

# Enkele historisch-vergelijkende beschouwingen over de grondslagen van de zaakwaarneming

Corjo Jansen\*

\* Prof. mr. C.J.H. Jansen is hoogleraar Rechtsgeschiedenis en Burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en voorzitter van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht.

1 Gai. Inst. 3.88: '(...): omnium enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto'. De vertaling is ontleend aan J.E. Spruit & K.E.M. Bongenaar, *Instituten van Gaius*, 2e herziene druk, Zutphen: Walburg Pers 1994.

2 Een bank laat zich bijvoorbeeld onzorgvuldig uit over de kredietwaardigheid van een cliënt ten opzichte van een derde die zaken met deze cliënt wil doen.

3 Zie C.J.H. Jansen & A.J. van der Lely, '(Buiten)contractuele aansprakelijkheid voor onjuiste mededelingen: een vergelijking van Engels, Duits en Nederlands recht', in: *TVVS* 1998-2, p. 42 e.v.

4 F. Raniere, *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, 3. vollst. überarbeitete Auflage, Wenen/New York: Springer 2009, p. 1640 e.v. en p. 1681 e.v.

5 D. 44.7.1, pr. 'Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.' De vertaling is ontleend aan J.E. Spruit, R. Feenstra & K.E.M. Bongenaar (red.) resp. J.E. Spruit, R. Feenstra & F. Wubbe (red.), *Corpus Iuris Civilis. Tekst en Vertaling, I-IV en V-VI*, Amsterdam: Amsterdam University Press. Dit geldt voor alle vertalingen van de Digesten-, Codex- en Institutenteksten in deze bijdrage.



## 1 Bronnen van verbintenis

Iedereen ontplooit elke dag tal van activiteiten. Soms lijdt een ander hierdoor schade. De vraag rijst of de schadeveroorzaker verplicht is om deze

schade te vergoeden. Een dergelijke plicht is niet vanzelfsprekend. De Romeinse jurist Gaius (110-185 na Chr.) onderscheidde in zijn *Instituten* twee categorieën waaruit een plicht tot schadevergoeding kon voortvloeien. 'Iedere verbintenis ontstaat namelijk of uit contract of uit delict.'<sup>1</sup> Het onderscheid tussen deze twee bronnen van verbintenis heeft de tand des tijds doorstaan. Het is eveneens in moderne rechtsstelsels aan te treffen.

**De Romeinse jurist Gaius onderscheidde in zijn *Instituten* twee categorieën waaruit een plicht tot schadevergoeding kon voortvloeien. 'Iedere verbintenis ontstaat namelijk of uit contract of uit delict.'**

De grens tussen aansprakelijkheid uit contract of uit delict is overigens diffuus. Het behoeft dus niet te verbazen dat een plicht tot schadevergoeding ten aanzien van een bepaalde vorm van schadetoevoeging in het

ene rechtsstelsel ontstaat uit contract en in het andere uit delict. De aansprakelijkheid voor onzorgvuldig gedane mededelingen<sup>2</sup> is bijvoorbeeld in het Duitse recht een kwestie van contractuele aansprakelijkheid, terwijl zij in het Engelse recht behoort tot het rijk van de *torts*, de onrechtmatige daden.<sup>3</sup> De grond voor aansprakelijkheid van degene die een gebrekkig product heeft geproduceerd en in het verkeer heeft gebracht, was in het Franse recht voor de omzetting van de Europese richtlijn 85/374/EEG ter zake van productenaansprakelijkheid een contractuele, berustend op een aan de verkoper toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de koopovereenkomst. In bijna alle andere Europese landen, zoals Duitsland en Nederland, berust (te) de vergoedingsplicht echter op een onrechtmatige daad.<sup>4</sup>

**Verplichtingen tot schadevergoeding vloeien niet alleen voort uit contract of delict. Gaius onderkende dit al**

Verplichtingen tot schadevergoeding vloeien niet alleen voort uit contract of delict. Gaius onderkende dit al. In het tweede boek van de op zijn naam overgeleverde *Res cottidianae sive aurea, Gulden gezegden*, breidde hij de bronnen van verbintenis uit met een derde categorie: 'Verbintenissen ontstaan uit contract of uit delict of, op grond van de een of andere bijzondere rechtsregel, uit verschillende andere oorzaken.'<sup>5</sup> Wat waren

nu voorbeelden van zo'n andere oorzaak? Gaius behandelde er een aantal in het derde boek van zijn *Gulden gezegden*. Een daarvan was het waarnemen van een anders belang, *negotiorum gestum* of *negotia alicuius gerere* (de uitdrukking *negotiorum gestio* is een vinding van latere tijden). Als iemand de zaken van een afwezige had waargenomen zonder lastgeving, dan was het heersende leer dat zij jegens elkaar waren verbonden en zij over en weer konden procederen met acties uit zaakwaarneming. Deze acties ontstonden noch uit contract noch uit delict. Degene die als zaakwaarnemer was opgetreden, had immers niet van tevoren een contract gesloten met de afwezige. Evenmin was het een vorm van delict om zonder last het beheer van iemands zaken op zich te nemen.<sup>6</sup> Net zoals bij de acties uit voogdijbeheer (van de voogd tegen de pupil en van de pupil tegen de voogd) was het uitgangspunt dat zij in oneigenlijke zin uit contract aansprakelijk waren, *'quasi ex contractu teneri videntur'*. De acties leken op de rechtsvorderingen die mogelijk waren geweest, indien er wel sprake was geweest van een contract. Zij vertoonden dus een grote gelijkheid met de acties uit contract.<sup>7</sup>

