

Hoorcollege 4, 22 september 2011, handhaving consumentenrecht en Weens Koopverdrag

Als je het hebt over handhaving zijn er twee vragen. De eerste vraag is: wie handhaaft er? Dit kan een particulier zijn (individueel), een autoriteit of een vereniging/stichting (collectief). De tweede vraag is: langs welke weg wordt er gehandhaafd? Dit kan het privaatrecht of het bestuursrecht zijn. Dit college zal gaan over de collectieve handhaving door middel van het privaatrecht- en bestuursrecht.

Collectieve handhaving (art. 7:907 e.v. BW)

De eerste mogelijkheid van collectieve handhaving is het sluiten van een vaststellingsovereenkomst. Dit is neergelegd in een aantal artikelen in de titel over de vaststellingsovereenkomst. Deze artikelen worden ook wel aangeduid als de Wet collectieve afwikkeling massaschade (Wcam). De Wcam is er om het gemakkelijker te maken voor grote groepen om een vaststellingsovereenkomst te sluiten. De kern van de Wcam is de verbindendverklaring van de vaststellingsovereenkomst.

Een belangrijke zaak met betrekking tot collectieve schade gaat over mensen die gingen beleggen met geleend geld. Dit is erg risicovol, want als de koers daalt zitten de beleggers met een schuld. Velen van hen zeiden dat het voor hen niet duidelijk was dat ze geld hadden geleend. Ze werden over de streep getrokken door een nieuwe hypotheek af te sluiten tegen een hoger bedrag waardoor ze geld overhielden. Met dit geld konden ze de beurs op. Er werden 700.000 mensen gedupeerd. De Wcam wil ervoor zorgen dat het op een collectieve manier kan worden afgewikkeld, anders gaan 700.000 mensen naar de rechter. Het probleem van de verzekeraars en banken was dat sommigen van hen op een gegeven moment wel wilden schikken, maar ze waren bang dat alle partijen dan alleen bij hen kwamen om ook te schikken. De Wcam probeert het op te lossen door het mogelijk te maken dat een vaststellingsovereenkomst algemeen verbindend wordt verklaard. Dit moet op gezamenlijk verzoek van alle partijen (art. 7:907 lid 1 BW). Als dit is gebeurd dan geldt de overeenkomst voor alle partijen die binnen de termen van de overeenkomst vallen, tenzij ze kiezen voor de opt-out-regeling van art. 7:908 lid 2 BW. De opt-out-regeling is er omdat de toegang tot de rechter wel mogelijk moet blijven (art. 6 EVRM). Het voordeel van de algemeen verbindendverklaring is dat het in de praktijk niet mogelijk is om te onderhandelen namens alle partijen. Nu kan er een vereniging of stichting worden opgericht die een regeling treft en dan valt iedereen daar onder. Het voordeel voor de wederpartij, de banken en de verzekeraars, is dat ze weten dat het in principe voor iedereen geldt. Als teveel mensen gebruik maken van de opt-out-regeling, dan wordt de vaststellingsovereenkomst steeds minder aantrekkelijk. In art. 7:908 lid 4 BW staat de opt-out-regeling voor degenen die worden aangesproken. Zij kunnen de overeenkomst opzeggen als er teveel mensen voor de opt-out-regeling van lid 2 hebben gekozen.

Het verzoek om een vaststellingsovereenkomst wordt ingediend bij het Hof Amsterdam. De rechter moet namelijk oordelen of de vaststellingsovereenkomst wel goed in elkaar zit. Wie kan het verzoek instellen? Een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid, de veroorzakers van de schade en de consumentenautoriteit (Wet handhaving consumentenbescherming, Whc). Uitsluitend de verzoekers gezamenlijk kunnen cassatie instellen.

Collectieve handhaving (art. 3:305a-305c BW)

De artikelen 3:305a-305c BW gaan over collectieve acties. In art. 3:305a BW staat dat een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een collectieve actie kan beginnen. In lid 2 staat dat er echter wel twee weken gebruikt moeten worden voor overleg. Dit is veel te kort voor complexe zaken. Wat kan de stichting/vereniging vorderen? Ze kunnen bijna alles vorderen, denk aan een verbod, bevel, dwangsom of openbaarmaking. Ze kunnen *geen schadevergoeding* vorderen. Er kan wel een vordering ingesteld worden dat de rechter moet verklaren dat er onrechtmatig is gehandeld. De uiteindelijke afwikkeling zal waarschijnlijk niet lukken. De schade bestaat namelijk uit het verschil in de situatie waarin iemand zich nu bevindt en de situatie waarin hij zich had gevonden als er niet onrechtmatig was gehandeld. Je moet per geval kijken wat de schade is, dus dit kan niet in een collectief. Hoe zit het dan bij een collectieve vaststellingsovereenkomst? In zulke gevallen worden er vaak categorieën gemaakt. Per categorie wordt bepaald hoeveel schade vergoed wordt. De collectieve actie is een dagvaardingsprocedure, dit blijkt uit het woord rechtsvordering in lid 1. Publiekrechtelijke rechtspersonen (staat, provincies, gemeente, openbare lichamen, consumentenautoriteit etc.) en buitenlandse organisaties of openbare lichamen (art. 3:305c BW) kunnen ook overgaan tot collectieve acties.

Art. 3:305c BW werkte niet zo goed en daarom is er de Wet handhaving consumentenbescherming gekomen (Whc). Er was namelijk geen verplichting om de buitenlandse rechtspersonen bij te staan. Daarom is verordening 2006/2004 geïmplementeerd in de Whc. Het is een hele ingewikkelde wet. Er zijn namelijk veel verschillende organisaties die allerlei bevoegdheden hebben. De bevoegde autoriteiten hebben tot taak handhaving van de intracommunautaire inbreuken. Iedere lidstaat moet ten minste één autoriteit aanwijzen die dat kan doen. De bevoegde autoriteiten in Nederland zijn bijvoorbeeld de consumentenautoriteit en de autoriteit financiële

markten. Omdat in al die lidstaten zoveel bevoegde autoriteiten zijn, gaat de communicatie vaak niet goed. Daarom is er ook een verbindingsbureau. Iedere lidstaat moet een verbindingsbureau oprichten, zodat alle autoriteiten van de lidstaten met elkaar kunnen communiceren. Als bijvoorbeeld de consumentenautoriteit te maken krijgt met inbreuken op het consumentenrecht en de inbreukmaker zit in Duitsland, dan kan de consumentenautoriteit via het verbindingsbureau contact gaan leggen met de bevoegde autoriteiten in Duitsland. De consumentenautoriteit moet ook handhaven als het gaat om puur nationale inbreuken.

Er zijn ook autoriteiten die specifiek op een bepaalde sector zien, denk aan de Opta of de Nederlandse Zorgautoriteit. Wat als de consumentenautoriteit hiermee botst? De sector specifieke toezichthouder/autoriteit heeft dan voorrang.

De consumentenautoriteit

Hoe opereert de consumentenautoriteit? Er zijn twee bijlagen bij de Whc. Wat in bijlage a staat, wordt door middel van privaatrecht gehandhaafd. Alles wat in bijlage b staat wordt gehandhaafd door middel van het bestuursrecht. Waarom is voor dit stelsel gekozen? De achtergrond is dat het bestuursrecht als voordeel heeft dat er boetes kunnen worden opgelegd. Het privaatrecht kan alleen een verbod opleggen voor de toekomst. Een boete kan niet in alle gevallen worden opgelegd in verband met de mensenrechten. Het privaatrecht bevat veel openbare normen. De open normen staan daarom in bijlage a en de meer precies geformuleerde normen staan in bijlage b.

Als het gaat om financiële diensten of activiteiten is niet de consumentenautoriteit bevoegd, maar de AFM. De consumentenautoriteit kan verzoeken om bijstand van toezichthouders uit andere landen (verbindingsbureau) en geeft informatie aan consumenten. Het kan ook een collectieve vaststellingsovereenkomst sluiten. De AFM heeft deze laatste bevoegdheid niet.

Collectieve handhaving door middel van het privaatrecht

We beperken ons bij de collectieve handhaving tot de consumentenautoriteit (CA). De CA heeft een nieuwe rechtsingang, namelijk art. 3:305d BW. Op deze manier kunnen de CA en de AFM civielrechtelijk een procedure beginnen. De CA had al een ingang op basis van art. 3:305b BW, maar dan moet de CA beginnen bij de rechtbank en vervolgens kan het naar het hof en de Hoge Raad. Het verschil met art. 3:305d BW is dat je meteen bij het gerechtshof in Den Haag uitkomt. Het is een verzoekschriftprocedure. De CA heeft dezelfde mogelijkheden als op basis van 305b, maar het gaat allemaal net wat sneller. Wat in art. 3:305a BW staat is van overeenkomstige toepassing verklaard (twee weken overleg etc.).

Samenvattend: als er een inbreuk wordt gemaakt op de regels genoemd op lijst a van de Whc, kan de CA procederen op grond van art. 3:305b en 3:305d BW en op basis van art. 2.6 Whc jo. 7:907 BW kan er een collectieve vaststellingsovereenkomst worden gesloten.

Collectieve handhaving door middel van het bestuursrecht

Bij handhaving door middel van het bestuursrecht gaat het om bijlage b (art. 2.7 Whc). Het verschil is dat hier een boete kan worden opgelegd. Dit is maximaal 67.000 euro, maar in het geval van oneerlijke handelspraktijken is het 450.000 euro. De oneerlijke handelspraktijken worden helemaal gehandhaafd via bestuursrechtelijke weg, ook al is er sprake van open normen. Bij de collectieve handhaving door middel van het bestuursrecht kunnen er beschikkingen worden opgelegd, er kan bezwaar worden gemaakt, er kan beroep worden ingesteld bij de rechtbank Rotterdam en hoger beroep bij de CBB. Bij schending van oneerlijke handelspraktijken kan daarna nog cassatie in belang der wet worden ingesteld.

Samenvattend: als er inbreuk wordt gemaakt op de regels genoemd in bijlage b van de Whc, dan kan handhaving via bestuursrecht plaatsvinden (art. 2.7 Whc) en er kan een collectieve vaststellingsovereenkomst worden gesloten (art. 2.6 Whc jo. 7:907 BW).

Wat moeten we voor het tentamen allemaal weten?

- Er is een Wet handhaving consumentenbescherming (Whc)
- Er is een consumentenautoriteit die bepaalde bevoegdheden ontleent aan de Whc.
- De Whc kent twee bijlagen.
- De weg waarlangs de consumentenautoriteit handhaaft hangt af van de regel waar het om gaat.
- Staat de regel in bijlage A, dan wordt er gehandhaafd door middel van het privaatrecht.
- Staat de regel in bijlage B, dan wordt er gehandhaafd door middel van het bestuursrecht.
- De oneerlijke handelspraktijken worden uitsluitend via bestuursrechtelijke weg gehandhaafd. De oneerlijke handelspraktijken staan in art. 6:193a e.v. BW.

Casus 1, grijze en zwarte bedingen: een private belangenorganisatie ontdekt bij een gebruiker van algemene voorwaarden verschillende bedingen die op de grijze en zwarte lijst van art. 6:237 respectievelijk 6:236 BW staan. De bedingen op de grijze lijst worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn. De bedingen op de zwarte lijst zijn per definitie onredelijk bezwarend en dus vernietigbaar. Wat kan een private organisatie hier tegen doen? Een private organisatie kan niet de bestuursrechtelijke weg bewandelen. Is art. 3:305a een optie? Als het een organisatie is die krachtens haar statuten consumentenbelangen behartigt, dan is het een optie. Bij de rechter kan dan een vordering ingesteld worden om te verbieden dat de gebruiker de bedingen in de toekomst nog gebruikt. Zo kunnen problemen voorkomen worden. De private organisatie kan ook de consumentenautoriteit erop zetten. Als de CA dan vervolgens niets doet, is er geen procedure om dit alsnog van de CA af te dwingen. De private organisatie kan dus een dagvaardingsprocedure op grond van art. 3:305a BW instellen, het kan een klacht indienen en het kan ook een verzoekschriftprocedure op grond van art. 3:305d sub c BW instellen. Er moet onderscheid gemaakt worden tussen grijze en zwarte bedingen. De grijze bedingen staan op bijlage a. De verzoekschriftprocedure is beperkt tot wat op bijlage a staat. Als de private organisatie vindt dat er zowel grijze als zwarte bedingen zijn, dan is de verzoekschriftprocedure minder handig aangezien er dan gesplitst moet. Een andere mogelijkheid is art. 6:240 BW. Er kan dan gevorderd worden dat bepaalde bedingen in algemene voorwaarden als onredelijk bezwarend worden verklaard.

Langs welke wegen kan de CA optreden tegen grijze en zwarte bedingen? De eerste vraag die je je moet stellen is op welke bijlage de regeling staat. Staat het op bijlage a, dan moet de CA de privaatrechtelijke weg bewandelen. Staat het op bijlage b, dan moet de CA de bestuursrechtelijke weg bewandelen. De grijze bedingen staan op bijlage a, dus in dat geval kan de CA een vordering instellen op grond van 3:305d BW.

Casus 2, wet OHP (art. 6:193a BW): de CA constateert dat een onderneming in strijd handelt met de wet OHP (6:193a e.v.). Langs welke wegen kan de CA hiertegen optreden? Alleen bestuursrechtelijk, want het staat geheel op bijlage B. De weg van 3:305d BW is dus geblokkeerd.

Weens Koopverdrag/ CISG

Het Weens Koopverdrag is tot stand gekomen in Wenen in 1980. Er zijn 76 landen die het hebben geratificeerd. Waarom is het relevant om te weten dat het Weens Koopverdrag bestaat? Het kan namelijk automatisch van toepassing zijn, als je een contract sluit met een partij uit een ander land. Je hoeft het dus niet van toepassing te verklaren. Het is van toepassing indien beide partijen zijn gevestigd in een verdragsstaat of het toepasselijke IPR verwijst naar het recht van één verdragsstaat (artikel 1 Weens Koopverdrag). Als je niet wilt dat het verdrag van toepassing is, moet je het expliciet buiten toepassing verklaren. Het bevat regelend recht, dus partijen kunnen het verdrag geheel of gedeeltelijk uitsluiten (art. 6). Art. 12 is een uitzondering. Staten kunnen een voorbehoud maken (art. 95). Als het verdrag niet is uitgesloten dan is datgene wat in het contract staat, voor zover het afwijkt van het Weens Koopverdrag, geldend. Het wordt dan gezien als een uitzondering op het Weens Koopverdrag. Als iets niet is geregeld in de overeenkomst wordt teruggevallen op het verdrag.

