



11e druk

Mr. A.L. Croes

PRIVAATRECHT VASTGOED

Wolters
Noordhoff



Makelaardij
&
Vastgoed

Privaatrecht vastgoed



Privaatrecht vastgoed

Mr. A.L. Croes

Elfde druk

Wolters-Noordhoff Groningen/Houten

Voor Ingrid en Maaïke

Ontwerp omslag: Dorèl en anderen, Groningen

Omslagillustratie: Di>ja

Eventuele op- en aanmerkingen over deze of andere uitgaven kunt u richten aan:
Wolters-Noordhoff bv, Afdeling Hoger Onderwijs, Antwoordnummer 13, 9700 VB
Groningen, email: info@wolters.nl

0 1 2 3 4 5 / 12 11 10 09 08

© 2008 mr. A.L. Croes, Bergen NH.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor verschuldigde vergoedingen te voldoen aan Stichting Reprorecht (postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/reprorecht). Voor het overnemen van korte gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro). Voor het overnemen van niet-korte gedeelte(n) dient men zich rechtstreeks te wenden tot de uitgever.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording, or otherwise, without the prior written permission of the publisher.

ISBN (ebook) 978-90-01-84862-0

ISBN 978-90-01-00010-3

NUR 822

Woord vooraf bij de elfde druk

Tussen de eerste en de elfde druk van *Privaatrecht vastgoed* ligt een tijdsbestek van ongeveer dertig jaar. In deze periode is in het privaatrecht veel veranderd en is het aantal bladzijden van het boek bijna verdubbeld. Twee constanten zijn gebleven:

- 1 wat ik noem de paradox van het privaatrecht; en
- 2 mijn in het eerste woord vooraf geuite wens, dat de gebruiker op een plezierige manier de nodige kennis van het privaatrecht vergaart en na het examen zonder aversie tegen de kennis van het recht zijn weg weet te vinden in de praktijk.

Met de paradox van het privaatrecht bedoel ik het volgende. De belangstelling van veel niet-juristen voor dit deel van het recht is minimaal. Zij zien het als dor, saai en oninteressant, kortom als een brei van juridische weetjes en voer voor letterknechten. Spreken zij over het recht, dan betreft het meestal het strafrecht. De paradox is, dat we van de wieg tot het graf te maken hebben met het civiele of privaatrecht: aangifte van geboorte, huwelijk, echtscheiding, erfrecht, het dagelijks sluiten van overeenkomsten als koop en levering, burenrrecht, onrechtmatige daad enzovoort. Het aantal keren dat de gemiddelde Nederlander in aanmerking komt met het strafrecht is daarbij vergeleken bijna te verwaarlozen.

Ik hoop dat de elfde druk nog steeds voldoet aan mijn streven het privaatrecht weer te geven op een wijze die de belangstelling voor dit deel van het recht enigszins vergroot en levendig houdt. Sommige passages kunnen wel eens noodzaken tot meer dan eens lezen, voordat men begrijpt wat de wetgever, rechter of schrijver nu precies bedoelt. Dat kan toe te schrijven zijn aan het noodzakelijke gebruik van vaktaal. Elk vak vertoont dit probleem. Wanneer ik mijn computer afsluit, moet ik op de toets start drukken. Het is niet simpel om uit te leggen, hoe je met een start tot een eind komt. Dat de Engelstalige ontwerper van het computerprogramma is uitgegaan van het Nederlandse gezegde: dit is het begin van het einde, is niet waarschijnlijk.

Tot slot een woord van dank aan mijn echtgenote, die voor alle drukken haar bijdrage heeft geleverd van het verzamelen van nieuwe wetgeving en rechtspraak tot en met het nazien van de drukproeven.

Bergen NH, 6 september 2007
Mr. A.L. Croes

Inhoud

Studiewijzer 19

- 1 Inleiding 21**
 - 1.1 Enige onderscheidingen in het recht 23
 - 1.2 Rechtsbronnen 27
 - 1.2.1 De wet 27
 - 1.2.2 Het verdrag 30
 - 1.2.3 De jurisprudentie en de rechtswetenschap 31
 - 1.2.4 De gewoonte 34
 - 1.3 Enkele rechtstermen in het privaatrecht 34

- 2 Het personen- en familierecht 37**
 - 2.1 Inleiding 37
 - 2.2 Naamrecht en woonplaats 39
 - 2.2.1 Naam van het kind 39
 - 2.2.2 Naam van echtgenoten en geregistreerde partners 40
 - 2.2.3 Woonplaats 40
 - 2.3 Afstamming 41
 - 2.3.1 Erkenning 41
 - 2.3.2 Gerechtelijke vaststelling van het vaderschap 42
 - 2.3.3 Ontkenning van het vaderschap 43
 - 2.4 Adoptie 43
 - 2.5 Handelingsonbekwaamheid 44
 - 2.6 Minderjarigheid, curatele, beschermingsbewind en mentorschap 45
 - 2.6.1 Het gezag over minderjarigen 45
 - 2.6.2 Minderjarigheid 45
 - 2.6.3 Ondercuratelestelling 47
 - 2.6.4 Het beschermingsbewind en het mentorschap 50
 - 2.6.5 Hoe weet men of iemand handelingsonbekwaam is? 52
 - 2.6.6 Enkele opmerkingen over de bevoegdheden van ouders, voogden en curators 52
 - 2.7 Samenlevingsvormen 54
 - 2.8 De niet wettelijk geregelde samenlevingsvormen 55
 - 2.9 Het huwelijk 56
 - 2.9.1 Vereisten voor het aangaan van een huwelijk en huwelijksbeletselen 56
 - 2.9.2 Stuiting en nietigverklaring van een huwelijk 57
 - 2.9.3 De huwelijksluiting 58
 - 2.9.4 Rechten en plichten van echtgenoten 58
 - 2.10 Het geregistreerde partnerschap 60
 - 2.10.1 De voornaamste overeenkomsten met het huwelijk 60
 - 2.10.2 De voornaamste verschillen met het huwelijk 60
 - 2.10.3 De specifieke bepalingen betreffende het geregistreerde partnerschap 61
 - 2.11 Het huwelijksvermogensrecht 62
 - 2.11.1 De gemeenschap van goederen 62
 - 2.11.2 Huwelijksvoorwaarden 66
 - 2.12 Enkele wettelijke bepalingen die het onderscheid tussen de wettelijke gemeenschap van goederen en huwelijksvoorwaarden doorkruisen 75
 - 2.12.1 Gezinsbeschermende bepalingen 75
 - 2.12.2 De opheffing van de aansprakelijkheid ex art. 85; de opheffing en de afstand van de gemeenschap 78

- 2.13 Echtscheiding, scheiding van tafel en bed 79
- 2.13.1 Onderhouds- of alimentatieverplichtingen 81

- 3 Vermogensrecht in het algemeen; goederen en registers 85**
- 3.1 Inleiding 85
- 3.2 Inschrijving betreffende registergoederen 92
- 3.3 Feiten die zich voor inschrijving lenen 94
- 3.4 Lijdelijkheid van de bewaarder 94
- 3.5 Rangorde van de inschrijvingen 95
- 3.6 Doorhaling en waardeeloosheid van de inschrijving 95
- 3.7 Bescherming van de derde te goeder trouw 95

- 4 Rechtshandeling en volmacht 97**
- 4.1 Inleiding 97
- 4.2 De rechtshandeling 97
- 4.3 De rechtshandeling van de handelingsonbekwame en de feitelijk handelingsonbekwame 98
- 4.4 Nog een toepassing van het vertrouwensbeginsel 100
- 4.5 Vorm, werking, risico en intrekking van verklaringen (art. 37 Boek 3 BW) 101
- 4.6 Rechtshandelingen onder tijdsbepaling en onder voorwaarde 102
- 4.7 Nietigheden en vernietigbaarheden 103
- 4.7.1 Nietigheid 103
- 4.7.2 Vernietigbaarheid 106
- 4.8 Wilsgebreken 106
- 4.8.1 Bedreiging 107
- 4.8.2 Bedrog 107
- 4.8.3 Misbruik van omstandigheden 107
- 4.8.4 Dwaling 108
- 4.9 De Pauliana 112
- 4.10 De volmacht 115
- 4.10.1 Onbevoegde vertegenwoordiging 116
- 4.10.2 Handelen namens een nader te noemen meester en 'Selbsteintritt' 118
- 4.10.3 Einde van de volmacht 119

- 5 Houderschap en bezit, verkrijging en verlies van goederen 121**
- 5.1 Inleiding 121
- 5.2 Houderschap en bezit 122
- 5.2.1 Houderschap 122
- 5.2.2 Bezit 123
- 5.2.3 Onmiddellijk en middellijk bezit en houderschap 123
- 5.2.4 Bezit te goeder trouw en bezit te kwader trouw 123
- 5.2.5 De processuele functie van het bezit 124
- 5.2.6 Samenvatting van de functies van het bezit en de verschillen tussen bezit te goeder trouw en te kwader trouw 125
- 5.2.7 Bezitsverkrijging 125
- 5.2.8 Bezitsverlies 127
- 5.3 Verkrijging en verlies van goederen 127
- 5.3.1 Overdracht van goederen 128
- 5.3.2 Levering 129
- 5.3.3 De verschillende leveringsvormen 131
- 5.3.4 Nadere uitwerking van de leveringsvormen 132
- 5.3.5 De wettelijke begrenzing van het eigendomsvoorbehoud 134
- 5.3.6 Levering van toekomstige goederen 135
- 5.3.7 Bescherming van de derde te goeder trouw tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder 135

- 5.3.8 Vestiging, overdracht en tenietgaan van beperkte rechten 138
- 5.3.9 Verrijking en verlies door verjaring 140

- 6 Gemeenschap en vruchtgebruik 143**
- 6.1 Inleiding 143
- 6.2 Gemeenschap 144
 - 6.2.1 Schematische weergave van de soorten gemeenschap in het BW 144
 - 6.2.2 Nadere uitwerking van de verschillende soorten gemeenschap 144
 - 6.2.3 De algemene regels voor de gemeenschap 145
 - 6.2.4 De speciale regels voor de bijzondere gemeenschappen 147
 - 6.2.5 Nietige en vernietigbare verdelingen 148
- 6.3 Vruchtgebruik 150
 - 6.3.1 Ontstaan en duur van het vruchtgebruik 150
 - 6.3.2 Veiligstellen van de rechten van de hoofdgerechtigde 150
 - 6.3.3 De belangrijkste bevoegdheden van de vruchtgebruiker 151
 - 6.3.4 De verplichtingen van de vruchtgebruiker 152
 - 6.3.5 De rechten van gebruik en van bewoning 152

- 7 Verhaalsrecht op goederen 155**
- 7.1 Inleiding 155
- 7.2 Aansprakelijkheid met het gehele vermogen en gelijkheid van de schuldeisers 155
- 7.3 Ongelijkheid van crediteuren 156
- 7.4 De voorrechten 157
- 7.5 Het retentierecht 159

- 8 Pand en hypotheek 163**
- 8.1 Inleiding 163
- 8.2 Definitie van pand en hypotheek 164
- 8.3 Derdenpand of -hypotheek 165
- 8.4 Het onderscheid 'waarvoor' en 'waarop' men pand en hypotheek vestigt 166
- 8.5 Het pandrecht 167
 - 8.5.1 De vestiging van het vuistpandrecht 168
 - 8.5.2 De vestiging van het bezitloos of stil pandrecht 168
 - 8.5.3 De bevoegdheden van de pandhouder 168
 - 8.5.4 Beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever 171
 - 8.5.5 Einde van het pandrecht 172
 - 8.5.6 Samenloopproblematiek 173
 - 8.5.7 Samenvatting van het pandrecht 173
- 8.6 Het hypotheekrecht 174
 - 8.6.1 De vestiging van hypotheek 174
 - 8.6.2 Het huurbeding en het pachtbeding 176
 - 8.6.3 De bedingen van niet-verandering, beheer en ontruiming 179
 - 8.6.4 De bevoegdheden van de hypotheekhouder 180
 - 8.6.5 Einde van het hypotheekrecht en doorhaling 183
 - 8.6.6 Samenvatting van het hypotheekrecht 184