Justinianus heeft het onderscheid uit de *Gulden gezegden* overgenomen in zijn Instituten: 'Een verdere onderverdeling leidt tot vier categorieën: verbintenissen ontstaan namelijk uit contract, in oneigenlijke zin uit contract, uit delict, of in oneigenlijke zin uit delict.'<sup>8</sup> De weg van de Instituten van Justinianus naar de Code civil (Cc) is qua tijdsspanne een lange geweest, maar wat betreft de bronnen van verbintenis is er weinig veranderd. De vier rubrieken uit Justinianus' Instituten staan duidelijk herkenbaar opgenomen in artikel 1370 Cc. De bepaling is alleen uitgebreid met een vijfde bron van verbintenis, vermoedelijk ontleend aan natuurrechtelijke schrijvers: de wet. Artikel 1372 e.v. Cc behandelt de zaakwaarneming als species van het 'quasi-contract'.

Zoals bekend, onderscheidt het Burgerlijk Wetboek van 1838 zich in weinig van de Code civil. De Nederlandse wetgever heeft echter kennelijk besloten de term quasi-contract te weren uit het begrippenarsenaal van het wetboek. Het systeem van de bronnen van verbintenis kwam er dan ook iets anders uit te zien dan in het Franse BW. Volgens artikel 1269 BW 1838 ontstonden, zoals Gaius al schreef, alle verbintenissen of uit contract of uit de wet. De laatste categorie kende krachtens artikel 1388 BW 1838 een onderverdeling in verbintenissen die voortspuiten 'uit

de wet alleen, of uit de wet ten gevolge van 's menschen toedoen'. Verbintenissen, die uit de wet werden geboren krachtens toedoen van de mensen, vloeiden voort 'uit eene regtmatige, of uit eene onregtmatige daad' (art. 1389 BW 1838). Artikel 1390 BW 1838 regelde als eerste *species* van de rechtmatige daden de zaakwaarneming.

## E.M. Meijers heeft gepoogd in zijn ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek de definitie van Gaius in ere te herstellen

De regeling in artikel 1269 BW 1838 is niet ontsnapt aan kritiek uit de literatuur. Deze bijdrage is echter niet de plaats om die discussies uitvoerig te behandelen. E.M. Meijers (1880-1954) heeft gepoogd in zijn ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek de definitie van Gaius in ere te herstellen. In zijn oorspronkelijke omschrijving van artikel 6:1 BW bepaalde hij dat verbintenissen ontstonden uit overeenkomst, uit onrechtmatige daad en uit andere rechtsfeiten, indien zulks uit de wet voortvloeide. Hij wilde voorkomen dat verbintenissen buiten de wet om uit de redelijkheid en billijkheid of het ongeschreven recht konden voortvloeien. Dat gaf maar rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid.<sup>9</sup> De wetgever na hem heeft aansluiting gezocht bij het arrest *Quint / Te Poel*<sup>10</sup> voor het formuleren van de bronnen van verbintenis die het nieuwe Burgerlijk Wetboek kent. Volgens artikel 6:1 BW kunnen verbintenissen slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit. De woorden 'uit de wet' betekenen volgens de Hoge Raad geenszins dat elke verbintenis rechtstreeks op de wet moet steunen. In gevallen die de wet niet regelt, moet de oplossing worden aanvaard, 'die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wèl in de wet geregelde gevallen'. Het college heeft vermoedelijk deze beroemde zinsnede ontleend aan artikel 1173 van het Italiaanse BW.<sup>11</sup> De derde titel van boek 6 behandelt de onrechtmatige daden, de vierde titel de rechtmatige daden. Tussen die twee titels bestaat in het geval van zaakwaarneming een verband: als iemand zich mengt in andermans zaken zonder een afdoende reden die zijn optreden rechtvaardigt, dan handelt hij onrechtmatig.<sup>12</sup> Binnen titel 6.4 is verhouding tussen ongerechtvaardigde verrijking en zaakwaarneming interessant. Ik laat die in deze bijdrage echter rusten.<sup>13</sup> Artikel 6:198 BW omschrijft

6 D. 44.7.5.pr.

7 D. 44.7.5.1. Zie D. Derousin, *Histoire du droit des obligations*, Parijs: Economica 2007, p. 82 e.v.

8 Inst. 3,13,2. 'Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.' Zie eveneens Inst. 4,5.pr.

9 A.S. Hartkamp & C. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht, De verbintenis in het algemeen, 6-I\**, Deventer: Kluwer 2008, nr. 47 e.v.

