



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Het bijzondere, zelfstandige karakter van het (internationaal) handelsrecht

Hendrikse, M.L.

**Publication date**

2013

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Capita internationaal handelsrecht

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Hendrikse, M. L. (2013). Het bijzondere, zelfstandige karakter van het (internationaal) handelsrecht. In S. E. van Hall, M. L. Hendrikse, N. J. Margetson, H. P. D. den Teuling, & G. J. P. de Vries (Eds.), *Capita internationaal handelsrecht* (pp. 13-28). (NTHR-reeks; No. 19). Paris.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# Hoofdstuk 1

## Het bijzondere, zelfstandige karakter van het (internationaal) handelsrecht

Prof. mr. drs. M.L. Hendrikse\*

### 1.1 Inleiding<sup>1</sup>

In de 19e eeuw<sup>2</sup> was de situatie vrij eenvoudig: het handelsrecht was het geheel van de delen van het recht die waren geregeld in het Wetboek van Koophandel.<sup>3</sup> Het handelsrecht bestond dus uit het verzekeringsrecht, vervoerrecht, ondernemingsrecht, waardenpapierenrecht en enkele andere rechtsgebieden.<sup>4</sup> Met de ‘ontmanteling’ van het Wetboek van Koophandel en de overbrenging van de betroffen rechtsgebieden naar het Wetboek van Koophandel in de 20e eeuw kwam de – altijd al sluimerend levende – vraag<sup>5</sup> naar het zelfstandig bestaansrecht van het handelsrecht wel erg op de voorgrond.

Klomp beantwoordt de onderhavige vraag in de conclusie van zijn dissertatie *Opkomst en ondergang van het handelsrecht* als volgt: ‘Te groot voor een servet, maar te klein voor een tafellaken. Het handelsrecht heeft door de eeuwen heen geworsteld met zijn identiteit en de plaats die het innam binnen het recht. Het ging hierbij in het bijzonder om de verhouding tot het burgerlijk recht. Is het handelsrecht een servet op een burgerrechtelijk tafellaken, of is het een zelfstandig kleed waarmee de commercie zich kan tooien, dan wel beschermen? (...) De voor de verschillende standpunten aangevoerde argumenten zijn in dit boek de revue gepasseerd. Een eenduidige conclusie lijkt onontkoombaar. (...) Het zijn de burgerrechtelijke beginselen van het overeenkomstenrecht, het aansprakelijkheidsrecht etc. die ook het handelsrecht schragen. Wat daar als handelsrechtelijke bovenbouw op wordt ont-

\* Prof. mr. drs. M.L. Hendrikse is bijzonder hoogleraar handelsrecht en verzekeringsrecht aan de Open Universiteit (JPR advocaten-leerstoel), directeur van het UvA Amsterdam Centre for Insurance Studies (ACIS), universitair hoofddocent privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam, lid Geschillencommissie Kifid en rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Utrecht.

1. Dit hoofdstuk is een geactualiseerde versie van een eerdere publicatie. Zie M.L. Hendrikse, ‘Het bijzondere, zelfstandige karakter van het handelsrecht’, *NTHR* 2012-3, p. 129-137.
2. Het handelsrecht kent een veel langere geschiedenis en gaat terug tot de Griekse oudheid. Zie recentelijk over deze kwestie L.C. Winkel, ‘Enige opmerkingen over de geschiedenis van het handelsrecht’, in: *Verbindend recht* (Liber amicorum K.F. Haak), Deventer: Kluwer 2012, p. 567-573.
3. Zie in ongeveer gelijke zin L. Timmerman, ‘Bezinning op het handelsrecht’, *TVVS* 1990-1 (hierna: Timmerman 1990), p. 1.
4. Zie over de vraag welke rechtsgebieden tegenwoordig nog onder het handelsrecht moeten worden geschaard onder andere R. van Delden, ‘Handelsrecht een partijtje ongeregeld?’, in: *Haven en handel. Tekst van het afscheidscollege van Prof. mr. R. van Delden aangevuld met teksten van de lezingen gehouden tijdens het daaraan voorafgaande symposium ‘Haven en handel’*, Deventer: Kluwer 1992, p. 1-18 en J.B.M. Vranken, ‘De verhandelsrechtelijke van het privaatrecht. Over differentiatie en schaalvergroting’, in: *Handelsrecht tussen ‘koophandel’ en Nieuw BW*, Deventer: Kluwer 1988 (hierna: Vranken 1988), p. 245.
5. Zie onder andere de NJV preadviezen van Molengraaff en Hartogh uit 1883. De preadviezen gingen in op de volgende vraag: ‘Is het noodzakelijk of wenschelijk tusschen handelsrecht en burgerlijk recht te onderscheiden en ze tot voorwerpen van afzonderlijke wettelijke regeling te maken?’. Zie *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1883-1, p. 179. Beide auteurs beantwoordden de vraag ontkennend.

