

Kroniek

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2000). Kroniek: Algemeen overeenkomstenrecht en verrijktingsrecht op de drempel van een nieuwe eeuw. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 17, 100-108.

Document status and date:

Published: 01/01/2000

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

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

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

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Verschenen in:

Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht 17 (2000), p. 100-108.

Kroniek: Algemeen overeenkomstenrecht en verrijksrecht op de drempel van een nieuwe eeuw

J.M. Smits

Inleiding

1. De laatste kroniek in dit tijdschrift over Titel 6.5 BW dateert alweer uit de 'kroniekenjaargang' 1997;¹ aan Titel 6.4 BW werd nimmer een kroniek gewijd. In de afgelopen drie jaar is er *in iure* zoveel gebeurd dat in deze kroniek een fundamentele keuze uit het vele beschikbare materiaal inzake algemeen overeenkomstenrecht en verrijksrecht noodzakelijk is. Dat doe ik door na te gaan in hoeverre de uitgevaardigde wetgeving, de gewezen rechtspraak en de verschenen literatuur passen binnen twee tendensen die het Nederlands privaatrecht steeds meer in de greep lijken te krijgen en die de toekomst van het rechtsgebied in de volgende eeuw mijns inziens in hoge mate zullen bepalen. Ik duid deze tendensen aan als achtereenvolgens differentiatie en Europeanisering. In de literatuur en deels als reactie op deze tendensen vindt ook langzaam maar zeker een nieuwe rechtstheoretische en dogmatische doordenking van het privaatrecht plaats - dit een aparte tendens noemen zou echter te ver gaan; zij wordt hier *en passant* besproken. Indien beide genoemde tendensen op enig rechtsgebied aanwezig moeten zijn, dan is het overigens wel op het vlak van het algemeen contractenrecht en de overige verbintenissen uit de wet, die immers tot de kern van het vermogensrecht behoren (zoals het vermogensrecht op zijn beurt het meest karakteristieke deel van het privaatrecht betreft). In no. 2-4 eerst een enkele opmerking over de twee genoemde tendensen, uitwerking vindt daarna per tendens plaats in respectievelijk de no's 5-12 en 13-15. Dit impliceert dat ik de afgelopen periode niet per traditioneel rechtsgebied behandel, maar per tendens. In no. 16 is nog plaats voor een enkele afsluitende opmerking.

Twee tendensen in het moderne vermogensrecht

2. Schetsen van tendensen heeft altijd als risico dat wat de auteur zelf als *wenselijke* tendensen ziet door hem ook als feitelijk aanwezig wordt gekenschetst. Toch meen ik ook met een zekere objectiviteit te mogen vaststellen dat de afgelopen jaren een tweetal tendensen aanwezig is² - verhelten dat ik deze ook wenselijk acht doe ik niet.

3. In de eerste plaats is er een toenemende differentiatie binnen het privaatrecht.³ Daarmee wordt bedoeld op het erkennen van *nieuwe* onderscheidingen als juridisch relevant en een daarmee gepaard gaande verwijdering van oude dogmatiek. Zo vindt in het overeenkomstenrecht steeds meer een differentiatie plaats naar *soorten* contractanten (bijvoorbeeld al dan niet zijnde consument⁴), naar contracten die geheel autonoom zijn of die samenhangen met andere en naar op de situatie toegesneden rechtsgevolgen (zoals de mogelijkheid van 'recht op maat' bij onder meer dwaling en misbruik van omstandigheden). Op het vlak van de bronnen van verbintenis

¹ P. Abas behandelde o.a. Titel 6.5 in NTBR 1997, p. 29 v.; de kroniek verscheen ook in Vijf jaar nieuw vermogensrecht, Deventer 1998.

² Tendensen voor de afgelopen en de komende eeuw worden ook geschetst door H.C.F. Schoordijk/J.M. Smits, Verleden, heden en toekomst van het privaatrecht, AA 1999, p. 800 v.

³ Grondlegend J.B.M. Vranken, De verhandelsrechtelijking van het privaatrecht, in: M.J.G.C. Raaijmakers e.a. (red.), Handelsrecht tussen 'koophandel' en Nieuw BW, Deventer 1988, p. 247 en dez., Schaalvergroting in het vermogensrecht, NJB 1995, p. 1400 v.

⁴ Grondlegend R.P.J.L. Tjittes, De hoedanigheid van contractspartijen, diss. Groningen 1994; zie dez., Naar een bijzonder contractenrecht voor ondernemers, in: Kortmann e.a. (red.), Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Deventer 1997, p. 375 v.

leidt de opkomst van verhoudingen waarbij 'derden' zijn betrokken noodzakelijkerwijs tot een andersoortige differentiatie dan geïndiceerd door de huidige systematiek van de bronnen van verbintenissen; de rechtsverhouding heeft soms elementen van overeenkomst én van onrechtmatige daad. Dit soort differentiatie zal wellicht op den duur leiden tot een geheel vervangen van de op oudere onderscheidingen gebaseerde huidige dogmatiek die thans niet zelden te grof is om het gewenste recht mee te bereiken.⁵ In deze kroniek komen de plaatsen waar de huidige dogmatiek in zijn voegen kraakt aan de orde. In de rechtspraak van de Hoge Raad zijn dat overigens niet zelden plaatsen waar het rechtscollege - in afwachting van de ontwikkeling van die nieuwe dogmatiek - slechts met een beroep op de omstandigheden van het geval of 'de redelijkheid' moet volstaan om een beslissing te funderen.

4. In de tweede plaats kenmerkt het moderne vermogensrecht zich door een toenemende Europeanisering.⁶ De invloed van het Europese recht in de vorm van richtlijnen is steeds minder beperkt tot het vlak van de consumentenbescherming en komt meer en meer te liggen op algemeen vermogensrechtelijk terrein. Ook in de literatuur neemt de aandacht voor het 'Europees privaatrecht' toe; achter blijven doet de Nederlandse rechterlijke macht die zich - anders dan in bijvoorbeeld Engeland - niet expliciet rechtsvergelijkend laat inspireren. Dat dit in conclusies van de Advocaten-Generaal bij de Hoge Raad soms wel gebeurt, is een schrale troost. In deze kroniek geef ik kort enkele Europese ontwikkelingen over de afgelopen drie jaar weer, voor zover ook voor het Nederlands recht van belang.

Differentiatie in het overeenkomstenrecht

5. Het overeenkomstenrecht van de afgelopen drie jaar laat een toenemende differentiatie zien op uiteenlopende terreinen. Deze ligt niet enkel op het vlak van de persoon van de contractant (no. 6), maar ook op dat van de soort overeenkomst (no. 7) en de nuancering van rechtsgevolgen (no. 8). Voorts wordt aandacht besteed aan een discussie over de herleving van de *iustum pretium*-leer en in verband daarmee aan de redelijkheid en billijkheid en de mate waarin overeenkomsten bindend zijn in het algemeen (no. 9).