10 HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548 m.nt. D.J. Veegens (*Quint / Te Poel*).

11 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I\* 2008, nr. 47.

12 Zie uitvoerig Chr. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band I*, München: C.H. Beck 1996, nr. 508 e.v.

13 Zie bijv. W.J. Zwalve, 'Zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking', *NTBR* 1995-7, p. 157 e.v.

de zaakwaarneming als volgt: het zich willens en wetens en op redelijke grond inlaten met de behartiging van eens anders belang, zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding te ontleen. In deze betekenis sluit de rechtsfiguur aan bij het instituut dat Gaius in zijn *Gulden gezegden* had beschreven.<sup>14</sup>

## Het ongevraagd helpen van een ander is een hachelijk avontuur, omdat dergelijk gedrag al snel wordt ervaren als ongewenste bemoeizucht, een inbreuk op iemands vrijheid

### 2 De achtergronden van de zaakwaarneming in het Romeinse recht

Binnen elk privaatrechtssysteem houden vrijheid en solidariteit elkaar in een bepaald evenwicht. Het ongevraagd helpen van een ander is een hachelijk avontuur, omdat dergelijk gedrag al snel wordt ervaren als ongewenste bemoeizucht, een inbreuk op iemands vrijheid. De Romeinse jurist Sextus Pomponius (tweede eeuw na Chr.) schreef niet voor niets dat het fout was wanneer iemand zich mengde in een zaak waarmee hij niets had te maken.<sup>15</sup> Zijn gedachte leefde voort in de geschiedenis. Zij is heden ten dage nog terug te vinden in § 1035 (S. 1) ABGB, het Oostenrijkse BW: ‘Wer weder durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag, noch vom Gerichte, noch aus dem Gesetze die Befugnis erhalten hat, darf der Regel nach sich in das Geschäft eines andern nicht mengen.’ Zimmermann bracht dezelfde idee eveneens pregnant onder woorden: ‘Management of another’s affairs is regarded, first and foremost, as an undue curtailment of that others person’s autonomy, and the unsolicited gestor is often somewhat contemptuously referred to as an officious meddler.’<sup>16</sup>

Naar Romeins recht was niemand juridisch gebonden een ander te helpen. Volgens religieuze normen is dat anders: wanneer iemand bijvoorbeeld een weggelopen rund, schaap of ezel van zijn broer of zelfs van zijn vijand tegenkomt, is het volgens de Bijbel zijn plicht om het dier bij hem terug te brengen.<sup>17</sup> De gedachte van de Romeinen was dat een burger zijn medeburger *behoorde* te helpen in tijden van nood, bijvoorbeeld door advies te geven, een lening te verstrekken, borg te

staan of door ongevraagd zonder last zijn belangen te behartigen. Dit gevoel van behoren kwam voort uit de gedachte van de *humanitas*. Volgens Schulz was de zaakwaarneming een ‘quite original genuinely Roman creation without parallels in the laws of other peoples not dependant on Roman law’.<sup>18</sup> Zimmermann ging nog verder: hij sprak van een ‘highly original creation of classical Roman law’.

De rechtsfiguur van de zaakwaarneming is via Justinianus in bijna alle privaatrechtelijke wetboeken terecht gekomen, zonder al te veel veranderingen te ondergaan.<sup>19</sup> Dit Europese succes van de zaakwaarneming nam niet weg dat enkele beoefenaren van het natuurrecht in het verleden forse kritiek uitoefenden op deze ‘originele’ schepping van het Romeinse recht. Zij beschouwden de zaakwaarneming als een inbreuk op iemands natuurlijke vrijheid en op de gedachte dat in iemands zaken slechts zijn eigen wil had te gelden. Een 19e-eeuwse echo van het natuurrechtelijke bezwaar was te lezen bij de Nederlandse legist C.W. Opzoomer (1821-1892). Hij schreef zonder omhaal van woorden dat het gehele privaatrecht berustte op de wil. ‘In mijn eigen zaken heeft slechts mijn wil te heerschen, niet die van een anderen privaatpersoon, aan wien ik door geen enkele rechtsbetrekking onderworpen ben. (...) Ik heb naar mijn beste weten, naar mijn eigen wil, voor mijzelf te zorgen, niet onder de hoede van een ander te staan, die willekeurig, zonder eenigen rechtband, goedvindt mij daaronder op te nemen.’ Inmenging van een persoon naar zijn inzicht in andermans zaken kwam in ‘felle’ strijd met het beginsel van de persoonlijke vrijheid.<sup>20</sup>

Ook al namen de Romeinen een welwillende houding aan ten opzichte van de geoorloofdeheid van de zaakwaarneming, het ingrijpen in iemands persoonlijke levenssfeer vereiste een rechtvaardiging. De Romeinse juristen, in het bijzonder Ulpianus (circa 170-223), zochten die vooral in de *utilitas gestionis*. Over de betekenis van dit begrip gaat de volgende paragraaf.