wikkeld rust derhalve op een burgerrechtelijk fundament. Gezien de radicale omslag die zich in de negentiende eeuw in Nederland heeft voltrokken is het gewaagd hierover een voorspelling te doen, maar ik verwacht dat dit niet zal veranderen. Het is niet goed voorspelbaar dat het handelsrecht ooit nog een volledig zelfstandig en los van het burgerlijk recht staand eigen geheel van regels zal vormen.<sup>6</sup> In dit hoofdstuk zal ik een eigen antwoord formuleren op de onderhavige vraag. Dit antwoord zal volgen na een analyse van de reikwijdte van de begrippen (algemeen) privaatrecht, handelsrecht en burgerlijk recht alsmede van de karaktertrekken van het (internationaal) handelsrecht.

### 1.2 De reikwijdte van de begrippen (algemeen) privaatrecht, handelsrecht en burgerlijk recht

Stelling 2 bij het proefschrift van Martius luidt: ‘De benaming “Burgerlijk Wetboek” doet onvoldoende recht aan de inhoud van dit Wetboek: een benaming “Wetboek voor Privaatrecht” zou meer op haar plaats zijn.’<sup>7</sup> Martius slaat naar mijn mening de spijker precies op zijn kop. De begrippen privaatrecht en burgerlijk recht worden nogal eens door elkaar gebruikt hetgeen naar mijn mening onjuist is. Een voorbeeld uit de dissertatie van Klomp: ‘Het zijn de *burgerrechtelijke* [curs. MLH] beginselen van het overeenkomstenrecht, het aansprakelijkheidsrecht etc. die ook het handelsrecht schragen.’<sup>8</sup> In plaats van het bijvoeglijke naamwoord ‘burgerrechtelijk’ had Klomp naar mijn mening het bijvoeglijke naamwoord ‘algemeen privaatrechtelijke’ moeten gebruiken.

Dit brengt ons bij de vraag wat de reikwijdte van het begrip ‘burgerlijk recht’ is. In de tijd dat het Wetboek van Koophandel nog een redelijk<sup>9</sup> compleet wetboek was – tot 1976<sup>10</sup> – bestond het Burgerlijk Wetboek uit vier boeken: Van personen (Boek 1), Van zaken (Boek 2), Van verbindtenissen (Boek 3) en Van bewijs en verjaring (Boek 4). Het Burgerlijk Wetboek was in die tijd eigenlijk al een combinatie van *algemeen en gespecialiseerd*<sup>11</sup> privaatrecht. Als onderdeel van het algemeen privaatrecht kan bijvoorbeeld genoemd worden het algemene overeenkomstenrecht dat in art. 1349-1387 oud BW was ondergebracht en als voorbeeld van gespecialiseerd privaatrecht in het oud BW kan genoemd worden het erfrecht dat was opgenomen in art. 877-1176.

Wat was nu de positie van het burgerlijk recht in het onderhavige geheel? Verdedigd zou kunnen worden dat het begrip burgerlijk recht in die tijd sloeg op alle rechtsgebieden die in die tijd in het oud BW waren opgenomen dus zowel de algemene delen zoals het algemene overeenkomstenrecht als de gespecialiseerde

6. R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998 (hierna: Klomp 1998), p. 201.

7. Stelling 2 bij het proefschrift *Elektronisch Handelsrecht*. Zie voor de handelseditie H.P.A.J. Martius, *Elektronisch Handelsrecht* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2008 (hierna: Martius 2008). Zie ook Klomp 1998, p. 143: ‘Vreemd genoeg blijft het nieuwe wetboek *Burgerlijk Wetboek* heten, hoewel *Privaatrechtelijk Wetboek* of *Wetboek van Privaatrecht* zuiverder zou zijn.’

8. Klomp 1998, p. 201.

9. Met de invoering van de Faillissementswet van 1896 die door Molengraaff was ontworpen was het derde boek van het Wetboek van Koophandel al komen te vervallen welk boek een regeling bevatte van het faillissement van kooplieden. Zie ook Klomp 1998, p. 132.

