

Kroniek vermogensrecht 2011

Tjong Tjin Tai, T.F.E.

Published in:
Nederlands Juristenblad

Document version:
Peer reviewed version

Publication date:
2011

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Tjong Tjin Tai, T. F. E. (2011). Kroniek vermogensrecht 2011. *Nederlands Juristenblad*, 86(34), 2264-2271.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

(Verschenen in: NJB 2011/34, p. 2264-2271)

Kroniek vermogensrecht 2011

Eric Tjong Tjin Tai

1. Inleiding

In de komkommertijd viel een artikel op over het ‘Google effect’,¹ wat inhoudt dat mensen vooral onthouden hoe ze bepaalde informatie kunnen vinden, en niet de informatie zelf. Dat noopt een kroniekschrijver tot bescheidenheid: waarschijnlijk zult u vooral onthouden dat er hier een bepaald arrest genoemd staat, maar niet wat ik erover te melden had.

Afgezien van een toevallige amusementswaarde heeft het lezen van een kroniek hopelijk toch nog enig extra nut. Naast het signaleren van ‘grote’ rechtsvorming zoals de Effectenlease-uitspraken gaat het in een kroniek merendeels over ‘kleine’ rechtsvorming in de zin van min of meer voor de hand liggende verfijning van bekende regels, of correctie van misvattingen van lagere rechters. Ook het behandelen van zulke uitspraken heeft zin, nu zij gelegenheid bieden het begrip van het systeem van het burgerlijk recht nogmaals te oefenen of te verfijnen. Die opbouw van inhoudelijke kennis houdt meer in dan alleen het onthouden van informatie (waar bovengenoemd onderzoek toe beperkt was). Daarnaast is er in de kroniek enige aandacht voor de concrete casusposities, mede nu uit andere bron weer blijkt dat je iets het beste onthoudt als je er saillante beelden bij hebt gevormd.²

U kunt dus gerust zijn: er is wetenschappelijk bewijs dat het lezen van een kroniek goed is voor uw juridische kennis.

2. Totstandkoming en inhoud van de overeenkomst

Overeenkomsten zijn dagelijkse kost voor tal van juristen. En waar juristen zijn, zijn er vragen. Ten aanzien van afgebroken onderhandelingen zijn de regels inmiddels vrij goed verduidelijkt.³ Belangrijk is of het mogelijk is vooraf het risico op vergoedingen te beperken. Uit HR 27 mei 2011, LJN BP8707 blijkt dat een daartoe strekkende kostenafpraak inderdaad dit effect heeft. De zaak betrof onderhandelingen die

¹ B. Sparrow e.a., ‘Google Effects on Memory’, *Science* 14 July 2011.

² Joshua Froer, *Het geheugenpaleis*, Amsterdam 2011, overigens teruggaand op bekende bronnen en eeuwenoude technieken.

³ Zie nog Ruygvoorn, *Contracteren* 2011, p. 39 over de tweede fase van Plas/Valburg.

afgebroken mochten worden, nu er voldoende inspanning was getoond om tot overeenstemming te komen. Tussen partijen was overeengekomen dat alleen kosten zouden worden vergoed als dat uitdrukkelijk nader was overeengekomen: die afspraak was geldig en stond in de weg aan kostenvergoeding.

Het kan ook gebeuren dat partijen wel een overeenkomst willen sluiten, maar niet met alle voorwaarden gelukkig zijn. Dit komt regelmatig voor bij projectontwikkelaars die grond willen kopen van de overheid, maar vervolgens enkele bezwarende bedingen trachten af te schudden. Een beroep op onaanvaardbare doorkruising⁴ biedt dan vaak uitkomst. Soms kan ook nietigheid tot eenzelfde resultaat leiden. De gemeente Breda had grond uitgegeven met de verplichting om bij de verkoop aan particulieren het GIW-model voor de koop-aannemingsovereenkomst te gebruiken. Dit model bevat regels voor kwesties die ingevolge art. 122 Woningwet niet of niet op deze wijze mogen worden geregeld. Het Hof verklaart deze verplichting daarom nietig voorzover het GIW-model strijd met art. 122 Woningwet oplevert, doch laat in stand de verplichting het GIW-model voor de overige bepalingen te volgen. De Hoge Raad casseert:⁵ het gaat er niet om of de modelovereenkomst kan worden gesplitst in nietige en niet-nietige delen, maar of het beding zelf nietig is omdat het verplicht tot gebruik van een model-overeenkomst die kwesties regelt zodanig dat dit strijdig is met art. 122 Woningwet. Het beding is dus algeheel nietig.

Een andere weg om te ontsnappen aan de verbindende kracht van overeenkomsten is het opnemen van een ontbindende voorwaarde.⁶ In HR 10 juni 2011, LJN BP6163 ging het om een bank die een onroerende zaak executoriaal had verkocht met ontbindende voorwaarde dat de voor de verkoop benodigde toestemming van de voorzieningenrechter niet of niet onvoorwaardelijk zou worden verkregen. Tijdens de zitting kreeg de geëxecuteerde schuldenaar nog een laatste gelegenheid om het aan de bank verschuldigde te betalen en daarmee de executie te voorkomen. Aldus geschiedde. De koper eiste daarna de contractuele boete op van de bank, omdat de bank zelf zou hebben bewerkstelligd dat de ontbindende voorwaarde werd vervuld (zie art. 6:23 BW). Het Hof stelt koper in het gelijk; de Hoge Raad

⁴ HR 26 januari 1991, NJ 1991, 393 (Windmill).

⁵ HR 17 juni 2011, LJN BQ1677.

⁶ De bewijslast rust volgens vaste rechtspraak op degene die de ontbindende voorwaarde inroept, zie onlangs nog HR 22 april 2011, LJN BP6597.

casseert omdat aan diverse relevante omstandigheden voorbij is gegaan, zoals dat de bank in het kader van een parate executie ook verplicht is rekening te houden met de belangen van de schuldenaar. De beslissing is begrijpelijk: zo'n uit het objectieve recht voortvloeiende verplichting kan worden ingelezen in de uitleg en strekking van de voorwaarde.