Een reden om niet te willen dat het Weens Koopverdrag van toepassing is, is dat niet alle aspecten van de overeenkomst erin zijn geregeld. Het verdrag regelt de totstandkoming, de inhoud en de (niet-)nakoming. Er zijn een aantal onderwerpen die niet geregeld zijn, bijvoorbeeld de geldigheid. Als het Weens Koopverdrag wordt toegepast wordt het enerzijds beheerst door het verdrag en anderzijds door het toepasselijke nationale recht. Het is lastig als het wordt geregeld door twee verschillende regimes. De bepalingen van het verdrag moeten verdragsautonoom worden uitgelegd. De Nederlandse rechter mag niet van de betekenis van begrippen uitgaan zoals die in het Nederlandse recht gelden. De rechter met niet met een 'nationale bril' naar het verdrag kijken.

Het Weens Koopverdrag kent geen ingebrekestelling. Dit kan gunstig zijn voor de koper. Het heeft afwijkende regels over nakoming. De koper heeft een beperkt recht op nakoming bij non-conformiteit op grond van het verdrag. In Nederland staat het recht op nakoming voorop. Ook zijn er afwijkende regels over ontbinding en schadevergoeding. Art. 6:119a BW, fixatie van de schade op de wettelijke rente, is van belang. Wat is het fixatiestelsel? Er is in Nederland een speciale regeling als iemand de verplichting om geld te betalen niet tijdig nakomt. Bijvoorbeeld je huis brandt af en de verzekeraar weigert uit te keren. Wat is de schade als je niet op tijd je geld krijgt? Dit hangt van de omstandigheden af. Het kan zijn dat het faillissement als gevolg heeft, dus dan is de schade enorm. Het fixatiestelsel zorgt ervoor dat de schade wordt gefixeerd op een bepaald plafond. Dit plafond is de wettelijke rente. Je hebt alleen maar recht op de wettelijke rente. Dit is nadelig als je veel meer schade lijdt. Maar aan de andere kant heb je altijd recht op de wettelijke rente ook als je geen schade hebt geleden. De gedachte achter dit stelsel is dat geld geen schaars goed is. Je kunt altijd betalen, want je kunt geld lenen. Dit klopt niet helemaal, maar want niet iedere partij heeft op dezelfde manier toegang tot de geldmarkt.

Het Weens Koopverdrag heeft een aantal nadelen. Ten eerste heeft het geen hoogste rechter. Dit brengt rechtsonzekerheid met zich mee. Iedere rechter interpreteert het verdrag op zijn eigen manier waardoor er dus geen uniformiteit is. Ten tweede bevat het verdrag open normen. Er is weinig jurisprudentie waardoor deze open normen vaak niet zijn ingevuld. Ten derde zijn niet alle onderwerpen in het verdrag geregeld. Gezien deze nadelen is het aan te raden om het Weens Koopverdrag uit te sluiten.

Hoorcollege 5, 28 september 2011, de vaststellingsovereenkomst

De vaststellingsovereenkomst is geregeld in titel 15 van boek 7. De essentie van de vaststellingsovereenkomst bestaat uit vijf aspecten:

- Het is een obligatoire overeenkomst (art. 7:900 BW). Partijen binden zich jegens elkaar. De regelingen voor de obligatoire en de wederkerige overeenkomsten zijn van toepassing op de vaststellingsovereenkomst.
- Het gaat erom dat partijen een onzekerheid of een geschil beëindigen of voorkomen. Indien partijen in een onderlinge relatie een onzekerheid of geschil hebben over hun rechtsverhouding en ze willen de onzekerheid of het geschil beëindigen, dan kan dit door middel van een vaststellingsovereenkomst. Het is een subjectieve norm, het gaat erom of de partijen *menen* dat er een geschil of onzekerheid is.
- Omtrent hetgeen 'rechtens tussen hen geldt'. Waarom staat er niet gewoon rechtsverhouding? Het kan zo zijn dat er geen rechtsverhouding tussen partijen is. Het kan ook gaan om een absoluut recht.
- De vaststellingsovereenkomst is bindend. Dit is ook het geval indien in die overeenkomst iets is overeengekomen wat afwijkt van wat naderhand de feitelijke situatie blijkt te zijn. Het is dus ook bindend indien het geschil/onzekerheid anders blijkt te zijn dan je voor ogen stond.
- Als een van beide partijen bevoordeeld blijkt te zijn is het ook bindend.

Bij de vaststellingsovereenkomst speelt de uitleg een grote rol, gezien de grote gevolgen die eraan gebonden zijn. Partijen zeggen gemakkelijk dat ze iets niet hebben bedoeld. De *havitexnorm* wordt hier in acht genomen. In de zaak van Rb. Rotterdam 4 november 2009, LJN BK3785 gaat het over twee ex-handelspartners die ruzie hebben over betalingen. Ze sluiten een vaststellingsovereenkomst waarbij de ene partij een toezegging doet zaken af te nemen en de andere partij afstand doet van alle rechten die voortvloeien uit de commercial relationship. In het contract staan de vorderingen waarover ze ruzie hebben. De partij die afstand heeft gedaan zegt dat het alleen betrekking heeft op de vorderingen die zijn opgenomen in het contract. Er zijn nog twee andere grote vorderingen. Waarop heeft de vaststellingsovereenkomst betrekking? Volgens de rechtbank vallen alle vorderingen onder het begrip commercial relationship, dus ziet de vaststellingsovereenkomst ook op alle vorderingen.

OZ/Mangnus: meneer Mangnus heeft een brandverzekering afgesloten. Er ontstaat vervolgens brand en de verzekering maakt een berekening voor wat herbouw gaat kosten. De kosten hiervan krijgt Mangnus vergoed inclusief de BTW. Later heeft hij een gesprek met zijn financieel adviseur en deze zegt dat hij zijn status in fiscaal opzicht moet veranderen. Als hij zich aanmerkt als ondernemer is het voordeliger, want dan hoeft er geen BTW over de herbouw betaald te worden. Mangnus heeft dus een voordeel uit de vergoeding van de schade, aangezien hij de BTW wel vergoed krijgt. HR: 'uit het indenniteitsbeginsel (art. 7:960 BW) vloeit voort dat de verzekerde geen vergoeding zal ontvangen waardoor hij in een duidelijk voordeliger positie zal geraken'. Mangnus komt door de vaststellingsovereenkomst in een meer voordelige positie dan eigenlijk het geval zou moeten zijn. Moet Mangnus het terugbetalen? Als je een vaststellingsovereenkomst sluit, ben je hieraan gebonden ook als een van de partijen bevoordeeld wordt. Terugbetaling 'zou niet stroken met de aard van de vaststellingsovereenkomst, die partijen bindt ook voor zover zij afwijkt van de rechtstoestand die zonder deze overeenkomst tussen hen zou hebben bestaan'.

In art. 7:900 lid 1 en 2 BW staan drie termen: vaststellingsovereenkomst, beslissing en vaststelling. Een vaststelling is iets anders dan de vaststellingsovereenkomst. Een *vaststelling* is niet een handeling, maar de rechtstoestand die voortvloeit uit de nakoming van de vaststellingsovereenkomst. Het is de rechtstoestand waar het om gaat. De vaststelling moet in beginsel worden gescheiden van de vaststellingsovereenkomst. Bijvoorbeeld twee burens komen overeen waar de grens tussen hun percelen ligt. Hierdoor ligt de grens nog niet vast, er moet nog een nadere handeling verricht worden. Op grond van art. 5:31 BW moet een notariële akte worden opgemaakt en deze moet worden ingeschreven in de openbare registers. Pas daarna ligt de vaststelling vast. Het kan voorkomen dat de vaststelling en de vaststellingsovereenkomst in één moment samenvallen, bijvoorbeeld in het geval dat wordt overeengekomen dat A aan B 500 euro zal betalen. De *beslissing* valt tussen de vaststellingsovereenkomst en de vaststelling in. De beslissing kan genomen worden door de partijen gezamenlijk of door één van beide partijen (bindende partijbeslissing) of een derde (bindend advies).

De vaststellingsovereenkomst is enerzijds een gewone overeenkomst, anderzijds een bijzondere overeenkomst (bijvoorbeeld art. 6:236 sub n BW). Dwaling speelt ook een rol bij de vaststellingsovereenkomst. Kan er vernietigd worden op grond van dwaling? Het *Ebele Dilemma II* ziet op deze vraag. Het gaat om een jongetje genaamd Ebele, die door eigen onvoorzichtigheid onder de auto komt. Wat moet de verzekeringsmaatschappij van de bestuurder betalen? De verzekeringsmaatschappij zegt dat Ebele zelf onvoorzichtig was (eigen schuld) en dat ze dus niets hoeven te betalen. Dan komt er een onderhandeling tussen de ouders van Ebele en de verzekeringsmaatschappij. Er wordt een vaststellingsovereenkomst gesloten op grond waarvan de ouders een deel van de schade vergoed krijgen. Later komen de ouders erachter dat eigen schuld van kleine kinderen niet meetelt en dat ze alle schade vergoed hadden moeten krijgen (nieuwe ontwikkeling in de rechtspraak). De vader zegt dat hij de vaststellingsovereenkomst niet gesloten had als hij dit geweten had. Kan de vaststellingsovereenkomst vernietigd worden wegens dwaling? De HR zegt dat er gekeken moet worden naar de essentie van de vaststellingsovereenkomst. De essentie is dat partijen een geschil of onzekerheid hebben op een bepaald punt. Als je op dat punt een vaststellingsovereenkomst sluit, kun je hier achteraf niet op terugkomen met een beroep op dwaling. HR: 'dat ze zich ten aanzien van de vraag waaromtrent zij zich in onzekerheid verkeerden niet met vrucht op dwaling kunnen beroepen'. Je kunt niet zeggen dat je dwaalde ten aanzien van het punt waarom je een vaststellingsovereenkomst sloot.

ABN AMRO/Hendriks is een andere zaak omtrent dwaling en een vaststellingsovereenkomst. Hendriks lijdt schade door de adviezen van de bank, in totaal 750.000 gulden. De bank was bereid hem een vergoeding van 150.000 gulden te geven. Een vriend van Hendriks verkeerde in dezelfde situatie. Hij had echter 75% van de schade vergoed gekregen, omdat hij naar de klachtencommissie was gegaan. Kan Hendriks de vaststellingsovereenkomst met de bank vernietigen wegens dwaling? Op grond van *Ebele Dilemma* zou je zeggen dat er niet vernietigd kan worden, maar in dit geval heeft de bank verzweigd dat er een klachtencommissie was. De overeenkomst kan nu wel vernietigd worden wegens dwaling, omdat ze de mededelingsplicht hebben geschonden.

De dwalingregeling is dus van toepassing op de vaststellingsovereenkomst, maar de toepassing wordt gekleurd door de aard van de rechtsverhouding die is ontstaan door het sluiten van de vaststellingsovereenkomst.

Vallen de bewijsovereenkomst en de arbitrage onder titel 15? De bewijsovereenkomst valt eronder voor zover er sprake is van uitsluiting van tegenbewijs (art. 7:900 lid 3 BW). De arbitrageovereenkomst kent een eigen regeling, daarop is titel 15 dus niet van toepassing (art. 7:900 lid 4 BW).

De totstandkoming

Hoe komt de vaststelling tot stand? Bijvoorbeeld partijen strijden over de grens tussen hun percelen en ze sluiten een vaststellingsovereenkomst. Is het sluiten van de vaststellingsovereenkomst voldoende om de grens te laten lopen waar ze het willen hebben? Of is er nog een nadere handeling nodig? Op grond van de declaratoire leer treedt het rechtsgevolg in op het moment dat de partijen overeenkomen hoe ze het willen. Dit is de meest zuivere benadering. Dit is echter geen praktische benadering en daarom staat in art. 7:901 lid 1 BW de dispositieve leer. Op grond van deze leer is er geen sprake van terugwerkende kracht en moeten er nog uitvoeringshandelingen plaatsvinden als dit nodig is. In het geval van de grensvastlegging is, zoals eerder al genoemd, een notariële akte en inschrijving in de registers vereist (art. 5:31 BW). Op grond van lid 2 is ieder van de partijen tegenover de ander verplicht te verrichten hetgeen van haar zijde nodig is om aan de vereisten voor de totstandkoming van de vaststelling te voldoen. Lid 3 vult lid 1 gedeeltelijk in. Uitvoeringshandelingen zijn vereist, maar als de uitvoeringshandeling bestaat uit een verklaring van een van beide partijen, bijvoorbeeld de vestiging van een vernietigbare rechthandeling, dan wordt de verklaring in de vaststellingsovereenkomst besloten geacht. Op grond van art. 7:903 BW mag de vaststelling geen afbreuk doen aan inmiddels verkregen rechten van derden. Denk aan een vordering waarop een vruchtgebruik is gevestigd en dat later de vordering komt te vervallen door een vaststellingsovereenkomst. Indirect kan het soms wel ten nadele zijn van door derden verkregen rechten. Partijen hebben bijvoorbeeld onenigheid over de grootte van de vordering waarvoor een hypotheek is verstrekt. Als er dan wordt overeengekomen dat de hypotheek bijvoorbeeld 1 miljoen is, dan kan dit ten nadele zijn van de concurrente crediteuren. Dit is wel toegestaan.