**De Romeinen hadden een waarborg ontwikkeld tegen de ongevraagde bemoeizucht van al te ‘altruïstisch’ ingestelde mensen. Het waarnemen van andermans zaken moest *utiliter*, ten nutte van de belanghebbende en niet in het eigen belang, geschieden**

14 Ook wel aangeduid als eigenlijke zaakwaarneming. Zie J.E. Spruit, *Cunabula iuris. Elementen van het Romeinse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2001, nr. 529-533.

15 D. 50.17.36.

16 R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, South Africa/Deventer-Boston: Juta and Co/Kluwer repr. 1992, p. 435.

17 Exodus 23:4-5 en Deuteronomium 22:1-4.

18 F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford: Clarendon Press 1952 (repr. 1969), p. 624. Zie ook H.H.

Seiler, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im Römischen Recht*, Keulen-Graz: Böhlau 1968, p. 1 en N.

Jansen, ‘Negotiorum gestio und Benevolent Intervention in Another’s Affairs: Principles of European Law?’, in: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2007-4, p. 963-964.

19 Zimmermann 1992, p. 435.

Ik laat de *common law* buiten beschouwing.

20 C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek, verklaard, zesde deel*, ‘s-Gravenhage: Belinfante 1891, p. 200-201.

### 3 De utilitas gestionis

De Romeinen hadden een waarborg ontwikkeld tegen de ongevraagde bemoeizucht van al te 'altruïstisch' ingestelde mensen. Het waarnemen van andermans zaken moest *utiliter*, ten nutte van de belanghebbende en niet in het eigen belang, geschieden. Over de uitleg van dit 'nutsvereiste' verschillen de Romeinse juristen van mening. Celsus (overleden na 129 na Chr.) lijkt uit te gaan van het feit dat er een noodzaak tot optreden voor de zaakwaarnemer aanwezig moet zijn.

'(...) hij neemt dus zaken niet op nuttige wijze waar, als hij niet noodzakelijke dingen doet of activiteiten onderneemt die zijn gezagsbevoegde principaal tot last zullen zijn.'<sup>21</sup>

Ook in andere Digestenteksten zijn aanwijzingen te vinden dat nuttig als noodzakelijk moet worden gelezen.<sup>22</sup> In een passage uit de Codex Justinianus staat geschreven: '(...) indien op grond van dringende redenen van noodzaak hun zaken worden waargenomen (...)',<sup>23</sup>

Tegenover deze teksten staan er vele, waarin een strikte noodzaak tot handelen ontbrak of waarin de noodzaak tot handelen niet uit de geschetste omstandigheden van het geval voortvloeide. Het standpunt in deze bronnen lijkt eerst en vooral te zijn dat de zaakwaarneming in het belang van de *dominus* moet zijn geweest. Ulpianus verwoordde dit als volgt:

'(...) het is al voldoende wanneer hij een zaak ten nutte van een ander heeft waargenomen, ook al heeft zijn handelen niet het beoogde effect gehad.'<sup>24</sup>

De *utilitas* voor de zaakwaarneming ontbrak, indien de zaakwaarnemer de uitgaven voor zijn eigen genoegen had gedaan.<sup>25</sup>

Hoe nuttig de behartiging van het belang van de ander ook was geweest, een actie tot vergoeding van zijn onkosten lijkt de zaakwaarnemer niet te hebben gehad, indien hij tegen de uitdrukkelijke wil van de *dominus* had gehandeld. Het woord 'lijken' is hier niet toevallig gebruikt. Uit een aantal teksten volgt namelijk dat een 'zaakwaarnemer' geen actie heeft, indien hij inging tegen een uitdrukkelijk verbod van iemand om diens belangen te behartigen.<sup>26</sup> Keizer Justinianus (483-565) heeft expliciet aangegeven dat er juristen waren die een andere mening erop nahielden. Zij kenden wel degelijk een (analoge) actie toe.

'In het geval dat iemand zich tegen de wil en tegen het uitdrukkelijke verbod in van de eigenaar van de zaken heeft ingelaten met het beheer daarvan, bestond er onder de rechtsgeleerden grote twijfel of een dergelijke zaakwaarnemer ten behoeve van de uitgaven die voor de zaken gemaakt zijn, tegen de principaal enige actie heeft.'<sup>27</sup>

Justinianus koos de opvatting van de jurist Salvius Julianus (circa 100-169): vanaf de aanzegging die de principaal aan de zaakwaarnemer deed uitgaan en waarbij hij hem niet toestond zich met zijn zaken bezig te houden, had laatstgenoemde geen actie meer tegen eerstgenoemde.<sup>28</sup>

**Dat de zaakwaarneming *utiliter* moet geschieden, staat expliciet in de wettekst. Bij strijd tussen nut voor de belanghebbende en zijn expliciete of vermoedelijke wil heeft het nut voorrang**

### 4 Het utilitasvereiste in BGB en BW 1838<sup>29</sup>

Het BGB volgde het Romeinse recht in veel opzichten nauwgezet. Dat blijkt onder meer uit de volgende twee bepalingen:

§ 677: Wer ein Geschäft für einen anderen besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein, hat das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen es erfordert.