Ten aanzien van uitleg van contracten is het veelal Haviltex dat de klok slaat,⁷ naast tekstuele uitleg van een erfdienstbaarheid⁸ en uitleg van verbindendverklaarde CAO's die dus als recht worden beschouwd en tekstueel uitgelegd.⁹ Inmiddels is er over dit onderwerp meer gezegd dan nodig; met Haviltex als hoofdregel valt – mits goed begrepen – goed te leven,¹⁰ terwijl de bijbehorende nuances inmiddels ook wel voldoende zijn uitgewerkt. De voortdurende belangstelling voor dit onderwerp komt kennelijk vooral voort uit de behoefte in de commerciële contractspraktijk aan zekerheid over de exacte aan te leggen uitlegnormen.¹¹ Dat alles neemt niet weg dat het zinvol is als men goed nadenkt over wat men in contracten opneemt en wat men daarmee bedoelt, zoals bij het gebruik van termen als vrijwaring of garantie.¹²

3. Bijzondere overeenkomsten

Boek 7 blijft in beweging. De regeling voor time-share (titel 7.1A BW) is vernieuwd per 23 februari 2011.¹³ Verder zal de afdeling inzake financiële zekerheidsovereenkomsten (titel 7.2 BW) worden veranderd ingevolge de inmiddels aangenomen implementatiewet van de richtlijn 2009/44/EG.¹⁴ Het al jaren in behandeling zijnde, en uitvoerig becommentarieerde, wetsvoorstel voor invoering van Titel 7.13 over de personenvennootschap blijkt daarentegen wegens kritiek uit het bedrijfsleven te zijn ingetrokken.¹⁵ Ik vrees dat dit de zaken voor bedrijven niet

⁷ HR 25 februari 2011, LJN BO7277, NJ 2011/99 (huwelijks voorwaarden), HR 25 maart 2011, LJN BP8991 (transportakte), HR 8 juli 2011, LJN BQ4830 (cessie-akte), ook impliciet HR 27 mei 2011, LJN BP8707 en HR 8 juli 2011, LJN BP3057.

⁸ HR 27 mei 2011, LJN BP8685 (art. 81 RO).

⁹ HR 15 april 2011, LJN BP6601, NJ 2011/181, HR 27 mei 2011, LJN BQ0010 (zie Vaandrager, Bb 2011/35) waar wordt overwogen dat aannemelijk is dat CAO's zo geformuleerd zijn (en dus: zo moeten worden uitgelegd) dat overlappingsen in werkingssfeer zoveel mogelijk worden voorkomen.

¹⁰ Zie ten aanzien van de uitleg van gerecipieerde Anglo-Amerikaanse contracten Drion, NJB 2011, p. 1543.

¹¹ Bv. Bakker, Uitleg van commerciële contracten, WPNR 6889 en 6890, wat op zichzelf een goed leesbaar overzicht biedt.

¹² Van den Bergh en Jongen, *Contracteren* 2011, p. 49.

¹³ Hierover Breedveld-de Voogd, MvV 2011, p. 161.

¹⁴ Zie P. Heemskerk, MvV 2011, p. 144.

¹⁵ Brief Minister van V & J d.d. 5 september 2011 aan de Voorzitter van de Eerste Kamer.

verbetert; de huidige regeling schiet bepaald tekort. Als men het wetsvoorstel ontoereikend vindt, had verbetering voor de hand gelegen, niet intrekking. Nu gooit men het kind met het badwater weg.

Een apart hoofdstuk zijn financiële overeenkomsten, die niet in één afzonderlijke titel zijn geregeld en wel van toenemend belang blijken.¹⁶ Ofschoon dit onderwerp ook onder de kroniek Financieel recht valt, zal ik er kort op ingaan vanwege de raakvlakken met meer algemene vermogensrechtelijke leerstukken.

In de eerdere effectenlease-uitspraken¹⁷ is aangegeven dat de omvang van de zorgplicht van de aanbieder van dergelijke producten mede wordt bepaald door de vraag of het product een onaanvaardbare financiële last voor de consument met zich brengt. Dit criterium is nader uitgewerkt: de Hoge Raad gaf aan dat de rechter met een algemene formule mag werken om te bepalen of er sprake is van een onaanvaardbare financiële last, mits er ook rekening wordt gehouden met eventuele bijzondere individuele omstandigheden.¹⁸ Op zichzelf is begrijpelijk dat de Hoge Raad zich niet verder wil mengen in een dergelijke relatief feitelijke kwestie. Men kan zich nochtans afvragen in hoeverre de hierbij door het Hof gebruikte Nibud-basisnorm geschikt is als ondergrens, aangezien deze een andere doelstelling heeft (het absoluut noodzakelijke minimumbedrag om van te kunnen leven) dan de vraag of een financiële last onaanvaardbaar is. Er wordt bijvoorbeeld niet of nauwelijks rekening gehouden met eerdere welstand, reeds bestaande verplichtingen etc. Daarmee lijkt toch enigszins tegen de strekking van de eerdere uitspraak in te worden gegaan.

De Hoge Raad overweegt tevens dat indien de zorgplicht geschonden is, er bij de schadebegroting voordelen uit eerdere vergelijkbare transacties (waarbij dezelfde schending van de zorgplicht had plaatsgevonden) mogen worden verrekend met nadelen uit latere transacties.¹⁹ Deze uitkomst is in lijn met een artikel waarin wordt gepleit voor een beperkte toepassing van de schadebeperkingsplicht bij beleggingsschade na schending van een bancaire zorgplicht.²⁰

4. Ontbindingsperikelen

¹⁶ Zie over vermogensbeheer F. van der Woude, WPNR 6886.

¹⁷ HR 5 juni 2009, LJN BH2811, BH2815, BH2822.

¹⁸ HR 29 april 2011, LJN BP4012 en LJN BP4003.

¹⁹ HR 29 april 2011, LJN BP4012. Eenzelfde uitkomst, op basis van de reikwijdte van de zorgplicht, biedt HR 4 december 2009, LJN BJ7320, NJ 2010/67 (Staalbankiers).

²⁰ Kloppenburg en Van Praag, MvV 2011, p. 93.

De wijzen van beëindiging van overeenkomsten zijn hybride figuren met verschillende doelstellingen, wat zich onder meer uit in niet geheel eenduidige terminologie.²¹ Ontbinding kennen wij bijvoorbeeld meestal als een remedie voor wanprestatie (art. 6:265 BW), opzegging vooral als mogelijkheid (bij bijzondere (duur)overeenkomsten) om voor de toekomst van elkaar af te komen zonder dat sprake is van verwijtbaarheid (bv. art. 7:228 BW), maar het omgekeerde komt ook voor (bv. ontbinding bij verkoop op afstand ex art. 7:46d BW, opzegging wegens dringende reden ex art. 7:677 BW). Daardoor gelden niet voor ieder type overeenkomst dezelfde vereisten dezelfde vereisten voor ‘ontbinding’. Een ontbindingsverklaring moet bijvoorbeeld in het arbeidsrecht redenen bevatten en deze kunnen ook niet achteraf aangevuld worden; in het algemeen (en bij huur) gelden deze vereisten echter niet.²² Verder is expliciet vastgesteld dat het mogelijk is om een afbetalingsregeling te ontbinden.²³