Strijd met dwingend recht

Op grond van art. 7:902 BW is een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied ook geldig, als zij in strijd mocht blijken te zijn met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of openbare orde. Strijd met dwingend recht is dus mogelijk wat betreft de vaststelling. In het arrest *Schmitz/Caspers* gaat het over een vaststellingsovereenkomst die in strijd is met het dwingende recht. Caspers is als fysiotherapeut werkzaam in de praktijk van Schmitz. Het is onduidelijk wat voor sociale premies er afgedragen moeten worden. Als Caspers vertrekt sluiten ze een vaststellingsovereenkomst met als inhoud dat alles wat betreft de sociale premies voor rekening van Caspers

komt, dus ook het werkgeversdeel. Dit is in strijd met het recht. Caspers komt hier later achter. Volgens Schmitz is het binnen de marges van art. 7:902 BW. De Hoge Raad oordeelt dat art. 7:902 BW alleen geldt voor de vaststelling, niet voor de vaststellingsovereenkomst. Je kunt niet samen overeenkomen dat je dwingend recht gaat overtreden. Als de vaststelling blijkt te strijden met dwingend recht kom je bij art. 7:902 BW. Het staat je niet vrij om op dit terrein art. 3:40 BW te passeren.

Art. 7:902 BW geldt alleen voor situaties waarin een onzekerheid of geschil wordt *beëindigd* (dus niet bij voorkoming). Het geldt ook alleen op vermogensrechtelijk gebied. De afgrenzing met betrekking tot de ongeoorlooftheid zit hem in de goede zeden en de openbare orde.

Art. 7:902 BW wordt in de praktijk vaak toegepast als er sprake is van schending van het indemniteitsbeginsel. De schending van dit beginsel wordt geaccepteerd door art. 7:902 BW. Het arrest *Aegon/CSF* gaat over brandschade waarvoor een verzekeringsmaatschappij een uitkering moest doen. Het schaderegelingsbeding kan als vaststellingsovereenkomst worden gekwalificeerd. De verzekerde partij bleek bevoordeeld. Hij ging namelijk niet over tot herbouw, maar verkocht het perceel. Het indemniteitsbeginsel werd hier dus geschonden. In dit geval ging het om de vaststelling van het uit te keren bedrag, dus het ging volgens de HR om beëindiging. De HR oordeelde dat art. 7:902 BW van toepassing is. De schrijver van het boek vindt het opmerkelijk dat de HR oordeelt dat er hier sprake is van beëindiging van een onzekerheid of geschil, omdat het gaat om een door partijen bij voorbaat overeengekomen schaderegelingsbeding (lijkt op voorkoming van een geschil).

In het arrest *Merck/Euromedica* gaat het om inbreuk op een merkrecht. De rechtbank heeft een verbod aan Euromedica opgelegd met een dwangsom wegens overtreding van het merkrecht. Euromedica gaat gewoon door. Volgens Euromedica is hij de dwangsom niet verschuldigd, aangezien hij volgens zichzelf geen inbreuk maakt. De partijen hebben dus onenigheid op dit punt. Ze gaan daarom een overeenkomst sluiten die inhoudt dat Euromedica een bankgarantie geeft van 1 miljoen gulden en dat MSD voorlopig afzien van executie. De HR oordeelt dat er niet kan worden betwijfeld dat Euromedica in strijd handelt met het vonnis waarbij een dwangsom is toegewezen. Euromedica beroep zich dan op art. 611g Rv, de dwangsom is verjaard na een half jaar. MSD had de verjaring volgens Euromedica steeds maar moeten stuiten. Treft het beroep op art. 611g Rv doel? Volgens het hof gaat een beroep op verjaring op. De noodzaak tot stuiting van de verjaring is ondanks de overeenkomst onverminderd blijven bestaan. Dan komt er een onverwachte wending. De HR zegt dat de overeenkomst tussen de partijen een vaststellingsovereenkomst is, aangezien er onenigheid is en die beëindigd wordt. Zijn de partijen hieraan gebonden? Als er een vaststellingsovereenkomst is ga je voorbij aan 611g Rv. Dan kom je bij art. 3:322 lid 3 BW: voordat de termijn is verlopen, kun je geen afstand doen van verjaring (dwingend recht). Wat moeten we doen met de combinatie van 3:322 lid 2 en de vaststellingsovereenkomst? HR: 'weliswaar brengt de vaststelling mee dat een beroep op verjaring niet meer mogelijk is, hoewel art. 3:322 lid 3 BW dwingendrechtelijk bepaald dat van verjaring geen afstand kan worden gedaan voordat deze voltooid is, maar ingevolge art. 7:902 BW is een vaststellingsovereenkomst ook geldig als de vaststelling in strijd mocht blijken met dwingend recht'.

Strijd met de redelijkheid en billijkheid

De gebondenheid aan een beslissing kan in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming daarvan op grond van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn en vernietigd worden (7:904 lid 1 BW). Dit artikel ziet alleen op een beslissing van één partij of van een derde. Dit betekent dat een beslissing van beide partijen gezamenlijk niet onder dit artikel valt. De beslissing moet op grond van de inhoud of de wijze van totstandkoming in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid. Bij de wijze van totstandkoming moet je vooral denken aan het beginsel voor hoor en wederhoor en het motiveringsvereiste. In het arrest *Meurs/Nederlandse woningfinancieringsmaatschappij* gaat het om de vaststelling van een canon. In 1964 is het voor het eerst vastgesteld en in 1998 zal het worden herzien. De vaststelling is gekoppeld aan de verkoopwaarde van de grond. De canon is dus enorm gestegen in die 25 jaar. Het komt neer op een verhoging van 700%. Daar kwam protest tegen. Meurs had op twee punten kritiek. Ten eerste ontbrak volgens hem de motivering en ten tweede was hij niet gehoord. De HR differentieert naar de omstandigheden van het geval: 'op de vraag in hoeverre bindend advies dient te worden gemotiveerd is geen algemeen antwoord te geven'. Als het in de richting gaat van rechtspraak, behoort een bindend advies goed te worden gemotiveerd. Als adviseurs een element van een contract moeten vaststellen, dan kunnen aan het bindend advies lagere motiveringseisen worden gesteld. De motiveringseis wordt dus gerelativeerd gezien de aard van het bindend advies. Wat betreft het beginsel van hoor en wederhoor oordeelt het hof dat het niet onaanvaardbaar is om Meurs aan het advies gebonden te achten. Het hof kijkt bij dit oordeel naar het mogelijke nadeel van Meurs en het feit dat Meurs geen inhoudelijke bezwaren naar voren had kunnen brengen. Het vereiste van hoor en wederhoor wordt dus ook inhoudelijk beoordeeld.

Uit een recent arrest blijkt dat je toch niet te gemakkelijk aan het motiveringsvereiste en het vereiste van hoor en wederhoor voorbij moet gaan. Het arrest gaat om een bindend advies, omdat iemand recht had op koop voor onderhandse waarde. Dit advies (taxatie) moest worden vastgesteld door makelaars. Een derde partij wilde een veel hoger bedrag betalen dan de reguliere onderhandse waarde. Moet je rekening houden met dit bod? Volgens een deskundige (derde) moet het bod van die derde als een uitschieter worden beschouwd en moet het bij de taxatie buiten beschouwing worden gelaten. Hier zijn de partijen niet over gehoord. Het beginsel van hoor en wederhoor brengt met zich mee dat partijen in de gelegenheid gesteld hadden moeten worden zich hierover uit te laten.

Op grond van art. 7:904 lid 2 BW kan een rechter worden ingeschakeld als een geldige beslissing ontbreekt.

Beperking ontbindingsmogelijkheid

De regels voor de wederkerige overeenkomst zijn van toepassing op de vaststellingsovereenkomst, dus de ontbindingsregeling ook. Dit geldt niet onverkort. In art. 7:905 BW staat dat de ontbindingsregeling alleen onverkort geldt als het gaat om een beslissing genomen door beide partijen gezamenlijk. De ontbindingsmogelijkheid is op twee manieren beperkt. Er kan niet ontbonden worden door een partijverklaring. De rechter moet in dit geval beslissen of de ontbinding gerechtvaardigd is. De rechter kan de vordering tot ontbinding afwijzen op grond dat degene die het vordert voldoende middelen heeft om van de wederpartij opheffing van of vergoeding voor de tekortkoming te verkrijgen. Ontbinding is echt een laatste middel. Art. 7:905 BW stuurt aan op nakoming. Dus als je ingeval van een conflict of onzekerheid een vaststellingsovereenkomst gaat sluiten en je de beslissing uitbesteed aan een derde of de andere partij, ben je er vrij zeker van dat je aan de overeenkomst vastzit. Dit is ook zo als de wederpartij niet nakomt.

In art. 7:906 BW staan opmerkingen over het toepassingsgebied van de vaststellingsovereenkomst.

Massaschade (art. 7:907 e.v. BW)

Als een grote groep mensen schade lijdt, wil men niet dat ieder apart gaat procederen. Daarom is er in art. 7:907 e.v. BW een specifieke regeling hieromtrent neergelegd. De regeling van de WCAM houdt in dat een stichting of vereniging degenen die schade lijden vertegenwoordigt. De stichting of vereniging sluit een overeenkomst over het te betalen bedrag. Het is een collectieve schadevergoedingsovereenkomst. Het heeft dezelfde gevolgen als de vaststellingsovereenkomst (art. 7:908 lid 1 BW). Dit houdt in dat beide partijen in sterke mate gebonden zijn er dat er weinig mogelijkheden tot aantasting zijn. Als je het er niet mee eens bent (bijvoorbeeld het bedrag van de schadevergoeding is je te laag), staat in lid 2 een opt-out-regeling.

Hoorcollege 6, 29 september 2011, partiële nietigheid/conversie

Bij nietigheden denk je aan vernietigbaarheid en nietigheid van rechtshandelingen. Het is een juridische fictie, want er is wel degelijk iets gebeurd. Het is een juridisch instrument om te bewerkstelligen dat de rechtshandeling niet de beoogde gevolgen krijgt. De wetgever wil de gevolgen van de nulliteiten zoveel mogelijk beperken. Er zijn twee wegen om de gevolgen van nietigheid/vernietigbaarheid zoveel mogelijk te beperken. Ten eerste geeft de wet aan dat er tussenoplossingen bestaan. Bijvoorbeeld een rechtshandeling kan gedeeltelijk nietig zijn, er wordt dan gesproken van partiële nietigheid (art. 3:41 BW). Een ander voorbeeld is dat de vernietigbaarheid van een rechtshandeling verdwijnt als de wederpartij aanbiedt het nadeel op te heffen (art. 3:54 en 6:230 BW). De tweede weg om de gevolgen van nietigheid en vernietigbaarheid zoveel mogelijk te beperken is om er voor te zorgen dat het beoogde resultaat toch wordt bereikt. Dit kan door middel van:

- Bekrachtiging (art. 3:58 BW).
- Bevestiging (art. 3:55 BW). Bevestiging ziet op vernietigbare rechtshandelingen. Degene die bevoegd is tot vernietiging heeft de mogelijkheid over te gaan tot bevestiging, waardoor de bevoegdheid tot vernietiging vervalt.
- Conversie (art. 3:42 BW). Bij conversie draagt een nietige rechtshandeling elementen in zich van een geldige rechtshandeling.

De kern van dit college is dus het zoveel mogelijk verzachten van de nulliteiten.

Partiële nietigheid

Partiële nietigheid staat in art. 3:41 BW. Wat is het criterium voor partiële nietigheid? Er mag geen onverbreeklijk verband bestaan tussen het nietige gedeelte en het andere gedeelte. Je moet je afvragen of het nietige gedeelte de rest van de rechtshandeling meesleept. Het arrest HR 16 november 1984, NJ 1985, 624 gaat over deze vraag. In casu wordt er een onroerende zaak verkocht. De partijen vinden dat er teveel overdrachtsbelasting betaald moet worden en daarom besluiten ze dat slechts een deel van de koopsom in de akte zal worden vermeld en dat de rest zwart zal worden betaald. Het gaat om een bedrag van 65.000 gulden, waarvan 50.000 gulden in de akte wordt vermeld. Dit is strafbaar. De koper betaalt uiteindelijk alleen de 50.000 gulden.

De verkoper vordert vervolgens nakoming van het zwarte gedeelte. Een overeenkomst voor zover die verplicht tot een bij de wet verboden prestatie is nietig, maar als de grond van nietigheid slechts een deel van de overeenkomst betreft, zal deze voor het overige in stand blijft voor zover dit, gelet op de inhoud en strekking van de overeenkomst, niet in onverbreeklijk verband met het nietige deel staat. Maakt de afspraak tussen partijen de gehele overeenkomst nietig? De HR verwijst de zaak terug naar de rechtbank en geeft dus geen antwoord op deze vraag. De rechtspraak geeft een divers beeld op dit gebied. In de noot onder het arrest wordt gezegd dat als een zwartgeldbeding deel uitmaakt van de overeenkomst, dat dan het afgesproken bedrag het maximum is wat de koper inclusief belastingen wil betalen. Er is dan een onverbreeklijk verband, dus de gehele overeenkomst is nietig. Er zijn drie manieren om naar het zwartgeld beding te kijken:

1. Je kunt zeggen dat het beding essentieel is. Er is sprake van een onverbreeklijk verband, dus het is onsplitsbaar. Dit betekent dat de gehele overeenkomst nietig is.
2. Je kunt ook zeggen dat het zwartgeldbeding uit de overeenkomst moet worden gehaald. Het deel wat in de akte staat blijft over en dat is het enige wat de koper hoeft te betalen. Dit wordt over het algemeen onacceptabel geacht, aangezien de verkoper dan al het nadeel lijdt.
3. Er wordt ook wel gezegd dat de koper het gehele bedrag moet betalen, dus inclusief het zwarte gedeelte. Vaak wordt dan voorgesteld dat het fiscale nadeel verdeeld moet worden.

Er zijn schrijvers die een subjectieve toets willen voor wat betreft de onverbreeklijkheid. Het gaat dan om wat partijen hebben bedoeld.