- 9 Rechtsvorderingen 185**
- 9.1 Inleiding 185
- 9.2 De vordering tot nakoming 185
- 9.3 Botsende rechten 186
- 9.4 Reële executie 186
- 9.5 De bevrijdende verjaring 188

- 10 Erfrecht 191**
- 10.1 Inleiding 191
- 10.2 Terminologie 192

- 10.3 Personen die niet kunnen erven 193
- 10.4 Het erfrecht bij versterf of ab-intestaaterrecht 195
 - 10.4.1 Het nieuwe erfrecht bij versterf 195
 - 10.4.2 Verdeling van de erfgenamen in groepen 198
 - 10.4.3 De omvang van ieders erfdeel 199
 - 10.4.4 Het erfrechtelijke vruchtgebruik 201
 - 10.4.5 Boedelbeschrijving 202
 - 10.4.6 Onenigheid over de waarde van de geldvorderingen van de kinderen en over de waarde van over te dragen goederen 202
 - 10.4.7 Nog enkele specifieke rechten van de langstlevende echtgenoot 204
 - 10.4.8 Som ineens en uitgesteld loon voor kinderen 206
 - 10.4.9 Voortzetting van het door de erflater voortgezette beroep of bedrijf 207
- 10.5 Het testamentaire erfrecht 207
 - 10.5.1 De verschillende testamentvormen 208
 - 10.5.2 Misbruik van omstandigheden 210
 - 10.5.3 De legitieme portie 211
 - 10.5.4 Inbreng en inkorting 212
 - 10.5.5 Verblijvingsbedingen en overnemingsbedingen 213
- 10.6 Het aanvaarden en verwerpen van erfenissen 215
- 10.7 De verdeling 216
- 10.8 De executeur-testamentair 216
- 10.9 Het bewind 217

- 11 Het zakenrecht 219**
 - 11.1 Inleiding 219
 - 11.2 Eigendom 220
 - 11.2.1 Eigendom van roerende zaken 220
 - 11.2.2 Eigendom van onroerende zaken 222
 - 11.3 Burenrecht 224
 - 11.4 Mandeligheid 230
 - 11.5 Erfdienstbaarheden 231
 - 11.6 Erfpacht 234
 - 11.6.1 Inleiding 234
 - 11.6.2 Ontstaan, overdracht en einde van het erfpachtrecht 234
 - 11.6.3 Bevoegdheden en verplichtingen van de erfpachter 236
 - 11.7 Het opstalrecht 238
 - 11.7.1 Inleiding 238
 - 11.7.2 Ontstaan, overdracht en einde van het opstalrecht 239
 - 11.8 Het recht van appartement 239
 - 11.8.1 De coöperatieve woonvereniging 248

- 12 Algemeen deel van het verbintenissenrecht 251**
 - 12.1 Inleiding 251
 - 12.2 Verbintenis en natuurlijke verbintenis 251
 - 12.2.1 Bronnen van verbintenissen 253
 - 12.2.2 Redelijkheid en billijkheid 254
 - 12.2.3 Rechtsverwerking 255
 - 12.3 Enkele onderscheidingen van verbintenissen 256
 - 12.4 Nakoming van verbintenissen 261
 - 12.4.1 Verbintenissen tot betaling van een geldsom 263
 - 12.5 Opschortingsrechten 264
 - 12.5.1 Inleiding 264
 - 12.5.2 Het samenhangvereiste 265
 - 12.5.3 Falend beroep op opschorting 265
 - 12.6 Schuldeisersverzuim en crediteurovermacht 266
 - 12.7 Niet-nakoming 268

- 12.7.1 Inleiding 268
- 12.7.2 Wanprestatie 268
- 12.7.3 Overmacht 274
- 12.7.4 Schadevergoeding 274
- 12.7.5 Verrekening 279
- 12.7.6 Subrogatie 281
- 12.7.7 Schuld- en contractoverneming 281
- 12.7.8 Afstand en vermenging 282

13 Verbintenissen uit de wet en uit overeenkomst 285

- 13.1 Inleiding 285
- 13.2 De onrechtmatige daad 285
- 13.3 Bijzondere vormen van aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden 288
- 13.4 Groepsaansprakelijkheid 288
- 13.5 Aansprakelijkheid voor personen 288
 - 13.5.1 Aansprakelijkheid voor kinderen 289
 - 13.5.2 Aansprakelijkheid voor ondergeschikten 290
 - 13.5.3 Aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikten 291
 - 13.5.4 Aansprakelijkheid voor vertegenwoordigers 292
- 13.6 Aansprakelijkheid voor zaken 292
 - 13.6.1 Aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken 293
 - 13.6.2 Aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen 293
 - 13.6.3 Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen 294
 - 13.6.4 Aansprakelijkheid voor stortplaatsen 295
 - 13.6.5 Aansprakelijkheid voor boorgaten 295
 - 13.6.6 Aansprakelijkheid voor dieren 295
- 13.7 De productenaansprakelijkheid 296
- 13.8 Misleidende en vergelijkende reclame 297
- 13.9 De zaakwaarneming 298
- 13.10 De onverschuldigde betaling 299
- 13.11 De ongerechtvaardigde verrijking 300
- 13.12 De overeenkomst 300
 - 13.12.1 Inleiding 300
 - 13.12.2 Onderscheiding in overeenkomsten 301
 - 13.12.3 Totstandkoming van overeenkomsten 303
 - 13.12.4 Standaardregelingen en algemene voorwaarden 307
 - 13.12.5 Rechtsgevolgen van overeenkomsten 311
 - 13.12.6 Kwalitatieve rechten en verplichtingen 313
 - 13.12.7 Derdenbeding 315
 - 13.12.8 Blokkering van de paardensprong 315
 - 13.12.9 De imprévision of onvoorziene omstandigheden 316
 - 13.12.10 De wederkerige overeenkomst 318

14 De koopovereenkomst 321

- 14.1 Inleiding 321
- 14.2 De 'gewone' koopovereenkomst 322
 - 14.2.1 Verplichtingen van de verkoper 324
 - 14.2.2 Verplichtingen van de koper 329
 - 14.2.3 Opschortingsrecht 330
 - 14.2.4 Het recht van reclame 330
 - 14.2.5 Risico 332
- 14.3 Consumentenkoop van roerende zaken 333
 - 14.3.1 Definitie consumentenkoop van roerende zaken 333
 - 14.3.2 Vindplaatsen van de regels voor consumentenkoop van roerende zaken 333
 - 14.3.3 Bepalingen voor consumentenkoop van roerende zaken die afwijken van de gewone regels voor koop 334

- 14.3.4 De consumentenbepalingen afzonderlijk bezien 334
- 14.4 Koop van onroerende zaken 339
 - 14.4.1 Consumentenkoop van onroerende zaken 339
 - 14.4.2 Koppeling met aanneming van werk 341
 - 14.4.3 Vormmerkung 341
- 14.5 Koop op afbetaling en huurkoop van roerende zaken en rechten op die zaken 343
 - 14.5.1 Definitie koop op afbetaling 343
 - 14.5.2 Verschil tussen koop op afbetaling en huurkoop 344
 - 14.5.3 Vormvoorschrift bij huurkoop 345
- 14.6 Huurkoop van onroerende zaken 346
 - 14.6.1 Reden voor een wettelijke regeling 346
 - 14.6.2 Definitie huurkoop van onroerende zaken 346
 - 14.6.3 Tot stand komen van huurkoop van onroerende zaken 347
 - 14.6.4 Inschrijvingen betreffende de huurkoop van onroerende zaken in de openbare registers 347
 - 14.6.5 Gevolgen van een niet bij authentieke akte tot stand gekomen huurkoop 348
 - 14.6.6 Invloed van de rechter op de huurkoopovereenkomst 348
 - 14.6.7 Tekortschieten van de huurkoper 348
- 14.7 Koop van rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken 349
 - 14.7.1 Het wettelijke begrip 'timesharing' en de strekkingsbepaling 349
 - 14.7.2 De wettelijke bescherming van de koper van timesharing 351
 - 14.7.3 Sanctie op het niet-nakomen van een of meer wettelijke voorschriften 352
 - 14.7.4 Bedenktijd en wijze van ontbinding 352
 - 14.7.5 Geen vooruitbetaling gedurende de bedenktijd 353
 - 14.7.6 Gevolgen van ontbinding van de koop voor de daarmee samenhangende financieringsovereenkomst 353
 - 14.7.7 De taal van de koopakte 354
 - 14.7.8 Een extra vangnet voor de consument 354
- 14.8 Overeenkomsten op afstand 355

- 15 De huurovereenkomst 357**
 - 15.1 Huur in het BW 357
 - 15.2 De huurovereenkomst 358
 - 15.3 De verplichtingen van de verhuurder 359
 - 15.3.1 Hoofdverplichting van de verhuurder 359
 - 15.3.2 Verdere verplichtingen van de verhuurder 359
 - 15.3.3 Ontbinding wegens een gebrek 362
 - 15.4 De verplichtingen van de huurder 364
 - 15.4.1 Hoofdverplichting van de huurder 364
 - 15.4.2 Verdere verplichtingen van de huurder 364
 - 15.4.3 Gebruik conform de huurovereenkomst 365
 - 15.4.4 Veranderingen van inrichting of gedaante 365
 - 15.4.5 Wegbrekingsrecht 366
 - 15.4.6 Aansprakelijkheid van de huurder 367
 - 15.4.7 Dringende werkzaamheden en renovatie 368
 - 15.4.8 Waarschuwingsplicht van de huurder 369
 - 15.4.9 Medewerking aan verkoop of verhuur 369
 - 15.4.10 Onderhuur en wederverhuur 370
 - 15.5 Het einde van de huur 370
 - 15.5.1 Einde van de huur in het algemeen 370
 - 15.5.2 Einde van de huur van woon- en bedrijfsruimte 371
 - 15.5.3 Vererving van de verhuurde zaak 371
 - 15.5.4 Vervreemding van de verhuurde zaak 373
 - 15.5.5 Ontbinding wegens wanprestatie 374
 - 15.6 De bijzondere regels voor de huur van woonruimte 375
 - 15.6.1 Inleiding 375