10. In dat jaar trad op 26 juli Boek 2 BW (Rechtspersonen) in werking.

11. Zie voor deze term Timmerman 1990, p. 5. Hij gebruikt het onderhavige bijvoeglijke naamwoord om aan te geven wat voor soort privaatrecht het handelsrecht is.

delen als bijvoorbeeld het erfrecht en de regelingen aangaande bijzondere overeenkomsten zoals bijvoorbeeld de huur- en de arbeidsovereenkomst. Met andere woorden: het Burgerlijk Wetboek was het wetboek waarin het *gehele* burgerlijk recht was opgenomen.

Tegen de onderhavige benadering pleit dat deze benadering niet in overeenstemming was met de praktijk van alledag. Het naoorlogse universitaire juridische curriculum bestond op het privaatrechtelijke terrein uit de vakken handelsrecht en burgerlijk recht.<sup>12</sup> Het vak handelsrecht bestond uit de bekende onderdelen zoals het rechtspersonenrecht, het faillissementsrecht, het vervoerrecht, het verzekeringsrecht, de handelskoop, tussenpersonenrecht en waardepapierenrecht. In feite werd het Wetboek van Koophandel in de toenmalige vorm aan de orde gesteld. Het vak burgerlijk recht besloeg daarentegen niet de inhoud van het toenmalige Burgerlijk Wetboek. In feite kwam het neer op een – in moderne termen – vak goederen- en verbintenissenrecht.<sup>13</sup> Het personen- en familierecht en het erfrecht werden niet behandeld.

Onder het regime van het huidige Burgerlijk Wetboek is het naar mijn mening nog minder aannemelijk geworden dat van een ruim begrip burgerlijk recht moet worden uitgegaan. Dit vereist een nadere toelichting.

Het privaatrecht zoals wij dat kennen in het Burgerlijk Wetboek bestaat uit diverse rechtsgebieden: het personen- en familierecht (Boek 1 BW), het rechtspersonenrecht (Boek 2 BW), het vermogensrecht (Boeken 3, 5, 6, 7 en 8 BW), het erfrecht (Boek 4 BW) en het internationaal privaatrecht (Boek 10 BW<sup>14</sup>). Het vermogensrecht bestaat uit het algemene vermogensrecht (Boek 3 BW), de zakelijke rechten (Boek 5 BW), het verbintenissenrecht (Boek 6 BW) dat weer kan worden opgedeeld in allerlei onderwerpen waaronder het algemeen verbintenissenrecht (titel 1), overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen (titel 2), onrechtmatige daad (titel 3), verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst (titel 4) en het algemene overeenkomstenrecht (titel 5), Boek 7 BW dat enige bijzondere overeenkomsten behandelt waaronder de verzekeringsovereenkomst (titel 17) en Boek 8 BW dat gaat over het vervoerrecht met de vervoerovereenkomst in het bijzonder.

De gelaagde structuur van het Burgerlijk Wetboek brengt mee dat bij de bijzondere onderdelen zoals het vervoerrecht mede moet worden teruggeslagen op het algemene vermogensrecht. Zo zal men bij een kwestie aangaande een vervoerovereenkomst in de regel naast de regeling van Boek 8 BW ook acht moeten slaan op bijvoorbeeld de regeling van de overeenkomst in het algemeen in titel 5 van Boek 6 en de regeling aangaande de rechtshandeling in titel 2 van Boek 3.

Het handelsrecht, *gespecialiseerd* privaatrecht, wordt dus geschraagd door beginselen van het overeenkomstenrecht, het aansprakelijkheidsrecht en het goederenrecht: het handelsrecht kent geen eigen systeem en slaat terug op het *algemene* privaatrecht.<sup>15</sup>

Met het overbrengen van het handelsrecht uit het Wetboek van Koophandel naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek werd een uitgebalanceerd systeem geïntroduceerd

12. Uiteraard was er ook aandacht voor het burgerlijk procesrecht. Dat werd over het algemeen behandeld als onderdeel van ofwel het handelsrecht ofwel het burgerlijk recht.