Van belang voor de toetsing is de aard van de overtreden norm. In het arrest van HR 24 september 1999, NJ 1999, 737 gaat het over een werf die een regeling heeft voor winstuitkering aan werknemers. De regeling bepaalt dat de winstuitkering slechts wordt uitbetaald onder voorwaarde dat in het voorgaande jaar geen staking heeft plaatsgevonden. Deze voorwaarde is in strijd met het Europese Handvest, dus het is nietig. Er is op een gegeven wel gestaakt en de werknemers vorderen toch dat de er winst wordt uitgekeerd. Als de voorwaarde van staking nietig is, is dan de gehele winstuitkeringsregeling nietig? Als je met een dergelijke clause (in casu: geen winstuitkering in geval van staking) een beschermingsbepaling overschrijdt, dan moet je voorzichtig zijn met totale nietigheid. Anders beroof je de te beschermen persoon van het gehele contract. De HR oordeelt dat 'zulks niet tot het ongerijmde gevolg kan leiden dat, evenals wanneer de voorwaarde wèl als geoorloofd zou zijn aangemerkt, geen uitkering verschuldigd is'. Als nu geen winstuitkering mogelijk is, dan heb je hetzelfde resultaat als wanneer je de clause wel geldig acht. De winst moet dus wel uitgekeerd worden.

Het arrest van HR 14 januari 2000, NJ 2000, 273 gaat over een arbeidsovereenkomst waarin is bepaald dat het loon is hoger dan dat van de CAO (bijna dubbele), maar de overwerkvergoeding lager is. Is er een onverbreeklijk verband tussen de lagere overwerkuitkering en het hogere loon? Brengt de nietigheid van de clause (lagere overwerkvergoeding) nietigheid van het gehele contract met zich mee? Het gaat hier om een beschermingsbepaling. Als je zou zeggen dat het geheel nietig zou worden als je één clause weghaalt, dan frustrer je dat iemand actie onderneemt. Gehele nietigheid moet hier worden voorkomen, omdat het hier gaat om een beschermingsbepaling. De HR heeft geoordeeld dat het niet als één geheel kan worden beschouwd.

In HR 10 juni 2011, LJV BQ1677 gaat het om de verkoop van bouwgrond door de gemeente aan een aannemer. Van het contract tussen hen maakt een voorschrift deel uit die ziet op het contract dat aannemer met de afnemer moet sluiten. Deze clause is in strijd met art. 122 van de woningwet. De gemeente wil het langs privaatrechtelijke weg regelen, maar het moet via publiekrecht. De clause bevat verschillende onderdelen, sommigen zijn wel geoorloofd anderen niet. Het hof zegt dat schending van de clause partiele nietigheid met zich meebrengt, aangezien sommige onderdelen wel geldig zijn. De HR zegt dat er sprake is van volledige nietigheid, want ten aanzien van de onderwerpen die strijdig zijn met 122 woningwet is niet gesteld of gebleken dat ze van ondergeschikt belang zijn. Je moet naar de aard van de geschonden norm kijken (in casu art. 122 Woningwet). Als de aard van de norm wordt geschonden, dan brengt dit nietigheid van de gehele clause met zich mee.

Bijzondere vraagstukken

Er worden nu vier bijzondere vraagstukken behandeld. Het eerste vraagstuk is: wat gebeurt er als er een wettelijk prijsmaximum is en partijen komen een hogere prijs overeen? Is dan de gehele koopprijs nietig of alleen het gedeelte dat boven het maximum zit? De HR heeft geoordeeld dat overschrijding van het maximum gehele nietigheid tot gevolg heeft. De prijs waarover is onderhandeld wordt namelijk als onsplitsbaar beschouwd. Het tweede vraagstuk luidt: als bij een contract tussen debiteur en crediteur één voorwaarde uit de algemene voorwaarden wordt vernietigd omdat het onredelijk bezwarend is, valt dan het gehele contract weg? Bij een consumentencontract niet, omdat het hier gaat om schending van een beschermingsnorm. Ook bij andere contracten zal de vernietigde voorwaarde niet zoveel verband houden met de andere voorwaarden dat het gehele contract wegvalt.

Bij vrijtekening kan het voorkomen dat er verder wordt vrijgetekend dan geoorloofd is. Het derde vraagstuk luidt dan ook: valt het ongeoorloofde gedeelte van de vrijtekening dan weg en blijft de rest in stand? Hier wordt niet gewerkt met partiële nietigheid, dus de gehele vrijtekening valt weg. De verhouding crediteur en debiteur wordt dan bepaald door regulerend recht.

Een vrijtekening kan deel uitmaken van een duurovereenkomst. Het vierde vraagstuk is: als binnen een duurovereenkomst een vrijtekening te vergaand wordt geacht, betekent dit dan ook dat het voor het vervolg geen werking heeft? De redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat de vrijtekening wel werking heeft in een volgende situatie. Eigenlijk is er dan een soort van partiële nietigheid.

Opheffen van nadeel

In art. 3:54 en 6:230 BW staat dat er niet meer vernietigd kan worden als de wederpartij het nadeel wil compenseren. Art. 3:54 luidt: de bevoegdheid om ter vernietiging van een meerzijdige rechtshandeling een beroep te doen op misbruik van omstandigheden vervalt, wanneer de wederpartij tijdig een wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling voorstelt, die het nadeel op afdoende wijze opheft. In lid 2 staat dat de rechter ook de gevolgen van de rechtshandeling kan wijzigen op verlangen van een van de partijen.

De koper zegt bijvoorbeeld dat hij gedwaald heeft of dat er sprake is van misbruik van omstandigheden en hij vernietigt vervolgens. Is er dan nog ruimte voor de verkoper om het nadeel te compenseren? Er heeft immers al vernietiging plaatsgevonden. Wanneer de wederpartij onverwijld reageert, dan treft het mechanisme van art. 3:54 W toch in werking. Een ander voorbeeld: de koper vernietigt niet zelf, maar gaat naar de rechter om vernietiging te vorderen. In zo'n geval kan de andere partij tegen de rechter zeggen dat hij nadeel wil vergoeden (lid 2). Het kan voorkomen dat de koper een vernietigingsverklaring naar de verkoper stuurt, maar deze niet reageert. De koper kan dan naar de rechter gaan om een declaratoir vonnis te vorderen waarin staat dat hij op terechte gronden heeft vernietigd. Kan lid 2 dan alsnog aan de orde komen? Theoretisch zou het niet kunnen, want er is vernietigd en de rechter spreekt alleen maar uit dat er terecht vernietigd is. Maar toch is in dit geval lid 2 van toepassing. Wanneer het mogelijk is dat het nadeel dat is ontstaan door dwaling of misbruik van omstandigheden wordt weggenomen, dan is vernietiging geen wenselijke optie. Art. 3:54 BW biedt de mogelijkheid tot opheffing van nadeel in het geval van misbruik van omstandigheden. Art. 6:230 BW biedt deze mogelijkheid in het geval dwaling. Waarom is het niet mogelijk bij bedrog of bedreiging? Dit heeft te maken met de onderlinge verhouding van de partijen op dat moment. Er wordt aangenomen dat het niet wenselijk is om de onderlinge verhouding te lijmen door nadeelcompensatie.

Het kan voorkomen dat iemand iets voor te veel geld heeft gekocht. Hij kan het daardoor moeilijk doorverkopen en lijdt dus schade. Valt deze schade ook onder de nadeelcompensatie? Dit nadeel valt er niet onder. Het ziet op het nadeel dat je lijdt omdat je een te hoge wederprestatie hebt toegezegd. Het andere nadeel moet je vorderen langs de weg van de onrechtmatige daad.

In HR 8 december 2006, NJ 2006/658 gaat het over holding Q die een beleggingspand verkoopt waar huurders in zitten. De koper vraagt of er ontwikkelingen zijn rond de huurprijzen die betaald worden door de huurders. Q zegt dat er geen ontwikkelingen zijn, maar dit is onjuist. Er loopt namelijk een procedure wat betreft een onderdeel van dat pand. Deze procedure leidt tot een aanmerkelijke huurverlaging. De koper zegt dat hij heeft gedwaald en hij wil dat een deel van de koopprijs afgaat. Hij doet een beroep op art. 6:230 BW. Welk bedrag neem je als nadeel dat vergoed moet worden? Welk bedrag moet van de koopprijs af? De koper zegt dat dit het verschil is tussen wat hij heeft betaald en wat het pand nu waard is. Het hof oordeelt echter dat er gekeken moet worden naar het moment waarop de overeenkomst is gesloten. Er moet gekeken worden naar het bedrag wat de koper toen zou willen geven wetende dat de procedure omtrent de koopprijs plaatsvond. Het hof komt op een ander bedrag uit dan de koper. Het is lastig om te bepalen wat het nadeel is.

In Hof Amsterdam 8 november 2007, LJN BC2940 gaat het om mensen die een huis kopen van 317.000 euro. Als ze er wonen blijkt dat de burens enorm veel kabaal maken bij hun echtelijke ruzies. Ook veroorzaken ze ernstige overlast door het lokken van grote hoeveelheden vogels door het buiten zetten van patat en bami. De kopers zeggen dat ze minder voor het huis betaald hadden als ze het geweten hadden. Hier is het lastig te bepalen wat er minder betaald zou zijn. In totaal gaat er 75.000 euro af.

Conversie

Art. 3:42 BW gaat over conversie: beantwoordt de strekking van een nietige rechtshandeling in een zodanige mate aan een andere, als geldig aan te merken rechtshandeling, dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, indien van de eerstgenoemde wegens haar ongeldigheid was afgezien, dan komt haar de werking van die andere rechtshandeling toe.

Het klassieke voorbeeld voor conversie is NJ 1944, 120. Het gaat om mensen die de keuze maken voor een bepaald huwelijksgoederenregime, namelijk een gemeenschap van winst en verlies onder *voorwaarde*. De

voorwaarde was dat er geen kind zou zijn geboren op het moment dat het huwelijk eindigde door overlijden van een van de echtgenoten. Een huwelijksgoederenregime mag niet voorwaardelijk zijn. Op grond van conversie spreken partijen dan af dat ze afrekenen als was er dat huwelijksgoederenregime dat ze voorwaardelijk hadden gekozen. Een ander geval van conversie komt voor in Rb. Rotterdam 2 juli 2004, NJF 2004/531. Het gaat om een duurcontract tussen een oliemaatschappij en een uitgeverij van allerlei bladen. De oliemaatschappij zegt het contract op met een termijn van twee maanden. Dit is te kort en het wordt geconverteerd tot zes maanden.

De strekking van de geschonden norm is van groot belang. Als de geschonden norm een beschermingskarakter heeft, moet je voorzichtig zijn met conversie. Bijvoorbeeld een te lange proeftijd wordt niet van rechtswege omgezet in een kortere geldige proeftijd.

Prisma Vastgoed/Slager: Slager heeft een supermarkt en is een franchisenemer van Prisma Vastgoed. Er is een contract tussen Slager en Prisma Vastgoed en in dit contract is een koopoptie voor Prisma Vastgoed met betrekking tot het pand vastgelegd, er is een aanbiedingsplicht en er is een non-concurrentiebeding. Slager heeft dus veel verplichtingen. De supermarkt loopt goed en wordt uitgebreid. Slager wil niet aan de aanbiedingsplicht en koopoptie voldoen, maar Prisma vordert nakoming. Wat betekent de combinatie van koopoptie, aanbiedingsplicht en concurrentiebeding? In art. 6 lid 1 Mededingingswet staat een verbod van mededingingsbeperkende afspraken. Het hof zegt dat het samenstel van afspraken nietig is op grond van dit artikel. Is er ruimte voor conversie als art. 6 Mededingingswet is geschonden? Oordeel HR: 'de absolute nietigheidsbepaling, verwoord in lid 2 van artikel 6 MW is bedoeld om aan ongeoorloofde beperkingen van de mededingingen een eind te maken. De prikkel wordt voor een belangrijk deel weggenomen wanneer de door Prisma c.s. voorgestane conversie wordt toegestaan en de belanghebbende partij hooguit het risico loopt dat de niet geoorloofde bepaling wordt omgezet in een bepaling die nog net binnen de grenzen van art. 6 MW valt'. 'Het hof heeft terecht geoordeeld dat toepassing van art. 3:42 BW onvereenigbaar is met de op uitbanning van ongeoorloofde concurrentiebeperkende overeenkomsten gerichte, in art. 6 lid 2 MW neergelegde absolute nietigheid'. Dus geen conversie in dit geval. In r.o. 7.2 staat dat partiële nietigheid wel mogelijk is.

Conversie is niet mogelijk indien dit onredelijk zou zijn jegens een belanghebbende die niet tot de rechtshandeling als partij heeft medegewerkt (tweede gedeelte art. 3:42 BW). Hier moeten we onder verstaan de wederpartij tot wie een eenzijdige rechtshandeling is gericht. Een voorbeeld is HR 23 januari 1981, NJ 1981/284. Het gaat over ontslag op staande voet dat nietig is. Het ontslag op staande voet wordt dan geconverteerd tot ontslag op de eerst mogelijke datum. HR: 'dit zou slechts anders zijn in geval de omzetting, gelet op de gevolgen daarvan, jegens M. onredelijk zou zijn. In feitelijke instanties zijn echter door M. geen feiten aangevoerd die hierop betrekking hebben'. Als je het als wederpartij onredelijk vindt, moet je hiervoor argumenten aanvoeren.