6. De betekenis die toekomt aan de hoedanigheid van contractspartijen is door de Hoge Raad eerder op de meest geprononceerde wijze verwoord in het kader van de dwaling. De verslagperiode levert een bestending op van die rechtspraak. In HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 (Offringa/Vinck) werd koper bijvoorbeeld geconfronteerd met ernstige scheurvorming in een zojuist door hem gekochte woning. Had verkoper mededeling moeten doen of was het aan koper om de scheurvorming (die bij hem wel bekend was, maar waarvan hij niet wist dat die van zo ernstige structurele aard was) zelf te onderzoeken alvorens tot aankoop over te gaan? De vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de mededelingsplicht in beginsel boven de onderzoeksplicht gaat, wordt nog eens dusdanig gepreciseerd dat verzuim van de onderzoeksplicht door de koper de verkoper niet ontslaat van zijn mededelingsplicht. Het is hier (grofweg gevallen van 'wonen, werken, leven en gezondheid'⁷) bescherming van de koper wat de klok slaat. Nieuwenhuis⁸ plaatste deze regels in een breder kader en werd in zijn analyse van het positieve recht over de verhouding tussen mededelings- en onderzoeksplicht aangevuld door Dammingh.⁹ Ook Van

⁵ Zie in dit verband ook D.J. van der Kwaak, De variërende status van rechtsbetrekkingen in het privaatrecht, WPNR 6278 (1997), p. 481 v. over omslagpunten in de dogmatische duiding van de feiten.

⁶ In dit tijdschrift bijgehouden door Hondius in zijn Kroniek Algemeen: NTBR 1996, p. 257 v.; 1997, p. 132 v.; 1997, p. 248 v.; 1998, p. 64 v.; 1998, p. 333 v.

⁷ J.B.M. Vranken, Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, Zwolle 1989, p. 32.

⁸ J.H. Nieuwenhuis, Wat mogen koper en verkoper van elkaar verwachten?, WPNR 6304 (1998), p. 155 v.

⁹ J. Dammingh, De mededelingsplicht van de verkoper en de onderzoeksplicht van de koper, WPNR 6327 (1998), p. 567 v.

Rossum wijdde zich aan de mededelings- en onderzoeksplichten, ditmaal in het kader van de ingegraven olietank.¹⁰ Klik¹¹ besprak Offringa/Vinck eveneens.

Een oude discussie over de grondslag van de vernietiging van de overeenkomst op grond van dwaling werd opgepakt door Abas in zijn bijdrage aan de in 1997 verschenen Cahen-bundel.¹² Tegenover elkaar stonden ooit enerzijds De Grooth en Meijers (die het toedoen van de wederpartij als grond voor vernietiging bij dwaling zagen) en anderzijds o.a. Rutten (die dwaling als wilsgebrek aanmerkte en dus primair de dwalende zelf centraal stelde). Abas geeft - niet verrassend - aan dat de eerste twee gevallen van art. 6:228 lid 1 BW eerder gelieerd zijn aan (een eventueel onrechtmatig) gedrag van de wederpartij van de dwalende, maar dat het bestaan van wederzijdse dwaling hem belet om Meijers' visie als juist aan te merken. (p. 30). Daarmee wordt gedifferentieerd tussen twee wezenlijk verschillende gevallen van dwaling. De belangstelling voor het standaard-arrest van wederzijdse dwaling beleefde overigens een *revival*. De Kantharos van Stevensweert was onderwerp van zowel een aparte bundel,¹³ uitgegeven door een jubilerend advocatenkantoor, als van diverse artikelen.¹⁴

Dat in het kader van het dwalingsleerstuk de positie van de zwakke consument anders is dan die van de professioneel handelende partij is gemeengoed. Na inwerkingtreding van het wetsvoorstel met betrekking tot de koop van onroerende zaken treedt daarnaast een extra bescherming van de particuliere koper in werking. Die verkrijgt een afkoelingsperiode van drie dagen. Hoe de verhouding is tussen beide beschermingsbepalingen werd besproken door Hartlief en Reurich¹⁵; indien de eventuele onderzoeksplicht van de koper wordt doorgeschoven naar de afkoelingsperiode kan het subtiele stelsel van mededelings- en onderzoeksplicht eenvoudig worden verstoord.

Een dergelijke 'verstoring' (maar in mindere mate) kan worden verwacht van de invoering van de contra proferentem-regel in het Nederlandse recht. De uitleg ten nadele van de opsteller van een onduidelijke regel wordt door de Hoge Raad in vaste rechtspraak¹⁶ als een gezichtspunt en niet als een regel beschouwd. Inmiddels heeft de Nederlandse regering ingezien dat de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (die in 1994 geïmplementeerd had moeten zijn, doch via de verplichte richtlijnconforme interpretatie door de rechter uiteraard reeds gold) noopt tot aanpassing van afdeling 6.5.3. Het voorstel van wet¹⁷ beoogt een toevoeging van een lid 2 aan art. 6:238 ('Bij een overeenkomst als bedoeld in de art. 236 en 237 moeten de bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. Bij twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de wederpartij gunstigste uitleg'). In art. 6:231 sub a vindt ook een aanpassing plaats. Drion¹⁸ heeft er terecht op gewezen dat deze aanpassing niet ver genoeg gaat: de Richtlijn verplicht ook tot invoering van de contra proferentem-regel bij de mondelinge overeenkomst. Hoe dan ook: het voorstel heeft geleid tot een hernieuwde aandacht voor de contra proferentem-regel in de literatuur. Nadat Van Schaick in een mooie

¹⁰ M.M. van Rossum, De problematiek rond ingegraven olietanks, WPNR 6331-6332 (1998), p. 649 v., mede n.a.v. HR 22 november 1996, NJ 1997, 527 (Sijpesteijn/Oyens).

¹¹ P. Klik, De verhouding tussen spreek- en onderzoeksplicht, NTBR 1998, p. 295 v.

¹² P. Abas, Kroniek, NTBR 1997, p. 30 en dez., Kan de dwaling naar huidig recht nog als een wilsgebrek worden aangemerkt?, in: J.L.P. Cahen bundel, Deventer 1997, p. 11 v.

¹³ De Kantharos; over recht en onrecht in de rechtspleging, Serie Recht te Utrecht (Wijn & Stael 50-jarig bestaan), Deventer 1998.

¹⁴ P. Clausing, De Kantharos en artikel 6:228 BW, WPNR 6357 (1999), p. 385 v.; A. van Plateringen, in: J.L.P. Cahen-bundel, p. 251 v. Zie over dwaling in het algemeen ook nog M. van Zijst, Omstandigheden: uitsluitend toekomstige of onvoorziene?, in: J.L.P. Cahen-bundel, p. 447 v.

¹⁵ T. Hartlief/L. Reurich, De invloed van een afkoelingsperiode op toepassing van het dwalingsleerstuk, WPNR 6342 (1999), p. 49 v.

¹⁶ Laatstelijk HR 12 januari 1996, RvdW 1996, 31 (Kroymans/Sun Alliance).

¹⁷ 10 april 1999, Kamerstukken II 1998/1999 26 470.

¹⁸ C.E. Drion, Kroniek van het vermogensrecht, NJB 1999, p. 1462.

rechtsvergelijkende bijdrage¹⁹ al eerder had gepleit voor meer aandacht voor objectieve uitlegeregels (zoals de contra proferentem-regel) wijdden Wissink²⁰ en Hijma²¹ hieraan ook artikelen.

7. Dat differentiatie naar de *soort* overeenkomst van recente datum is, kan moeilijk worden volgehouden. Het onderscheid tussen een algemeen overeenkomstenrecht (neergelegd in Boek 6 BW) en daarop voortbouwende bijzondere overeenkomsten (thans nog verdeeld over Boek 7 en Boek 7A BW) is oud.²² Toch hebben de afgelopen drie jaar ook hier interessant materiaal opgeleverd. In de eerste plaats lijkt een nieuw soort differentiatie naar overeenkomsten die wel en die niet met elkaar samenhangen in opkomst (deel van een algemene tendens naar meer aandacht voor de 'derde' in het recht); in de tweede plaats is het nut van een algemeen deel van het overeenkomstenrecht in *Frage* gesteld.