- 15.6.2 Toepasselijkheid afdeling 5 van titel 4 (Huur van woonruimte) 378
- 15.6.3 Bescherming van de huurder als economisch zwakkere partij 379
- 15.6.4 Verboden wederverhuur en onderhuur 380
- 15.7 De huurprijzen en andere vergoedingen bij de huur van woonruimte 381
- 15.7.1 Inleiding 381
- 15.7.2 De huurprijs van woonruimte 381
- 15.7.3 Wijzigingen van de huurprijs 382
- 15.7.4 De huurprijs van de voor een gehandicapte aangepaste woning 387
- 15.7.5 De huurprijs van de onbewoonbaar verklaarde woning 387
- 15.7.6 Andere vergoedingen 388
- 15.7.7 Slotbepalingen bij de huurprijzen en andere vergoedingen van woonruimte 389
- 15.8 De medehuur bij de huur van woonruimte 391
- 15.8.1 De huurder is niet altijd alleen 391
- 15.8.2 Echtgenoten en geregistreeerde partners 391
- 15.8.3 Medehuurderschap en einde van de huur 393
- 15.8.4 Andere medehuurders 393
- 15.8.5 Overlijden van de huurder 395
- 15.8.6 Andere samenwonenden 396
- 15.8.7 Leidt samen huren tot medehuur? 398
- 15.9 De positie van de onderhuurder bij de huur van woonruimte 399
- 15.9.1 Kamerverhuur 401
- 15.10 De woningruil 402
- 15.11 Het einde van de huur van woonruimte 402
- 15.11.1 Opzegging 402
- 15.11.2 Opzeggingstermijnen 405
- 15.11.3 Opzeggingsgronden voor de verhuurder 406
- 15.11.4 Opzeggingsgronden voor de huurder 412
- 15.11.5 Slotartikel van afdeling 5 412
- 15.12 De huur van bedrijfsruimte 413
- 15.12.1 Definitie bedrijfsruimte 413
- 15.12.2 De duur van de huur van bedrijfsruimte 415
- 15.12.3 De huuropzegging betreffende bedrijfsruimte 418
- 15.12.4 De opzeggingsgronden 420
- 15.12.5 De samenhang tussen art. 221, 229 lid 1, 229 lid 2 jo. 302 en 307 Boek 7 BW 423
- 15.12.6 De rol van de kantonrechter 424
- 15.12.7 De huurprijsvaststelling door de kantonrechter 425
- 15.12.8 Overige bepalingen 427
- 15.13 De bijzondere regels voor de huur van niet-art. 290-bedrijfsruimte 429
- 15.13.1 Wat voorafging 429
- 15.13.2 Huur van andere onroerende zaken 430
- 15.13.3 Ontruimingsbescherming 430
- 15.14 Enkele aanverwante wetten 433
- 15.14.1 Uitvoeringswet huurprijzen woonruimte 433
- 15.14.2 Tijdelijke verhuur overeenkomstig de Leegstandwet 433
- 15.14.3 Wet op het overleg huurders/verhuurder 435

- 16 De overeenkomst van leasing 439**
- 16.1 Definitie en soorten 439
- 16.2 Leasing van onroerende zaken 440
- 16.3 Leasing en het fiduciaverbod 442
- 16.3.1 Standpunt van de Hoge Raad 443

- 17 De pachtovereenkomst 445**
- 17.1 Inleiding 445
- 17.2 Kenmerken van de pachtovereenkomst 446
- 17.2.1 Definitie pachtovereenkomst 446

- 17.2.2 Pachtprijs 447
- 17.2.3 Wijziging van de pachtprijs 448
- 17.3 Het aangaan, wijzigen en beëindigen van de pachtovereenkomst 449
 - 17.3.1 Het aangaan van de pachtovereenkomst 449
 - 17.3.2 Het wijzigen en beëindigen van de pachtovereenkomst 451
 - 17.3.3 Einde van de pacht 451
 - 17.3.4 Opzegging 452
 - 17.3.5 Rechterlijke ontbinding 452
 - 17.3.6 Het wijzigen van andere bepalingen dan die met betrekking tot de pachtprijs 453
 - 17.3.7 Duur van de pachtovereenkomst 453
 - 17.3.8 Verkoop van het verpachte en dood van pachter of verpachter 453
- 17.4 Pachtbeding in een hypotheekovereenkomst 454
- 17.5 Pacht of erfpacht? 454
- 17.6 Kan de erfpachter verpachten? 455
- 17.7 Dwingend recht en geliberaliseerde pacht 455
- 17.8 Verschil tussen pachtkamer en grondkamer 456
- 17.9 De verplichtingen uit de pachtovereenkomst 456
 - 17.9.1 Verplichtingen van de verpachter 456
 - 17.9.2 Verplichtingen van de pachter 462
- 17.10 Wijzigingen van andere bepalingen dan die met betrekking tot de pachtprijs 463
- 17.11 Medepachters en overname van de pacht 463
- 17.12 Bepalingen van algemene aard en bijzondere bepalingen met betrekking tot verpachting door openbare lichamen 465
 - 17.12.1 Bepalingen van algemene aard 465
 - 17.12.2 Verpachting door openbare lichamen 465
- 17.13 Zetboeren 466
- 17.14 Reservaten 467

18 De arbeidsovereenkomst 469

- 18.1 Inleiding 469
- 18.2 Definitie en vindplaatsen 470
- 18.3 Vorm van de arbeidsovereenkomst 473
- 18.4 De arbeidsovereenkomst met een minderjarige 475
 - 18.4.1 Het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst met een minderjarige 476
- 18.5 Duur van de arbeidsovereenkomst 476
 - 18.5.1 De arbeidsovereenkomst met een proeftijd 476
- 18.6 Einde van de arbeidsovereenkomst 477
 - 18.6.1 Einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd 478
 - 18.6.2 Einde van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd 478
- 18.7 Opzegtermijn 478
 - 18.7.1 Uitzonderingen met betrekking tot de opzegtermijn 479
- 18.8 Het verboden einde van de arbeidsovereenkomst 481
- 18.9 Het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 482
- 18.10 Ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter 483
- 18.11 Wettelijke rem op fragmentatie 484
- 18.12 Verplichtingen van werkgever en werknemer 485
 - 18.12.1 Verplichtingen van de werkgever 485
 - 18.12.2 Verplichtingen van de werknemer 487
- 18.13 Rechtspositie werknemers bij overgang onderneming 489
- 18.14 (On)gelijke behandeling 490
- 18.15 De uitzendovereenkomst 490
- 18.16 Arbeidsovereenkomst en collectieve arbeidsovereenkomst 491

19 Aanneming van werk 493

- 19.1 Inleiding 493
- 19.2 Aanneming van werk in het algemeen 493

- 19.2.1 Definitie aanneming van werk 493
- 19.2.2 Onderaanneming 496
- 19.2.3 Kostenverhogende omstandigheden 496
- 19.2.4 Waarschuwingsplicht aannemer 497
- 19.2.5 Meerwerk 498
- 19.2.6 Dreigende te late oplevering, dreigende wanbetaling door de opdrachtgever en overmacht van de aannemer 499
- 19.2.7 Tenietgaan van de zaak tijdens de uitvoering van de overeenkomst 499
- 19.2.8 Oplevering en overgang van risico 500
- 19.2.9 Herstel van of schadevergoeding voor gebreken 500
- 19.2.10 Risico voor de ondeugdelijkheid van materialen, hulpmiddelen en bescheiden 501
- 19.2.11 Verjaring 501
- 19.2.12 Aansprakelijkheid van de aannemer voor door hem gekende verborgen gebreken 502
- 19.2.13 Dood of duurzame arbeidsongeschiktheid van de aannemer 502
- 19.2.14 Opzegging door de opdrachtgever 503
- 19.2.15 Retentierecht van de aannemer 503
- 19.3 De bijzondere regels voor woningbouw in opdracht van niet-professionele opdrachtgevers 505
- 19.3.1 Consumentenbescherming 505
- 19.3.2 Betalingsverplichtingen 506
- 19.4 Algemene voorwaarden bij bouwcontracten 507

20 Opdracht 509

- 20.1 Inleiding 509
- 20.2 Opdracht 510
- 20.3 Opdracht in het algemeen 510
- 20.3.1 Begin en einde van de opdracht 511
- 20.3.2 Verplichtingen en bevoegdheden van de opdrachtnemer 514
- 20.3.3 Verplichtingen en bevoegdheden van de opdrachtgever 517
- 20.3.4 Consumentenbescherming 517
- 20.4 Lastgeving 517
- 20.4.1 Inleiding 517
- 20.4.2 Verhouding tussen lastgeving en volmacht 518
- 20.4.3 Inhoud van de lastgeving 520
- 20.4.4 Verplichtingen van de lasthebber 520
- 20.4.5 Selbsteintritt en het dienen van twee heren 520
- 20.4.6 Verplichtingen van de lastgever 522
- 20.4.7 Einde van de lastgeving 522
- 20.5 De bemiddelingsovereenkomst 523
- 20.6 De agentuurovereenkomst 524

21 Borgtocht 527

- 21.1 Inleiding 527
- 21.2 Borgtocht in het algemeen 527
- 21.3 Particuliere borgtocht 528
- 21.4 Verhouding tussen de schuldenaar, borg en andere aansprakelijke personen 530

22 Enkele aantekeningen bij de overige bijzondere overeenkomsten 533

- 22.1 Inleiding 533
- 22.2 Ruil 534
- 22.3 Bewaarneming 534
- 22.4 Schenking 535
- 22.4.1 Inleiding 535
- 22.4.2 Schenking en gift 536
- 22.4.3 Totstandkoming van de schenking 536

- 22.4.4 Schenking en erfrecht 537
- 22.5 Bruikleen en verbruikleen 539

- 23 Tussenpersonen 541**
- 23.1 Inleiding 541
- 23.2 De tussenpersoon 543
 - 23.2.1 De wettelijke regeling 543
 - 23.2.2 Van makelaar tot gecertificeerde tussenpersoon 543
 - 23.2.3 De certificering 544
- 23.3 Rechten en verplichtingen van de tussenpersoon 545
 - 23.3.1 Optreden voor nader te noemen meester 545
 - 23.3.2 Aantekeningen van de tussenpersoon 545
 - 23.3.3 De aansprakelijkheid van de tussenpersoon 546
- 23.4 Enkele verschillen tussen de tussenpersoon in de zin van art. 62 WvK en enkele andere tussenpersonen 547

- 24 Samenwerkingsvormen 549**
- 24.1 Inleiding 549
- 24.2 Samenwerkingsvormen zonder rechtspersoonlijkheid 550
- 24.3 De maatschap 550
 - 24.3.1 Inbreng 551
 - 24.3.2 De interne verhouding tussen de maten 552
 - 24.3.3 Aansprakelijkheid tegenover derden (externe aansprakelijkheid) 553
 - 24.3.4 Aanspraken van de maatschap tegenover derden 553
 - 24.3.5 Einde van de maatschap 553
- 24.4 De vennootschap onder firma 554
 - 24.4.1 Oprichting 555
 - 24.4.2 Aansprakelijkheid tegenover derden 556
 - 24.4.3 Afscheiden vermogen 556
 - 24.4.4 Einde van de vennootschap 558
- 24.5 De commanditaire vennootschap 558
 - 24.5.1 Afscheiden vermogen 559
 - 24.5.2 Speciale positie van de c.v. met één beherende vennoot 560

- 25 De rechtspersoon in het algemeen 561**
- 25.1 Inleiding 561
- 25.2 Privaatrechtelijke rechtspersonen 562
- 25.3 Algemene bepalingen voor de rechtspersoon 563
- 25.4 Oprichting van de rechtspersoon 564
- 25.5 Optreden van de rechtspersoon in het rechtsverkeer 564
- 25.6 Overschrijding van de doelomschrijving 565
- 25.7 Bron en overschrijding van de vertegenwoordigingsbevoegdheid 566
- 25.8 Wettelijk onderscheid in vertegenwoordiging rechtspersonen 567
- 25.9 Statutaire verlening en beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid 568
- 25.10 Interne verhoudingen 570
- 25.11 Vertegenwoordiging op grond van volmacht 572
- 25.12 Verdere algemene regels voor de rechtspersoon 572
 - 25.12.1 Boekhouding van de rechtspersoon 572
 - 25.12.2 Omzetting in een andere rechtsvorm 572
 - 25.12.3 Ontbinding van de rechtspersoon 573
 - 25.12.4 Onderbewindstelling 575
 - 25.12.5 Dochtermaatschappij, groepsmaatschappij, deelneming, quorum en aandelenkapitaal 576