LRS/Sint Willibrord: dit arrest heeft betrekking op de kern van de conversie-gedachte. Conversie heeft twee gezichten. Het heeft een objectieve kant, want het gaat om de strekking van de nietig rechtshandeling. Er zit ook iets subjectiefs in, want het gaat ook om de keuze van partijen. Het arrest gaat om de verkoop van een kapel door LRS aan stichting Willibrord, het gaat om erfpacht en opstal met een canon van 10.000 euro en om de huurprijs voor een deel van de kunst die in de kapel aan de muur hangt. De stichting Willibrord betaalt huur voor kunst waar ze eigenaar van zijn. De kunst hangt namelijk aan de muur van de kapel die ze hebben gekocht, waardoor ze door natrekking ook eigenaar van de kunst zijn geworden. Stichting Willibrord maakt bezwaar tegen het betalen van die huur. LRS zegt dat je alle afspraken gezamenlijk moet zien. Willibrord heeft een bepaald bedrag toegezegd en daar gaat het om. Als er geen huur kan worden betaald voor de kunst, dan moet het op een andere manier in het geheel van overeenkomsten worden ingevlochten. Er wordt dus een beroep gedaan op conversie. Het hof heeft het beroep op conversie verworpen omdat LRS zou hebben nagelaten 'redengevende feiten en omstandigheden te stellen en te bewijzen aan te bieden, waaruit opgemaakt zou kunnen worden dat aan de eisen van art. 3:42 BW is voldaan'. De rechter moet conversie echter ambtshalve toepassen. De rechter moet naar de feiten kijken en de conversie constateren. HR: als het hof heeft gemeend dat degene die zich op conversie beroept moet stellen en met argumenten staven welke overeenkomst partijen zouden hebben gesloten, dan rust dat oordeel op een onjuiste rechtsopvatting. Het is niet zo dat een partij moet zeggen dat de rechtshandeling nietig is en wat hij was overeengekomen als hij het geweten had. 'Tekst en strekking van art. 3:42 brengen mee dat voor toepassing van die bepaling voldoende is dat aangenomen moet worden, objectief gezien, dat de strekking van de nietige rechtshandeling in voldoende mate beantwoordt aan die van een andere rechtshandeling. Tot die toepassing is de rechter ambtshalve bevoegd'. De volgende overweging doet af aan wat eerder is gezegd: het verdient 'in het algemeen aanbeveling dat de rechter niet van zijn bevoegdheid gebruik maakt voordat partijen de gelegenheid hebben gehad zich daarover uit te laten, maar daaruit volgt niet dat aan een beroep op conversie de hiervoor bedoelde eisen moeten worden gesteld'. De partij die zich op conversie beroept hoeft niet aan te geven wat hij was overeengekomen als hij zich gerealiseerd had dat het afgesprokene nietig was. Het subjectieve element is wel zodanig van belang dat de rechter informeert bij de partijen hoe hun gedachten

daarover zijn. Hiermee is dat arrest een goed voorbeeld voor de tweeslachtigheid van de conversie. Het is objectief met hieraan gekoppeld de ambtshalve toepassing ervan. Het is ook subjectief aangezien de rechter naar de gedachten van de partijen moet informeren. Ondanks de ambtshalve toepassing, verdient het toch aanbeveling dat de rechter met partijen gaat praten om duidelijkheid te krijgen.

Hoorcollege 7, 5 oktober 2011, nietigheid

Waarom is er een onderscheid tussen nietigheden en vernietigbaarheden? Bij nietigheden is er een algemeen belang geschonden. Er zijn belangen van derden bij betrokken. Bij vernietigbaarheden gaat het om de belangen van de andere partij, een particulier belang. Er kan bijvoorbeeld vernietigd worden wegens bedrog, bedreiging of misbruik van omstandigheden. Je zou je kunnen afvragen of er in dat geval geen sprake is van een algemeen belang. De wetgever heeft toch besloten dat hier sprake is van vernietigbaarheid. De verjaringstermijnen staan in titel 11 van boek 3. In art. 3:306 BW staat dat een rechtsvordering verjaart na 20 jaar. In art. 3:307 e.v. staan specifieke bepalingen wat betreft verjaring. Er is echter geen specifieke verjaringstermijn opgenomen die ziet op vernietiging. Je zou dan tot de conclusie kunnen komen dat vernietigbaarheid pas verjaart na 20 jaar. Dit is niet het geval. In art. 3:52 BW is bepaald dat de vordering tot vernietiging van een rechtshandeling verjaart na 3 jaar. Als de verjaringstermijn van 3 jaar is verstreken, kan de rechtshandeling niet meer vernietigd worden. Bijzonder is dat, indien de wederpartij toch nakoming vordert, je je nog steeds op de vernietigingsgrond kunt beroepen (art. 3:51 lid 3 BW). Het kan te allen tijde, dus eigenlijk kan het niet verjaren.

Op grond van art. 3:43 BW moeten bepaalde functionarissen (denk aan advocaten, rechters, notarissen) de schijn vermijden dat ze in hun eigen belang handelen. Als zij een goed verwerven waarover een procedure aanhangig is in het gebied waar zij actief zijn, dan is dat nietig. Het is *nietig*, omdat deze bepaling het algemeen belang dient.

Een rechtshandeling is nietig, indien het niet de door partijen beoogde rechtsgevolgen heeft. Bij vernietiging is een rechtshandeling wel geldig, maar als het wordt vernietigd heeft het terugwerkende kracht. Vernietiging heeft hetzelfde resultaat als wanneer de rechtshandeling vanaf het begin nietig zou zijn. Het verschil is dat bij vernietiging iemand actie moet ondernemen. Een rechter kan ambtshalve verklaren dat een rechtshandeling nietig is, maar bij vernietigen moet iemand dit vorderen. Bijvoorbeeld V verkoopt en levert een auto aan K. K vernietigt de overeenkomst wegens dwaling. Wie is eigenaar van de auto? De titel wordt vernietigd met terugwerkende kracht, dus de overdracht is niet gelukt. De auto komt met terugwerkende kracht weer in het vermogen van V.

Art. 3:39 BW (vormvoorschriften)

Art. 3:39 BW is een uitzondering op het consensualisme van art. 3:37 BW. In art. 3:39 BW is bepaald dat rechtshandelingen die niet in voorgeschreven vorm zijn verricht nietig zijn, tenzij uit de wet anders voortvloeit. Nietigheid of vernietigbaarheid kan ook uit de wet voortvloeien als het niet met zoveel woorden uit de wettekst blijkt. Het kan bijvoorbeeld ook blijken uit de parlementaire geschiedenis. De ratio van het wettelijk voorschrift is dat het in verband met de rechtszekerheid handig is dat er een vorm is gekozen. Voorbeelden van vormvoorschriften zijn art. 3:89 lid 1, art. 6:82 lid 1 en art. 6:267 BW. Je kunt soms om het vereiste van schriftelijkheid heen met het vereiste van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW).

Wanneer vloeit nietigheid of vernietigbaarheid uit de wet voort? Een voorbeeld is art. 7A:1576i BW: huurkoop wordt aangegaan bij authentieke of onderhandse akte, welke voldoet aan de bepaling van art. 1576j. Het doel van dit vormvereiste is om de huurkoper te beschermen. Als niet aan het vormvereiste is voldaan zal de huurkoper actie moeten ondernemen, aangezien hij degene is die wordt beschermd. Dit staat niet in het artikel, maar het vloeit voort uit de ratio van de bepaling. Er is dus sprake van vernietigbaarheid. In art. 7:858 BW is de wet duidelijker. Dit artikel gaat over borgtocht aangegaan door een particulier: indien het bedrag van de verbintenis van de hoofdschuldenaar op het tijdstip van het aangaan van de borgtocht niet vaststaat, is de borgtocht slechts geldig, voor zover een in geld uitgedrukt maximumbedrag is overeengekomen. Uit de woorden 'slechts geldig', kun je afleiden dat het nietig is als dit niet gebeurt. Het gaat hier om een particulier belang en toch is het nietig. Een ander voorbeeld is art. 7:653 BW. Hierin is bepaald dat een concurrentiebeding tussen werkgever en werknemer 'slechts geldig' is indien het schriftelijk is overeengekomen. Als niet aan het schriftelijkheidsvereiste voldaan is, is het dus nietig.

X sluit telefonisch een brandverzekering af voor zijn woning. De verzekeraar geeft in strijd met art. 7:932 lid 1 BW geen polis af aan X. Is hier sprake van nietigheid of vernietigbaarheid? Waarom krijg je de polis pas achteraf? Dit heeft ermee te maken dat het maatschappelijk van belang is dat mensen snel een verzekering af kunnen sluiten. Het maatschappelijk belang vergt dat je het mondeling kunt doen. Dat de polis wordt opgestuurd heeft vooral een bewijsfunctie voor de verzekerde. Er kan dus geen sprake zijn van nietigheid.

Particulier D sluit een mondelinge koopovereenkomst met E over het huis van E. Kan E zich nog bedenken? In art. 7:2 lid BW staat dat de koop door een particulier van een onroerende zaak met een woonbestemming schriftelijk moet worden aangegaan. Is hier sprake van een algemeen of een particulier belang? Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat er een beschermingsbelang en een algemeen belang is. Het algemene belang is het ontlasten van de rechterlijke macht. Er moesten voordat dit artikel bestond namelijk veel getuigen gehoord worden, indien werd betwist of er een koopovereenkomst was gesloten. Het is een vormvereiste in de zin van art. 3:39 BW, dus er is sprake van nietigheid.

De Minister van Justitie zei dat in geval de koper al heeft getekend en dat de verkoper ineens weigert te tekenen, er dan sprake is van een precontractuele verplichting en dat de verkoper moet dooronderhandelen en mee moet werken aan de totstandkoming van de koopovereenkomst. De minister dacht dat de verkoper zich niet zomaar kon terugtrekken. In de rechtspraak zijn ze het hier niet mee eens. Bijvoorbeeld de rechtbank Haarlem zegt dat de verkoper zich wel kan terugtrekken. Als hij dit niet mag, wordt er weer teruggegrepen op de oude situatie en moeten er weer allerlei getuigen gehoord worden. Ook ontstaat er een scheve situatie als de verkoper wel gebonden is aan de koop indien hij niet heeft ondertekend. De meeste rechtbanken zijn van mening dat zowel de koper als de verkoper moet ondertekenen, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden.

De Richtlijn oneerlijke bedingen is geïmplementeerd in de Nederlandse wet. In art. 6 van de richtlijn staat dat oneerlijke bedingen de consument niet binden. Hoe moet dit geïmplementeerd worden? Betekent niet binden nietigheid of vernietigbaarheid? In Nederland heeft men gekozen voor vernietigbaarheid (6:233 BW). Het probleem is dan vaak dat er wel iemand moet zijn die vernietigt. Het arrest *Océano* gaat over deze problematiek. In casu verkocht iemand die gevestigd was in Barcelona encyclopedieën aan consumenten in heel Spanje. In de algemene voorwaarden was een forumkeuzebeding opgenomen waardoor de rechter in Barcelona bevoegd was. Dit kan onredelijk en bezwarend zijn voor de consument, aangezien deze waarschijnlijk zal moeten reizen. Meestal is de bevoegdheid van de rechter gekoppeld aan de woonplaats van de gedaagde. Als *Océano* een procedure begint kan hij de consumenten dagen voor de rechter in Barcelona. De gedaagden hadden daar in casu geen zin in en lieten verstek gaan. De rechter vond dat het forumkeuzebeding onredelijk bezwarend was en dat het onverbindend moest zijn. De rechter had het probleem dat er geen consument was die dit gevorderd had. Mag de rechter ambtshalve concluderen dat het forumkeuzebeding in strijd is met de richtlijn? HvJ Luxemburg: 'de doelstelling van artikel 6 van de richtlijn, volgens hetwelk de lidstaten moeten bepalen dat oneerlijke bedingen de consument niet binden, kan mogelijk niet worden bereikt, wanneer de consument het oneerlijke karakter van dergelijke bedingen zelf aan de orde zou moeten stellen. In geschillen betreffende kleine geldvorderingen kunnen de advocatenhonoraria hoger zijn dan het gevorderde bedrag, hetgeen de consument ervan kan afhouden zich te verweren tegen de toepassing van een oneerlijk beding'. 'Volgens de procesregels van tal van lidstaten mogen particulieren in dergelijke geschillen weliswaar zelf verweer voeren, doch bestaat er een niet te verwaarlozen gevaar, dat de consument met name uit onwetendheid geen beroep doet op het oneerlijke karakter van het beding dat hem wordt tegengeworpen. Bijgevolg kan een doeltreffende bescherming van consumenten enkel worden bereikt, indien aan de nationale rechter de bevoegdheid wordt toegekend om een dergelijk beding ambtshalve te toetsen'. 'Uit een en ander volgt, dat de bescherming die de richtlijn de consumenten biedt, vereist, dat de nationale rechter bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een bij de nationale gerechten ingediende vordering ambtshalve kan toetsen, of een beding in de hem voorgelegde overeenkomst oneerlijk is'. De conclusie is dus dat de rechter het ambtshalve mag toetsen of een beding geldig is.

Er bleven na dit arrest nog twee vragen over. De eerste vraag is of deze uitspraak uitsluitend voor forumkeuzebedingen geldt. De tweede vraag is of de rechter *mag* of *moet* toetsen. De eerste vraag wordt beantwoord in het arrest *Cofidis*. *Cofidis* gaf krediet aan Fredout. Op de voorkant van het formulier stond dat het om een kosteloze aanvraag van een geldreserve ging, maar op de achterkant stond een rente- en boetebeding. De vraag is of dit misleidend is. Het probleem in deze zaak was dat de Franse wet een wettelijk vervaltermijn van 2 jaar had. De vraag aan het Hof van Justitie was of de rechter kon toetsten ondanks het verstrijken van de wettelijke vervaltermijn. HvJ: 'dat de door de richtlijn aan de consument verleende bescherming zich verzet tegen een nationale regelgeving die, in het kader van een vordering die door een verkoper is ingediend tegen een consument en is gebaseerd op een tussen hen gesloten overeenkomst, de nationale rechter na het verstrijken van een vervaltermijn verbiedt, *ambtshalve* of naar aanleiding van een door de consument opgeworpen exceptie vast te stellen dat een in een overeenkomst opgenomen beding oneerlijk is'. Uit dit arrest blijkt dat *Océano* niet alleen maar geldt voor forumkeuzebedingen.

De tweede vraag wordt beantwoord in het arrest *Mostaza Claro*. *Mostaza Claro* sluit een abonnement af voor zijn mobiele telefoon. De algemene voorwaarden bevatten een onredelijk bezwarend arbitragebeding, omdat *Mostaza Claro* maar tien dagen de tijd heeft om te kiezen voor de rechter. Deze termijn is te kort, zie

bijvoorbeeld art. 6:236 sub n BW. Mostaza Claro doet geen beroep op het onredelijk bezwarend karakter van het beding en verliest de arbitrage. Vervolgens stapt Mostaza Claro naar de rechter. Er wordt aan het Hof van Justitie gevraagd of de rechter ambtshalve moet toetsen of bedingen in de algemene voorwaarden oneerlijk zijn. Het HvJ oordeelde: 'de aard en het gewicht van het openbare belang, waarop de door de richtlijn aan de consument verschaft bescherming berust, rechtvaardigen bovendien dat de nationale rechter ambtshalve dient te beoordelen of een contractueel beding oneerlijk is en aldus het tussen de consument en verkoper bestaande gebrek aan evenwicht dient te compenseren'. Er is dus een plicht tot ambtshalve toetsing.