De belangrijkste uitspraak van de Hoge Raad op het eerste vlak is zonder twijfel HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 (Jans/FCN). Vranken heeft dit arrest in zijn noot 'spectaculair, nieuw en baanbrekend' genoemd. In casu had FCN een huurkoopovereenkomst gefinancierd, waarbij koper Jans een auto kocht van verkoper Hameeteman. Toen de auto niet bleek te voldoen, vorderde Jans niet enkel ontbinding en/of vernietiging van de overeenkomst met zijn wederpartij Hameeteman, maar ook van de overeenkomst met derde FCN. De Hoge Raad acht mogelijk dat tussen beide overeenkomsten een zodanige samenhang bestaat dat wanneer de huurkoper de huurkoop ontbindt of vernietigt, dit hem ook de bevoegdheid geeft om de financieringsovereenkomst te ontbinden of te vernietigen. De Hoge Raad somt in het arrest omstandigheden op waaruit de verbondenheid van de twee afzonderlijke overeenkomsten (een kwestie van uitleg van de rechtsverhouding) kan blijken. Daarmee voert de Hoge Raad ons weg van het op 'tweerelaties' gebaseerde verbintenissenrecht.

Kort na Jans/FCN werd een tweede geval van 'verbondenheid' door de Hoge Raad berecht. In HR 29 mei 1998, NJ 1999, 98 (Mooijman/Netjes) waren eveneens twee overeenkomsten aan de orde: een tussen de koper en bouwbedrijf Netjes terzake van de bouw van een villa, een andere tussen de koper en Mooijman terzake van de bouw van een 'zonneranda' (een soort serre) aan de villa. De koper was van de mogelijkheid van een zonneranda op de hoogte gesteld door Netjes; Netjes zou ten behoeve van de bouw van de zonneranda's bouwkundige aanpassingen doorvoeren bij de bouw van de villa's. Wanneer blijkt dat die aanpassingen gebrekkig zijn – en de kopers klagen over vochtdoorslag – vervangt Mooijman de aanvankelijk gebouwde muren door spouwmuren en vordert de hierdoor geleden schade van Netjes. De Hoge Raad preciseert dat 'ofschoon tussen partijen geen overeenkomst bestaat, wel sprake is van een feitelijke samenwerking'. Die brengt in beginsel mee dat Netjes niet alleen jegens haar wederpartijen (de kopers) maar op grond van de maatschappelijke betamelijkheid ook jegens Mooijman gehouden is de aanpassing deugdelijk uit te voeren, waaruit voortvloeit dat zij in geval van niet-nakoming van deze verplichting de door Mooijman geleden schade dient te vergoeden. Hier rijst een 'feitelijk' contractsbegrip op uit de feiten van de zaak.²³

Aandacht voor de 'derde' bestaat ook meer en meer in recente Nederlandse geschriften - grote noodzaak nu het Nederlandse recht hier achter lijkt te lopen bij o.a. het Duitse.²⁴ Behalve op

¹⁹ A.C. van Schaick, Uitlegeregels, WPNR 6311 (1998), p. 272 v.

²⁰ M.H. Wissink, Een 'effectief' wetsvoorstel, WPNR 6371 (1999), p. 679 v.

²¹ Jac. Hijma, Consument-onvriendelijke interpretatie, WPNR 6345 (1999), p. 115 v.; vgl. Jac. Hijma, Contra Proferentem, GROM 1998, p. 18 v.

²² Voor een klassieke toepassing van de idee dat het karakter van een bijzondere overeenkomst tot eigen rechtsgevolgen aanleiding moet geven: M.M. van Rossum, Enige beschouwingen over kunstkoop, RMTh 1997, p. 353 v.

²³ Zie H.C.F. Schoordijk, Samenwerking en samenwerkingsovereenkomst, WPNR 6320 (1998), p. 427 v.

²⁴ Zie de noot van Vranken bij Jans/FCN.

het Amsterdamse proefschrift van Du Perron,²⁵ kan worden gewezen op een themanummer van *Ars Aequi*²⁶ en op bijdragen van Meijer (over samenhangende rechtsverhoudingen),²⁷ Vranken (over derden in het algemeen)²⁸ en Van Boom (over de werking van contracten ten nadele van derden).²⁹

In de tweede plaats wijs ik kort op enige literatuur over de verhouding tussen algemeen en bijzonder contractenrecht. Zoals bekend bouwen de bijzondere overeenkomsten voort op het algemeen deel van het contractenrecht. Vraag is echter of de bijzondere overeenkomsten niet inmiddels zozeer een eigen leven hebben verkregen dat het algemeen deel nog slechts een lege huls vormt zonder veel inlichtende waarde voor de praktijk. Smits heeft dit – mede naar aanleiding van een discussie in Frankrijk - betoogd in zijn preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht uit 1998 en een pleidooi gehouden voor een tweedeling in het contractenrecht: commerciële contracten zouden fundamenteel anders moeten worden beschouwd dan contracten die voorzien in eerste levensbehoeften. Vraag is ook in hoeverre de vennootschap en het samenlevingscontract in het algemeen contractenrecht kunnen worden ingebed. Aan de eerste vraag besteedt Mohr³⁰ aandacht: hij ziet de vennootschap als inherent ondergeschikt aan het algemeen overeenkomstenrecht. Aan de tweede vraag wijdde Lekkerkerker een bijdrage.³¹

8. Toenemende differentiatie is er ook wat de rechtsgevolgen van aantasting van de overeenkomst aangaat. De wetgever heeft de mogelijkheid voor een meer evenredige aantasting dan volledige vernietiging of algehele ontbinding geschapen in art. 3:54 lid 1 en art. 6:230 lid 1 (wijziging van de gevolgen van de overeenkomst in plaats van vernietiging bij misbruik van omstandigheden en dwaling), resp. art. 6:270 (gedeeltelijke ontbinding). Hartlief wijdde aan de mate waarin het Nederlands contractenrecht daarmee de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit kent een bijdrage in *Ars Aequi*.³² Bekend is dat sommige auteurs³³ deze eisen ook stellen aan de mogelijkheid van ontbinding zelve door een leer van het 'redelijk alternatief' aan te hangen. In de verslagperiode heeft Vranken in zijn preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland daaraan de nodige aandacht gewijd;³⁴ de Hoge Raad bleef evenwel afkerig van het stellen van een redelijkheidseis, zoals bleek uit HR 6 juni 1997, NJ 1998, 128 (Van Bommel/Ruijgrok). Dat ook het instellen van de ontbindingsactie toetsbaar is aan de algemene norm van de redelijkheid en billijkheid, staat evenwel buiten kijf.³⁵ Het nieuwe arsenaal aan wijzigingsbevoegdheden dat ter beschikking staat van de rechter, lokte reeds een boek

²⁵ C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. Amsterdam 1999, Deventer 1999.

²⁶ *De derde in het recht*, AA 1997, no. 5, p. 263 v.

²⁷ F.W.J. Meijer, *Samenhangende rechtsverhoudingen in ontwikkeling*, WPNR 6329-6330 (1998), p. 617 v., 631 v.