Een ontbindingsverklaring kan ook effecten hebben die niet bedoeld of gewenst zijn. In HR 8 juli 2011, LJN BQ1684 geeft de Hoge Raad aan dat een niet-gerechtigde ontbindingsverklaring niet het beoogde rechtsgevolg heeft; de overeenkomst is daarna gewoon geldig. Wel leidt zij in beginsel tot verzuim van de verklarende partij; kennelijk doelt de Hoge Raad daarmee op het feit dat die partij doorgaans haar prestatie zal hebben opgeschort,²⁴ en bedoelt tevens dat er geen ingebrekestelling nodig is nu uit de ontbindingsverklaring volgt dat niet zal worden nagekomen (art. 6:83 sub c BW). In deze casus had de verkoper schadevergoeding gevorderd wegens het niet doorgaan van de overeenkomst, wat het Hof kennelijk interpreteerde als een beroep op een tenietgegane overeenkomst. Omdat de overeenkomst juist in stand was gebleven, werd de vordering verworpen. De Hoge Raad leest de vordering kennelijk als niet berustend op het tenietgaan van de overeenkomst doch als gebaseerd op het niet-nakomen van een geldige overeenkomst, en dan is uiteraard ontbinding niet nodig: er is dus gecasseerd.²⁵

²¹ Uitvoerig Vranken en Hammerstein, Mon. BW A10; vgl. ook Drion, NJB 2011, p. 1543 over ‘termination’.

²² HR 27 mei 2011, LJN BP6997, verwijzend naar een gelijksoortige regel voor vernietiging (HR 11 juli 2008, NJ 2010/258).

²³ HR 29 april 2011, LJN BP4340.

²⁴ Zoals in HR 10 juli 2009, LJN BI3402, NJ 2011/43 (TSN/Vos). Dit is overigens niet strikt noodzakelijk; het is bijvoorbeeld ook mogelijk dat een partij tevens rechtsgeldig heeft opgezegd en daarom niet in verzuim is.

²⁵ De Hoge Raad wijst er ook uitdrukkelijk op dat schadevergoeding bij ontbinding niet beperkt is tot de schade die door de ontbinding zelf is veroorzaakt; ook de schade wegens het niet verder uitvoeren

5. Over koop en klacht

De regels omtrent koop hebben betrekking op zaken en vermogensrechten (art. 7:1 en 47 BW). Goodwill is geen van beide. Toch kan er een beroep op non-conformiteit van de goodwill worden gedaan indien dit onderdeel uitmaakt van een verkochte onderneming.²⁶ Die uitkomst is logisch als men bedenkt dat goodwill in dit verband eigenlijk niet iets zelfstandigs²⁷ is doch een *eigenschap* van de overgedragen onderneming, in de zin van art. 7:17 lid 2 BW. Het makerschap van een schilderij is bijvoorbeeld evenmin een zaak of vermogensrecht doch kan uiteraard grond voor non-conformiteit zijn. De zaak had dus eenvoudiger op basis van zo'n correcte classificatie kunnen worden afgedaan, dat was ook systematisch gezien beter geweest.

De reikwijdte van de klachtplicht van art. 7:23 BW (en mogelijk ook van art. 6:89 BW) is door de Hoge Raad sterk ingeperkt in HR 25 maart 2011, LJN BP8991.²⁸ Enerzijds overweegt hij dat de hiervan onderdeel uitmakende onderzoeksplicht²⁹ van de koper afhangt van onder andere de complexiteit van het onderzoek en de afhankelijkheid van derden (zie de uitspraak voor gedetailleerde aanwijzingen); dat betekent dat het vooral aankomt op de te vergen mate van inspanning. Anderzijds overweegt hij dat de tijdigheid mede er van afhangt in hoeverre de belangen van de verkoper zijn geschaad door de late klacht,³⁰ en als deze niet geschaad zijn er niet spoedig reden is om de koper een gebrek aan voortvarendheid te verwijten. Bovendien geeft de Hoge Raad aan dat de tekortkoming dusdanig ernstig kan zijn dat een nalatigheid ten aanzien van de klachtplicht niet aan de koper kan worden toegerekend. Met deze belangrijke uitspraak heeft de Hoge Raad de klachtplicht terecht weer teruggebracht³¹ tot haar essentie, namelijk het afwijzen van gevallen waar het redelijkerwijs nodig was om tijdig te klagen, zoals in het geval van bederfelijke waar³² of het anderszins teloorgaan van bewijsmateriaal c.q. herstel mogelijkheden.

van de overeenkomst dient te worden vergoed. Dat art. 6:277 BW niet beperkend werkt is reeds aangegeven in HR 9 juli 2010, LJN BM2329.

²⁶ HR 8 juli 2001, LJN BQ5068.

²⁷ Dat wil zeggen, afzonderlijk overdraagbaar.

²⁸ Een vervolg op HR 23 november 2007, LJN BB7733, NJ 2008/552 (Ploum/Smeets).

²⁹ Zie HR 29 juni 2007, LJN AZ7617, NJ 2008/606 (Pouw/Visser).

³⁰ Vgl. reeds HR 29 juni 2007, LJN AZ7617, NJ 2008/606 (Pouw/Visser).

³¹ Aldus bepleitte ook V. van den Brink, NTBR 2011/14.

³² Bv. HR 5 april 1968, NJ 1968/251 (Pekingenden).

HR 15 april 2011, LJN BP0630 betreft de vraag hoe moet worden omgegaan met herhaalde klachten over een gedurig niet hersteld gebrek aan een melkmachinesysteem, wat uitmondde in ontbinding wegens wanprestatie. De fabrikant betoogde dat er alleen meldingen waren gedaan in het kader van de eveneens afgesloten onderhoudsovereenkomst. Hof en Hoge Raad achten dat niet relevant: mededelingen over gebreken zijn klachten over gebrekkige nakoming van de koopovereenkomst. De ontbinding, drieënehalf jaar na de oplevering en eerste klachten, was tijdig. De verjaringstermijn is twee jaar na de klacht, maar met elke klacht over hetzelfde terugkerende gebrek is de verjaring voor dat gebrek gestuit. Ten overvloede overweegt de Hoge Raad dat ten aanzien van (gevolg)schade uit zo'n terugkerend gebrek geldt dat ook de schade uit de beginperiode niet reeds twee jaar na de eerste klacht verjaart. Kennelijk geldt dan dezelfde regel dat de verjaring steeds wordt gestuit door de latere klachten. Dit alles geldt overigens niet als het om verschillende gebreken gaat.

6. Aansprakelijkheidsrecht

Het algemene aansprakelijkheidsrecht levert een allegaartje op: een artikel over aansprakelijkheid voor slecht onderwijs,³³ en een verscheidenheid aan uitspraken. De parlementaire immuniteit op Aruba was onderwerp van HR 17 juni 2011, LJN BQ2302. In cassatie betoogde een minister die tijdens een parlementaire zitting door een parlamentslid voor pedofiel was uitgemaakt dat de immuniteit alleen geldt voorzover die betrekking heeft op het onderwerp van de zitting. De Hoge Raad verwierp dit betoog: de immuniteit beschermt de vrije meningsuiting in het parlement en de machtenscheiding, en daar zou inbreuk op worden gemaakt als de rechter ook maar enige controle zou uitoefenen op de inhoud van parlementaire uitlatingen. Aangenomen moet worden dat deze regel ook voor het Nederlands recht geldt.