Het Nederlandse recht heeft bij de implementatie van de Richtlijn oneerlijke bedingen gekozen voor vernietigbaarheid. Dit betekent dat de consument actie moet ondernemen. Het HvJ heeft geoordeeld dat de rechter ambtshalve moet toetsen of een beding in strijd is met de richtlijn. Dit botst. Er zijn twee oplossingen voorgesteld. De eerste oplossing is dat het uitgangspunt in Nederland blijft dat er sprake is van vernietigbaarheid, maar als de consument zich niet actief opstelt dan moet de rechter ambtshalve toetsen op grond van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW). De tweede oplossing is dat je je baseert op de woorden van art. 3:40 lid 2 BW: 'voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit'. De wet hoeft op grond van deze oplossingen niet te worden aangepast. Bij de rechter moeten wel voldoende feiten en omstandigheden bekend zijn.

Art. 3:40 BW

Bij een overeenkomst moet je drie aspecten onderscheiden:

- verrichten (van de rechtshandeling)
- inhoud (de prestatie waar partijen zich toe verplichten)
- strekking (de kenbare gevolgen en de motieven).

In art. 3:40 BW wordt gesproken over strijd met de wet, openbare orde of goede zeden. Bij de wet moet het gaan om een wet in formele zin. Op grond van lid 1 is een rechtshandeling die in strijd is met de openbare orde of goede zeden *nietig*. Lid 2 is wat gecompliceerder. Als een rechtshandeling in strijd is met de wet, dan is het nietig. Dit is anders indien de bepaling strekt tot bescherming van één van de partijen bij een meezijdige rechtshandeling. Dan is er sprake van vernietigbaarheid. Maar als uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit, is het toch nietig. Lid 3 bepaalt dat lid 2 geen betrekking heeft op wetsbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmee strijdende rechtshandelingen aan te tasten.

Strijd met de wet in lid 2 ziet op het *verrichten* van de rechtshandeling (sluiten van de overeenkomst). Als het om de *inhoud* en de *strekking* gaat moet je in lid 1 zijn. Dit onderscheid is erg van belang! De volgende arresten gaan over dit onderscheid.

Het arrest *Uneto/De Vliert* gaat over de vraag of het *verrichten* in strijd is met de wet. In casu was een aanbesteding in strijd met de Europese aanbestedingsregels. Heeft dit nietigheid in de zin van lid 2 tot gevolg? Nee, dit blijkt uit de achtergrond van de regelgeving. De rechtshandeling is in strijd met wettelijke bepalingen, maar deze bepalingen hebben niet de strekking de geldigheid van de daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten. Op grond van art. 3:40 lid 3 BW is de rechtshandeling dus niet nietig in de zin van lid 2. Is er dan sprake van nietigheid in de zin van lid 1? De HR oordeelt dat je niet kunt terugvallen op lid 1. Lid 1 is geen vangnetbepaling. Als je hebt geconcludeerd dat lid 2 van toepassing is en dat lid 2 niet tot nietigheid kan leiden, dan houdt het op.

Het arrest *Burgman/Aviolanda* gaat over de vraag of de *strekking* in strijd is met de wet. A zou voor B kammen voor vliegtuigen maken, maar A beschikt niet over de vereiste vergunning. B vordert nakoming. A stelt dat de overeenkomst nietig is wegens een verboden strekking. B stelt dat hij niet wist dat de vergunning van A onvoldoende was. Het gaat nu niet om lid 2, want de regelgeving staat niet aan het sluiten van de overeenkomst in de weg. Het gaat nu dus over lid 1, want de vraag is of de strekking in strijd is met de wet en daarmee de openbare orde. Is relevant dat de ene partij niet wist dat er een bezwaar zou kunnen zijn? Beide partijen moeten hebben geweten dat het niet in orde was. (Dit is anders in geval van lid 2). Als B inderdaad niet wist dat de vergunning onvoldoende was, dan is de overeenkomst geldig. B kan echter geen nakoming afdwingen, want je kunt niet iemand dwingen om in strijd met regelgeving te handelen. B kan waarschijnlijk wel schadevergoeding vorderen.

In het arrest *AZL/Erven Moerman* gaat het om een rechtshandeling waarvan de *strekking* in strijd is met de wet. Er werd een geneeskundige behandelingsovereenkomst (GBO) gesloten tussen Moerman en AZL. AZL bracht een tarief in rekening zonder toestemming van het Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg. Dit is in strijd met de wet. Is het daarmee ook in strijd met de openbare orde, zodat de rechtshandeling nietig is op grond van art. 3:40 lid 1 BW? De HR heeft geoordeeld dat er geen sprake is van een inbreuk op een zo fundamenteel

beginsel van de rechtsorde dat er sprake is van strijd met de openbare orde. Strijd met de wet betekent dus niet automatisch inbreuk op de openbare orde en dus nietigheid.

In het arrest HR NJ 1991, 265 gaat het om een rechtshandeling waarvan de *inhoud* in strijd is met de wet. De vraag is of dit nietigheid tot gevolg heeft wegens strijd met de goede zeden. In casu gaat het om een bordeelverkoop. Vervolgens wil de koper van de overeenkomst af. De koper zegt dat de overeenkomst nietig is en hij wil de zaak niet afnemen en ook de koopprijs niet betalen. De koper wijst op een bepaling in het strafrecht waarin staat dat je geen pooier mag zijn. De koopovereenkomst zou de koper in de gelegenheid stellen om deze bepaling te overtreden. De HR dacht hier anders over. De bepaling werd nauwelijks toegepast en er was een wetsontwerp aanhangig om het artikel te schrappen. Ook zegt de HR dat in het licht van de maatschappelijke ontwikkelingen niet kan worden gezegd dat het artikel tot nietigheid leidt. Het feit dat er een wetsvoorstel is tot schrapping wil nog niet zeggen dat je mag redeneren zoals de HR nu heeft gedaan. Van belang is dat de overheid het *gedoogt*. In het boek staat dat deze uitspraak kan worden opgevat als een analoge toepassing van art. 3:40 lid 3 BW, maar dit is waarschijnlijk niet het geval.

In *HR NJ 2000, 652* gaat het om een rechtshandeling waarvan de *inhoud* in strijd is met de wet. De vraag is of dit nietigheid tot gevolg heeft wegens strijd met de openbare orde. In casu huurt een parkeerexploitant een gedeelte van de openbare weg van de gemeente Amsterdam en sluit het af met een slagboom. Art. 14 Wegenwet verplicht de gemeente om alle verkeer over de openbare weg te dulden, dus de inhoud van de rechtshandeling is in strijd met de wet. De parkeerexploitant vordert schadevergoeding. De gemeente beroept zich op de nietigheid van de overeenkomst. Is de inhoud in strijd met de openbare orde in de zin van art. 3:40 lid 1 BW? De HR zegt dat de overeenkomst in strijd is met de openbare orde, omdat de gemeente zich duurzaam heeft verbonden tot een verboden prestatie. De parkeerexploitant beroept zich nog op art. 3:40 lid 3 BW. De HR oordeelt dat dit beroep niet zal slagen, aangezien art. 3:40 lid 3 slechts ziet op lid 2 en niet op lid 1. (De parkeerexploitant zou zich ook kunnen beroepen op onrechtmatige daad. Dit doet hij niet want hij wil de gederfde winst vergoed hebben en dit kan bij onrechtmatige daad in principe niet. De schadevergoeding bij onrechtmatige daad zorgt ervoor dat je in de situatie komt waarin je was gekomen zonder de onrechtmatige daad. De parkeerexploitant wil in de situatie komen waarin hij was gekomen als de overeenkomst wel was uitgevoerd).

Hoorcollege 8, 6 oktober 2011, opdracht

Opdracht is naast de koopovereenkomst de belangrijkste overeenkomst die er is. Veel overeenkomsten vallen onder de definitie ervan. Een aantal bepalingen over opdracht zijn van dwingend recht. Opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van een zaak, het uitvoeren van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken (art. 7:400 BW). Alle vormen van advies zijn opdrachten, denk aan dienstverlening door een advocaat, loodgieter, makelaar, dierenarts etc. In de definitie staat niet dat de opdrachtnemer loon moet krijgen. In art. 7:405 BW staat dat een professionele opdrachtnemer wel loon moet krijgen. Een professionele opdrachtnemer is iemand die handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf. Dus als er geen afspraak is gemaakt over geld, dan kan er nog wel sprake zijn van opdracht. Ook vriendendiensten kunnen gekwalificeerd worden als een overeenkomst van opdracht.

Er zijn veel vormen van opdracht, denk aan lastgeving, bemiddeling, agentuur en geneeskundige behandeling. De reisovereenkomst en de betalingstransactie vallen niet onder opdracht. Er zijn ook veel regels van toepassing op de opdracht:

- er moet gekeken worden naar de afspraken tussen partijen (daaronder begrepen de algemene voorwaarden);
- de wettelijke bepalingen in het burgerlijk wetboek: boek 3 en 6, de algemene regels over opdracht en eventuele andere regels;
- het ongeschreven recht;
- op agentuur is een Europese richtlijn van toepassing, dus het moet richtlijnconform worden uitgelegd.
- er kan ook bijzondere regelgeving van toepassing zijn (denk aan Wft);
- beroepsregels en regels van tuchtrecht.

Aansprakelijkheid

Voorbeeld: Shell is aangesproken voor gedragingen in Nigeria. Zij wil voor deze publiciteitsgevoelige kwestie absoluut mr. X inhuren gezien zijn expertise. Mr. X werkt bij advocatenkantoor Whitestone in Amsterdam. Shell

neemt contact op met mr. X en hij verklaart zich bereid de zaak op zich te nemen. Met wie heeft Shell de overeenkomst gesloten? Vaak staat in de overeenkomsten dat de overeenkomst gesloten wordt met het kantoor. Als dit niet is opgenomen, dan moet het Haviltexcriterium worden toegepast.

Mag mr. X een eerste conceptconclusie van antwoord laten schrijven door zijn stagiaire Marieke die pas 2 maanden is afgestudeerd? Op grond van art. 7:404 BW mag dit in eerste instantie niet, aangezien mr. X is gekozen voor zijn expertise. Marieke mag het wel doen, indien uit de opdracht voortvloeit dat mr. X het onder zijn verantwoordelijkheid door anderen mag laten uitvoeren. Mr. X moet wel de *supervisie* behouden. Hij mag een intern concept best door Marieke laten schrijven, maar hij moet er wel zelf naar kijken. Op grond van art. 6:30 BW mag een verbintenis wel door een ander worden nagekomen. Art. 7:404 BW is hier dus een uitzondering op.

Mr. X maakt vervolgens een beroepsfout. Kan Shell hem persoonlijk aanspreken? In de laatste zin van art. 7:404 BW staat dat de opdrachtnemer aansprakelijk is, dus Whitestone. Op grond van de parlementaire geschiedenis is mr. X hoofdelijk aansprakelijk naast Whitestone.

Art. 6:257 BW wordt het anti-paardensprongartikel genoemd. Opdrachtnemers exoneren zich vaak voor fouten van hun werknemers. De opdrachtgever stelt dan een vordering in op grond van onrechtmatige daad tegen de werknemer. Uit art. 6:257 BW volgt dat de werknemer zich ook op de exoneratieclausule in de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer kan beroepen, indien deze geldig is. In het artikel wordt gesproken over ondergeschikte. Dit betekent werknemer en dus geen onderopdrachtnemer. Bijvoorbeeld een aannemer neemt vaak een onderaannemer in de arm. Deze onderaannemer valt niet onder bepaling. Hoe verhoudt art. 7:404 BW zich tot art. 6:257 BW? Art. 7:404 BW is een *lex specialis* van art. 6:257 BW, dus er kan in geval van opdracht geen beroep worden gedaan op dit laatste artikel. Echter is art. 7:404 van regelen recht (art. 7:413 BW), dus het kan weggecontracteerd worden.

Het is vrij onredelijk om mr. X aan te spreken. Het autonomiebeginsel houdt in dat je zelf mag bepalen met wie je contracteert. In het geval van mr. X krijgt hij de opdracht van zijn kantoor, het is meer een dienstbevel. Het zou onredelijk zijn als hij ineens zoveel aansprakelijkheid krijgt. Omdat hij geen contractspartij is, heeft hij een zwakke positie. In art. 7:402 lid 2 BW staat dat de opdrachtnemer de opdracht kan opzeggen wegens gewichtige redenen. Mr. X heeft deze optie niet.

Risicoaansprakelijkheid maakt het mogelijk dat werkgevers worden aangesproken voor onrechtmatige daden van hun werknemers (art. 6:170 lid 3 BW). Maar de werknemer kan ook zelf aangesproken worden voor onrechtmatige daad door de derde. Hij kan zich dan niet beroepen op het anti-paardensprongartikel, want er is geen contractuele relatie tussen de derde en de werkgever. In lid 3 staat dat, indien werkgever en werknemer beide aansprakelijk zijn, de werknemer het geld dat hij moet betalen kan vorderen van de werkgever. Extern kan de werknemer worden aangesproken, maar intern kan hij het weer vergoed krijgen. In art. 7:661 BW staat iets soortgelijks. Gezien het wettelijk stelsel moet je concluderen dat werknemers die schade toebrengen, behoudens gevallen van opzet en bewuste roekeloosheid, beschermd moeten worden. Tegen deze achtergrond oogt art. 7:404 BW een beetje raar. Kan onder art. 7:404 BW worden uitgekomen als dit niet is weggecontracteerd? Hiervoor zijn twee redeneringen. In art. 7:400 lid 2 staat dat de artikelen 401 tot 412 van toepassing zijn, tenzij iets anders voortvloeit uit de wet. Je kunt dan zeggen dat uit de wet voortvloeit dat de werknemer toch niet aangesproken kan worden. De andere redenering die is verzonnen is op basis van art. 7:407 lid 2 BW. In dit artikel staat dat twee of meer personen die de opdracht gezamenlijk hebben ontvangen hoofdelijk aansprakelijk zijn, tenzij de tekortkoming niet aan één van beide personen kan worden toegerekend. Er wordt wel gesteld dat de eis van toerekenbaarheid ook in andere gevallen, zoals die van mr. X, moet worden toegepast. Art. 6:75 BW bepaalt wanneer iets moet worden toegerekend. Op grond van de verkeersopvattingen kun je zeggen dat schade door een werknemer niet voor zijn rekening komt.