²⁸ J.B.M. Vranken, *De derde in het overeenkomstenrecht*, WPNR 6288 (1997), p. 715 v. en WPNR 6289 (1997), p. 735 v.

²⁹ W.H. van Boom, *Kringloopgedachten*, WPNR 6235 (1996), p. 615 v.

³⁰ A.L. Mohr, *Hoe schatplichtig is de vennootschap aan het vrije contractenrecht?*, in: J.L.P. Cahen bundel, p. 217 v.

³¹ G.J.C. Lekkerkerker, *Het samenlevingscontract; zijn ordenende functie in privaatrechtelijke zin*, WPNR 6364 (1999), p. 529 v.

³² T. Hartlief, *Subsidiariteit en proportionaliteit in het contractenrecht?*, AA 1997, p. 196 v.

³³ Met name T. Hartlief en F.B. Bakels in hun resp. dissertaties uit 1993 en 1994.

³⁴ J.B.M. Vranken, *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland*, Deventer 1997.

³⁵ Zie de discussie tussen M.M. van Rossum, *Het recht op ontbinding en de gerechtvaardigde belangen van partijen*, NJ 1997, p. 577 v. en W.L. Valk, *Het recht op ontbinding en de Hoge Raad*, NJB 1997, p. 1222 v.

uit van Hammerstein en Vranken,³⁶ waarin ook rechtsvergelijkende gegevens op voorbeeldige wijze zijn verwerkt. Kort na het verschijnen daarvan promoveerde Peletier op een proefschrift gewijd aan het rechterlijk ingrijpen bij dwaling en onvoorziene omstandigheden.³⁷ Ook in het kader van differentiatie en nuancering is de aandacht die zowel Hijma als Loos wijdden aan partiële vernietigbaarheid van algemene voorwaarden.³⁸

Een tendens die tegengesteld is aan die naar toenemende differentiatie, is dat de acties die de schuldeiser tot zijn beschikking heeft - in de woorden van Nieuwenhuis³⁹ de acties bij teleurstellende overeenkomsten - steeds meer met elkaar worden vergeleken en qua rechtsgevolgen enigszins worden geüniformeerd. Met name de grensgebieden tussen dwaling en niet-nakoming en tussen dwaling en onvoorziene omstandigheden worden verkend. Aan het eerste wijdde Smits een studiepoeket privaatrecht; het tweede was aan de orde in HR 28 november 1997⁴⁰ (Luycks/Kroonenberg). Koper en verkoper van een verontreinigd industrieterrein meenden beiden dat het terrein op een bepaalde wijze kon worden gereinigd; de verkoper had dienaangaande ook een garantie afgegeven. Als de reiniging op de gegarandeerde wijze onmogelijk blijkt (en zich een geval van wederzijdse dwaling aandient), spreekt de koper de verkoper aan op basis van de gegeven garantie. De Hoge Raad acht aanpassing ex art. 6:258 BW in plaats van vernietiging van de overeenkomst mogelijk. Deze uitspraak heeft het commentaar van Abas⁴¹ uitgelokt dat de Hoge Raad kennelijk verwaald was tussen art. 6:230 en 6:258 en dat 6:258 niet geschreven is voor wederzijdse dwaling. Klik⁴² heeft zich daar in een uitgebreid rechtsvergelijkend betoog tegen gekeerd en gesteld dat dwaling en onvoorziene omstandigheden niet strikt zijn te scheiden.

Het grote praktische nut van een onderlinge vergelijking van *remedies* bij de overeenkomst, blijkt uit HR 9 januari 1998⁴³ Mevrouw Brok verkocht een stamboom-Basset aan Huberts; ras na de koop bleek de hond aan HD te lijden, waarop de koper de hond liet opereren. Kon de koper nu schadevergoeding vorderen van Brok? Niet, zo stelt de Hoge Raad conform het BW, zolang Brok de tekortkoming niet toerekenbaar is (art. 6:74 BW). Een andere weg lonkt: de koper kan een beroep doen op dwaling en een wijziging van de gevolgen voorstellen (art. 6:230) die de facto neerkomt op een verlaging van de koopprijs met de kosten van de operatie. Ook een gedeeltelijke ontbinding (art. 6:265 BW) lijkt tot dat resultaat te kunnen leiden.⁴⁴

9. Een van de klassieke problemen van het algemeen contractenrecht betreft de mate waarin overeenkomsten bindend zijn. Diverse mechanismen vullen elkaar aan bij de beantwoording van deze vraag; de verslagperiode laat op dit punt een bestending zien van de rechtspraak van de Hoge Raad en een hernieuwd debat in de literatuur over de *iustum pretium*-leer.

³⁶ A. Hammerstein/J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Mon. NBW A10, Deventer 1998. Zie ook hun bijdrage *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, in: *Miscellanea; Jurisconsulto vero Dedicata*, Deventer 1997, p. 115 v.

³⁷ M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie*, diss. VU 1999.

³⁸ Jac. Hijma, *Partiële vernietigbaarheid van algemene voorwaarden*, WPNR 6253 (1997), p. 47 v. en M.B.M. Loos, *Partiële nietigheid van onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden*, WPNR 6260 (1997), p. 155 v.

³⁹ J.H. Nieuwenhuis, *Vernietigen, ontbinden of aanpassen. Wat is het lot van teleurstellende overeenkomsten?*, WPNR 6164 (1995), p. 23 v. en 6165 (1995), p. 37 v.

⁴⁰ NJ 1998, 659 m.nt. WMK.

⁴¹ P. Abas, *Verwaald tussen 230 en 258*, WPNR 6308 (1998), p. 221 v.

⁴² P. Klik, *Gewijzigde omstandigheden en dwaling: enkele rechtsvergelijkende opmerkingen*, WPNR 6352 (1999), p. 251 v. en 6353 (1999), p. 272 v. met reactie van Abas, WPNR 6365 (1999), p. 565 v.

⁴³ NJ 1998, 271 (Brok/Huberts).

⁴⁴ Het arrest was voor Klik aanleiding tot een grondige bespreking van de toerekenbaarheid: P. Klik, *Tekortkoming, toerekenbaarheid en het instaan voor de kwaliteit van het verkochte*, NTBR 1999, p. 247 v.

Het meest bekende mechanisme om de bindendheid van de overeenkomst af te zwakken is naar huidig Nederlandse recht de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW). Diverse malen moest de Hoge Raad in de verslagperiode een daarop gedaan beroep beoordelen en consequent is de Hoge Raad terughoudend bij het honoreren daarvan.⁴⁵ Problematisch bij de toetsing aan de redelijkheid en billijkheid is volgens Van den Brink dat de omstandighedencatalogus die bij de toetsing bepalend is, welhaast onbegrensd is en dat dat tot rechtsonzekerheid en te weinig rechtsontwikkeling leidt. In een betoog á la Barendrecht breekt Van den Brink⁴⁶ een lans voor de 'vergeten' toetsing van exoneratieclausules aan de goede zeden (art. 3:40 BW) en komt met de 'scherpe' normen van nietigheid bij uitsluiting voor eigen opzet of grove schuld, voor opzet van een ondergeschikte of voor schade bestaande in lichamenlijk letsel of overlijden.