13. Zulks met inbegrip van bijzondere overeenkomsten als de koopovereenkomst.

14. Ingevoerd op 1 januari 2012, *Stb.* 2011, 340.

15. Zie ook Timmerman 1990, p. 2.

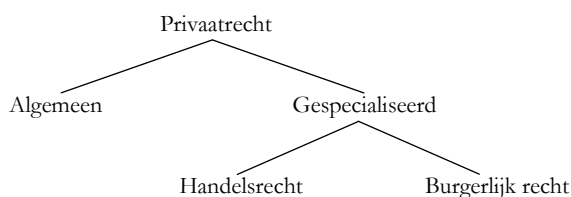
– voor zover niet al gedeeltelijk aanwezig in het oude Burgerlijk Wetboek – dat uitgaat van *algemeen* en *gespecialiseerd* privaatrecht. Dit nieuwe systeem had consequenties voor de aard van het handelsrecht dat nu geen (gedeeltelijk) eigen systematiek meer kende, maar had naar mijn mening ook gevolgen voor de aard en de reikwijdte van het burgerlijk recht. Wat moest nu nog onder het begrip burgerlijk recht worden verstaan? Anders gezegd: de invoering van het nieuw BW heeft onopgemerkt tot een identiteitscrisis geleid van het burgerlijk recht.

Het ligt naar mijn mening niet voor de hand om het algemene privaatrecht *op dit moment* als onderdeel van het burgerlijk recht te zien nu het handelsrecht ook terugslaat op deze algemene delen. Tegengeworpen zou kunnen worden dat ook *onder het regime van het oud BW* algemene delen van het privaatrecht, zoals het algemene overeenkomstenrecht, zonder twijfel tot het burgerlijk recht behoorden en dat het handelsrecht ook toen terugsliep op deze bepalingen. Dit laatste volgde uit art. 1 WvK dat luidt: ‘Het Burgerlijk Wetboek is, voor zoo verre daarvan bij dit Wetboek niet bijzonderlijk is afgeweken, ook op de in dit Wetboek behandelde onderwerpen toepasselijk.’

Het is juist dat het algemene overeenkomstenrecht onder het oude regime deel uitmaakte van het burgerlijk recht. Daar is naar mijn mening niet mee gezegd dat zulks ook geldt voor het huidige recht. Een kenmerk van het huidige Burgerlijk Wetboek is de ver doorgevoerde systematiek: de gelaagde structuur die gebaseerd is op het onderscheid tussen *algemeen* en *gespecialiseerd* privaatrecht. Bij een dergelijk gestructureerd systeem past naar mijn mening niet een ruime term ‘burgerlijk recht’ dat zowel algemene delen van het privaatrecht omvat zoals het algemene overeenkomstenrecht, als gespecialiseerde onderdelen als het arbeidsrecht en het huurrecht. De term heeft dan te weinig onderscheidend vermogen en maakt onvoldoende de precare verhouding tussen het burgerlijk recht en het handelsrecht duidelijk.

Voor de term ‘burgerlijk recht’ is aldus naar mijn mening alleen ruimte binnen het *gespecialiseerde* deel van het Burgerlijk Wetboek. Het handelsrecht én het burgerlijk recht zijn beide verzamelingen van rechtsgebieden. Zoals het handelsrecht de verzameling is van rechtsgebieden zoals het vervoerrecht, waardepapierenrecht enz., is het burgerlijk recht de verzameling van rechtsgebieden zoals het huurrecht, arbeidsrecht en het consumentenrecht.

Schematisch komt het een en ander op het volgende neer:



In het vervolg van dit hoofdstuk zal ik het begrip ‘burgerlijk recht’ in de laatstgenoemde zin gebruiken. De onderhavige opdeling roept de vraag op wat nu het precieze onderscheid is tussen het handelsrecht en het burgerlijk recht. Dit is het onderwerp van de volgende paragraaf.

### 1.3 **Karaktertrekken van het (internationaal) handelsrecht**

#### 1.3.1 **Algemeen**

In de navolgende subparagrafen zullen enige karaktertrekken van het handelsrecht aan de orde komen. Het betreft geen uitputtende opsomming. Behandeld worden enige in het oog springende karaktertrekken.

#### 1.3.2 **Het (sterk) internationale karakter van het handelsrecht<sup>16</sup>**

Het handelsrecht bestaat voor een belangrijk deel uit verdragen en andere internationale regelingen. Denk bijvoorbeeld aan de Rotterdam Rules, het Verdrag van Montreal en het Weens Koopverdrag. Deze regelingen kennen een eigen systematiek. Bij de uitleg van bepalingen die deel uitmaken van dergelijke regelingen dient rekening te worden gehouden met deze eigen systematiek. De regelingen dienen dus niet te worden bekeken met een Nederlandse bril en ook niet te worden ingepast in de systematiek van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek. Zie uitgebreid over deze kwestie hoofdstuk 2 van dit boek.