- 26 De naamloze en de besloten vennootschap 577**
 - 26.1 Inleiding 577
 - 26.2 Onderscheid tussen grote en kleine vennootschappen met rechtspersoonlijkheid 578
 - 26.3 Oprichting 578
 - 26.4 Aandelen 582
 - 26.4.1 Overdracht van aandelen 583
 - 26.4.2 Het girale effectenverkeer 584
 - 26.5 Organen van de nv en de bv 584
 - 26.6 Structuurvennootschap 587
 - 26.7 Het meest kenmerkende verschil tussen de nv en de bv 589

- 27 De vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting 591**
 - 27.1 Inleiding 591
 - 27.2 Verhouding tussen de vereniging, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij 592
 - 27.3 De vereniging 592
 - 27.4 De coöperatie 596
 - 27.5 De onderlinge waarborgmaatschappij 598
 - 27.6 De grote coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij 598
 - 27.7 De stichting 599

- 28 Fusie en splitsing, geschillenregeling en recht van enquête, jaarrekening en jaarverslag en de Wet op de ondernemingsraden 603**
 - 28.1 Inleiding 603
 - 28.2 Fusie en splitsing 603
 - 28.2.1 Fusie 603
 - 28.2.2 Splitsing 604
 - 28.3 Geschillenregeling en recht van enquête 605
 - 28.3.1 Geschillenregeling 605
 - 28.3.2 Recht van enquête 606
 - 28.4 Jaarrekening en jaarverslag 607
 - 28.4.1 Publicatieplicht 608
 - 28.4.2 Klein, middelgroot en groot met het oog op de jaarrekening 609
 - 28.4.3 Minder verplichtingen voor kleine en middelgrote ondernemingen 609
 - 28.4.4 Toetsing door de Ondernemingskamer 609
 - 28.5 Wet op de ondernemingsraden 610
 - 28.5.1 Grote en kleine ondernemingsraden 610
 - 28.5.2 Bevoegdheden van de grote ondernemingsraad 611
 - 28.5.3 De ondernemingsraad en de directe medezeggenschap 613

- 29 Het proces- en bewijsrecht 615**
 - 29.1 Procesrecht 615
 - 29.2 Arbitrage 616
 - 29.3 Vaststellingsovereenkomst 618
 - 29.3.1 Inleiding 618
 - 29.3.2 Wettelijke regeling van de vaststellingsovereenkomst 619
 - 29.3.3 Bindend advies 620
 - 29.4 Overheidsrechtspraak in burgerlijke zaken 622
 - 29.4.1 Competentie van de rechter 624
 - 29.4.2 Procesvertegenwoordiging 628
 - 29.4.3 De procedure 628
 - 29.4.4 Belangrijkste verschil tussen de kantonprocedure en de rechtbankprocedure 629
 - 29.4.5 Gewone regels voor de gang van zaken in een civiele procedure 630
 - 29.4.6 Enkele bijzondere rechters en procedures 635
 - 29.5 Bewijsrecht 637

- 29.5.1 Bewijs door akten en vonnissen 639
- 29.5.2 Bewijskracht van de verschillende soorten akten 640
- 29.5.3 Bewijs door vonnissen 641
- 29.5.4 Andere geschriften 641
- 29.5.5 Bewijs door getuigen 642
- 29.5.6 Het voorlopige getuigenverhoor 643
- 29.5.7 Deskundigenbericht 644
- 29.5.8 Gerechtelijke plaatsopneming 645
- 29.5.9 Voorlopig deskundigenonderzoek, voorlopige plaatsopneming en bezichtiging 645

30 Faillissement, surseance van betaling en schuldsaneringsregeling natuurlijke personen 647

- 30.1 Inleiding 647
- 30.2 Het onderhandse akkoord 650
- 30.3 Het faillissement 651
 - 30.3.1 Wanneer, door wie en van wie kan het faillissement worden aangevraagd? 652
 - 30.3.2 De griffier, de rechter-commissaris en de curator 655
 - 30.3.3 De verdere gang van zaken na het faillissementsvonnis 657
 - 30.3.4 De gevolgen van het faillissement voor de schuldeisers 660
 - 30.3.5 Enkele bijzondere regels voor het faillissement 661
 - 30.3.6 Einde van het faillissement 662
 - 30.3.7 Het gerechtelijke of dwangakkoord 664
 - 30.3.8 Fiscus en opheffing wegens gebrek aan baten 665
 - 30.3.9 Rehabilitatie 666
- 30.4 De surseance van betaling 666
 - 30.4.1 Inleiding 666
 - 30.4.2 Voorlopige surseance van betaling 667
 - 30.4.3 De griffier, de bewindvoerder(s) en de rechter-commissaris 667
 - 30.4.4 Samenloop faillissementsaanvraag en verzoek tot het verlenen van surseance van betaling 670
 - 30.4.5 Omzetting van voorlopige surseance in een schuldsaneringsregeling 670
 - 30.4.6 Definitieve surseance van betaling 670
 - 30.4.7 De gevolgen van de surseance van betaling voor de schuldeisers 672
 - 30.4.8 Einde van de surseance van betaling 673
 - 30.4.9 Het gerechtelijke of dwangakkoord 674
- 30.5 Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen 675
 - 30.5.1 Toepasselijkheid van de schuldsaneringsregeling 676
 - 30.5.2 Wie komt voor een schuldsaneringsregeling in aanmerking; samenloop met faillissement en surseance van betaling 676
 - 30.5.3 Voorlopige schuldsanering 678
 - 30.5.4 Afwijzingsgronden 678
 - 30.5.5 Definitieve schuldsanering 679
 - 30.5.6 Wie zijn er bij de schuldsanering betrokken? 680
 - 30.5.7 Omvang van de schuldsanering 681
 - 30.5.8 Rechtbank en saneringsplan 682
 - 30.5.9 Einde van de saneringsregeling 683
 - 30.5.10 Het akkoord 684

Afkortingenlijst 687

Artikelenregister 688

Jurisprudentieregister 703

Zakenregister 708

Studiewijzer

Privaatrecht vastgoed maakt deel uit van de serie Compendium Vastgoed, maar is ook los van de andere delen te gebruiken. Gelet op de samenhang tussen een aantal in de onderscheiden delen voorkomende onderwerpen vindt de lezer in dit boek verwijzingen naar de vindplaatsen van zulke onderwerpen in een ander deel.

Het Compendium Vastgoed heeft niet de pretentie een handboek te zijn, waarin alle het vastgoed betreffende onderwerpen even diepgaand zijn besproken. Voor het deel *Privaatrecht vastgoed* betekent dit dat met name veel aandacht is besteed aan onderwerpen die deel uitmaken van de examenstof voor de opleiding voor makelaar in onroerende zaken. Op een aantal plaatsen is in dit boek voor praktijkaspecten en publiekrechtelijke raakvlakken verwezen naar andere delen van het Compendium Vastgoed. Het gaat hier om F.J.M. de Kousemaeker e.a., *Praktijkaspecten vastgoed* en P.C. Bakker en J.J.M. Gisberts, *Publiekrecht vastgoed*.

Voor de examinant zal kennis omtrent het erfrecht van minder importantie zijn dan kennis van het hypotheekrecht. Aangezien na overlijden van de erf-later de erfgenamen tot verkoop van (delen van) de nalatenschap overgaan, zal echter ook de makelaar een summier kennis van dit recht moeten hebben. Eenzelfde kanttekening past bij hetgeen in het deel *Privaatrecht vastgoed* te vinden is over roerende zaken. Het recht van reclame zal bij de verkoop van alleen een onroerende zaak geen rol spelen. Soms echter worden roerende zaken met een onroerende zaak meeverkocht. De makelaar o.g. zal op zijn minst bedacht moeten zijn op de verschillen die het recht kent met betrekking tot roerende en onroerende zaken.

Er zijn nog twee redenen waarom het boek *Privaatrecht vastgoed* niet zuiver beperkt is tot onderwerpen die uitsluitend betrekking hebben op onroerende zaken. Op de eerste plaats zijn er regelingen die gelijkelijk gelden voor roerende en onroerende zaken; dwaling, wanprestatie en overmacht bijvoorbeeld zijn begrippen die betrekking hebben op rechtshandelingen, ongeacht of zij te maken hebben met overeenkomsten over roerende of onroerende zaken. Op de tweede plaats zou het boek een verbrokkeld beeld van het privaatrecht oproepen indien het alles wat niet rechtstreeks te maken heeft met vastgoed, buiten beschouwing zou laten. Niettemin dient de gebruiker zich te realiseren waarvoor hij het boek gebruikt, en met dat oogmerk moet hij zijn prioriteiten bepalen. Hij moet zich echter niet laten misleiden door de simpele tegenstelling tussen roerende en onroerende zaken. Ik geef een voorbeeld. De makelaar o.g. kan niet voorbijgaan aan het pandrecht omdat dit niet op onroerende zaken wordt gevestigd. Brandt een verhypothekerde zaak af, dan rust er ineens een pandrecht op de assurantiepenningen!

Hoofdzaken en bijzaken zijn in dit boek primair te herkennen aan de hand van weergave van de tekst in grote en kleine letters. Kleine letters geven met name achtergrondinformatie en voorbeelden.

Inleiding

1

- 1.1 Enige onderscheidingen in het recht
- 1.2 Rechtsbronnen
- 1.3 Enkele rechtstermen in het privaatrecht

Een opmerking vooraf over de titel van het boek

De titel van het boek luidt *Privaatrecht vastgoed*. Bij de term *vastgoed* fronsst menig lezer de wenkbrauwen. Wat doet dat begrip in een boek over privaatrecht? Vastgoed is immers geen juridisch begrip. Ik ben het daar roerend mee eens. Ik had het boek ook kunnen noemen *Privaatrecht onroerende zaken*. Die titel zou echter misleidend zijn.

Vóór 1992 sprak men bijvoorbeeld over makelaars in onroerende goederen. Bij de invoering van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek in dat jaar wisselden de juridische termen *goed* en *zaak* van betekenis: wat vroeger een zaak was, werd nu een goed. Daardoor werd ook de combinatie van de woorden *onroerend* en *goed* incorrect. Zaken kunnen onroerend zijn, maar rechten niet. Dat betekent dat de makelaars uit het zojuist genoemde voorbeeld zich vanaf dat moment hadden moeten noemen: makelaars in onroerende zaken en in rechten waaraan onroerende zaken zijn onderworpen. Dat is een hele mond vol. Menig makelaar blijft zich dan ook – zij het niet helemaal correct – noemen: makelaar in onroerende goederen. Inmiddels is ook het begrip makelaar niet helemaal meer wat het geweest is; de titel makelaar is niet langer beschermd en makelaars en andere bemiddelaars in vastgoed duidt de wet thans aan met de neutrale term: tussenpersoon. Zie hoofdstuk 23. Op plaatsen in het boek waar dat geen kwaad kon, heb ik de term makelaar laten staan. Men kan die aanduiding beschouwen als een *pars pro toto*: met makelaar worden hier ook de andere tussenpersonen in de zin van art. 62 Wetboek van Koophandel bedoeld.

De term *vastgoed* is een term uit het economische verkeer die de begrippen ‘onroerende zaken’ en ‘rechten waaraan onroerende zaken zijn onderworpen’ in zich verenigt. Deze term is net zo onjuridisch, even kort en even duidelijk als het in het Burgerlijk Wetboek niet-voorkomende begrip ‘wanprestatie’.¹ En bovenal: de term ‘vastgoed’ misleidt niet. En dat doet de term ‘onroerende zaak’ wel, indien daarmee tevens worden bedoeld ‘rechten waaraan

1 Wanprestatie is het toerekenbaar niet-nakomen van een verbintenis.

onroerende zaken zijn onderworpen'. Wanneer in dit boek dus gesproken wordt over onroerende zaken, dan zijn dat ook onroerende zaken en niets meer dan dat.