De feitelijke opdrachtnemer (mr. X) is dus op grond van art. 7:404 BW persoonlijk aansprakelijk. De feitelijke opdrachtnemer is geen partij, dus hij heeft geen recht op loon in de zin van art. 7:405 BW. Ook is art. 4:202 lid 2 BW niet op hem van toepassing. Indien de opdracht met het oog op een bepaald persoon is verleend, eindigt de opdracht door zijn dood (art. 7:409 BW).

Opzegging

In de wet is geen algemene bepaling over opzegging opgenomen. Opzegging speelt vooral een rol bij overeenkomsten die niet door het nakomen van wederzijdse prestaties tot een einde komen, zoals de koopovereenkomst. Opzegging speelt bij overeenkomsten die voortduren, bijvoorbeeld een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd. Er zit geen natuurlijke einde aan. Opzegging geldt alleen voor de toekomst, het heeft geen terugwerkende kracht. Het heeft geen vormvoorschrift, behalve in bepaalde specifieke gevallen. Opzegging van huur dient bijvoorbeeld te geschieden bij exploit of bij aangetekende brief (art. 7:271 lid 3 BW).

Art. 7:408 BW ziet op de opzegging van opdracht. In lid 2 is bepaald dat de professionele opdrachtnemer alleen kan opzeggen als de overeenkomst voor onbepaalde duur geldt en niet door volbrenging eindigt. De opdrachtnemer kan opzeggen, *behoudens gewichtige redenen*. Lid 2 is van regelend recht. In lid 1 staat dat de opdrachtgever de overeenkomst te allen tijde kan opzeggen. Lid 1 is van dwingend recht indien het gaat om een particuliere opdrachtgever (zie art. 7:413 lid 2 BW). Waarom kan de opdrachtgever altijd opzeggen? Je hebt bijvoorbeeld een afspraak bij de kapper en je ziet hoe de kapper met de schaar tekeer gaat, dan moet je wel de optie hebben om weg te lopen. De niet-professionele opdrachtgever wordt beschermd. Hij is geen schadevergoeding verschuldigd op grond van art. 7:408 lid 3 BW. Dit lid is van dwingend recht (art. 7:413 lid 1 BW).

Opzegging van lastgeving is geregeld in art. 7:422 lid 2 BW. Er is geen afwijking van art. 7:408 BW mogelijk. De opzegging van agentuur is geregeld in art. 7:437 jo. 7:445 BW. In art. 7:437 lid 2 staat de opzegtermijn. In geval van een GBO kan de opdrachtnemer (de arts) in beginsel niet zomaar opzeggen (art. 7:460 jo. 7:468 BW). Dit is natuurlijk wel behoudens gewichtige redenen. Bij gewichtige redenen moet je denken aan het geval een patiënt erg agressief is of de hulpverlener wordt verliefd op de patiënt of de patiënt woont te ver weg voor de hulpverlener om er langs te gaan.

Onkosten en schadevergoeding (art. 7:406 BW)

In art. 7:408 lid 3 BW staat dat een natuurlijk persoon die een opdracht heeft verstrekt anders dan in de uitoefening van een beroep of bedrijf, *onverminderd art. 406 BW*, ter zake van een opzegging geen schadevergoeding verschuldigd is. Op grond van art. 7:406 lid 1 BW kan de opdrachtgever gehouden zijn de onkosten te vergoeden aan de opdrachtnemer, voor zover deze niet in het loon zijn inbegrepen. Op grond van lid 3 moet de opdrachtgever de schade van de opdrachtnemer vergoeden die deze lijdt ten gevolge van de hem niet toe te rekenen verwezenlijking van een aan de opdracht verbonden bijzonder gevaar. Vervolgens staat in de tweede zin dat, in geval het gaat om een professionele opdrachtnemer, de eerste zin slechts geldt voor zover het gevaar de risico's welke de uitoefening van het beroep of bedrijf naar zijn aard meebrengt te buiten gaat. Indien het gaat om een bijzonder gevaar, kan soms schadevergoeding nodig zijn. Wat is een bijzonder gevaar?

Donkers/Scholten: dierenarts Donkers werd gecontracteerd door Scholten, omdat er iets mis was met zijn paard. Het paard was nerveus en de dierenarts paste een neuspraam toe. Het paard schopte Donkers vervolgens en Donkers spreekt Scholten aan. Is hier art. 7:406 lid 2 BW van toepassing? Is hier sprake van de verwezenlijking van een aan de opdracht verbonden bijzonder gevaar? Je kunt dit op twee manieren bekijken. Bijzonder gevaar kan zijn het risico dat een ieder loopt. Niet iedereen loopt het risico op een schop van een paard. Als je daarentegen dierenarts bent, dan is een schop van een paard geen bijzonder gevaar. Als je toetst aan art. 7:406 lid 2 BW zou je zeggen dat er geen sprake is van aansprakelijkheid. Een schop van een paard gaat namelijk niet de risico's van het beroep van dierenarts te buiten. De HR haalde echter art. 6:179 BW uit de kast. De bezitter is aansprakelijk voor de schade dat door het dier veroorzaakt is. De schade moet voortkomen uit de eigen energie van het dier. Op grond hiervan is Scholten aansprakelijk. Art. 7:406 lid 2 BW is een algemenere regel dan art. 6:179 BW. Art. 6:179 BW staat eerder in het wetboek, maar het is toch de *lex specialis*.

Neergestort sproeivliegtuig: een opdrachtnemer besproeide de landbouwgrond van zijn opdrachtgever (een landbouwbedrijf) met een vliegtuig. Hij stortte neer en verongelukte waarop een derde een vordering instelde tegen de opdrachtgever. Het sproeivliegtuig was van de opdrachtgever. Het vliegtuig had last van metaalmoeheid en daardoor was het ongeluk veroorzaakt. De opdrachtgever wist niet en behoorde ook niet te weten dat het vliegtuig last had van metaalmoeheid. De eiser beriep zich op art. 7:658 lid 4 BW: hij die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, is overeenkomstig lid 1 tot en met 3 aansprakelijk voor de schade die deze persoon in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt. Dit artikel is niet van toepassing op deze zaak, dit blijkt uit de parlementaire geschiedenis. Dit artikel ziet namelijk op het geval dat een werknemer van een ander wordt ingeleend. Er wordt ook een beroep gedaan op art. 7:406 lid 2 tweede zin BW. Dit beroep slaagt niet. Het is een normaal risico dat je kan neerstorten, het gaat niet de risico's van het bedrijf of beroep te buiten.

Loon bij tussentijds einde opdracht (art. 7:411 BW)

Indien het loon afhankelijk is van het volbrengen van de opdracht en de opdracht eindigt tussentijds, dan heeft de opdrachtnemer recht op een redelijk deel van het loon (art. 7:411 lid 1 BW). Lid 2 bepaalt dat de opdrachtnemer recht heeft op het volle loon als het einde van de opdracht is toe te rekenen aan de opdrachtgever en de betaling van het volle loon redelijk is.

De admiraliteit: een opdrachtnemer had zich verbonden om te kijken of hij kopers kon vinden voor een complex. Er was een no cure no pay-afspraken gemaakt. De opdrachtgever zei vervolgens de opdracht op. De opdrachtnemer heeft toch een rekening opgestuurd. Dit was gebaseerd op art. 7:411 BW. Hoe verhoudt de afspraak zich tot art. 7:411 BW? En hoe verhoudt art. 7:411 BW zich tot art. 7:426 BW? In art. 7:426 wordt geen uitzondering gemaakt op art. 7:411 BW. Een no cure no pay-afpraak doet niet snel afbreuk aan de loonregeling in art. 7:411 BW. Als je van 411 afwilt moet je dit expliciet uitsluiten. Van art. 7:411 BW kan niet worden afgeweken ten opzichte van een particuliere opdrachtgever (art. 413 lid 2 BW).

Van Vulpen Makelaardij/Debetz: makelaar Van Vulpen had een overeenkomst gesloten met Debetz en daarin stond: 'hij maakt geen gebruik van diensten van andere dan de makelaar. Buiten de makelaar om brengt hij geen overeenkomsten tot stand en voert daartoe geen onderhandelingen. Indien in strijd met het hier bepaalde een overeenkomst tot stand komt, heeft de makelaar recht op courtage'. Volgens de makelaar was de courtage geen loon maar een straf en stond het los van art. 7:411 BW. Kan dit? Dit kan niet. 'Onder het in art. 7:411 BW bedoelde loonbegrip valt, naar het hof terecht heeft geoordeeld, mede de courtage die een makelaar bedongen heeft voor het geval van overtreding door de opdrachtgever van exclusiviteitsbepalingen als de onderhavige. Op basis van zo'n beding zal een makelaar derhalve, in het geval dat de overeenkomst eindigt voordat de opdracht volbracht is, jegens de opdrachtgever als in art. 7:413 lid 2 BW aangewezen, geen recht op courtage kunnen doen gelden voor zover die het 'naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon' als in art. 7:411 lid 1 BW bedoeld te boven gaat, zulks overigens onverminderd het bepaalde bij lid 2 van dat artikel'. Lid 2 van art. 7:413 BW bepaalt dat er niet kan worden afgeweken van art. 7:411 BW ten nadele van een particuliere opdrachtgever. De makelaar wilde dit doen door middel van het courtagebeding, maar dit kan dus niet.

Hoorcollege 9, 12 oktober 2011, samenloop

Samenloop houdt in dat er meerdere regels van toepassing zijn op een feitencomplex. Bij samenloop zijn drie opties:

- beide regels zijn van toepassing
- er kan een regel *gekozen* worden
- één van beide regels *moet* toegepast worden (exclusief)

Soms voldoet een overeenkomst aan de omschrijving van meerdere soorten overeenkomsten. Een voorbeeld is te vinden in het arrest *Bramer/Hofman Beheer*. Hier werd overeengekomen dat Bramer een pers moest maken en deze vervolgens moest overdragen aan Hofman. Er is hier sprake van een overeenkomst van koop en een overeenkomst van opdracht. Art. 6:215 BW bevat een regel voor een dergelijk geval: voldoet een overeenkomst aan de omschrijving van twee of meer door de wet geregelde bijzondere overeenkomsten, dan zijn de voor elk van die soorten gegeven bepalingen naast elkaar op de overeenkomst van toepassing, behoudens voor zover deze bepalingen niet wel verenigbaar zijn of de strekking daarvan zich tegen toepassing verzet. Er is dus sprake van cumulatie, tenzij dit niet mogelijk is.

Het arrest *Bramer/Hofman Beheer* betreft een feitencomplex waarop meerdere regels van toepassing zijn. In casu koopt Hofman een pers van Bramer. Er zijn allerlei problemen met de pers waardoor Bramer meerwerk moet verrichten. Hij factureert voor dit meerwerk. Hofman beroept zich op verrekening van de openstaande facturen met een vordering tot schadevergoeding. Subsidiair beroept Hofman zich op opschorting. Echter is in art. 6 en 12 van de algemene voorwaarden opgenomen dat Hofman zich niet kan beroepen op opschorting en verrekening. Het hof zegt dat het beroep op de algemene voorwaarden door Bramer op grond van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, omdat de machine nog niet correct is afgeleverd. De machine deed het vanaf het begin niet. Ook kan Bramer zich niet beroepen op de algemene voorwaarden wegens de reflexwerking van art. 6:236 sub c BW. Het artikel is in principe niet direct van toepassing, want Hofman is een professionele partij. De bepalingen in de algemene voorwaarden zijn onredelijk bezwarend en dus vernietigbaar, aangezien ze op de zwarte lijst staan. In consumentenverhouding is het een zwart beding, maar het hof kent er in dit geval toch gewicht aan toe. Vervolgens komt de zaak bij de Hoge Raad. De vraag was of het hof wel mocht toetsen aan de redelijkheid en billijkheid aangezien er een speciale afdeling is met betrekking tot de algemene voorwaarden. De HR oordeelt: 'de rechtsgevolgen van 6:233 sub a en 6:248 lid 2 zullen met betrekking tot één feitencomplex niet naast elkaar kunnen worden ingeroepen (geen cumulatie)'. De HR onderzoekt dus eerst of cumulatie mogelijk is. Vernietiging en niet inroepbaarheid kunnen niet samen. 'Niet valt evenwel in te zien op welke grond hier afgeweken zou moeten worden van het algemeen geldende uitgangspunt dat, indien verschillende bepalingen voor toepassing op één feitencomplex in aanmerking komen en cumulatie niet mogelijk is, aan de gerechtigde de keuze is welke rechtsgevolgen hij wenst in te roepen of op welke rechtsgrond hij zich wenst te baseren'. Hofman mag dus kiezen tussen hetzij de redelijkheid en billijkheid hetzij vernietiging wegens onredelijke bezwarendheid in de zin van art. 6:233a BW. De HR heeft hiervoor twee argumenten: 'Afd. 6.5.3 strekt ertoe de positie van de wederpartij van een gebruiker van algemene voorwaarden te versterken. Hieraan wordt tekort gedaan indien de

wederpartij geen beroep kan doen op 6:248 lid 2'. 'Ook het verschil in rechtsgevolgen - enerzijds nietigheid en anderzijds het niet van toepassing zijn van het beding - staat aan de hiervoor bedoelde keuzemogelijkheid niet in de weg, nu dit verschil voor de gebruiker van de algemene voorwaarden niet tot een onaanvaardbaar resultaat leidt'.