Of het maken van een verborgen opname onrechtmatig is, hangt af van de omstandigheden. Dat het om een journalistieke opname gaat, en dat daar strenge regels voor gelden, is relevant doch niet doorslaggevend.³⁴ Dit is de gebruikelijke benadering ten aanzien van zelfregulering: de rechter wil zelf enige ruimte houden

³³ Noorlander en Paijmans, NTBR 2011/32.

³⁴ HR 8 april 2011, LJN BP6165.

voor een eigen afweging en maakt zich niet geheel afhankelijk voor externe regelgeving.

Contractueel van aard is een uitspraak³⁵ waarin een beroep op een vrijwaringsclausule waarin afstand werd gedaan van vorderingen wegens letselschade onaanvaardbaar werd geacht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Het betrof een letsel dat een deelnemer aan een kartwedstrijd had opgelopen doordat hij van de baan raakte wat mede mogelijk was doordat op de betreffende plaats plastic afzettingsblokken ontbraken. De wedstrijdleiders (die functioneerden onder auspiciën van de KNAF) hadden de controle niet goed uitgevoerd. Dit leidde tot aansprakelijkheid van de wedstrijdleiders omdat zij ernstig verwijtbaar hadden gehandeld, hoewel niet bewust roekeloos, en dat feit was vanwege de afhankelijkheid van de karters van een deugdelijke controle voldoende om de vrijwaringsclausule opzij te zetten. Opvallend is dat hiermee een variant van bewuste roekeloosheid wordt aanvaard, te weten ernstige verwijtbaarheid, wat uiteindelijk in de gegeven omstandigheden hetzelfde resultaat heeft als de algemene regel dat de uitsluiting van aansprakelijkheid voor opzet/bewuste roekeloosheid van leidinggevenden onaanvaardbaar is.³⁶ Het netto-effect is dat het nog iets gemakkelijker lijkt geworden om vrijwaringsclausules opzij te zetten: ‘bewuste roekeloosheid’ is een strengere maatstaf dan ‘ernstige verwijtbaarheid’.³⁷

Een nuttige precisering is de uitspraak over een verplichting tot een niet-doen (in casu het niet rooien van bomen): zo’n verplichting kan niet hoofdelijk rusten op meer schuldenaren, hooguit heeft ieder dan een eigen verplichting tot niet-doen.³⁸ Immers ofwel de ene schuldenaar kon het niet-doen van de ander feitelijk verhinderen – en schond dan zijn *eigen* verplichting –, ofwel zij kon dat niet maar dan zou een hoofdelijkheid in feite neerkomen op een buitenwettelijke kwalitatieve aansprakelijkheid, wat in strijd is met de bedoeling van de wetgever om dit te beperken tot de wettelijke gronden (art. 6:169-172 BW).

Verder bevestigt de Hoge Raad de regel dat bij beoordeling van een botsing op een kruising er – behoudens bewijs van het tegendeel – van moet worden uitgegaan dat de aansprakelijk gestelde door groen is gereden, maar bij de beoordeling van een

³⁵ HR 10 juni 2011, LJN BP9994.

³⁶ Waarover Duyvensz, ‘Exoneratie en bewuste roekeloosheid’, WPNR 6878.

³⁷ Zie eerder HR 5 september 2008, LJN BD2984 (BT/Scaramea) waarover Drion/Van Wechem, NJB 2009, p. 842.

³⁸ HR 8 juli 2011, LJN BQ0593, NJ 2011/308.

beroep op eigen schuld heeft te gelden dat de het slachtoffer door groen is gereden, ook al is uitgesloten dat beide partijen door groen zijn gereden.³⁹

Het aansprakelijkheidsrecht wordt ook beïnvloed door ontwikkelingen buiten Nederland. Er is steeds meer aandacht voor mensenrechtenschending als grondslag voor aansprakelijkstelling van met name multinationals.⁴⁰ Daarnaast laat de EU zich gelden, zoals bij de *Franovich*-aansprakelijkheid (staatsaansprakelijkheid voor tardieve of onjuiste richtlijnimplementatie).⁴¹ Een ander voorbeeld is de vrijwaring van aansprakelijkheid voor internet dienstverleners (art. 6:196c BW). Deze vrijwaring is aanzienlijk beperkt door HvJ 12 juli 2011, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*): de online verkoopsite eBay kan daar geen beroep op doen ingeval zij bijstand verleent aan verkopers met betrekking tot de wijze van vertonen van aanbiedingen enzovoort. Dan is er immers geen sprake van louter passief doorgeven van informatie. Daarnaast vervalt de vrijwaring ook als er door de benadeelde partij een voldoende nauwkeurig en onderbouwde kennisgeving van onwettige activiteiten is gedaan. Overigens betekent dit niet a contrario dat er in zulke omstandigheden zonder meer onrechtmatig is gehandeld; dat zal volgens de nationale onrechtmatige-daadsnormen moeten worden bepaald.

7. Kwalitatieve aansprakelijkheid

De rust op het front van de kwalitatieve aansprakelijkheid is verstoord door een reeks uitspraken die was ingezet met de in de vorige kroniekperiode vallende arresten van 8 oktober 2010 (*Hangmat*),⁴² 26 november 2010⁴³ en 17 december 2010 (*Wilnisser dijk*)⁴⁴ inzake aansprakelijkheid voor opstallen.

Op 11 maart 2011 heeft de Hoge Raad in vijf samenhangende arresten geoordeeld over de aansprakelijkheid van de vertegenwoordiger (art. 6:172 BW).⁴⁵ Een werknemer van een hypotheekadviesonderneming had gelden verduisterd van

³⁹ HR 8 juli 2011, LJN BP6996, NJ 2011/307, herhaling van HR 17 november 2006, LJN AY9749, ook HR 11 juni 2010, LJN BM1733, NJ 2010/333.

⁴⁰ Van der Heiden, *Contracteren* 2011, p. 3, *Enneking e.a., NTM/NCJM-bulletin* 2011, p. 541.

⁴¹ Een overzicht van twintig jaar ontwikkeling hiervan geeft R. Meijer, *MvV* 2011, p. 104.

⁴² LJN BM6095. Overigens kennen andere landen de problematiek van de aansprakelijkheid van de mede-bezitter ook, zij het in de vorm van de aansprakelijkheid van de mede-beheerder ('gardien'), met wisselende uitkomsten (Frans recht geen aansprakelijkheid, Belgisch recht wel, zie Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktrecht*, München 1998, p. 361 (nr. 327)).