Doel van het recht²

Doel van het recht is een goede en rechtvaardige ordening van de samenleving te waarborgen. Het recht is geen doel op zichzelf, maar een instrument. Het heeft een dienende taak. Het volgt voor een groot deel de ontwikkelingen in de maatschappij en geeft er vorm aan.

In een eenvoudige maatschappijstructuur is het recht simpel en voor (bijna) iedereen verstaanbaar. De wijze mannen onder de heilige eik kenden en beheersten het recht.

In onze samenleving is het zelfs voor een bekwaam jurist bijna ondoenlijk om op alle terreinen van het recht thuis te zijn. Zo ontstaan binnen het recht specialismen als overal in het maatschappelijk leven.

Het recht volgt de ontwikkeling in de maatschappij, geeft er vorm aan en schept zo een basis voor verdere ontwikkeling. Het recht is dus niet alleen conservatief, legt niet alleen nieuwe ontwikkelingen vast, maar maakt ze ook mogelijk. Men mag overigens van het recht, en met name van de wet niet al te veel verwachten. Tot 1995 bepaalde de wet dat ouders over hun kinderen de ouderlijke macht uitoefenen. In dat jaar dacht de wetgever de terminologie aan te passen aan de geest van de tijd door ouderlijke *macht* te vervangen door ouderlijk *gezag*, maar wanneer de kinderen op zestienjarige leeftijd het recht in eigen hand nemen en uit het ouderlijk huis weglopen, is daar *feitelijk* weinig aan te doen. Dan blijken ouders macht noch gezag te hebben over deze kinderen. Wanneer de rechter op grond van geheel juiste overwegingen in een bepaald geval bij echtscheiding aan de gewezen echtgenoot een alimentatieverplichting oplegt tegenover de andere gewezen echtgenoot, dan is er in de praktijk dikwijls ook weinig aan te doen, indien de veroordeelde zich koste wat het kost aan zijn verplichtingen onttrekt (zie § 29.4).

Daarmee is overigens niet gezegd dat de rechter elke juridische truc voor zoete koek slikt. Ik noem als voorbeeld het arrest HR 11 september 1987, NJ 1988-656. Tot 1 januari 1986 had X een eigen zaak. Hij was alimentatieplichtig jegens zijn kinderen uit het eerste huwelijk. Inmiddels was hij buiten gemeenschap van goederen hertrouwd met Z. Vanaf 1 januari 1986 werd de voorheen door X gedreven onderneming voortgezet door Z. X werkte wel in haar zaak, maar had geen inkomsten uit arbeid uit die zaak. Hof en Hoge Raad keken door deze constructie heen. De man werd geacht een draagkracht opleverend inkomen uit de zaak te *kunnen* verwerven. Dat resulteerde in een behoud van de alimentatieplicht.

Het recht heeft dus zijn grenzen en kan bijvoorbeeld iemands natuur niet en zijn gedachten nauwelijks beïnvloeden. Daarvan houdt het zich ook verre. In principe bestrijkt het recht niet het veld van wat we willen, maar dat van wat we doen.

Illustratief, tevens voor het volgen van maatschappelijke ontwikkelingen door het recht, is de wetgeving rond de kaping. Sinds 1971 bestempelt het Wetboek van Strafrecht het kapen van een *vliegtuig* tot een met name genoemd misdrijf (art. 385a t/m c WvSr). Dankzij art. 45 WvSr is ook de poging daartoe zo'n misdrijf. De *treinkaping* daarentegen moet worden berecht op grond van meer algemene strafbepalingen als wederrechtelijke vrijheidsberoving en eventueel moord.

Het *voornemen* tot kaping van vliegtuig of trein is, zolang dat voornemen niet wordt concreetiseerd in een poging ('begin van uitvoering' zegt art. 45), niet strafbaar. Zo zijn in de jaren zeventig enkele in Amsterdam gearresteerde buitenlanders die voornemens waren een trein te kapen, slechts veroordeeld op grond van ongeoorloofd wapenbezit.

2 Zie ook: P.C. Bakker en J.J.M. Gisberts, *Publiekrecht vastgoed*, Wolters-Noordhoff Groningen 2006, § 1.1. Dit boek zal verder worden aangehaald als: *Publiekrecht vastgoed*.

Pas sinds 1994 is ook de *voorbereiding* van bepaalde (niet alle) misdrijven strafbaar; zie art. 46 WvSr dat thans luidt: 'Voorbereiding van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaar of meer is gesteld, is strafbaar, wanneer de dader opzettelijk voorwerpen, stoffen, gelden of andere betaalmiddelen, informatiedragers, ruimten of vervoermiddelen kennelijk bestemd tot het in vereniging begaan van dat misdrijf verwerft, vervaardigt, invoert, uitvoert of voorhanden heeft.'

Voor een goede functionering van het recht is nodig dat het recht kan worden afgedwongen. Dit wil niet zeggen dat hetgeen niet kan worden afgedwongen, geen recht is. Zo erkent men in het recht de morele plicht van een echtgenoot om zijn echtgenote goed verzorgd achter te laten wanneer hij sterft. Met die plicht houdt het recht ook rekening. Voldoet men aan deze plicht, dan is het geen onverschuldigde betaling die zijn erfenamen zouden kunnen teruggeisen; de weduwe kan de nakoming van de verzorgingsplicht echter niet via de rechter afdwingen.

Eigenrichting

Ervan uitgaande dat het recht ordening beoogt, moeten we constateren dat het tot een chaos zou leiden indien iedereen het recht in eigen hand zou kunnen nemen. Het is de taak van de overheid om vast te stellen wat in het concrete geval recht is en hoe het moet worden verwezenlijkt. Eigenrichting, dat wil zeggen het zelf rechter spelen, is in onze maatschappij over het algemeen niet toegestaan.

Slechts op enkele plaatsen in het recht vindt men directe of indirecte vormen van geoorloofde eigenrichting. De overhangende takken van de boom van de buurman bijvoorbeeld mag men soms afhakken (zie § 11.3). In het verrekenen met gesloten beurzen (compensatie) kan men een indirecte vorm van eigenrichting zien: men 'int' zijn voordeuring door haar tot een gelijk bedrag weg te strepen tegen de tegenvordering van de debiteur.

Samenvattend constateren we het volgende:

- Doel van het recht is het waarborgen van een goede en rechtvaardige ordening van de samenleving.
- Het recht conserveert niet alleen bestaande verhoudingen maar schept ook een kader voor het in goede banen leiden van nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen.
- Rechtshandhaving is een taak van de overheid. Eigenrichting, dat wil zeggen het zelf rechter spelen, is in onze maatschappij slechts bij uitzondering toegestaan.

■ ■ ■ 1.1 Enige onderscheidingen in het recht

Objectief en subjectief recht³

Het woord 'recht' gebruikt men in twee verschillende betekenissen:

- 1 in objectieve zin, het *objectieve recht*: dit is het geheel van geschreven en ongeschreven rechtsregels;
- 2 in subjectieve zin, het *subjectieve recht*: dit is het recht dat het individu in het concrete geval aan de objectieve rechtsregels ontleent.

3 Zie ook: *Publiekrecht vastgoed*, § 1.2.6.

■ Voorbeelden

- De werkgever moet het loon op tijd betalen; dit is een *regel* van objectief recht.
- Mijn werkgever heeft mijn loon niet op tijd betaald, dus is het *aan mij toekomende recht* hem daarop aan te spreken en (bijvoorbeeld) schadevergoeding te vragen. Dit is mijn subjectief recht.

Geschreven en ongeschreven recht⁴

Het recht kan worden onderscheiden in *geschreven* en *ongeschreven* recht. Het eerste geschreven recht vormde een beschrijving (codificatie) van het reeds bestaande ongeschreven recht. In ons land was er vóór de Franse revolutie veel ongeschreven en geschreven recht, dat plaatselijk sterk verschilde. Na de Franse overheersing is vanaf 1838 een aantal wetboeken tot stand gekomen en ingevoerd. Voor een groot deel zijn ze geënt op de Code Napoléon en aangevuld met Oud-Vaderlands Recht.

Reeds het codificeren op zichzelf dringt het ongeschreven of gewoonterrecht terug, maar ook gewoonterrecht kan onder omstandigheden het geschreven recht opzijzetten.

Dwingend en aanvullend recht⁵

Zeer belangrijk is de onderscheiding in aanvullend en dwingend recht.

Dwingend recht is recht waarvan men niet – ook niet met onderling goedvinden – mag afwijken.

Aanvullend recht is recht dat van toepassing is voor zover men niet anders is overeengekomen.

■ Voorbeelden

- Bijna al het publiekrecht is dwingend recht. Partijen kunnen niet afspreken, dat op hun huurovereenkomst van woonruimte de Huisvestingswet niet van toepassing is.
- Bij de privaatrechtelijke samenwerkingsvorm van maatschap mag men afspreken hoe de te maken winst zal worden verdeeld onder de maten. Spreekt men niets af, dan dient ieders inbreng in de maatschap als maatstaf, terwijl het aandeel van degene die alleen zijn werkkracht heeft ingebracht, wordt geschat gelijk te zijn aan de kleinste (financiële) inbreng (art. 1670 lid 2 Boek 7A BW).

Dwingend is het recht wanneer het gaat om bescherming van de openbare orde en de goede zeden, indien de rechtszekerheid in het geding is of indien het recht dient ter bescherming van mensen tegen zichzelf (handelingsonbekwamen) of ter bescherming van economisch zwakkeren (koop op afbetaling, arbeidswetgeving).

Publiek- en privaatrecht⁶

Een volgende onderscheiding in het recht is die in publiek- en privaatrecht. Het *publiekrecht* regelt de verhouding tussen de overheidsorganen onderling en die tussen overheid en de onderdanen. Tot het publiekrecht behoren het staatsrecht, het administratiefrecht (tegenwoordig meer aangeduid met de term 'bestuursrecht') en het strafrecht. Sommige schrijvers beschouwen het belastingrecht als een deel van het administratiefrecht. Anderen zien het als

⁴ Zie ook: *Publiekrecht vastgoed*, § 1.2.1.

⁵ Zie ook: *Publiekrecht vastgoed*, § 1.2.3.

⁶ Zie ook: *Publiekrecht vastgoed*, § 1.2.2.

een zelfstandig geworden tak van het publiekrecht. Onderscheidend voor het belastingrecht is bijvoorbeeld de wijze van procederen in belastingzaken. Het *privaatrecht* regelt de verhouding tussen de burgers en de privaatrechtelijke organisaties onderling. Het privaatrecht kan ook betrekking hebben op de overheid. Dat is het geval indien de overheid als een particulier deelneemt aan het rechtsverkeer. Zie ook § 25.1 (de overheidsstichting).

■ Voorbeelden

- Een gemeente sluit met een aannemer een overeenkomst tot de bouw van een gemeentehuis.
- Een (rechtspersoonlijkheid bezittende) Rijksuniversiteit ruilt met de gemeente waarin zij gevestigd is, een stukje grond voor de bouw van een nieuw laboratorium. Hier is sprake van een overeenkomst tussen twee overheidsinstanties, waar geen particulier aan te pas komt. Zelfs dan is het privaatrecht van toepassing.

Opmerkelijk is dat de onderscheiding tussen publiek- en privaatrecht enerzijds behoort tot de belangrijkste onderscheidingen in het recht, maar anderzijds in de praktijk veel minder helder en scherp is dan zij op het geduldige papier wel lijkt. Dat komt doordat de grenzen tussen publiek- en privaatrecht voortdurend verschuiven. Juist het (ruime) grensgebied maakt dat de onderscheiding geen scheiding is. Dat is geen reden tot droefheid; evenmin als het leven laat het recht zich volledig schematiseren en dat maakt én het leven én het recht wel zo interessant.