§ 678: Steht die Übernahme der Geschäftsführung mit dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch und mußte der Geschäftsführer dies erkennen, so ist er dem Geschäftsherrn zum Ersatz des aus der Geschäftsführung entstehenden Schadens auch dann verpflichtet, wenn ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt.

Dat de zaakwaarneming *utiliter* moet geschieden, staat expliciet in de wettekst. Bij strijd tussen nut voor de belanghebbende en zijn expliciete of vermoedelijke wil heeft het nut voorrang.<sup>30</sup> De regeling sloot aan bij de heersende opvatting onder de pandektisten, de Duitse hoogleraren in het Romeinse recht in de tweede helft van de 19e eeuw. H. Dernburg (1829-1907) achtte een zaakwaarneming nuttig, in het geval dat de zaakwaarnemer kon en mocht aannemen, dat de *dominus*, wanneer hij in dezelfde omstandigheden had verkeerd, ook handelend had opgetreden.<sup>31</sup> B. Windscheid (1817-1892) benaderde het probleem precies andersom: 'Man muß sagen können, daß wenn der Geschäftsherr die Aufopferung des Geschäftsführer gekannt hätte, er sie gebilligt haben würde.'<sup>32</sup> Ondanks de letter van § 678 BGB was en is in uitzonderingsgevallen een ingrijpen tegen de wil van de belanghebbende toch gerechtvaardigd. Het meest sprekende voorbeeld is de dwarsboming van iemands zelfmoordplannen. Wanneer de zaakwaarnemer dan kosten maakt, komen

21 D. 3.5.9.1.

22 D. 3.5.21 en D. 3.5.45, pr.

23 C. 2.18.8.

24 D. 3.5.9.1. Seiler 1968, p. 51 e.v. (p. 58-59); J.S. Kortmann, *Altruism in Private Law. Liability for Nonfeasance and Negotiorum Gestio*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 101.

25 D. 3.5.27.

26 D. 3.5.7.3 en D. 3.5.30.4.

27 C. 2.18.24. Zie ook D. 17.1.40.

28 Vgl. Seiler 1986, p. 86 e.v.; Kortmann 2005, p. 101.

29 De passages over het BW 1838 gaan deels terug op C.J.H. Jansen, 'Het vereiste "op redelijke grond" bij zaakwaarneming', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2005, p. 25 e.v.

30 Palandt/Sprau, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 61. neubearbeitete Auflage, München: Beck 2002, § 677, Rn 12-13. Zie zeer uitvoerig N. Jansen, 'Geschäftsführung ohne Auftrag', in: M. Schmoeckel, J. Rückert & R. Zimmermann (red.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. III Schuldrecht Besonderer Teil*, Tübingen: Mohr Siebeck, § 677-687 Abs. 1 BGB.

31 H. Dernburg, *Pandekten, II. Band, Siebente Auflage*, Berlin: Verlag von H.W. Müller 1903, § 122, p. 336.

32 B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts, II, bearbeitet von Th. Kipp, Achte Auflage*, Frankfurt: Rütten & Loening 1900, § 430, p. 859.

33 Zimmermann 1992, p. 450; R. Zimmermann, 'Der Selbstmord als Gefährdungssachverhalt, Aufwendungs- und Schadenersatz für den Retter', *Zeitschrift für Familienrecht* 1979, p. 103 e.v.; Kortmann 2005, p. 108. Een andere uitzondering is de teraardebestelling tegen iemands wil. Iemand die dat toch doet, heeft recht op vergoeding van zijn kosten. Zie Windscheid 1900, p. 861, noot 20. De Romeinen kenden daarvoor een speciale actie, de *actio funeraria* (zie D. 11.7.14.13).



34 Vgl. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil, quatrième édition, II*, Parijs: Librairie générale de droit & de jurisprudence 1907, nr. 2279; Kortmann 2005, p. 105.

35 N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, herzien door W.H. de Savornin Lohman, vierde deel*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1907, p. 284. Bewerker De Savornin Lohman verwees naar 'das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen und mutmaßlichen Willen' in § 677 BGB.

36 Opzoomer 1891, p. 202.

37 J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk recht, 2e stuk-2e gedeelte, tweede druk*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1936, p. 329 verwees naar de opvatting van Windscheid.

38 L.E.H. Rutten, *C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, derde deel, tweede stuk, tweede gedeelte*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954, p. 449.

39 Zie uitvoerig Jansen 2005, p. 27.

40 Art. 2279 Ontwerp BW 1820 stond onder bepaalde voorwaarden een dergelijke actie wel toe. 'Wanneer (...) de belanghebbende de zaakwaarneming uitdrukkelijk verboden heeft, geldt zelfs deze laatste bepaling [dat de gestor van de belanghebbende schadevergoeding kan vorderen] niet, dan alleen voor zover hij door dezelve met de daad bevoordeeld is.' Deze bepaling heeft in het BW van 1838 geen plaats gekregen.