De Hoge Raad hanteert vooralsnog nog steeds de beperkende werking bij toetsing van exoneratieclausules. Zo ook in HR 15 januari 1999, RvdW 1999, 10 (Mastum/Nationale Nederlanden): een dakdekker in dienst van Mastum renoveert het dak van de sporthal in Ouder Amstel. Hij veroorzaakt brand, waardoor het gebouw grotendeels wordt verwoest. Kan Mastum een beroep doen op de in de algemene voorwaarden opgenomen exoneratieclausule? De Hoge Raad maakt - geheel in de lijn van arresten die begon met Pseudo-Vogelpest⁴⁷ - onderscheid tussen het geval waarin de onzorgvuldige handelingen zijn verricht door Mastum zelf ('daaronder begrepen personen die met de leiding van het bedrijf zijn belast') - exoneratie voor opzet of bewuste roekeloosheid kan niet - en dat waarin het een ondergeschikte van Mastum of een onderaannemer is geweest - die exoneratie kan wel.

Omtrent de bijzondere toepassing van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid in de vorm van een beroep op onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW) levert de verslagperiode een stroom literatuur op. Van Dunné bespreekt in zijn mooie preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht de betekenis van het leerstuk voor het bouwrecht.⁴⁸ De val van de Berlijnse muur inspireerde Abas⁴⁹ tot een bespreking van de gevolgen daarvan voor met name Oost-Duitse contracten. Wat de Duitse rechter via de bekende leer van de *Wegfall der Geschäftsgrundlage* moet doen, kan in Nederland langs de weg van art. 6:258 BW. De vraag wanneer een omstandigheid precies onvoorzien is, wordt door Abas in een andere bijdrage⁵⁰ beantwoord op het voetspoor van Comment 2 bij art. 6.2.2 Unidroit Principles of International Commercial Contracts: aanpassing van de overeenkomst is bij wijze van vermoeden mogelijk indien minstens 50% waardeverandering bestaat. De vraag lijkt gerechtvaardigd of dat niet een te grote aantasting van het beginsel van de bindende kracht zou betekenen: uit HR 20 februari 1998, RvdW 1998, 55 (Briljant Schreuders/ABP) blijkt dat de Hoge Raad zeer terughoudend blijft bij het erkennen van een beroep op art. 6:258 BW.

Voor de eerste maal heeft de Hoge Raad zich ook uitgelaten over de onderlinge verhouding van art. 6:248 en 6:258. De Vereniging voor de Effectenhandel (VVE) had de noteringsovereenkomst met CSM opgezegd, hoewel de overeenkomst daarin niet voorzag. In casu was een wijziging van de overeenkomst op grond van art. 6:258 wel mogelijk, hetgeen de

⁴⁵ Zie o.a. HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 ('Snoopy'), waarover kritisch P. Abas, Geknoei met beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, NTBR 1998, p. 163 v., en HR 6 november 1998, RvdW 1998, 205 (Sassen/Kluwer).

⁴⁶ V. van den Brink, Onredelijke of onzedelijke exoneratiebedingen, RMTh 1998, p. 67 v.

⁴⁷ HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486. Zie ook HR 12 december 1997, RvdW 1997, 253 (Stein/Driessen).

⁴⁸ J.M. van Dunné, 'Acts of God', overmacht en onvoorziene omstandigheden in het bouwrecht, preadvies VvBR, Deventer 1998.

⁴⁹ P. Abas, Iets over de gevolgen van de val van de Berlijnse Muur voor het overeenkomstenrecht, NTBR 1997, p. 173 v.

⁵⁰ P. Abas, Enige gedachten over de gedeeltelijke ontbinding (aanpassing) in de zin van art. 6:258 BW, WPNR 6307 (1998), p. 211 v.

vraag opriep of dat in de weg stond aan een geldige opzegging. Neen, meent de Hoge Raad⁵¹: ook indien wijziging op grond van art. 6:258 mogelijk is, staat het bestaan van die mogelijkheid niet in de weg aan een geldige opzegging van de overeenkomst indien instandhouding naar redelijkheid en billijkheid niet mag worden verwacht. Bij de beoordeling van dat laatste is relevant of de opzeggende partij de schade voor de wederpartij zoveel mogelijk beperkt, zo blijkt uit HR 29 mei 1998, RvdW 1998, 112 (Elinga/British Wool): British Wool had de exclusieve distributieovereenkomst met Elinga opgezegd met inachtneming van de afgesproken opzegtermijn van drie maanden. De opzegger heeft dan nog wel de gebruikelijke orders in de opzegtermijn te plaatsen om de schade aldus te beperken. Aan de in de praktijk gebruikelijke opzegging was ook de nodige literatuur gewijd.⁵²

Twee minder aanvaarde technieken om de bindendheid van de 'onrechtvaardige' overeenkomst af te zwakken, zijn de normatieve uitleg en de iustum pretium-leer. Hoewel: minder aanvaard? Dat de normatieve uitleg deel is van het Nederlandse recht, blijft Van Dunné's standpunt in de nieuwe druk van zijn imponerende Verbintenissenrecht.⁵³ Niet voor niets werd de Rotterdamse hoogleraar gehuldigd met een aan hem gewijde bundel.⁵⁴ Van Schilfgaarde – een van de recensenten van Van Dunné's proefschrift uit 1971 - is hem in de normatieve uitleg bijgevallen in een 'tardieve bekering'.⁵⁵ Dat de iustum pretium-leer in een afgezwakte vorm in Nederland geldt en zou moeten gelden, is nog steeds de mening van Smits,⁵⁶ bestreden door Hartlief – die meent dat het huidige recht al voldoende bescherming biedt tegen onevenredigheid in prestaties - in een aan de contractsvrijheid gewijde Leidse bundel.⁵⁷ Ook hier dus een morren aan de klassieke fundamenteën van het contractenrecht en daarmee een tendens naar andersoortige differentiatie dan thans gebruikelijk.

10. En er is de afgelopen drie jaar zoveel meer in het contractenrecht gebeurd! Uitgebreid ter sprake komen kan het niet. Op het vlak van algemene voorwaarden waren er belangrijke uitspraken over de aanvaarding van algemene voorwaarden⁵⁸ en over wat een kernbeding is⁵⁹ en verschenen proefschriften over de energieleveringsovereenkomst⁶⁰ en de fabriektenkoop.⁶¹ Wessels en Jongeneel publiceerden de derde druk van hun studiepocket gewijd aan algemene voorwaarden.⁶² Bij de contractuele remedies was het vooral de ontbindingsactie die in de belangstelling stond. De Hoge Raad besliste over de vraag of wangedrag door de debiteur jegens

⁵¹ HR 25 juni 1999, RvdW 1999, 109 (Vereniging voor de Effectenhandel/CSM).

⁵² A. Hammerstein, De opzegging als juridisch precisie-instrument, in: Oprecht (Struycken-bundel), Zwolle 1996, p. 103 v.; C.A.M. van de Paverd, De opzegging van distributieovereenkomsten, Kluwer 1999; J.M. Barendrecht/G.R.B. van Peurseem, Distributieovereenkomsten, Deventer 1998. Zie uit de rechtspraak ook nog HR 9 april 1999, RvdW 1999, 64 over de opzegging van een concessieovereenkomst.

⁵³ J.M. van Dunné, Verbintenissenrecht deel I en II, 3de dr., Deventer 1997.

⁵⁴ Miscellanea Jurisconsulto vero Dedicata, Deventer 1997.