Min of meer kenmerkend voor het publiekrecht is dat het veelal van dwingende aard is, in tegenstelling tot het privaatrecht, dat zeer veel aanvullend recht bevat. Een tweede kenmerk is dat het initiatief tot handhaving van het publiekrecht uitgaat van de overheid; het initiatief tot handhaving van het privaatrecht gaat uit van particuliere belanghebbenden. Ten slotte leunt het publiekrecht, voor wat zijn sancties op de naleving betreft, meer op het strafrecht dan het privaatrecht dat doet.

■ Voorbeelden

- De bevoegdheid om te regeren is thans van zuiver publiekrechtelijke aard. Vroeger was dat anders. In 1815 claimde het Koninkrijk der Nederlanden bij de Engelsen de soevereiniteit van Oost-Indië, dat de Engelsen tijdens de Napoleontische overheersing van het Europese continent onder hun beheer hadden genomen. De Nederlandse Staat wierp zich op als de rechtsopvolger van de Verenigde Oost-Indische Compagnie (VOC). De VOC wordt dikwijls aangewezen als de eerste vennootschap die vergelijkbaar is met de huidige naamloze vennootschap. Zij was dus een zuiver privaatrechtelijke handelsvennootschap, maar bestuurde tevens in Indië het door haar bezette gebied. En dat besturen beschouwen we nu als publiekrecht.
- Het huwelijk was eens een zuiver privaatrechtelijke (familie)aangelegenheid. De familie besliste wie met wie trouwde. Kerk en staat verboden later *in het algemeen belang* het zogenoemde geheime huwelijk (buiten kerk en/of staat om gesloten). Eerst onder Napoleon werd het kerkelijk huwelijk juridisch ondergeschikt gemaakt aan het burgerlijk huwelijk. Ook in het burgerlijk huwelijk prevaleerde het algemeen belang in die zin dat echtscheiding met onderling goedvinden niet werd toegestaan. Echtscheiding immers was niet een zaak die alleen echtgenoten aanging. Onder het huidige echtscheidingsrecht echter is de vrijheid van de echtgenoten aanzienlijk groter: het privaatrechtelijk karakter heeft weer terrein gewonnen.

- Op arbeidsrechtelijk terrein zien we een vergelijkbare ontwikkeling. In het Burgerlijk Wetboek van 1838 ontbreekt aanvankelijk een behoorlijke regeling van de arbeidsovereenkomst. De drie artikelen die de wet aan de arbeidsovereenkomst wijdde (art. 1637, 1638 en 1639), verdienden niet de aanduiding 'regeling van de arbeidsovereenkomst' (zie § 18.1). De inhoud van een arbeidsovereenkomst is in die tijd nog een zaak tussen partijen. Misstanden echter leidden tot ingrijpen van de wetgever. In 1907 komt er een Wet op de arbeidsovereenkomst, die in het Burgerlijk Wetboek wordt ingepast met handhaving van de artikelnummers 1637, 1638 en 1639. Nodig is dan gebruikmaking van het hele alfabet: 1637a t/m z, 1638a t/m oo en 1639a t/m dd.⁷ De wettelijke regeling bevat veel dwingend recht. De rechter krijgt grote macht om regelend in te grijpen. Later komt er een Wet op de Collectieve Arbeidsovereenkomst. De cao is vergelijkbaar met een modelcontract; A en B sluiten de arbeidsovereenkomst langs de lijnen uitgestippeld in de cao. De cao is publiekrechtelijk van aard, maar komt tot stand op privaatrechtelijke wijze. Ook bij de arbeidsovereenkomst zien we dus een mengvorm van publiek- en privaatrecht.

Materieel en formeel recht⁸

Een andere onderscheiding is die in materieel en formeel recht.

Materieel recht ziet op de inhoud en de aard van het recht: wat is objectief recht, welk subjectief recht ontleen ik daaraan?

Formeel recht ziet op de handhaving van het recht: hoe verwezenlijk ik mijn recht (procesrecht)?

De term formeel recht hanteert men ook nog in een ander verband, namelijk om aan te geven, dat in een aantal gevallen moet worden voldaan aan formaliteiten (vormvereisten). Is aan die formaliteiten niet voldaan, dan mist men – geheel of gedeeltelijk – het beoogde rechtsgevolg.

■ Voorbeelden

- Een werkgever en een werknemer kunnen overeenkomen dat wanneer de werknemer de arbeidsovereenkomst beëindigt, hij niet in dienst zal treden bij een concurrent, niet zelf in dezelfde branche een zaak zal beginnen en ook niet op andere wijze (bijvoorbeeld als adviseur) kennis vergaard bij de oude werkgever, aan buitenstaanders zal doorspelen (denk in dit verband aan kennis van een bepaald procedé, of aan een opgebouwde klantenkring). Zo'n beding heet een concurrentiebeding. In een arbeidsverhouding moet een dergelijk beding schriftelijk worden aangegaan. Dat is een vormvoorschrift, een formaliteit op straffe van nietigheid, dat wil zeggen dat het concurrentiebeding niet geldt als het op andere wijze (mondeling) wordt aangegaan (zie § 18.3).
- De oprichting van een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid (dat is een vereniging die geheel zelfstandig aan het rechtsverkeer deelneemt) moet bij notariële akte plaatsvinden. Men zou zich kunnen voorstellen dat wanneer niet aan dit vormvereiste is voldaan, er geen vereniging bestaat. De wet regelt dit echter anders: de vereniging bestaat wel, maar heeft geen volledige rechtsbevoegdheid en dat betekent onder meer dat de bestuurder die de vereniging tot iets verbindt, naast de vereniging hoofdelijk aansprakelijk is. Degene met wie de bestuurder gehandeld heeft, kan dus zowel deze bestuurder persoonlijk als de vereniging aanspreken, met dien verstande dat wanneer de een betaald heeft, de ander niet meer kan worden aangesproken (zie § 25.5).

⁷ Inmiddels vernummerd en aangepast opgenomen in titel 10 van Boek 7 BW.

⁸ Zie ook: *Publiekrecht vastgoed*, § 1.2.4.

Nationaal en internationaal recht⁹

Een laatste onderscheiding is die in nationaal en internationaal recht.

Nationaal recht is het recht dat geldt binnen een bepaald land.

Internationaal recht is het recht dat geldt tussen verschillende staten en tussen burgers van verschillende staten. Men onderscheidt binnen dit recht twee rechtsgebieden:

- 1 het internationaal publiekrecht (of volkenrecht), dat de rechtsbetrekkingen tussen staten regelt;
- 2 het internationaal privaatrecht, dat de rechtsbetrekkingen tussen de burgers van verschillende staten regelt.

Zoals we zojuist al zagen bij het internationale recht, kan men daar weer onderscheid maken tussen privaatrecht en publiekrecht. De hiervoor genoemde onderscheidingen hangen allemaal met elkaar samen. Internationaal privaatrecht bijvoorbeeld kan ten dele dwingend, ten dele aanvullend zijn. Van dwingend internationaal privaatrecht is een deel formeel, een ander deel materieel recht enzovoort.

■ ■ ■ 1.2 Rechtsbronnen¹⁰

Wat is recht in een bepaald geval en hoe moeten we het verwezenlijken?

■ Voorbeelden

- Jansen sluit met mij een overeenkomst en komt die overeenkomst niet na.
- Iemand koopt een van mijn personeelsleden om voor bedrijfspionage.
- Een juffrouw, die boven mijn pakhuis woont waarin leer is opgeslagen, weigert de hoofdkraan dicht te draaien, die zich in haar woning bevindt, terwijl ten gevolge van een lek in de waterleiding het onderstuk onder water loopt.

Met het doel te weten te komen wat recht is in een bepaald geval, moeten we het recht weten te vinden. De vindplaatsen van het recht noemt men de rechtsbronnen.

In het Nederlandse privaatrecht kennen we de volgende rechtsbronnen:

- de wet
- het verdrag
- de jurisprudentie
- de rechtswetenschap
- de gewoonte.

■ ■ ■ 1.2.1 De wet

Wet in ruime en in enge zin

Alle rechtsregels waaraan we ons in het maatschappelijk verkeer te houden hebben strekken ons tot wet. Het zijn bindende voorschriften. Het woord 'wet' wordt hier in ruime zin gebruikt; zelfs de overeenkomst geldt tussen partijen als wet.

Doorgaans gebruikt men het woord 'wet' in een wat meer beperkte zin: alle overheidsvoorschriften. De technische term hiervoor is een wet in materiële zin. Men maakt hierbij het volgende onderscheid.

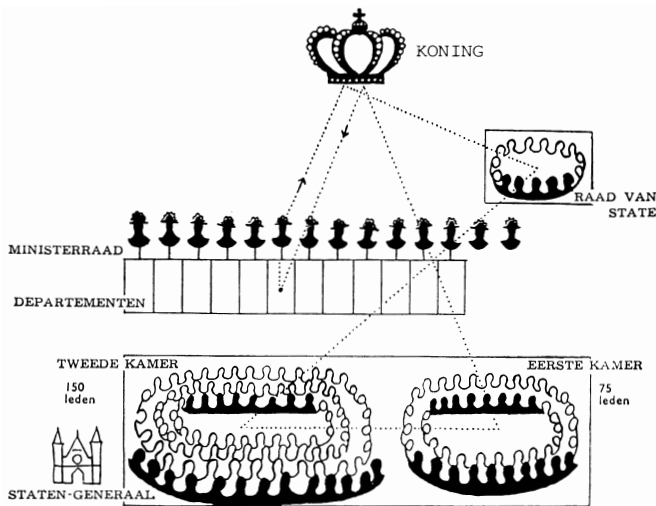
⁹ Zie ook: *Publiekrecht vastgoed*, § 1.2.5.

¹⁰ Zie ook: *Publiekrecht vastgoed*, § 1.3.

Wetten in materiële zin zijn:

- a verdragen met andere mogendheden en met volkenrechtelijke organisaties;
- b algemeen bindende voorschriften afkomstig van:

- de Regering (d.i. de Koning¹¹ en de ministers) samen met de Staten Generaal, hun voorschriften heten: Wetten (in formele zin)
- de Regering, haar voorschriften heten: AMvB's (algemene maatregelen van bestuur)
- Provinciale Staten, hun voorschriften heten: Provinciale verordeningen
- de gemeenteraad, zijn voorschriften heten: Gemeenteverordeningen
- waterschappen, hun voorschriften heten: Verordeningen (en die met strafbepalingen: keuren)
- andere openbare lichamen waaronder die voor beroep en bedrijf, hun voorschriften heten: Verordeningen



De weg van een wet in formele zin¹²

De Grondwet laat in art. 134 e.v. de mogelijkheid open wetgevende bevoegdheid te delegeren aan openbare lichamen, waarbij in de eerste plaats is gedacht aan die voor beroep en bedrijf. Dat is bijvoorbeeld gebeurd bij de Wet op de Bedrijfsorganisatie van 1950. Daarin is aan de Sociaal-Economische Raad wetgevende bevoegdheid toegekend. Ook de later ingestelde

11 De Grondwet spreekt alleen over 'de Koning', niet over 'de Koningin'. Dit is geen blijk van discriminatie, want het gaat hier om een staatsrechtelijk instituut, niet om de aanduiding van de persoon. De Koningin kan het Koningschap vervullen. Vgl. de aanspreektitel van een vrouwelijke Kamervoorzitter: Mevrouw de voorzitter.

12 Overgenomen uit: J.W. Rengelink en I. Mug, *Burgerschap en Burgerzin*.

product-, hoofdbedrijf- en bedrijfschappen is een zekere wetgevingsbevoegdheid toegekend. Hier spreekt men eveneens van verordeningen.