⁴³ LJN BM9757.

⁴⁴ LJN BN6236 (*Wilnis*), zie ook Hartlief, *NJB* 2011/227 en Oldenhuis, *NJB* 2011/567.

⁴⁵ LJN BN9967, ook BN9969, BN9972, BN9964, BN9974, kritisch Van Schaick, *NTBR* 2011/35.

diverse particulieren. Daarbij werd gehandeld onder de naam van een verzekeringstussenpersoon die op hetzelfde adres kantoor hield.⁴⁶ De verduistering vond plaats door ophoging van de hypotheek, waarbij een notaris de gelden op de privérekening van de werknemer overmaakte. De benadeelde particulieren spraken de onderneming, de tussenpersoon en de notaris aan; de eerste twee mede op grond van art. 6:172 BW. De Hoge Raad overwoog dat het vereiste van ‘ter uitoefening van de hem als zodanig toekomende bevoegdheden’ in art. 6:172 BW restrictief moest worden uitgelegd, net zoals het vereiste van ‘werkzaamheden ter uitoefening van diens bedrijf’ van art. 6:171 BW,⁴⁷ en de fraude van de werknemer hier niet onder valt. Nochtans blijft de tussenpersoon aansprakelijk,⁴⁸ aangezien het slachtoffer op basis van art. 3:61 lid 2 BW erop mocht vertrouwen dat er een overeenkomst met deze partij is ontstaan, zodat de fraude als wanprestatie van de tussenpersoon kan worden aangemerkt.

Met deze restrictieve interpretatie is de toegevoegde waarde van art. 6:172 BW vrijwel nihil: in de meeste gevallen zal op basis van andere regels toch al aansprakelijkheid resulteren (al is het uiteraard wel verstandig deze bepaling waar zinnig ook in te roepen). Relevant lijken met name de ‘Babbel’-leer inhoudende dat een daad van een individu als eigen daad aan de rechtspersoon kan worden toegerekend,⁴⁹ en de mogelijkheid dat de rechtspersoon zelf onrechtmatig handelde door onvoldoende toezicht te houden, naast de in dit geval geslaagde grondslag van art. 3:61 lid 2 BW. Het verdient aanbeveling zekerheidshalve voor al deze ankers te gaan liggen, mede nu niet altijd duidelijk is of het een werknemer, zelfstandige hulppersoon en/of vertegenwoordiger betreft.⁵⁰

In de vrijwaringsprocedure van de notaris tegen de tussenpersoon was er niet het vangnet van art. 3:61 lid 2 BW. Van Schaick wijst er op dat er nochtans diverse andere mogelijkheden waren waarop ook de notaris een actie tegen de tussenpersoon zou kunnen hebben gehad, zoals een gewone onrechtmatige daad.⁵¹

⁴⁶ Ik versimpel de casus enigszins; de ‘tussenpersoon’ bestond in feite uit twee bedrijven.

⁴⁷ Vgl. HR 21 december 2001, NJ 2002, 75 (Delfland/Stoeterij De Kraal).

⁴⁸ De hypotheekadviesonderneming kan reeds op grond van art. 6:170 BW als werkgever aansprakelijk zijn voor fraude van de werknemer.

⁴⁹ HR 6 april 1979, NJ 1980, 34.

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld HR 25 juni 2010, LJN BL5420 (Gelderland/Vitesse), waar de actie uit art. 3:61 lid 2 BW juist op beletselen stuitte doch de ‘Babbel’-route slaagde.

⁵¹ NTBR 2011/35.

Dat een meervoudige grondslag verstandig is blijkt uit de voor het slachtoffer onfortuinlijke afloop van HR 1 april 2011, LJN BP1475. Een meisje was op een manege in het gezicht getrapt door een paard, genaamd Loretta, dat daar ter ‘belering’ was ondergebracht (zeg maar: getraind werd). Vraag: wie is aansprakelijk? Primair is dat de bezitter van het dier ex art. 6:179 BW. Echter dit lijdt uitzondering indien het dier bedrijfsmatig wordt gebruikt: dan is ex art. 6:181 BW uitsluitend de gebruiker aansprakelijk. Daarnaast is overigens cumulatief mogelijk een gewone o.d., zoals in casu wellicht van de persoon die het paard op dat moment begeleidde.⁵² Hof en Hoge Raad oordeelden dat de ‘beleringsovereenkomst’ tot gevolg had dat er sprake was van bedrijfsmatig gebruik. Dit is niet evident;⁵³ ‘gebruik’ lijkt taalkundig veeleer te wijzen in de richting van een gebruik ten eigen nutte (zoals onder oud recht). Overigens valt de uitspraak in zoverre te begrijpen dat enerzijds art. 6:181 BW veeleer moet worden gezien als de hoofdregel, en de bezittersaansprakelijkheid als vangnet bij ontbreken van een bedrijfsmatig gebruiker,⁵⁴ en anderzijds de term ‘gebruik’ veeleer moet worden geïnterpreteerd als ‘beheer’, ‘houden’, zoals gangbaar in andere landen waar het gaat om aansprakelijkheid voor dieren en andere zaken.⁵⁵ Daarbij is economisch nut een factor naast de feitelijke controle.

Ook met zo’n ruimere interpretatie is het niet evident wie in zo’n casus aansprakelijk is. Zekerheidshalve zou de advocaat alle relevante partijen moeten dagvaarden. Dit was in casu nagelaten door een achteraf gezien misverstand en wekkend optreden van de verzekeraar van de bezitter. Het probleem ontstaat doordat het slachtoffer niet vooraf met voldoende zekerheid kan vaststellen bij welke partij hij moet zijn, terwijl de wetgever wenste dat er slechts één unieke partij aansprakelijk is. Tegen deze exclusieve centralisering of kanalisering is al vaker bezwaar gemaakt.⁵⁶ Beter zou zijn een hoofdelijke aansprakelijkheid voor alle relevante partijen, met zonnodig een nadere regeling voor de draagplicht. De partijen kunnen immers desgewenst zelf hun onderlinge risico’s nader regelen. Ook in andere rechtsstelsels wordt wel aangenomen dat er meerdere hoofdelijk aansprakelijke beheerders kunnen

⁵² Zo geeft de Hoge Raad uitdrukkelijk aan.

⁵³ Vgl. Hartlief, NJB 2011, p. 1313.

⁵⁴ Zoals Kolder, Jurisprudentie Aansprakelijkheidsrecht 2011/56, suggereert.

⁵⁵ Zie bijvoorbeeld DCFR, notes op VI-3:203, en Koch/Koziol (red.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Den Haag 2002, p. 413-418, Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktrecht*, München 1998, p. 357-360 (nr. 325-326), Van Dam, *European Tort Law*, nr. 1402.