41 J. van der Linden, *Regtsgeleerd, Practicaal en Koopmans Handboek*, Amsterdam: J. Allart 1806, p. 169.

42 *Dictata ad Ius Hodiernum [Lectures on the Contemporary Law] given by Jacobus Voorda at the Utrecht University, transcribed, edited and translated by M. Hewett, I*, Amsterdam: Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences 2005, p. 193 (ad Book III, Title V, § 1).

zij voor vergoeding in aanmerking. Ook in deze situatie is er overigens altijd twijfel blijven bestaan. Is de poging tot zelfmoord een schreeuw om aandacht of de uitvoering van een diep gewortelde wens? Voor degene die te hulp schiet, is het antwoord op deze vraag meestal onbekend en in zoverre lijkt vergoeding van de door de zaakwaarnemer gemaakte kosten voor de hand te liggen.<sup>33</sup> De Duitse bepalingen hebben grote invloed uitgeoefend op de opvattingen in de Nederlandse literatuur over zaakwaarneming.

De Nederlandse regeling van de zaakwaarneming stond in artikel 1390 lid 1 BW 1838. De bepaling luidde als volgt:

Wanneer iemand vrijwillig, zonder daartoe last te hebben bekomen, eens anders zaak met of zonder deszelfs weten waarneemt, verbindt hij zich daardoor stilzwijgend om de waarneming voort te zetten en te voltooien, tot degene wiens belangen hij waarneemt in staat zij om in die zaak zelf te voorzien.

Artikel 1390 is een bijna letterlijke vertaling van artikel 1372 Cc. Woorden als 'nuttig' of 'noodzakelijk' ontbreken in beide bepalingen. Uit artikel 1375 Cc (de verplichtingen van de *dominus* ten opzichte van de zaakwaarnemer, indien deze de belangen van eerstgenoemde behoorlijk had waargenomen), leiden Franse juristen af dat de behartiging nuttig (*utile*) moet zijn.<sup>34</sup>

In de Nederlandse rechtsleer en rechtspraak is gedurende de 19e eeuw over dit vereiste weinig te vinden, waarschijnlijk omdat het niet in de wet stond en de meeste gezaghebbende literatuur uit die tijd bestond uit nauwgezet commentaar op de wet. N.K.F. Land (1840-1903) maakte – vermoedelijk in navolging van de Franse literatuur – bij de bespreking van artikel 1393 BW 1838 de opmerking dat een vraag is of op het ogenblik van de zaakwaarneming de onderneming als nuttig voor de *dominus* kon worden beschouwd.<sup>35</sup> Opzoomer ging in op het nutsvereiste aan de hand van het voorbeeld dat een vreemde, door niets ertoe geroepen, gedurende iemands langdurige afwezigheid een bloementuin in een aardappelveld had veranderd. 'Zou hier het bestaan eener negotiorum gestio moeten worden aangenomen, al leed het volstrekt geen twijfel, dat ik niets anders verlangde dan in het bezit van dien kostbaren, als onnut beschouwden bloementuin te blijven, zijn terrein zelfs meer en meer uit te breiden, van niets zoo afkeerig als van zulk een voor nuttig en voordeelig gehouden stuk aardappelland?' Hoe kan men in dit geval aan iets anders dan aan een onrechtmatige daad denken, aan een onbehoorlijk zich opdringen, zo vroeg Opzoomer zich af.<sup>36</sup>

De geringe aandacht voor het 'nutsvereiste' in de Nederlandse literatuur<sup>37</sup> heeft vermoedelijk Rutten nog in zijn Asser-bewerking uit 1954 doen schrijven dat de vraag omstrede was of het een vereiste voor zaakwaarneming vormde dat er een zekere noodzaak bestond om de belangen van een ander waar te nemen. Hij zitting ervan uit dat de aanwezigheid van een bijzondere omstandigheid ter rechtvaardiging van het handelen noodzakelijk was. Zij diende een te grote bemoeizucht van de ander te weren. De wet sanctioneerde namelijk een handelwijze, die het recht in het algemeen niet duldt, namelijk het mengen in andermans rechtssfeer. Indien een rechtvaardigingsgrond ontbrak, was er zijns inziens sprake van een onrechtmatige daad.<sup>38</sup> Uit de literatuur en (zeer gering aanwezige) rechtspraak is af te leiden dat vanaf de jaren vijftig van de vorige eeuw in Nederland, een ruime eeuw na de invoering van het BW van 1838, de opvatting gemeengoed was geworden dat er een zekere noodzaak moest zijn om over te gaan tot zaakwaarneming.<sup>39</sup>