De hogere wet in materiële zin gaat voor de lagere. Een nieuwere wetbepaling of verordening gaat vóór de oudere van gelijke orde. Een speciale regel gaat voor een algemene regel van gelijke orde.

Vindplaatsen van het privaatrecht

Het privaatrecht vindt men, voor zover dat wettelijk is geregeld, in het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Koophandel, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Faillissementswet, de Pachtwet, de Auteurswet, de Octrooiwet en diverse andere wetten.

Onderscheid wet/wetboek

Ons recht maakt geen wezenlijk onderscheid, noch in ontstaan noch in werking, tussen een wetboek en een andere wet in formele zin. Of een bepaalde wettekst in een aparte wet dan wel in een wetboek wordt opgenomen, is min of meer willekeurig.

■ Voorbeelden

- Oorspronkelijk bevatte het Burgerlijk Wetboek (BW) een afzonderlijke regeling voor de insolventie van burgers in het Wetboek voor Burgerlijke Rechtsvordering en voor kooplieden in het Wetboek van Koophandel (WvK).
- In 1893 werd het faillissementsrecht ingrijpend gemoderniseerd en kwam het oude onderscheid tussen kooplieden en niet-kooplieden bij het faillissement te vervallen. De beide afzonderlijke regelingen werden toen uit de wetboeken geschrapt en het faillissementsrecht vindt men sindsdien in een afzonderlijke wet, de Faillissementswet (Fw). Zie § 30.1.
- Geen wetboek, wel een wet, is de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO), die van groot belang is voor het burgerlijke en het strafproces.
- Pacht is een bijzondere vorm van huur en stond oorspronkelijk in het BW geregeld bij de huurovereenkomst. Bij de vernieuwing van het pachtrecht werd zo veel publiekrecht in de regeling van de pacht opgenomen, dat men meende dat het pachtrecht niet meer in het zuiver privaatrechtelijke BW paste. Daarom hebben we nu sinds 1958 een afzonderlijke Pachtwet. In het Nieuwe BW is de wetgever over dit argument heengestapt, temeer omdat steeds meer publiekrechtelijke elementen in het BW zijn doorgedrongen. In het Nieuwe BW is de pacht weer geregeld in Boek 7, titel 5 (na de titel over huur).
- Vrij plotseling optredende misstanden bij huurkoop van onroerende zaken noodzaakten tot een wettelijke regeling. Die kwam er in 1973 in de vorm van een Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerend Goed (thans genaamd Tijdelijke wet onroerende zaken). Zoals de naam al aangeeft is het een voorlopige regeling. Thans is in voorbereiding een wetsvoorstel betreffende de regeling van huurkoop van onroerende zaken in Boek 7 van het BW (titel 1, afdeling 12). Zie § 14.6.

De belangrijkste wetboeken en wetten

In het Nederlandse recht kennen we, naast een grote verscheidenheid aan min of meer op zichzelf staande wetten, de volgende wetboeken en enkele direct daarmee samenhangende wetten:

- Het Burgerlijk Wetboek (BW) en het Wetboek van Koophandel (WvK), die het *materieel* privaatrecht bevatten ('Wat houdt het privaatrecht in?'). De verhouding tussen het BW en het WvK blijkt uit art. 1 van het WvK, dat luidt: 'Het Burgerlijk Wetboek is, voor zo verre daarvan bij dit Wetboek niet bijzonder is afgeweken, ook op de in dit Wetboek behandelde onderwerpen toepasselijk.' Met andere woorden: het BW geeft algemene rechtsregels, het WvK regels voor speciale (koophandels)gevallen. Zwijgt het WvK, dan moet men het BW raadplegen. Al geruime tijd is de wetgever bezig het BW te moderniseren en in het BW het WvK grotendeels te integreren. In dit verband komen we de termen (oud) BW en NBW tegen. NBW staat voor Nieuw Burgerlijk Wetboek. Waar in dit boek gesproken wordt over NBW, betreft het onderdelen die nog niet een definitieve regeling in het gemoderniseerde BW hebben gevonden. Van het vernieuwde BW, verder aan te duiden als BW, maken inmiddels deel uit de Boeken 1 (personen- en familierecht), 2 (rechtspersonenrecht), 3 (vermogensrecht in het algemeen), 4 (erfrecht), 5 (zakelijke rechten), 6 (algemeen deel van het verbintenissenrecht), een deel van Boek 7 (bijzondere overeenkomsten) en 8 (verkeersmiddelen en vervoer). In Boek 7A vinden we een aantal nog niet gemoderniseerde bijzondere overeenkomsten (zie § 3.1).
- Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (WvRv), dat het *formeel* privaatrecht bevat ('Hoe handhaaf ik mijn privaatrechtelijke rechten?').
- Het Wetboek van Strafrecht (WvSr), dat het *materieel* strafrecht bevat ('Wat is de inhoud van het strafrecht?').
- Het Wetboek van Strafvordering (WvSv), dat het *formeel* strafrecht bevat ('Hoe wordt het strafrecht gehandhaafd?').

■ ■ ■ 1.2.2 Het verdrag

Een verdrag is een internationale overeenkomst met als contractpartners twee of meer afzonderlijke staten. Een verdrag tussen twee staten noemt men *bilateraal*, een verdrag tussen meer staten *multilateraal*.

Een verdrag is pas bindend wanneer het is goedgekeurd door de Staten-Generaal. Hetzelfde geldt voor opzegging van een verdrag. De goedkeuring moet in de regel uitdrukkelijk worden verleend. In sommige gevallen is echter een stilzwijgende goedkeuring voldoende. Wijkt een verdrag af van de Grondwet, dan is een uitdrukkelijke goedkeuring vereist met een tweederde meerderheid van het aantal uitgebrachte stemmen.

Voor multilaterale verdragen geldt doorgaans ook nog de eis dat zij pas in werking treden wanneer een minimum aantal staten zich door bekrachtiging (ratificatie) of door toetreding heeft verbonden.

Wanneer een verdrag burgers van de aangesloten staten rechtstreeks bindt, noemt men het *self-executing*.

De Grondwet opent in art. 92 de mogelijkheid aan volkenrechtelijke organisaties bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak over te dragen. Een voorbeeld daarvan vinden we in het recht van de Europese Gemeenschappen (thans de Europese Unie). Deze hebben supranationale bevoegdheden, zij het nog op bescheiden schaal.

De invloed van het internationale verdrag wordt van jaar tot jaar groter.

■ ■ ■ 1.2.3 De jurisprudentie en de rechtswetenschap

Onder de jurisprudentie¹³ verstaat men het geheel van rechterlijke vonnissen, van de laagste tot en met de hoogste rechter. Veel van deze uitspraken worden gepubliceerd en zijn zo voor buitenstaanders toegankelijk. Bij de publicatie vindt enige selectie plaats in die zin, dat men vooral belangrijke vonnissen uitzoekt, waarin de rechters nieuwe wegen inslaan.

Rechterlijke toetsing van de wetgeving

In de Wet Algemene Bepalingen vindt men een artikel dat de rechter verbiedt om de innerlijke waarde of billijkheid van de wet (in formele zin) te toetsen (art. 11).

■ Voorbeeld

En arbeidsovereenkomst kan men mondeling of schriftelijk aangaan. Art. 653 Boek 7 BW schrijft echter voor dat een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst schriftelijk moet worden aangegaan. Het is niet aan de rechter te bepalen dat dat ook wel mondeling kan.

Ook toetsing van de wet (in formele zin) aan de Grondwet is uitgesloten (art. 20 Grondwet). Dit laatste verbod geldt dus niet voor de toetsing van een verordening aan een gewone wet of aan de Grondwet.

■ Voorbeeld

De rechter mag het zojuist genoemde wettelijke voorschrift om een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst schriftelijk aan te gaan, niet toetsen aan de Grondwet.

Art. 453 Boek 1 BW begint met de woorden: 'Tenzij uit de wet of verdrag anders voortvloeit is de betrokkene (...) onbevoegd rechtshandelingen te verrichten (...)'. Dat betekent dus dat de rechter het handelen van de hier bedoelde persoon niet alleen toetst aan de wet, maar ook aan – bijvoorbeeld – het Europese Verdrag voor de rechten van de mens.

Wat te doen indien de Nederlandse wet de getoetste rechtshandeling met zo veel woorden verbiedt, maar een verdrag haar even uitdrukkelijk toestaat? Dan is van toepassing art. 94 van de Grondwet: 'Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties.' Volgens art. 94 Grondwet kan de rechter dus een wettelijke bepaling, zelfs een bepaling uit de Grondwet, toetsen aan het verdrag.

Let op: de rechter mag dus niet zeggen: 'De wet deugt niet, want zij bevat een onzinnige bepaling, of ik acht haar in strijd met de Grondwet, of de Grondwet bevat een bepaling die niet deugt.' Hij mag de wet noch de Grondwet inhoudelijk toetsen en evenmin de wet toetsen aan de Grondwet. Wel mag hij én de wet én de Grondwet toetsen op strijd met een verdrag.

Geen precedentenrechtspraak

Precedentenrechtspraak wil zeggen dat de rechter zich in soortgelijke gevallen moet richten naar eerdere uitspraken van een hogere rechter. Zo'n hoge-

¹³ Zie ook: *Publiekrecht vastgoed*, § 1.3.4.

re uitspraak heeft min of meer kracht van wet. Precedentenrechtspraak past meer in het Angelsaksische rechtstelsel, dat geen samenhangende codificatie van het privaatrecht kent, zoals ons BW.

Anders dan in de Engelstalige landen kennen wij geen precedentenrechtspraak. Volgens de Wet Algemene Bepalingen (Wet AB) mag de rechter niet 'bij wege van algemene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welke aan zijn beslissing zijn onderworpen' (art. 12). In gewoon Nederlands: de rechterlijke uitspraak bindt alleen partijen, maar zij heeft geen kracht van wet.

■ Voorbeeld

Een verhuurder wint een proces tegen één van de vele huurders in hetzelfde flatgebouw, die allen de huurverhoging weigeren te betalen. Theoretisch, dat wil zeggen gelet op art. 12 Wet AB, kan de verhuurder aan dit gewonnen proces tegen de ene huurder geen rechten ontlenen tegenover de even weigerachtige andere huurders. In het volgende zal blijken, dat de zaak in de praktijk een tikje anders ligt.

Doel van art. 11 en 12 Wet AB

Doel van art. 11 en 12 is om de wet te maken tot de belangrijkste, zo niet de enige, bron van het recht. Men kan zich natuurlijk afvragen wat dan de zin is van het publiceren van de rechterlijke uitspraken.

Voor een juiste kijk op het belang van de rechtspraak als rechtsbron is het echter nodig summier iets te zeggen over de rechterlijke organisatie. Uitvoerig wordt hierop ingegaan in hoofdstuk 29. De hoogste rechter is de Hoge Raad der Nederlanden, kortweg de Hoge Raad genoemd. Daaronder volgen in rangorde van belangrijkheid: de gerechtshoven (veelal aangeduid als de hoven) en de rechtbanken. Sinds 2002 zijn de vroeger zelfstandige kantongerechten geïntegreerd in de rechtbank. De rechtbank kent thans vier sectoren: de sectoren kanton, civiele zaken, strafzaken en bestuursrecht. Een geschil tussen burgers komt nu in eerste aanleg voor de rechtbank. De wet geeft precies aan welke zaken voor de kantonrechter komen en welke voor de sector civiel. Taak van de rechter is om de feiten vast te stellen en op de vastgestelde feiten het recht toe te passen. In veel gevallen is hoger beroep mogelijk bij het hof. Slechts éénmaal kan men in hoger beroep tegen een vonnis opkomen.