⁵⁶ Tjittes, NJB 1995, p. 274-282, zie ook K.J.O. Jansen in: *Samenloop*, BWKJ 23 (2007), p. 165-186.

zijn.⁵⁷ Dit zou ingrijpen van de wetgever vereisen, nu de Hoge Raad op dit punt trouw wenst te blijven aan de parlementaire geschiedenis.

Ten aanzien van art. 6:175 BW, de risicoaansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen, valt te wijzen op een kritisch artikel over de beoogde aanpassingen van deze bepaling aan nieuwe Europese regelgeving.⁵⁸ Verder is ook⁵⁹ ten aanzien van deze risicoaansprakelijkheid bevestigd dat daarnaast sprake kan zijn van een gewone onrechtmatige daad, in HR 29 april 2011, LJN BP0567 (Melchemie/Delbanco). In dit arrest ging het om een stof die door de bedrijfsmatig gebruiker (Melchemie) in bewaring was gegeven, zodat de kwalitatieve aansprakelijkheid op de bewaarnemer rustte, ex art. 6:175 lid 2 BW. De gebruiker van de stof behoudt echter een zorgplicht ten aanzien van die stof, om zoveel mogelijk te voorkomen dat het aan de stof inherente gevaar zich verwezenlijkt. Hiervoor zijn de Kelderluik-criteria (met enige nadere invulling) bepalend. Er waren indicaties dat de bewaarnemer niet alle voorschriften strikt naleefde. Dat betekende echter niet zonder meer dat Melchemie haar zorgplicht had geschonden: het ging er immers mede om of zij daadwerkelijk had moeten ingrijpen nu zij ook redenen had om aan te nemen dat de bewaarnemer zelf toereikend zou reageren op de geconstateerde fouten. Het Hof was voorbij gegaan aan de vraag of er urgentie was. De Hoge Raad bevestigt hiermee dat zo'n (wat ik noem) subsidiaire zorgplicht niet op exact dezelfde wijze kan worden ingevuld als ten aanzien van de primair verantwoordelijke: Melchemie behoefde pas in te grijpen als voor haar genoeg aanwijzingen waren dat de bewaarnemer zodanig tekort zou schieten dat er ernstige risico's ontstonden; zij hoefde echter niet exact dezelfde zorg te betrachten als de bewaarnemer.

8. Werkgeversaansprakelijkheid

Naast een herhaling⁶⁰ van de regel van HR 17 november 2000, NJ 2001/596 (Unilever/Dikmans) zijn er twee interessante uitspraken. In zijn arrest van 10 juni 2011, LJN BP8788, NJ 2011/273 onderstreept de Hoge Raad dat de werkgever ingeval van een arbeidsongeval moet bewijzen dat hij aan zijn zorgplicht voldaan heeft. Weliswaar zal de werknemer, als de werkgever voldoende feiten heeft gesteld,

⁵⁷ Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktrecht*, München 1998, p. 360-361.

⁵⁸ De Lange, AV&S 2011/9.

⁵⁹ Net zoals in voorgaande zaak.

⁶⁰ In HR 8 juli 2011, LJN BQ3514.

deze vervolgens gemotiveerd moeten betwisten, maar aan die motivering mogen niet zodanig hoge eisen worden gesteld dat daarmee afbreuk wordt gedaan aan de beoogde bescherming van de werknemer. In dezelfde uitspraak wordt geoordeeld dat de werkgever ook eenzelfde bewijslast heeft ten aanzien van een hulppersoon aan wie hij deze zorgplicht heeft overgelaten. Dat oordeel lag in de lijn van eerdere rechtspraak inzake uitlenen van werknemers,⁶¹ doch was nog niet eerder zo vastgesteld.

Een lastige vraag is altijd in hoeverre de werkgever aansprakelijk is als de werknemer zelf fouten heeft gemaakt, in het bijzonder zelf bij veiligheidsmaatregelen is tekortgeschoten. In zijn arrest van 24 juni 2011⁶² overweegt de Hoge Raad dat de werkgever heeft voldaan aan zijn zorgplicht als hij aantoont dat hij qua veiligheidsmaatregelen en –instructies heeft gedaan wat van hem verwacht mocht worden; als de werknemer dan zelf tekort is geschoten in het uitvoeren van een benodigde handeling is de werkgever niet aansprakelijk, ook al valt de werknemer geen opzet of bewuste roekeloosheid te verwijten. In eerdere uitspraken kwam deze subregel niet uit de verf omdat daar de werkgever ook zelf tekort was geschoten in de te nemen maatregelen.⁶³

9. Schadevergoeding en redelijke toerekening

De toerekening naar redelijkheid (art. 6:98 BW) is een tamelijk kleurloos leerstuk gebleven; het wordt eenvoudigweg toegepast, zonder dat er sedert de bekende deelregels van Brunner⁶⁴ extra duidelijkheid is verschaft of nieuwe regels zijn gekomen.⁶⁵ Een recent overzicht is te vinden in strafrechtelijk proefschrift waarin ook de redelijke toerekening naar privaatrecht wordt behandeld.⁶⁶ In feite lijkt art. 6:98 BW in de toepassing niet zeer sterk te verschillen van de Franse eis dat de schade ‘certain et directe’ is, of de in Engeland bij diverse *torts* geldende eis van voorzienbaarheid. Dat laatste geldt in Nederland als belangrijk gezichtspunt,⁶⁷ zoals twee recente uitspraken bevestigen. Als bij graafwerkzaamheden een elektriciteitskabel wordt beschadigd zijn de (op de wet berustende)

⁶¹ HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687 (Power/Ardross), HR 15 december 2000, NJ 2001, 198 (Van Uitert/Jalas).

⁶² LJV BP9897, NJ 2011/281.

⁶³ Bv. HR 16 maart 2007, LJV AZ6718, HR 9 februari 2007, LJV AZ6526, NJ 2007/105, HR 16 mei 2003, LJV AF7000, NJ 2004/176.

⁶⁴ Brunner, VR 1981, p. 210, samengevat in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, nr. 64.

⁶⁵ Een uitzondering is HR 25 april 2008, LJV BC5603, NJ 2008/262 (Frieslandhal).

⁶⁶ E.M. Witjens, Strafrechtelijke causaliteit, diss. Groningen 2011.

⁶⁷ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, nr. 69.

compensatievergoedingen die de kabelbeheerder aan afnemers uitbetaalt een voorzienbaar gevolg van die beschadiging en daarom toerekenbaar.⁶⁸ In het arrest van 25 maart 2011⁶⁹ gaat het om fraude bij verkiezingen voor het Hoogheemraadschap van Rijnland, waardoor nieuwe verkiezingen noodzakelijk zijn. De kosten daarvan zijn toerekenbaar aan de fraudeur: dergelijke maatregelen zijn een redelijkerwijs te verwachten (en dus voorzienbaar) gevolg van de fraude, terwijl de grove schuld van de dader een ruime toerekening rechtvaardigt. Voorzienbaarheid geldt, blijkt hieruit opnieuw, in algemene zin; het is niet nodig dat de gevolgen in detail te voorzien zijn.