Maar zelfs bij enkele onderdelen van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek is speciale aandacht vereist nu deze onderdelen omzettingen zijn van internationale regelingen of door deze regelingen zijn geïnspireerd.<sup>17</sup> In kader kan bijvoorbeeld genoemd worden de regeling ex art. 8:383 BW (onthefing van de aansprakelijkheid van de zeevervoerder bij vervoer onder cognossement) welke regeling is gebaseerd op art. IV van de Hague (Visby) Rules.

Toegegeven moet worden dat er ook voor het burgerlijk recht dergelijke voorbeelden te geven zijn, maar er is toch een belangrijke verschil: het aantal verdragen en internationale regelingen in het burgerlijk recht is veel geringer. Daarbij komt nog dat deze regelingen veelal de vorm hebben van een EG/EU-richtlijn en dat het in de meeste gevallen gaat om regelingen op een specifiek onderdeel van het burgerlijk recht, het consumentenrecht. Zo is bijvoorbeeld een ander belangrijk onderdeel van het burgerlijk recht, het huurrecht, (vrijwel) geheel nationaal van aard.

#### 1.3.3 **De dienende functie van het (internationaal) handelsrecht<sup>18</sup>**

Belangrijke onderdelen van het burgerlijk recht hebben een politiek karakter. Als voorbeelden kunnen genoemd worden het consumentenrecht, arbeidsrecht en het huurrecht. Met het politieke karakter bedoel ik dat de Europese en nationale regelgevers op deze terreinen door middel van regelgeving actief de samenleving willen sturen. Zo is algemeen aanvaard dat de werknemer, de huurder en de consument bescherming verdienen in het rechtsverkeer en de Europese en nationale regelgevers

16. Zie ook over dit aspect K.F. Haak & R. Zwitser, *Van haven en handel*, Deventer: Kluwer 2010 (hierna: Haak/Zwitser 2010), p. 8; Timmerman 1990, p. 4 alsmede hoofdstuk 2 van dit boek.

17. Zie ook A.V.M. Struycken, 'Het handelsrecht hoe langer hoe meer over de grenzen heen', in: *150 jaar Wetboek van Koophandel*, Deventer: Kluwer 1989 (hierna: Struycken 1989), p. 85. Hij heeft ervoor gepleit om alle regelingen waarvoor het uitleggebod van de autonomie van het uniforme privaatrecht geldt buiten het Nieuw BW te laten.

18. Zie ook voor dit aspect Haak/Zwitser 2010, p. 7-8.

dwingen deze bescherming actief af door middel van de introductie van (semi) dwingende regelgeving. Er wordt aldus rechtspolitiek bedreven.

Het handelsrecht heeft een veel minder politiek karakter. Uiteraard willen de diverse regelgevers economische activiteiten stimuleren, maar de regelgevers zijn over het algemeen zeer terughoudend met het geven van een wettelijke voorkeursbehandeling in geval van een handelsrechtelijke verhouding nu de betrokken partijen als economisch gelijkwaardig worden beschouwd.

Het handelsrecht heeft een dienende functie.<sup>19</sup> Het handelsrecht faciliteert het handelsverkeer.<sup>20</sup>

De faciliterende functie van het handelsrecht kent twee belangrijke aspecten. Allereerst zal het handelsrecht goed moeten aansluiten bij de handelspraktijk van alledag. Boonk verwoordt dit aspect als volgt: 'Het recht is er ten behoeve van de mensen die er in de praktijk mee moeten werken. Als de door de wetgever neergelegde constructie in de dagelijkse praktijk van de belanghebbenden niet of nauwelijks weerklank vindt, is dit een belangrijke aanwijzing dat de wettelijke regeling veranderd zou moeten worden. Dat geldt in het bijzonder in het cognossemmentsrecht, nu het cognossement een in de praktijk tot ontwikkeling gekomen document is. Dit brengt mee dat het recht bijzondere aandacht behoort te hebben voor de wijze waarop het cognossement in de praktijk functioneert. De regeling van het cognossement behoort op de praktijk te zijn afgestemd.'<sup>21</sup>

