art. 80 EG (art. 100 VWEU), over passagiersrechten in de luchtvaart tot interessante jurisprudentie.

51 COM(2011) 635 (def).

52 Zie voor een kort overzicht Mon. BW A1 (Hartkamp 2010), nr. 24, en uitvoeriger Asser/Hartkamp 3-I* 2011. Zie voorts het themanummer van het WPNR 2011/6901 over de algemene beginselen van Unierecht en het privaatrecht.

53 Men zie bijvoorbeeld uitspraak *Pla/Andorra* van 13 juli 2004, NJ 2005, 508. Zie over het EVRM en het vermogensrecht Asser/Hartkamp 3-I* 2008, nr. 198 e.v., G.E. van Maanen, Preadvies VBR 2011.

wetgever opnieuw doordacht en gemoderniseerd. Daarbij is gekozen voor een verstandig samenspel met de rechterlijke macht: de vele 'open normen' en de opdracht tot analoge wetstoepassing stellen de rechtspraak in staat het wettelijk stelsel uit te bouwen en redelijke oplossingen in concrete gevallen te bereiken.

Door de invoering van het nieuwe BW is de begrijpelijkheid van het privaatrecht vergroot en zowel de rechtstoepassing als het rechtenonderwijs vergemakkelijkt. Dat is gunstig in een tijd waarin het privaatrecht sterk wordt gecompliceerd door de groei van het publiekrecht en het Europese recht, waarvan de 'incoming tide' (of 'the tidal wave?')⁵⁴ thans ook het privaatrecht heeft bereikt.

Het harmoniseringsproces binnen de Europese Unie zal verder gaan. Xenofobie en een anti-Europese houding onder een deel van de bevolking zijn tijdelijke verschijnselen, in de hand gewerkt door economische tegenspoed en door zwakke regeringen die niet uitleggen

dat Europa onmisbaar is. De totstandkoming van een Europees contractenrecht is slechts een kwestie van tijd. Mede omdat het nieuwe vermogens- en verbintenissenrecht in sterke mate op rechtsvergelijkende studies is gebaseerd, is het gezag van de Nederlandse inbreng in dat proces vergroot. De rechtsvergelijkende oriëntatie van de wetgever heeft haar invloed gehad op de wetenschappelijke bewerking en rechterlijke ontwikkeling van het Nederlandse recht. Een voorbeeld is de toegenomen belangstelling voor Europees privaatrecht en rechtsvergelijking in de Asser-serie. Aan de meeste zo niet alle Nederlandse universiteiten worden, dikwijls in het Engels, colleges in Europeesrechtelijke aspecten van het vermogensrecht aangeboden. De rechtspraktijk is in toenemende mate internationaal georiënteerd. Het nieuwe BW heeft ertoe bijgedragen dat Nederland zich in de voorhoede van deze ontwikkelingen bevindt.

⁵⁴ 'Our sovereignty has been taken away by the European Court of Justice... Our courts must no longer enforce our national laws. They must enforce Community law... No longer is European law an incoming tide flowing up the estuaries of England. It is now like a tidal wave bringing down our sea walls and flowing inland over our fields and houses – to the dismay of all.' Lord Denning, *Introduction to The European Court of Justice: Judges or Policy Makers?* (1990).