Ten aanzien van schadevergoeding is – naast het in par. 2 genoemde oordeel over voordeelstoerekening bij effectenlease – te wijzen op een artikel over de invloed van uitkeringen uit verzekeringen op de omvang van de vergoeding.⁷⁰ Daarnaast is uitgemaakt dat ingeval oud recht van toepassing is op het schadevooral, dit ook geldt voor de buitengerechtelijke kosten, ook al zijn die kosten na 1991 gemaakt.⁷¹ Wettelijke rente (art. 6:119 BW) is een vorm van abstracte schadebegroting en moet – als uitzondering op de hoofdregel van werkelijke schadevergoeding – beperkt worden uitgelegd. Er is dus geen grond voor een analoge toepassing op het geval van onrechtmatig gelegd beslag op aandelen, ook niet als dat beslag ertoe leidde dat een beoogde koopsom voor die aandelen niet of pas later werd ontvangen.⁷²

10. Overheid en vermogensrecht

Te melden is een *special* over overheidsaansprakelijkheid,⁷³ alsmede twee uitspraken, naast de in par. 2 genoemde zaak over nietigheid. Een zaak over een bevoegdheidsovereenkomst levert een puzzel op het gebied van de formele rechtskracht op. De gemeente Zoetermeer komt in het kader van een overeenkomst over de verkoop van grond overeen dat zij zich zal inspannen een bepaald bestemmingsplan vast te stellen. Dit plan wordt niet op de exacte beoogde wijze aangenomen. De koper vordert schade wegens wanprestatie. Het Hof wijst de vordering af omdat de koper bestuursrechtelijk bezwaar en beroep had moeten instellen tegen het voor haar ongunstige bestemmingsplan, en nu dat was nagelaten

⁶⁸ HR 29 april 2011, LJN BQ2935.

⁶⁹ LJN BP2310, NJ 2011/139.

⁷⁰ Bolt, AV&S 2011/8.

⁷¹ HR 10 juni 2011, LJN BP9867.

⁷² HR 8 juli 2011, LJN BQ1823.

⁷³ Verkeersrecht 2011, nr. 7/8.

stuitte haar vordering af op de formele rechtskracht van het aangenomen plan. De Hoge Raad casseert en overweegt dat de overeenkomst een gemengd privaatrechtelijk en bestuursrechtelijk karakter heeft, dat ter zake van de vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie de burgerlijke rechter bevoegd is en dat de formele rechtskracht van het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan hier niet aan in de weg staat.⁷⁴ Het plan kan immers in stand blijven wegens bijvoorbeeld belangen van derden, wat evenwel niet in de weg staat aan het oordeel dat er sprake is van wanprestatie.

Ten aanzien van bestuursdwang oordeelt de Hoge raad dat het bestuursorgaan een grote mate van beleidsvrijheid geniet bij de uitoefening daarvan (uiteraard binnen de grenzen van evenredigheid en proportionaliteit), en dat het verhaal van de kosten van de bestuursdwang niet beperkt is tot wat de aanzegging daarvan aangaf.⁷⁵

11. Goederenrecht

Op het terrein van goederenrecht zijn diverse artikelen te noemen over de Vormerkung en beslag,⁷⁶ herziening van het pandrecht en het systeem van voorrechten,⁷⁷ de ‘Groninger akte’ (overdracht onder ontbindende voorwaarde van niet-betaling van de koopprijs),⁷⁸ de goederenrechtelijke positie van ‘buitenlandse’ aandelen,⁷⁹ en ABC-transacties.⁸⁰ Ook is er een discussie van een haast ouderwetse degelijkheid over overdracht, meer in het bijzonder de bescherming van de oudere gerechtigde bij levering *constitutum possessorium*, art. 3:90 lid 2 BW.⁸¹ Spath schreef een interessante analyse over het leerstuk van originele verkrijging.⁸² Een actueel onderwerp is aan de orde in een proefschrift dat een eigendomsrecht op persoonsgegevens bepleit.⁸³ van algemener belang daarin is de analyse van doelstellingen en ratio van eigendom. Memelink bepleit een verbeterde juridische

⁷⁴ HR 8 juli 2011, LJN BP3057.

⁷⁵ HR 8 juli 2011, LJN BQ4372 (Haagse woonwagens).

⁷⁶ Heymans en Bartels, NTBR 2011/26, en Broekveldt, NTBR 2011/15.

⁷⁷ Verstijlen, NTBR 2011/36 respectievelijk Van Tuil, NTBR 2011/37.

⁷⁸ Bol, WPNR 6895.

⁷⁹ Van Olffen en Versteeg, WPNR 6878.

⁸⁰ Bartels, VrA 2011, p. 42.

⁸¹ Hamwijk, WPNR 6883 en Van Hoof, WPNR 6896.

⁸² VrA 2011, p. 12.

⁸³ N. Purtova, *Property Rights in Personal Data*, diss. Tilburg 2011.

regeling van water.⁸⁴ Voor welhaast alle denkbare vragen over de stille cessie kan men terecht bij de encyclopedisch opgezette dissertatie van Biemans.⁸⁵

Een al langer lopende discussie is de mogelijkheid van rechtspersonen om over hun graf (dat wil zeggen, hun faillissement) heen te regeren: kan men een overeenkomst onder voorwaarde van faillissement sluiten? Dit is met name relevant als er oorbare belangen gemoeid zijn met het faillissementsbestendig maken van contracten, zoals bijvoorbeeld in het geval van licentieovereenkomsten. Sinds het Nebula-arrest⁸⁶ is daar grote twijfel over.⁸⁷ Keukens en Wibier⁸⁸ betogen dat er (op diverse gronden) een reële kans is dat een dergelijke overeenkomst geen stand houdt.

Een zeldzame uitspraak over mandeligheid is HR 20 mei 2011, LJN BP9997, NJ 2011/241: De Luwte wil een boom kappen die op haar terrein is geplant; de buurman verzet zich daartegen met als argument dat de boom mandelig (mede-eigendom) is geworden omdat hij over de erfgrans is gegroeid en de stam vanaf zes meter hoogte zelfs geheel over het buurperceel hangt. Dat laatste standpunt prevaleert omdat uit art. 5:20 lid 1 sub f BW volgt dat eigendom van de grond mede omvat de met de grond verenigde beplantingen. Deze beslissing betekent overigens ook dat de buurman mede-aansprakelijk wordt (als mede-eigenaar) voor onderhoudskosten en schade ontstaan door de boom! Dat vergt met name oplettendheid nu die eigendom onbedoeld kan ontstaan. Gevolg is dat men bijvoorbeeld alert moet zijn op doorschietende boomwortels en overhangende takken; deze kan men krachtens art. 5:44 BW (laten) verwijderen.