In het arrest *Petri/Avo* gaat het om de vraag of een artikel exclusief moet worden toegepast. In casu bouwt Avo een uitbouw en een brandtrap op de tweede verdieping boven het erf van Petri. Avo heeft op de eerste verdieping al een uitbouw. Ten behoeve van deze eerste uitbouw is destijds een erfdienstbaarheid gevestigd ten laste van het erf van Petri. Petri vordert verwijdering van de tweede uitbouw. Is art. 5:54 BW van toepassing? Of levert de vordering van Petri misbruik van recht op? In art. 5:54 BW staat dat, indien verwijdering enorm bezwarend is voor degene die inbreuk maakt op het eigendomsrecht, er ten behoeve van hem een erfdienstbaarheid wordt gevestigd of dat een stuk grond wordt overgedragen (tegen schadeloosstelling). In lid 3 staat dat de vorige leden niet van toepassing zijn indien er sprake is van kwade trouw of grove schuld. Petri zegt dat Avo te kwade trouw is en op z'n minst grove schuld heeft. Hij wist dat hij boven het erf van Petri bouwde, aangezien hij destijds heeft meegewerkt aan de erfdienstbaarheid. Avo beroept zich op misbruik van recht (art. 3:13 BW). Heeft art. 5:54 BW exclusieve werking ten opzichte van art. 3:13 BW? HR: '*naar in de rechtspraak van de Hoge Raad als uitgangspunt is aanvaard, kan van exclusieve werking slechts sprake zijn indien de wet zulks voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt*'. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat aan art. 5:54 BW geen exclusieve werking toekomt. (Ook al mag de verwijdering worden afgewezen op grond van art. 3:13 BW, dan kan dit nog wel leiden tot schadevergoeding in de zin van art. 6:162 BW).

Samenvattend kunnen we stellen dat het uitgangspunt cumulatie van de toepasselijke regels is. Als een keuze noodzakelijk is heeft de eiser een keuzemogelijkheid. Dit wordt alternativiteit genoemd. Er is geen sprake van alternativiteit, indien er een dwingende reden is voor exclusiviteit.

Verhouding onrechtmatige daad en wanprestatie.

Het arrest *Surinaamse postbode* ziet op de verhouding tussen onrechtmatige daad en wanprestatie. In casu stuurt Curiel 4050 gulden per brief van Paramaribo naar Kranenburg. Een postbeambte steelt het geld. Het postbedrijf is in handen van de kolonie Suriname. Kan Curiel de kolonie Suriname aanspreken op grond van onrechtmatige daad? Er is sprake van een overeenkomst tussen Curiel en het postbedrijf. Als je een overeenkomst hebt gesloten kun je diegene dan wel aanspreken voor onrechtmatige daad? De kolonie wordt in casu niet aangesproken op grond van wanprestatie, aangezien er een reglement van toepassing was waardoor bij verlies van post maximaal 25 gulden toegekend werd. Dit kon natuurlijk niet uit voor Curiel. De HR oordeelde dat het feit dat er een overeenkomst gesloten is niet in de weg staat aan een beroep op onrechtmatige daad, maar dat los van de overeenkomst er wel een onrechtmatige daad gepleegd moet zijn. Er bestaat nu echter het gevaar dat de overeenkomst helemaal wordt weggedacht. Over deze problematiek gaat het volgende arrest.

Boogaard/Vesta: Boogaard was in dienst van verzekeraar Vesta. Op een gegeven moment treedt hij uit dienst en krijgt hij ergens anders een nieuwe functie. Hij gaat klanten van Vesta benaderen en hij zorgt ervoor dat zij een overeenkomst gaan sluiten met zijn nieuwe werkgever. Vesta vordert een aan Boogaard op te leggen verbod. De grondslag hiervoor is onrechtmatige daad, aangezien er immers geen contract meer is tussen Vesta en Boogaard. Boogaard zegt vervolgens dat Vesta destijds maar een concurrentiebeding had moeten opnemen. Het hof kent gewicht toe aan de omstandigheden dat Boogaard verzekeringsovereenkomsten tot stand heeft gebracht met de klanten van Vesta die een duurzaam karakter hadden, Boogaard hiervoor betaald heeft gekregen en hij nu probeert dit werk af te breken. Deze omstandigheden zijn genoeg voor onrechtmatigheid volgens het hof. Boogaard gaat in cassatie. De advocaat van Boogaard betoogt: er was een overeenkomst tussen partijen en als je een vordering wilt instellen op grond van onrechtmatige daad dan moet je die overeenkomst wegdenken. Je moet het helemaal los zien van de overeenkomst. Het hof heeft de overeenkomst niet weggedacht, dus het oordeel kan niet in stand blijven. De HR oordeelt: bij toetsing aan maatschappelijke zorgvuldigheid mag het feit dat er tussen partijen een overeenkomst was als deel van de omstandigheden worden meegewogen. Je moet het zien onafhankelijk van een tussen partijen bestaande contractuele verhouding, hetgeen wil zeggen onafhankelijk van een schending van contractuele verplichtingen. Je moet dus niet de overeenkomst helemaal wegdenken. Je moet kijken of onafhankelijk van de schending van de contractuele verplichting er een onrechtmatige daad is geweest.

Kern van het arrest: de enkele schending van de overeenkomst is onvoldoende voor het aannemen van onrechtmatige daad. *De vraag is of er een schending is van de maatschappelijke zorgvuldigheid los van de schending van de contractuele verplichtingen.* De regel die de HR in het Surinaamse Postbode-arrest formuleert, betekent dus niet dat je de overeenkomst helemaal buiten beschouwing moet laten. Je mag wel naar de overeenkomst kijken, net als het hof in *Boogaard/Vesta* doet.

Het arrest *Van Gend & Loos/Vitesse* betreft een vervoersovereenkomst. Vitesse moet een container met inhoud vervoeren voor Van Gend & Loos. Vitesse parkeert de container een weekend lang op haar onbewaakte bedrijfsterrein. De container wordt dat weekend gestolen. Vitesse wordt aangesproken op grond van onrechtmatige daad door Van Gend en Loos. Het hof oordeelt: 'het is duidelijk dat geïntimeerde, wanneer haar geen vervoersopdracht was verstrekt, de container nimmer op vrijdag 28 sept. 1984 van het terrein aan de Waalhaven zou hebben weggehaald en dit weghalen derhalve plaatsvond in het kader van de tussen partijen gesloten vervoerovereenkomst en daarvan niet los kan worden gemaakt'. Het hof oordeelt dus dat er geen vordering op grond van onrechtmatige daad mogelijk is, omdat je het niet los kunt zien van de overeenkomst. Vitesse had de container namelijk niet meegenomen als de overeenkomst er niet was. Het hof doet het hier fout, want zij denkt de gehele contractuele relatie weg. De HR oordeelt dat het ophalen van de container door Vitesse zonder uitdrukkelijke opdracht en het opslaan van die container in het weekend op haar eigen onvoldoende bewaakte terrein (terwijl zij wist dat de inhoud diefstalgevoelig was) ook onafhankelijk van schending van haar verplichting uit de vervoerovereenkomst als onrechtmatig handelen van Vitesse is aan te merken. De vraag is of het maatschappelijk onzorgvuldig is om een container op een onvoldoende bewaakte terrein te zetten, los van schending van een verplichting uit de vervoersovereenkomst. Het is maatschappelijk onzorgvuldig, dus er kan een vordering op grond van onrechtmatige daad worden ingesteld.

Het arrest *Bos/Erven Althuisius* gaat over de verhouding tussen art. 6:173 BW en 7A:1790 BW. In casu sluit Bos een loodgietersovereenkomst met Althuisius junior om dakgoten schoon te maken. Bos heeft geen ladder bij zich en gaat naar Althuisius senior voor een ladder. Deze ladder gaat kapot en Bos raakt arbeidsongeschikt. Hij spreekt senior aan. Er is hier sprake van bruikleen. In art. 7A:1790 staat dat als je een zaak uitleent om niet, je als uitlener alleen aansprakelijk bent als je wist dat er een gebrek aan de zaak kleefde. Als deze bepaling van toepassing is dan zal Bos Althuisius senior waarschijnlijk niet met succes kunnen aanspreken. Bos beroept zich op art. 6:173 BW, de risicoaansprakelijkheid. Als dit artikel van toepassing is, dan is senior aansprakelijk. Wat is de verhouding tussen 7A:1790 en 6:173 BW? De HR zegt dat art. 7A:1790 BW zo'n specifieke bepaling is voor een situatie als deze dat niet teruggevallen kan worden op art. 6:173 BW. De ratio van 7A:1790 BW is dat iemand die belangeloos een zaak uitleent niet lastig wordt gevallen met een claim. Het zou misschien anders zijn als junior de ladder had uitgeleend, want hij had er wel zelf belang bij. Het zou misschien ook anders zijn indien de uitlener professioneel was en degene die het leent een particulier.

In het arrest *Donkers/Scholten* gaat het om de verhouding tussen art. 6:179 BW en de gesloten overeenkomst. Scholten was een dierenarts en deze kreeg een schop van een paard. Hij sprak de bezitter van het paard aan. Een deskundige verklaarde dat niet voorzienbaar was dat het paard dit zou doen. Is de bezitter aansprakelijk op grond van 6:179 BW of staat de overeenkomst hieraan in de weg? De HR heeft geoordeeld dat de regels die voortvloeien uit de door Donkers en Scholten gesloten behandelingsovereenkomst en de in art. 6:179 neergelegde regel in beginsel naast elkaar van toepassing kunnen zijn. Wat partijen waren overeengekomen zou kunnen meebrengen dat art. 6:179 BW buiten toepassing blijft, maar hiervan is nu geen sprake. Art. 6:179 BW is dus onverkort van toepassing. Scholten kan de schade vergoed krijgen.

Het arrest van HR NJ 2004, 556 gaat ook over de verhouding tussen art. 6:179 BW en de gesloten overeenkomst. In casu had een meisje paardrijles in het bos. Het paard schrok van een man met oranje borden, het meisje viel en liep letsel op. Ze sprak de manege aan. Hoeveel eigen schuld is hier? Het hof zei dat er sprake was van 100% eigen schuld, omdat ze vrijwillig op het paard ging zitten. Ze heeft het zelf opgezocht. De HR oordeelde: 'wel zal in die situatie in gevallen waarin, zoals hier, ervan moet worden uitgegaan dat *noch aan de benadeelde noch aan de eigenaar enige onzorgvuldigheid te verwijten is, uit aard en strekking van de overeenkomst* in de regel voortvloeien dat het onberekenbare gedrag van het paard, dat immers in het kader van deze overeenkomst niet onverwacht is, in zoverre voor risico van de berijder is en aan hem moet worden toegerekend, dat de schade deels voor zijn rekening moet blijven'. De HR vond dus dat er eigen schuldaf trek mocht plaatsvinden. Alleen 100% eigen schuld gaat te ver, want dit doet af aan de strekking van art. 6:179 BW. In lagere jurisprudentie wordt 50/50 aangenomen, indien het een gevolg is van een externe gebeurtenis.

Het arrest *Van Doesburg/Tan* gaat over de verhouding tussen art. 6:170 en art. 7:658 BW. Van Doesburg was een apothekersassistent. De collega, Jansen, had een la vastgezet op een drukke looproute. Van Doesburg liep er tegenaan en liep ernstig letsel op. Van Doesburg sprak Tan, de werkgever, aan. In deze zaak kun je voor twee wegen gaan: art. 6:170 (risicoaansprakelijkheid) en 7:658 BW. Bij art. 7:658 BW kan de werkgever zich verweren met de stelling dat de werknemer bewust roekeloos heeft gehandeld of dat er opzet in het spel was. In art. 6:170 BW staat zo iets niet. De HR pas lid 2 van 658 toe, ondanks het feit dat de basis van de vordering art. 6:170 BW is. 'Immers, nu de schade binnen een dienstverband wordt geleden en het de werkgever is die in eerste instantie de werkomstandigheden bepaalt, eist de in art. 6:101 lid 1 BW bedoelde billijkheid om de schuld van de

werknemer die niet bestaat in opzet of bewuste roekeloosheid, voor rekening van de werkgever te laten komen'. De HR trekt de bescherming van art. 7:658 lid 2 door naar art. 6:170 BW.

In het arrest *Geldnet/Kwantum* gaat het om de verhouding tussen art. 6:170 en 6:76 BW. In casu vervoert Geldnet geld voor Kwantum. Het geld wordt opgeslagen in het depot van Geldnet. Op een gegeven moment wordt dit geld gestolen door een werknemer van Geldnet. Is de werknemer een hulppersoon? De werknemer werd niet ingezet bij de uitvoering van de vervoersovereenkomst, dus de werknemer was geen hulppersoon in de zin van art. 6:76 BW. Dit artikel wordt door de HR strikt uitgelegd. Ze hadden beter een vordering op grond van 6:170 kunnen instellen. Art. 6:170 BW wordt zeer ruim uitgelegd door de HR. Dat een werknemer opzettelijk een onrechtmatige daad pleegt staat op zichzelf nog niet aan de toepassing van art. 6:170 BW in de weg.

In het arrest *Pratt & Whitney/Franssen* gaat het om de vraag of de wanprestatie zelf ook onrechtmatig kan zijn. P en W hebben een bedrijf en willen veel mensen ontslaan. Ze moeten hier toestemming voor krijgen en ze moeten aantonen dat het slecht gaat met het bedrijf. Het blijkt dat ze hebben gelogen. Er is sprake van onregelmatig ontslag en ze zouden schadevergoeding moeten betalen aan de mensen die zijn ontslagen. Het probleem is dat de verjaringstermijn al is verstreken op het moment dat de werknemers erachter komen. Dan gaan ze voor art. 6:162 BW. De HR oordeelt dat *schending van een contractuele norm onder omstandigheden jegens de wederpartij een onrechtmatige daad kan opleveren*. Relevante omstandigheden zijn: strekking van de norm, de aard van de gedraging (opzettelijk of niet) en de overige omstandigheden van het geval. Je zou kunnen zeggen dat hier sprake is van een nieuwe ontwikkeling sinds de Surinaamse postbode. Echter heeft dit arrest de afgelopen jaren weinig navolging gekregen. In casu hadden de ontslagen werknemers ook een beroep kunnen doen op de redelijkheid en billijkheid.