**Uit de literatuur en (zeer gering aanwezige) rechtspraak is af te leiden dat vanaf de jaren vijftig van de vorige eeuw in Nederland de opvatting gemeengoed was geworden dat er een zekere noodzaak moest zijn om over te gaan tot zaakwaarneming**

De Nederlandse juristen verschilden van mening over het antwoord op de vraag of een actie uit zaakwaarneming mogelijk was, indien iemand handelde tegen de uitdrukkelijke wil van de belanghebbende. Anders dan in het Duitse recht heeft deze vraag geen beantwoording gevonden in het BW van 1838.<sup>40</sup> De Nederlandse schrijvers uit de 17e, 18e en het begin van de 19e eeuw waren verdeeld. De beroemde Amsterdamse advocaat J. van der Linden (1756-1835) achtte 'onderwinding' (zaakwaarneming) slechts mogelijk 'buiten zijnen [de *dominus*] last, en buiten zijn weten; mits niet in zijn weerwil, en tegen zijn verbod'.<sup>41</sup> De Utrechtse hoogleraar J. Voorda (1698-1768) was in zijn dictaat over het *Ius Hodiernum* (het hedendaagse recht) de mening toegedaan dat degene die in strijd met de wens van de *dominus* had gehandeld, van laatstgenoemde het bedrag mocht vorderen waarmee deze was verrijkt.<sup>42</sup>

De twee grote protagonisten van het burgerlijke recht uit de 19e eeuw stonden lijnrecht tegenover elkaar. De Groningse hoogleraar G. Diephuis (1817-1892) vond geen wezenlijke grond voor de opvatting dat waarneming niet mogelijk was tegen de wil van belanghebbende. Een dergelijk verbod stond niet in artikel 1390 BW 1838. Bovendien bleef het beginsel gelden dat niemand zich ten koste van een ander mag verrijken. De zaakwaarnemer mocht dus een actie instellen voor de uitgaven, waardoor de principaal werkelijk was gebaat.<sup>43</sup> Opzoomer meende daarentegen dat een verbod van de *dominus* verhinderde dat sprake was van zaakwaarneming, omdat het gehele privaatrecht nu eenmaal op de wil berustte.<sup>44</sup> De jurist Engelenberg had al eerder met een beroep op Justinianus hetzelfde standpunt verdedigd. Hij was van mening dat 'de beslissing in C. ult. Cod. h.t. [C. 2,18,24,1] ook in het nieuwere recht, bij stilzwijgen der wet, van toepassing moet zijn.' Er kon dus geen sprake zijn van zaakwaarneming *invito domino*.<sup>45</sup> De opvatting van Opzoomer was vermoedelijk onder de Nederlandse juristen de heersende mening.<sup>46</sup>

## De opvatting dat er een zekere rechtvaardiging moet zijn om zich met andermans belangen in te laten, heeft haar weg gevonden naar het huidige BW

### 5 Het vereiste op redelijke grond in het huidige BW

De opvatting dat er een zekere rechtvaardiging moet zijn om zich met andermans belangen in te laten, heeft haar weg gevonden naar het huidige BW. Artikel 6:198 BW luidt als volgt:

Zaakwaarneming is het zich willens en wetens en op redelijke grond inlaten met de behartiging van eens anders belang, zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding te ontleen.

De parlementaire geschiedenis laat over de gevolgen van het ontbreken van een redelijke grond voor de behartiging van een anders belang geen misverstand bestaan. Indien een dergelijke grond mist en de belanghebbende schade heeft geleden, dan kan hij de handelende persoon tot vergoeding aanspreken. Uit de parlementaire geschiedenis wordt ook duidelijk dat de wet geen criteria geeft of voor de belangenbehartiging al dan niet een redelijke

grond aanwezig was. De beantwoording van deze vraag liet de wetgever graag aan de rechter over. Er moeten omstandigheden aanwezig zijn geweest, die de handelende persoon ertoe hebben gebracht ten behoeve van een ander in diens belang in te grijpen. Als die omstandigheden het gedrag rechtvaardigen, dan is er sprake van een redelijke grond, ook al blijkt achteraf dat de waarneming het belang van de rechthebbende niet heeft bevorderd. De (vermoedelijke) wil van de belanghebbende is een factor, waarmee de rechter kan rekening houden bij de beantwoording van de vraag of er een redelijke grond aanwezig is.<sup>47</sup>

Aan het vereiste van de redelijke grond kan onder bepaalde, uitzonderlijke omstandigheden toch zijn voldaan, als de handelende persoon tegen de wil van de rechthebbende ingaat. In de parlementaire geschiedenis staat het geval beschreven van iemand die zijn kinderen verwaarloost en een ander verbiedt in te grijpen.<sup>48</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh noemen het reeds eerder aangehaalde voorbeeld van een persoon die wil verhinderen dat iemand zelfmoord pleegt en bij de belemmering van die poging schade oploopt. In dit geval is toch sprake van zaakwaarneming en degene die te hulp is geschoten, heeft recht op vergoeding van zijn schade. De Hoge Raad heeft in een uitspraak uit 1996 het standpunt van de wetgever ten aanzien van zaakwaarneming tegen de wil van de rechthebbende overgenomen. Hij overwoog: 'Belangenbehartiging tegen de wil van degene wiens belang wordt behartigd, kan niet gelden als zaakwaarneming in de zin der wet, behoudens uitzonderlijke omstandigheden die zich in deze zaak niet voordoen.'<sup>49</sup>