In HR 29 april 2011, LJN BP4948 (Ontvanger/mr. Eijking q.q.) heeft de Hoge Raad overwogen dat de meeropbrengst van een executoriale verkoop van een onroerende zaak (welke resteert van de koopsom na aftrek van de hypotheek en executiekosten) niet in het vermogen van de geëxecuteerde valt. Deze uitspraak is een logische volgende stap na diverse eerdere uitspraken waar de Hoge Raad naar verwijst.⁸⁹ Hierdoor is immers verzekerd dat de beslaglegger en andere gerechtigden daadwerkelijk hun volgens art. 3:270 BW toekomend deel ontvangen; bij een andere

⁸⁴ NTBR 2011/16

⁸⁵ J.W.A. Biemans, Rechtsgevolgen van stille cessie, diss. Nijmegen, promotiedatum 23 september 2011.

⁸⁶ HR 3 november 2006, NJ 2007/155.

⁸⁷ Bv. Jager en Weening, Vra 2008, p. 49, Van Engelen, IER 2009, p. 299.

⁸⁸ WPNR 6884.

⁸⁹ HR 25 januari 2008, LJN BB8653, NJ 2008/66, HR 12 juni 2009, LJN BH3096, NJ 2010/663. Zie ook Broekveldt, JBPr 2011, p. 229.

opvatting zou die meeropbrengst in een tussentijds faillissement vallen of zou het door een op die opbrengst gelegd beslag buiten bereik van de oorspronkelijke beslaglegger blijven. De meeropbrengst dient op een kwaliteitsrekening van de notaris te worden gestort, en dat saldo is ingevolge HR 12 januari 2001, NJ 2002/371 (Koren q.q./Tekstra q.q.) niet zelf onderdeel van enig vermogen; er is slechts een gemeenschap van rechthebbenden op het totale saldo. De uitspraak past bij de bedoeling van de regeling inzake executie, doordat zij een ordelijke afwikkeling mogelijk maakt.

Over de executoriale verkoop gaat tevens een *special* van WPNR.⁹⁰ Daarin betoogt Vonck dat de executoriale verkoop ook via Internet mag, en dat een wettelijke regeling daarvan zelfs ongewenste effecten heeft. Ik ben geneigd over dit laatste van mening te verschillen, nu er ten behoeve van de rechtszekerheid geen enkele twijfel dient te bestaan over de rechtsgeldigheid en toelaatbaarheid van een executoriale verkoop via Internet. Wetgeving kan broodnodige zekerheid verschaffen.

12. Verjaring

Voor het aanvangsmoment van de (driejarige) verjaringstermijn voor dwaling heeft de Hoge Raad een vergelijkbaar criterium geformuleerd als voor de vijfjarige subjectieve verjaringstermijn van art. 3:310 BW: subjectieve kennis van de relevante feiten is nodig, absolute zekerheid is niet vereist.⁹¹ Ingeval van verjaring van een schadevordering vertaalt zich dit hierin dat het niet nodig is dat de precieze omvang van de schade vaststaat: het volstaat dat de mogelijkheid van schade is komen vast te staan.⁹² In hoeverre kan hierbij een beroep op rechtsdwaling slagen? Dat is onderwerp van een WPNR-artikel van G.T. de Jong.⁹³ Over verjaring bij terugkerende gebreken zijn belangrijke overwegingen te vinden in HR 15 april 2011, LJN BP0630, hierboven besproken.

Verjaring heeft ook een goederenrechtelijke component, te weten de verkrijgende verjaring (art. 3:105 BW) doordat de niet-rechtmatige bezitter niet langer uit zijn bezit kan worden ontzet (art. 3:314 BW). Hierover handelt een rechtshistorisch en –vergelijkend proefschrift (dat mede gaat over bezit te kwader

⁹⁰ nr. 6882.

⁹¹ HR 8 juli 2001, LJN BQ5068.

⁹² HR 24 juni 2011, LJN BQ2312.

⁹³ WPNR 6874.

trouw).⁹⁴ Verder heeft er in het WPNR een discussie plaatsgevonden over de vraag of verkrijgende verjaring wel of niet met ‘terugwerkende kracht’ geschiedt.⁹⁵

13. Tot slot

Diverse artikelen hebben betrekking op de ontwikkelingen richting een (pseudo) Europees BW, het DCFR.⁹⁶ Dit lijkt vooralsnog een zuiver academisch project te worden dat hoogstens als ‘optioneel’ rechtsregime betekenis zal krijgen.⁹⁷ Het parallel lopende project, de voorgestelde Richtlijn consumentenrechten, wordt eveneens steeds verder uitgediept, desalniettemin zal het grote betekenis blijven houden voor de toekomstige ontwikkelingen.⁹⁸ Het nationaal recht blijft daardoor voor de rechtspraak het primaat houden. Ook al claimt het Europees recht voorrang, die rechtsorde blijft een *afhankelijke*, die voor de volledige beantwoording van concrete geschillen immers de gedetailleerde kennis en instrumenten van het nationale recht nodig heeft.⁹⁹ Waar de denkkraft van een vorige juridische generatie uitging naar de doordenking van het nieuwe BW, zijn de thans werkzame juristen vooral begaan met de consequenties van die doordeseming van nationaal recht met Europese invloeden. Sieburgh wijst erop dat bij die uitwerking niet uit het oog moet worden verloren wat de liefhebbers van ‘ons’ vak, ‘ons’ rechtsgebied drijft: de schoonheid in het vermogensrecht.¹⁰⁰ In een tijd waarin alles dreigt te worden gereduceerd tot economische motieven dan wel neurowetenschappelijke mechanismen is het van belang dat voor ogen te houden.

⁹⁴ J.E. Jansen, *Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring*, diss. Groningen 2011; gerecenseerd in WPNR 6896 (Van Es).

⁹⁵ Van Es, WPNR 6880 versus Van Schaick, WPNR 6887 met naschrift Van Es.

⁹⁶ De Tavernier en Van de Weide, MvV 2011, p. 121, Van Velten, WPNR 6881.

⁹⁷ De stemmen ten gunste van die oplossing worden steeds groter in aantal, bv. V. Mak, *Contracteren* 2011, p. 23, Cartwright e.a. NJB 2011, p. 1246, en Keirse, e.a., *Contracteren* 2011, p. 55.

⁹⁸ Zie over de stand van zaken Hondius, WPNR 6878

⁹⁹ Nader Sieburgh, *Preadvies NJV* 2011.

¹⁰⁰ TPR 2011, p. 1.