In de tweede plaats zal het handelsrecht een juridische oplossing moeten bieden voor de technologische en industriële ontwikkelingen in het handelsverkeer.<sup>22</sup> Van Huizen noemt als voorbeeld van een juridische oplossing voor een ontwikkeling in het handelsverkeer het speciaal voor multimodaal vervoer in het leven geroepen CT-document.<sup>23, 24</sup>

#### 1.3.4 De meerpartijenverhouding als veelvoorkomend verschijnsel in het handelsrecht<sup>25</sup>

In het burgerlijk recht is de tweepartijenverhouding de norm: de werkgever sluit een arbeidsovereenkomst met de werknemer, de verhuurder sluit een huurovereenkomst met de huurder en de winkelier sluit een koopovereenkomst met de consument. Het derdenbeding is daar uitzondering. Dit alles is redelijk overzichtelijk.<sup>26</sup>

19. Zie ook Ph.H.J.G. van Huizen, *Inleiding handelsrecht*, Deventer: Kluwer 2009 (hierna: Van Huizen 2009), p. 19.

20. Zie ook stelling 6 bij de dissertatie van Martius. Zie voor de handelseditie Martius 2008.

21. H. Boonk, 'Cognossement en legitimatie', *TVR* 2007-4, p. 92.

22. Zie ook Van Huizen 2009, p. 17-18. Zie ook Timmerman 1990, p. 3: 'Op de juridische gevolgen van dit soort veranderende maatschappelijke praktijken dient de beoefenaar van het handelsrecht zich telkens weer te bezinnen.'

23. Combined Transport-document. Zie over dit document onder andere W.J. Oostwouder, *Hoofdzaken Boek 8 BW*, Deventer: Kluwer 2001, p. 82-85.

24. Van Huizen 2009, p. 18.

25. Zie ook over dit aspect Haak/Zwitser 2010, p. 8 en Timmerman 1990, p. 4.

26. Ook hier zijn uiteraard complicaties te bedenken. Als voorbeeld kan genoemd worden de kwestie van de nauw bij een overeenkomst betrokken derde. Zie recent over deze laatste kwestie A.L.H. Ernes, *Und die Moral von der Geschicht...* (oratie Heerlen), Heerlen: OU Pers 2011, p. 23-25, evenals A.L.H. Ernes & A.H. Lamers, 'De begrippen overeenkomst, partij en derde in het civiele recht', *Ars Aequi* 2012-1, p. 26-33.

Het handelsverkeer is veel weerbarstiger.<sup>27</sup> De tweepartijenverhouding is daar veel minder voorkomend. Veel voorkomend zijn daar derdenbedingconstructies waardoor een meerpactijenverhouding ontstaat. Denk aan de transportverzekering die in geval van een CIF-koop door de verkoper ten behoeve van de koper bij een transportverzekeraar dient te worden afgesloten of het veelvoorkomende geval bij vervoer waarbij er sprake is van een vervoerder, afzender en een geadresseerde.

### 1.3.5 Het collectief belang van een effectief en efficiënt handels- en betalingsverkeer (handelsrecht) tegenover bescherming van het individueel belang (burgerlijk recht)

De dynamiek van het burgerlijk recht is in het bijzonder gericht op bescherming van het individueel belang en het rekening houden met de omstandigheden van het concrete geval, terwijl in het handelsrecht het collectieve belang van een effectief en efficiënt handels- en betalingsverkeer centraal staat.<sup>28</sup>

Van de onderhavige karakteristiek van het handelsrecht zijn diverse uitwerkingen te vinden binnen de verschillende rechtsgebieden van het handelsrecht. Hier volgen twee voorbeelden ter illustratie.

Allereerst wil ik wijzen op de regeling van de *fundamental breach* ex art. 25 en 49 van het Weens Koopverdrag.<sup>29</sup> Art. 49 lid 1 Weens Koopverdrag geeft de koper in het geval van een internationale handelskoop de mogelijkheid bij non-conformiteit te ontbinden in het geval de tekortkoming wezenlijk (*fundamental breach*) is. Van een wezenlijke tekortkoming is – kortweg gezegd – sprake – zie art. 25 Weens Koopverdrag – indien de tekortkoming leidt tot zodanige schade voor een andere partij dat zij in aanmerkelijke mate wordt onthouden wat zij uit hoofde van de overeenkomst mag verwachten.