⁵⁵ P. van Schilfgaarde, Uitleg van rechtshandelingen, WPNR 6282 (1997), p. 587 v. en 6283 (1997), p. 611 v., waarover P. Abas, De tardieve bekering van Van Schilfgaarde tot de normatieve uitleg, WPNR 6294 (1997), p. 830 v. Zie ook P. van Schilfgaarde, Toedrachtsoepaling en normatieve uitleg, in: J.L.P. Cahen bundel, p. 351 v.

⁵⁶ J.M. Smits, Contractuele gebondenheid thans, NTBR 1998, p. 343 v.

⁵⁷ T. Hartlief, Iustum Pretium, in: T. Hartlief/C.J.J.M. Stolker (red.), Contractsvrijheid, Deventer 1999; zie ook T. Hartlief, Het beginsel van de rechtvaardige prijs, GROM 1998, p. 1 v.

⁵⁸ HR 19 december 1997, RvdW 1998, 7 (Helpman/Imbema).

⁵⁹ HR 19 sept. 1997, NJ 1998, 6 (Lottoformulier). Zie kritisch M.L. Hendrikse/M. van Zijst, Heeft het begrip kernbeding nog inhoud?, WPNR 6303 (1998), p. 145 v.

⁶⁰ M.B.M. Loos, De energieleveringsovereenkomst; algemene voorwaarden voor de levering van energie aan consumenten, diss. Utrecht 1998, Deventer 1998.

⁶¹ F.J. Sandee, Algemene voorwaarden en Fabriektenkoop, diss. Rotterdam 1998, Arnhem 1998.

⁶² B. Wessels/R.H.C. Jongeneel, Algemene voorwaarden, 3^{de} dr., Deventer 1997.

een ander dan de schuldeiser voldoende reden is voor ontbinding⁶³ en herhaalde dat iedere tekortkoming in beginsel recht geeft op ontbinding.⁶⁴ De Jong ontleedde gedragsregels voor de ontbinding aan HR 6 juni 1997, NJ 1998, 128 (Van Bommel/Ruijgrok), De Vries publiceerde de tweede druk van zijn studiepocket over de remedies⁶⁵ en Smits behandelde de remedies eveneens in onderling verband.⁶⁶ Goedmakers disserteerde op een deelstudie over overmacht, vergeleken met de toerekenbaarheid bij de onrechtmatige daad.⁶⁷ De tweede druk van *Rechtshandeling en overeenkomst* in de Studiereeks Burgerlijk Recht⁶⁸ zag het licht. Zelfs een nieuw tijdschrift 'Contracteren' zag het licht bij Boom Juridische Uitgevers. Kortom: er is veel aan de hand. Dat op het in februari 1999 georganiseerde congres ter gelegenheid van het 200-jarig bestaan van het Ministerie van Justitie het contractenrecht niet 'op de agenda' stond, was voor uw kroniekschrijver dan ook onbegrijpelijk.

Differentiatie in het verrijgingsrecht

11. Onder het verrijgingsrecht in brede zin versta ik zowel de actie uit onverschuldigde betaling als die uit ongerechtvaardigde verrijking. Op dat terrein waren de ontwikkelingen in de afgelopen vijf jaar stormachtig. Waar omtrent de zaakwaarneming - een schone slaapster, want ook haar toepassingsbereik is in potentie groot - weinig te doen was,⁶⁹ daar leken de overige bronnen van verbintenis van Titel 6.4 BW een ongekende expansieve kracht te vertonen. Schrage kon die ontwikkeling nog net samenvatten in zijn in 1998 verschenen monografie *Nieuw BW*.⁷⁰

Die expansie geldt in het bijzonder de actie op grond van ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW). Al kort voor 1997 was door de Hoge Raad een arrest gewezen waarin het college een ruim toepassingsbereik had gegeven aan art. 6:212,⁷¹ in 1997 werd die lijn voortgezet met *Setz/Brunings*.⁷² Dit geval was uitermate simpel: A verkoopt voor (afgerond) fl. 80.000,- een stuk grond aan B. De grond wordt nog niet geleverd aan B, maar B doet al wel enkele betalingen ten bedrage van de helft van de koopprijs. Daarop raakt B in betalingsmoeilijkheden en kan de andere helft van de koopprijs niet meer voldoen. A verkoopt de grond dan aan C voor fl. 40.000,-, waarop B een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking instelt jegens C voor fl. 40.000,-. De Hoge Raad acht deze actie - tot verrassing van vrijwel alle rechtsgeleerde schrijvers⁷³ - mogelijk. Verrassing omdat uit de uitspraak zelf niet blijkt van enig causaal verband tussen de verarming

⁶³ HR 25 juni 1999, RvdW 1999, 108 (Vriesshuizen).

⁶⁴ HR 27-11-1998, NJ 1999, 197 (De Bruin/Meiling).

⁶⁵ G.J.P. de Vries, *Recht op nakoming en op schadevergoeding en ontbinding wegens tekortkoming*, 2de dr. Deventer 1997.

⁶⁶ J.M. Smits, *Niet-nakoming*, *Ars Aequi* Cahier no. 7, Nijmegen 1997.

⁶⁷ A.J. Goedmakers, *Overmacht bij overeenkomst en onrechtmatige daad*, diss. Rotterdam 1998, Arnhem 1998.

⁶⁸ A.R. Bloembergen e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, 2de dr., Deventer 1998.

⁶⁹ Zaakwaarneming komt uiteraard aan de orde in de *Mon. Nieuw BW van Schrage* (zie onder), p. 3 v. P.F.A. Bierbooms, *Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid*, diss. Rotterdam 1997, Deventer 1997 bespreekt o.a. het kostenverhaal door de overheid op grond van zaakwaarneming.

⁷⁰ E.J.H. Schrage, *Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst*, *Mon. Nieuw BW* B-53, Deventer 1998.

⁷¹ HR 15 maart 1996, NJ 1997, 3 (Van der Tuuk Adriani/Batelaan), waarover Jac. Hijma, *AA* 1997, p. 102 v.

⁷² HR 27 juni 1997, NJ 1997, 719.

⁷³ Zie W.J. Zwalve, *Dubbele Verkoop en Ongerechtvaardigde Verrijking*, *WPNR* 6282 (1997), p. 585 v.; H.C.F. Schoordijk, *Ongerechtvaardigde verrijking in een drie-partijen-verhouding*, *NJB* 1997, p. 1749 v.; B.W.M. Nieskens-Isphording, *Een analyse van zes jaar ongerechtvaardigde verrijking*, *RMTh* 1998, p. 98 v.; E.F.D. Engelhard/G.E. van Maanen, *De vordering uit ongerechtvaardigde verrijking: geen billijkheidsactie! Het hek moet weer op de dam...*, *NTBR* 1998, p. 309 v.; zie ook M.W. Scheltema, *Dubbele verkoop en ongerechtvaardigde verrijking*, *NTBR* 1998, p. 26 v. Meer positief is J.B.M. Vranken, *De strijd om het nieuwe verrijgingsrecht*, *NJB* 1998, p. 1495 v.

van B (zo die al bestaat) en de verrijking van C. De Hoge Raad lijkt aldus aan de actie uit ongerechtvaardigde verrijking geen subsidiair karakter toe te kennen maar de actie te gebruiken zonder eerst - om met Schoordijk te spreken - het 'systeem af te tasten'; Zwolve rept zelfs van een 'nieuw speeltje' voor de Hoge Raad.⁷⁴ Engelhard en Van Maanen stellen dat de Hoge Raad aldus de concrete billijkheid benadrukt. Hiermee lijkt ook hier een hernieuwde oriëntering op de bronnen van verbintenis plaats te vinden: steeds minder zijn deze welomlijnde categorieën waaruit het bestaan van een actie in een concreet geval voortvloeit. Steeds meer wordt daarentegen buiten het systeem om een actie aangenomen, die dan *vooraf* gaat aan het systeem - zoals dat ook in de common law in beginsel gebeurt. In no. 12 wordt nog een voorbeeld van een dergelijke *pragmatische verbintenis* gegeven.⁷⁵ Hier ligt bewijs dat een hernieuwde differentiatie ook binnen het verrijktingsrecht plaatsvindt.