### 6 Slotopmerkingen

De continentale wetboeken, voor zover die teruggaan op de Romeinsrechtelijke traditie, hebben de zaakwaarneming nooit in de ban gedaan. Talloos zijn immers altijd de situaties geweest waarin iemand maatschappelijk en ook moreel geroepen is om zich met de belangen van een ander in te laten, en niet alleen in acute noodsituaties zoals in het geval van een kind in een brandend huis. Het recht verbindt aan dat ingrijpen consequenties. Het geeft bijvoorbeeld de handelende persoon recht op vergoeding van de schade die hij lijdt als gevolg van zijn optreden. Ontbreekt een rechtvaardiging voor de inmenging, dan zijn er andere gevolgen aan het handelen verbonden. De vermeende zaakwaarnemer kan dan aansprakelijk worden gehouden voor even-

43 G. Diephuis, *Het Nederlands burgerlijk regt, elfde deel*, Groningen: J.B. Wolters 1888, p. 20-21.

44 Opzoomer 1891, p. 199 e.v.

45 J.R.A. Engelenberg, 'De Negotiorum Gestio, naar de Fransch-Nederlandsche wetgeving', *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving* 1861, p. 131.

46 Zie bijv. Suijling 1936, p. 328-329; Asser-Rutten, *Verbintenissenrecht, derde deel, tweede stuk, tweede gedeelte* 1954, p. 450-451; L.C. Hofmann, H. Drion & K. Wiersma, *Het Nederlands verbintenissenrecht, tweede gedeelte, achtste druk*, Groningen: J.B. Wolters 1959, p. 9-10.

47 Parl. Gesch. Boek 6, p. 791. Zie A.S. Hartkamp/C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, De verbintenis uit de wet, 6-IV\**, Deventer: Kluwer 2011, nr. 400-401.

48 Parl. Gesch. Boek 6, p. 791. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV\* 2011, nr. 401.  
49 HR 19 april 1996, *NJ* 1997, 24 m.nt. M.M. Mendel.

tueel onrechtmatig handelen. De Romeinse juristen gebruikten het begrip *utilitas* om de maatschappelijke geoorloofdheid van het ingrijpen te onderbouwen. Hun overheersende denkbeeld was dat de zaakwaarneming in het belang van de ander of ten nutte van hem moest zijn geschied en niet gericht mocht zijn tegen zijn uitdrukkelijke wil. Dit denkbeeld is expliciet terug te vinden in bijvoorbeeld het BGB en het BW.

### Het lijkt erop dat de rol van de zaakwaarneming nog lang niet is uitgespeeld in het privaatrecht

Het lijkt erop dat de rol van de zaakwaarneming nog lang niet is uitgespeeld in het privaatrecht. Boek 5 van de Draft Common Frame of Reference, een door wetenschappers opgestelde blauwdruk voor een toekomstig Europees verbintenissen- en goederenrecht,<sup>50</sup> bevat in artikel V-1:101 een regeling van deze rechtsfiguur. Het artikel kent veel van de in deze bijdrage genoemde elementen en stelt

zelfs het vereiste van de redelijke grond als rechtvaardiging voor een optreden als zaakwaarnemer:

- (1) This book applies where a person (the intervener) acts with the predominant intention of benefiting another (the principal); and
- a. the intervener has a reasonable ground for acting; or
  - b. the principal approves the act without such undue delay as would adversely affect the intervener.
- (2) The intervener does not have a reasonable ground for acting if the intervener:
- a. has a reasonably opportunity to discover the principal's wishes but does not do so; or
  - b. knows or ought to know that the intervention is against the principal's wishes.<sup>51</sup>

Het is niet uitgesloten dat de zaakwaarneming door de moderne vormen van communicatie in de loop der tijden minder belangrijk wordt. Hoe dit ook zij, de bestaande wettelijke regelingen leggen getuigenis af van hun verbondenheid met het Romeinse recht. Hetzelfde geldt voor de regeling in de DCFR. De discussies, die Romeinse juristen over dit leerstuk voerden, hebben weinig aan actualiteit ingeboet en zij blijven van belang voor de regeling van de zaakwaarneming in een toekomstig Europees Burgerlijk Wetboek.

<sup>50</sup> Zie uitvoerig P.C.J. de Tavernier & J.A. van der Weide, 'Naar een Europees Burgerlijk Wetboek? Het Draft Common Frame of Reference (DCFR)', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2011-5, p. 121 e.v.

<sup>51</sup> Ranieri 2009, p. 1770-1771; zeer kritisch N. Jansen 2007, p. 958 e.v. (p. 987 e.v.).