In een hogerberoepsprocedure worden voor zover nodig opnieuw eerst de feiten vastgesteld en daarna past de rechter het recht op die feiten toe.

In cassatie gaat men bij de Hoge Raad, hetzij van een uitspraak in eerste aanleg, hetzij van een uitspraak in hoger beroep. Cassatie is geen hoger beroep (dat zou ook niet kunnen, want men kan maar eenmaal in hoger beroep). De Hoge Raad stelt niet opnieuw de feiten vast, maar ziet er alleen op toe dat het recht op de door de lagere rechter vastgestelde feiten juist is toegepast. Was de rechtstoepassing juist, dan verwerpt de Hoge Raad het cassatieberoep; was zij onjuist, dan casseert de Hoge Raad (d.w.z. verbreekt, vernietigt) de bestreden uitspraak. Hij kan in dit laatste geval ofwel zelf recht doen en een eindbeslissing geven, ofwel de zaak terugverwijzen naar de rechter die de nu vernietigde uitspraak heeft gedaan, of naar een andere rechter. Deze rechter moet dan met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad opnieuw een uitspraak doen ('Doe je huiswerk maar over, dit waren je fouten').

De uitspraken van de rechtbank, daaronder begrepen die van de kantonrechter, zijn vonnissen en beschikkingen, die van het hof en van de Hoge Raad noemt men arresten.

Art. 12 Wet AB en de praktijk

Wat is nu in de praktijk de betekenis van art. 12 van de Wet AB? Formeel heeft de rechterlijke uitspraak geen werking dan alleen tussen de procespartijen. Dat houdt ook in dat de lagere rechter in een nieuwe zaak een ander standpunt mag innemen dan de Hoge Raad in een soortgelijke eerdere zaak. Hij is aan de uitspraak van de Hoge Raad niet gebonden.

In veel gevallen houdt de lagere rechter zich echter wél aan de uitspraken van de hogere rechters, en wel om twee redenen:

- 1 omdat er een gerede kans bestaat, dat bij een afwijkend vonnis van de lagere rechter, de verliezende partij in hoger beroep of cassatie toch aan het langste eind trekt;
- 2 omdat rechters geen willekeurige beslissingen mogen nemen en de eenheid in het recht moeten nastreven in verband met de rechtszekerheid.

Eén ding is ons nu duidelijk: rechterlijke uitspraken staan niet zo op zichzelf als art. 12 van de Wet AB ons wil doen geloven. De lagere rechter conformeert zich *dikwijls* aan de uitspraken van een hogere rechter, maar *niet altijd*. Er kunnen nieuwe inzichten in de rechtswetenschap ontstaan zijn sinds bijvoorbeeld de Hoge Raad over een bepaalde zaak heeft geoordeeld of er hebben zich sedertdien belangrijke wijzigingen voorgedaan in de maatschappij. Hoe ouder een uitspraak van een hogere rechter, des te vrijer zal een lagere rechter zich kunnen opstellen. Er bestaat dan zelfs een goede kans dat de hogere rechter hem in zijn nieuwe visie volgt. Men zegt in zo'n geval dat de hogere rechter (ten opzichte van zijn eerdere standpunt) 'omgaat'.

Illustratief in dit verband is de ontwikkeling van het begrip 'onrechtmatig' in art. 162 Boek 6 BW. Dit artikel bepaalt dat onrechtmatig toegebrachte schade door de schuldige moet worden vergoed. De oude wettekst vermelde oorspronkelijk niet wat 'onrechtmatig' inhoudt, maar gaf wel enige criteria omtrent het begrip 'onwetmatig'.

Nu deed zich in 1909 het geval voor van een juffrouw in Zutphen die niet op goede voet stond met haar benedenbuurman, een koopman wiens waren op de verdieping onder haar lagen opgeslagen. Door een mankement aan de waterleiding dreigde deze verdieping onder water te lopen en dat gebeurde ook, omdat de bovenbuurvrouw weigerde de hoofdkraan af te sluiten toen de koopman daarom vroeg. Gevolg: grote waterschade.

In 1910 moest de Hoge Raad in deze zaak beslissen over de vraag of de weigering van de bovenbuurvrouw onrechtmatig was. Neen, zei de Hoge Raad, want er is geen wettelijke plicht om de waterleiding af te sluiten. Volgens de Hoge Raad was 'onrechtmatig' dus synoniem met 'onwetmatig' (HR 10 juni 1910, *W* 9038, Zutphense waterleiding).

Hiertegen rees veel verzet. In de rechtswetenschap sprak men schande over de uitspraak, die indruiste tegen elk gevoel van rechtvaardigheid.

Deze kritiek leidde tot een wetsontwerp, waarin het begrip 'onrechtmatig' ruim werd omschreven. Gevallen als dat van de Zutphense juffrouw zouden er in de toekomst ook onder vallen. Het wetsvoorstel verdween in de ijskast, omdat de Eerste Wereldoorlog uitbrak en het toen gevormde extraparlamenteaire of zakenkabinet geen principiële zaken wenste te regelen, maar alleen trachtte om door de moeilijke oorlogsjaren heen te komen.

Vervolgens deed zich een geval voor van oneerlijke concurrentie. Een zekere drukker, Cohen, maakte gebruik van een bedrijfsspion bij zijn concurrent, Lindenbaum. Deze werknemer van Lindenbaum gaf aan Cohen door welke offertes zijn werkgever aan zijn cliënten deed. Toen dit uitkwam, begon Lin-

denbaum een proces tegen Cohen. Evenals in het geval van de Zutphense juffrouw ontbrak een wettelijke bepaling die de handelwijze van Cohen rechtstreeks verbood. En wat oordeelde de HR op 31 januari 1919? Ons hoogste rechtscollege meende dat Cohen zich schuldig had gemaakt aan een onrechtmatige daad, omdat onder dat begrip ook valt *al hetgeen indruist tegen de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt tegenover andermans persoon of goed* (HR 31 januari 1919, NJ 1919-161, Lindenbaum/Cohen). Deze formulering was ontleend aan het wetsontwerp!

De wetgever vond het allang goed en meende dat, nu de Hoge Raad zich zo duidelijk had uitgesproken over hetgeen onrechtmatig is, een wetswijziging overbodig was. Het wetsontwerp is toen niet meer in behandeling gekomen. We zien dus dat een omstreden uitspraak van de Hoge Raad leidt tot commentaar van de rechtswetenschap. Dit resulteert in een wetsontwerp dat de Hoge Raad inspireert tot een andere uitspraak en deze nieuwe uitspraak leidt tot het intrekken van een thans overbodig geworden wetsontwerp. In de praktijk is de jurisprudentie dus toch bron van recht en heeft de rechtswetenschap grote invloed op de jurisprudentie. Daarmee hebben we meteen het nodige gezegd over de rechtswetenschap als bron van recht.

In het thans geldende BW vinden we wel een omschrijving van het begrip onrechtmatige daad: als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond (art. 162 lid 2 Boek 6).

Dat het BW thans wel een omschrijving geeft van het begrip onrechtmatige daad, vindt zijn oorzaak in het feit dat één van de bedoelingen met het NBW juist was om daarin de gevestigde jurisprudentie zo veel mogelijk te verwerken.

■ ■ ■ 1.2.4 De gewoonte

Ook de wetgever erkent de gewoonte als bron van recht. Zo lezen we in art. 248 lid 1 Boek 6 BW: 'Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, *de gewoonte* of de eisen van de redelijkheid en billijkheid voortvloeien.'

Daarmee wordt het hele veld van overeenkomsten door de werking van de gewoonte bestreken. Vooral in het handelsrecht speelt de gewoonte nog een vrij belangrijke rol.

■ ■ ■ 1.3 Enkele rechtstermen in het privaatrecht

Rechtsbevoegdheid

De mens is deelnemer aan het rechtsverkeer: hij is *rechtsbevoegd*. Maar niet alle mensen kunnen die rechtsbevoegdheid zelfstandig uitoefenen.

Handelingsonbekwaamheid

Wij onderscheiden de mensen in handelingsbekwamen en handelingsonbekwamen. *Handelingsonbekwaam* houdt in dat iemand wel rechtsbevoegd is, maar de hulp van andere mensen nodig heeft om van die rechtsbevoegdheid gebruik te maken.

■ Voorbeeld

Een kind van twaalf jaar koopt een Ferrari, maar komt hem niet ophalen en betalen. De vordering van de verkoper tot nakoming van de overeenkomst strandt op de handelingsonbekwaamheid van het kind.

Handelingsonbevoegdheid

Vervolgens kennen we de term *handelingsonbevoegd*. Dit houdt in dat iemand bepaalde rechtshandelingen niet mag en niet kan verrichten, hetzij helemaal niet, hetzij niet zonder toestemming van iemand anders.

■ Voorbeeld

De voogd heeft voor de verkoop van een goed van de pupil de machtiging nodig van de kantonrechter, en een openbaar ambtenaar mag onder geen beding een goed kopen dat ten overstaan van hem wordt verkocht (denk aan een notaris of deurwaarder).

Beschikkingsonbevoegd

Ten slotte kennen we nog de term *beschikkingsonbevoegd*: het niet mogen verrichten van zakenrechtelijke handelingen.

■ Voorbeelden

- In het huwelijksvermogensrecht zullen we zien dat de schulden van beide echtgenoten verhaalbaar zijn op de goederen van de gemeenschap maar het door de ene echtgenoot aangebrachte ameublement mag de andere niet in eigendom overdragen aan een derde (wel natuurlijk met toestemming van de eerste echtgenoot).
- De gefailleerde mag uit de failliete boedel niets meer leveren aan derden.
- De makelaar die in opdracht van mij een koper voor mijn huis zoekt kan dat huis niet aan een koper leveren, dat wil zeggen hem van dat huis eigenaar maken. Dat kan ik slechts zelf doen, zij het dat ik een ander, dus ook de makelaar, kan machtigen tot levering.

Rechtsfeit en rechtshandeling

In het privaatrecht en dus ook in het personen- en familierecht stuiten we voortdurend op de termen *rechtsfeit* en *rechtshandeling*. Een *rechtsfeit* is een feit dat relevant is voor het recht.

■ Voorbeelden

- Dat ik Jansen niet heb gegroet toen ik hem gisteren tegenkwam, is een feit. Het is bovendien onbehoorlijk, maar een rechtsfeit is het niet, want voor het recht is dit feit zonder belang.
- De geboorte van een welgeschapen dochter is een rechtsfeit. Er ontstaan namelijk rechtsbetrekkingen tussen de ouders en het kind. Het kind heeft van meet af aan bepaalde rechten tegenover de staat en zodra het vier jaar wordt, ontstaat een plicht, de leerplicht, op grond van de Leerplichtwet 1969 (*Stb.* 1968, 303).

Een *rechtshandeling* is een handeling met een beoogd en bereikt rechtsgevolg.

■ Voorbeelden

- U en ik willen een koopovereenkomst sluiten. Voor het sluiten van de overeenkomst verrichten wij handelingen: wij maken onze (gelijkgestemde) wil kenbaar en bereiken daarmee het tot stand komen van de overeenkomst.

- De oneerlijke concurrentie die ik u aandoe, is wel een handeling maar geen rechtshandeling. Omdat dit handelen wel gevolgen heeft voor het recht (ik ben nu aansprakelijk uit onrechtmatige daad), is de oneerlijke concurrentie wel een rechtsfeit.

Rechtsfeiten zijn dus:

- feiten
 - handelingen
- } met rechtsgevolg.

Rechtshandelingen zijn alleen die handelingen die een rechtsgevolg beogen en bereiken. Ook rechtshandelingen zijn handelingen met rechtsgevolg en dus rechtsfeiten.