12. Ook de actie uit onverschuldigde betaling heeft een boven het klassieke systeem uitgaande toepassing verkregen in het arrest Ontvanger/Hamm.⁷⁶ De Ontvanger maakt (afgerond) fl. 12.000,- over naar de bankrekening van de gefailleerde Wolfson Informatica BV. Dit geschiedde bij vergissing, want het bedrag was eigenlijk bestemd voor een andere vennootschap (Wolfson Groep BV). Kan de curator dit bedrag als behorende tot de boedel beschouwen of kan de Ontvanger het met voorbijgaan aan alle andere crediteuren wegens onverschuldigde betaling terugvorderen? De Hoge Raad geeft de Nederlandse rechtspraak een lesje, doch dat is wederom een lesje dat grotendeels is gebaseerd op de billijkheid. Indien aan de schuldenaar vóór diens faillietverklaring een geldsom is betaald (bij vergissing of anderszins), heeft de betaler slechts een concurrente vordering. Geschiedt de betaling echter ná de faillietverklaring én is die het gevolg van een onmiskenbare vergissing (zoals in casu), dan handelt iemand in de positie van curator (die met alle gerechtvaardigde belangen rekening hoort te houden) betamelijk indien hij meewerkt aan het ongedaan maken van die vergissing. De 'redelijkheid' eist volgens de Hoge Raad dan ook dat aan degene die als gevolg van een onmiskenbare vergissing heeft betaald aan de curator, de hierdoor voor hem ontstane schade ex art. 6:212 wordt vergoed en wel zo spoedig mogelijk, zonder de afwikkeling van de boedel af te wachten en met voorbijgaan van aanspraken van andere boedelcrediteuren.

Ook deze toepassing is heftig bekritiseerd. Terra incognita noemt Schoordijk het verrijktingsrecht voor de Hoge Raad in zijn Amsterdamse afscheidsrede⁷⁷ en Scheltema⁷⁸ en Vriesendorp⁷⁹ zijn evenmin zeer gelukkig met de uitspraak. Niet alleen lijkt deze niet te passen in de Nederlandse dogmatiek, evenmin lijken argumenten van rechtvaardigheid te pleiten voor de uitspraak: de fiscus kan moeilijk als zwakke partij of 'zielig' worden betiteld en voor een doorbreking van de gelijkwaardigheid van schuldeisers is dan ook geen reden. Dat de Hoge Raad daartoe toch komt, is een inbreuk op het klassieke systeem en dus - indien wij er van uit mogen blijven gaan dat de Hoge Raad weet wat hij doet en beleid voert - ook een stap op weg naar hernieuwde differentiatie binnen het verrijktingsrecht.

De onverschuldigde betaling was de afgelopen drie jaar ook een dankbaar onderwerp voor rechtsgeleerde literatuur. Scheltema wijdde er zijn proefschrift aan. Dat werk - doorwrocht en beïnvloed door de Duitse doctrine lokte (zoals het hoort) de nodige kritiek uit. Het werk van

⁷⁴ W.J. Zwolve, Dubbele verkoop en ongerechtvaardigde verrijking, WPNR 6282 (1997), p. 585 v.

⁷⁵ Zie hiervoor J.M. Smits, Bronnen van verbintenis: over pragmatisme en de Anglicisering van het Nederlands verbintenissenrecht, R & R 1997, p. 213 v.

⁷⁶ HR 5 september 1997, NJ 1998, 437.

⁷⁷ H.C.F. Schoordijk, Onverschuldigde betaling aan de faillissementscurator, Deventer 1997, p. 16.

⁷⁸ M.W. Scheltema, Onverschuldigde betaling en faillissement, WPNR 6290 (1997), p. 764 v.

⁷⁹ R.D. Vriesendorp, AA 1999, p. 564 v.

Scheltema inspireerde Schoordijk zelfs tot het schrijven van een heel boek,⁸⁰ dat als niets minder dan een vervolg op zijn Amsterdamse dissertatie uit 1959 kan worden beschouwd. Zwolve⁸¹ en Nieskens⁸² wijdde minder uitgebreide recensies aan Scheltema's proefschrift. Cahen wijdde zijn Amsterdamse afscheidsrede ook aan de onverschuldigde betaling.⁸³ Winkel waagde zich aan de ongedaanmakingsverbintenissen van art. 6:210-211 BW (waarover tot op heden weinig geschreven werd) en kwalificeerde die als lelijke eenden in de privaatrechtelijke kweekvijver.⁸⁴

Europeanisering

13. De Europeanisering van het Nederlands privaatrecht rukte de afgelopen drie jaar verder op. Ik beperk mij hier in hoofdzaak tot het overeenkomstenrecht - inderdaad het terrein van het algemeen privaatrecht waar de Europese invloed het grootst lijkt - en tot de invloed in Nederland. Het verrijktingsrecht Europeaniseert in mindere mate. Hieronder komen achtereenvolgens enkele Richtlijnen (no. 14) en Nederlandse literatuur (no. 15) aan de orde. Dat geschiedt vanwege ruimtegebrek minder uitgebreid dan de tendens der differentiatie aan de orde kon komen.

14. Reeds aangegeven is dat de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten van 1993 een wetsvoorstel heeft uitgelokt dat de codificatie van de contra proferentem-regel in art. 6:238 ten doel heeft (zie no. 6). Ook op het terrein van de consumentenkoop ligt de Richtlijn inzake de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen⁸⁵ die voor 1 januari 2002 moet worden geïmplementeerd. De Richtlijn biedt harmonisatie op het terrein van acties bij non-conformiteit bij consumentenkoop.

Nog slechts in ontwerp-vorm zijn de Richtlijn Transacties op afstand van 20 mei 1997 (97/7) en de Richtlijn inzake elektronische handel (*e-commerce*) (7015/99). Van de eerste bevat art. 6 een dwingendrechtelijk herroepingsrecht van de consument van tenminste 7 werkdagen na de ontvangst van het produkt.⁸⁶ De laatste heeft reeds het nodige commentaar uitgelokt: het sluiten van de overeenkomst langs elektronische weg is volgens de ontwerp-Richtlijn vormvrij mogelijk tenzij het gaat om overeenkomsten waarbij tussenkomst van de notaris vereist is. De naar Nederlands recht bestaande formaliteiten bij o.a. huurkoop worden daarmee aangetast.⁸⁷ Negatief is dat mijns inziens niet: het is een typisch voorbeeld van hoe het Europees privaatrecht een nationale rechtsorde penetreert en bewust maakt van de toevalligheid van bepaalde nationale oplossingen. Ontwijken van via Europese Richtlijnen geïmplementeerd nationaal recht door rechtskeuze lijkt in dat verband dan ook ongewenst. Joustra wijdde daaraan een opstel.⁸⁸

15. Een minstens zo belangrijke methode van privaatrechtseenwording in Europa als via Richtlijnen wordt gevormd door de bewustmaking van de Nederlandse jurist van de aanwezigheid

⁸⁰ H.C.F. Schoordijk, *Onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking bij zogenaamde driehoeksverhoudingen*, Deventer 1999. Eerder recenseerde Schoordijk het boek van Scheltema in WPNR 6350 (1999), p. 207 v.

⁸¹ W.J. Zwolve, *RMTh* 1998, p. 206 v.

⁸² B.W.M. Nieskens-Isphording, *NTBR* 1998, p. 239 v.

⁸³ J.L.P. Cahen, *Langs Werkplaatsen van Onverschuldigde betaling*, Deventer 1997.

⁸⁴ L.C. Winkel, *De verbintenis tot ongedaanmaking ex BW 6:210-211: een lelijke eend in de privaatrechtelijke kweekvijver*, in: *Miscellanea*, p. 461 v.

⁸⁵ 1999/44; Pb. EG 1999 L 171/12.

⁸⁶ Zie daarover C.E. Drion, *Kroniek Vermogensrecht*, *NJB* 1999, p. 1457.

⁸⁷ Zie C.E. Drion, *Kroniek Vermogensrecht*, *NJB* 1999, p. 1458; C. Stuurman, *E-commerce: what's new?*, *Computerrecht* 1999, p. 99 v.; H. Hijmans/J. Roording, *Juridische aspecten van elektronische handel: de ontwerp-richtlijn*, *Mediaforum* 1999, p. 136 v.

⁸⁸ C. Joustra, *Europese richtlijnen en internationaal privaatrecht*, WPNR 6370 (1999), p. 664 v. Eerder promoveerde zij in de verslagperiode op *De internationale consumentenovereenkomst*, diss. Utrecht 1997, Deventer 1997.

van buitenlandse rechtspraak en rechtsliteratuur waarvan hij op vruchtbare wijze gebruik kan maken bij het oplossen van nationale rechtsvragen.⁸⁹ Het toegankelijk maken van dat buitenlandse recht geschiedt in Nederland gelukkig op steeds ruimere schaal. Behalve de kronieken Algemeen van Hondius in dit tijdschrift, kent het WPNR een rubriek *Van de buitenlandse leestafel*,⁹⁰ en wordt in steeds meer boeken en artikelen op ruime schaal aandacht besteed aan het recht in andere landen. Duinkerken wijdde onlangs een bijdrage aan de notaris (en het recht) in het gemengde rechtsstelsels van Saint Lucia (nabij Barbados);⁹¹ ook aandacht voor gemengde rechtsstelsels is er in het pas verschenen meer omvattende boek van Smits over Europees privaatrecht.⁹² Reuder besprak de hoofdlijnen van het Zwitsers vermogensrecht,⁹³ Flines van het Italiaans privaatrecht⁹⁴ en van Bertrams en Van der Velden verscheen de tweede druk van hun boek over (onder meer) het Weens Koopverdrag, een van de weinige verdragen op het vlak van materieel vermogensrecht.⁹⁵ In de reeds genoemde boeken van Hammerstein en Vranken, van Du Perron, van Scheltema en van Schoordijk is de aandacht voor met name Duits en Engels recht groot. Goedmakers bespreekt vooral Frans recht. Vanuit Utrecht werd de reeks Europees privaatrecht verfraaid met enkele nieuwe delen.⁹⁶

Aparte aandacht verdient het proefschrift van M.W. Hesselink die in 1999 te Utrecht promoveerde op *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*.⁹⁷ Hesselink bespreekt daarin voor een groot aantal Europese landen de plaats die de redelijkheid en billijkheid er inneemt. Het werk biedt beschrijvingen van grote delen van het contractenrecht van onder meer Frankrijk, Duitsland, Engeland en Italië. Daarnaast wordt een eigen opvatting verdedigd die kortweg inhoudt dat verschillen in Europa ten aanzien van de plaats van de redelijkheid en billijkheid geen obstakel zijn voor Europese eenwording mits maar de 'werkelijke' functie van de redelijkheid en billijkheid wordt erkend: deze is volgens hem een 'spreekbuis' voor nieuwe regels, een handvat voor de rechter om nieuw recht te vormen. Dat de rechtsvormende taak van de rechter gelijk staat aan deze functie van de redelijkheid en billijkheid (en de laatste niet in de eerste plaats een norm is voor de burgers zelf), is reeds scherp bekritiseerd door Van Schilf-gaarde⁹⁸ en door Dalhuisen.⁹⁹ Ook Snijders mengde zich in het debat.¹⁰⁰

Afsluitende opmerking

16. In het voorafgaande werd de ontwikkeling in het algemeen contractenrecht en verrijgingsrecht geplaatst in de sleutel van differentiatie en Europeanisering. Gekozen had ook kunnen worden voor een signaleren van andere tendenzen, maar schrijver dezes wenste de in zijn ogen ook *gewenste* ontwikkelingen te signaleren. Op de drempel van een nieuwe eeuw lijkt het afscheid van het privaatrecht zoals wij het tot nu toe kennen aanstaande. Van de ene dag op de andere gaat dat niet, maar als de tendenzen niet bedriegen, moet een groot deel van ons 'klassieke' én

⁸⁹ Zie daarover H.C.F. Schoordijk/J.M. Smits, *Heden, Verleden en Toekomst van het Privaatrecht*, AA 1999, p. 800 v. en voor een toepassing op rechtsdwaling J.M. Smits, *De verrijgingsactie in geval van rechtsdwaling in Engeland, Nederland en Europa*, WPNR 6375 (1999), p. 765 v.

⁹⁰ Zie H.C.F. Schoordijk, WPNR 6332 (1998), p. 671 v. en J.B.M. Vranken, WPNR 6346 (1999), p. 137 v.

⁹¹ B. Duinkerken, *Juridische enigma's in de tropen*, WPNR 6372 (1999), p. 718 v.

⁹² J.M. Smits, *Europees privaatrecht in wording*, Antwerpen/Groningen 1999.

⁹³ Isette C. Reuder, *Hoofdlijnen van het Zwitserse vermogensrecht*, NTBR 1997, p. 189 v.

⁹⁴ J.G.F. Flines, *Recente ontwikkelingen in het Italiaanse privaatrecht*, NTBR 1998, p. 37 v.

⁹⁵ R.I.V.F. Bertrams/F.J.A. van der Velden, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, 2de dr., Deventer 1999.

⁹⁶ *Europees privaatrecht 1997 en 1998* (resp. Molengrafica no. 10 en no. 11).

⁹⁷ *Diss. Utrecht 1999, Deventer 1999*. Zie ook dez., *De redelijkheid en billijkheid in het Europees privaatrecht*, AA 1999, p. 787 v.

⁹⁸ P. van Schilf-gaarde, *Deel 4 van Hesselink*, WPNR 6377 (1999), p. 811 v.

⁹⁹ J.H. Dalhuisen, *RMTh 1999*, p. 332 v.

¹⁰⁰ W. Snijders, WPNR 6376 (1999), p. 792 v.

nationale privaatrecht plaatsmaken voor een op nieuwe onderscheidingen gebaseerd en Europees privaatrecht. De nieuwe eeuw belooft ook in dat opzicht fascinerend te worden.