Voor de overige koopovereenkomsten geldt niet het verzwaarde vereiste van de *wezenlijke* tekortkoming. Daar geldt de algemene regel ex art. 6:265 lid 1 BW dat – kortweg gezegd – een partij bij de overeenkomst deze overkomst in beginsel bij *iedere* tekortkoming kan ontbinden.<sup>30</sup>

Het onderhavige verschil tussen het Weens Koopverdrag en het algemene privaatrecht laat zich als volgt verklaren: ‘De formulering van de artikelen 25, 49 en 64 van het Verdrag [Weens Koopverdrag, toevoeging MLH] is gebaseerd op de overweging dat internationale contracten meestal zo complex zijn en het financieel belang ervan veelal zo groot, dat een *geringe* [curs. MLH] tekortkoming geen recht op ontbinding mag geven. Dit sluit aan bij de gedachte dat de bijzonderheden van inter-

27. Zie ook Vranken 1988, p. 252: ‘De organisatiestructuur van het handelsverkeer kent vele schijven en tussenschakels, heb ik gezegd. Dat komt de inzichtelijkheid van de verhoudingen niet ten goede, met name niet als er iets mis loopt.’

28. Zie ook Van Huizen 2009, p. 15-16.

29. Zie uitgebreid over deze kwestie onder andere S.A. Kruisinga, ‘De wezenlijke tekortkoming als grond voor ontbinding in het Weens Koopverdrag’, *NTBR* 1998-8 (hierna: Kruisinga 1998), p. 267-274 alsmede hoofdstuk 3 van dit boek.

30. Door Kruisinga wordt opgemerkt dat het resultaat van het Weens Koopverdrag ook in het Nederlandse BW kan worden bereikt bij een ruime uitleg van de tenzij-regel (‘tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt’) die ook deel uitmaakt van art. 6:265 lid 1 BW. Zie Kruisinga 1998, p. 268. In de *Parlementaire Geschiedenis* wordt de tenzij-regel evenwel als een uitzondering neergezet hetgeen pleit voor een beperkte uitleg van de tenzij-regel. Zie *Parlementaire Geschiedenis Boek 6*, Deventer: Kluwer 1981, p. 1005 alsook Kruisinga 1998, p. 268.



nationale handelstransacties – waaronder de hoge kosten die voort kunnen vloeien uit het opnieuw verschepen en verhandelen van goederen in het buitenland – reden zijn om de mogelijkheid tot ontbinding van het contract te beperken tot gevallen van *wezenlijke tekortkoming*.<sup>31</sup> Bovendien zou de mogelijkheid om de overeenkomst te ontbinden vanwege een geringe tekortkoming in de nakoming het aantrekkelijk kunnen maken om bij prijsdaling of -stijging van die mogelijkheid gebruik te maken.<sup>32, 33</sup>

In de tweede plaats wil ik noemen het juridische concept van de *overriding obligation* dat deel uitmaakt van het zeerecht (zeevervoer onder *cognossement*).<sup>34</sup>

Art. III H(V)R formuleert voor de zeevervoerder enige zorgverplichtingen: redelijke zorg voor het schip (lid 1) en zorg voor de lading (lid 2). De situatie kan zich voordoen dat zowel een van de verplichtingen van art. III door de zeevervoerder is geschonden als dat zich ook een omstandigheid heeft voorgedaan die is aan te merken als een overmachtsgrond voor de zeevervoerder genoemd in art. IV lid 2 H(V)R en er verder schade is opgetreden aan de vervoerde lading. Is de zeevervoerder nu *in het geheel* aansprakelijk voor de ontstane schade?

Bij een schending van de verplichting ex art. III lid 1 H(V)R door de zeevervoerder rust de schadevergoedingsverplichting in beginsel in het geheel op de zeevervoerder: de verplichting ex art. III lid 1 H(V)R is een *overriding obligation*.<sup>35</sup>

Wat is nu het rechtskarakter van een *overriding obligation*? Margetson vat dit concept in zijn proefschrift als volgt kernachtig samen: ‘If there is concurrence<sup>36</sup> of negligence in the care for the cargo or the duty to exercise due diligence to make the ship seaworthy and an exception, then the carrier remains liable for the full extent of the damage *unless he can prove which part of the damage was caused by an excepted cause* [curs. MLH]. As was said above, the carrier will not be allowed to invoke an exception to escape from liability for the damage *caused by the non-fulfilment of art. III(1)*.<sup>37</sup>

Het uitgangspunt van de rechtsfiguur *overriding obligation* onder het regime van de Hague (Visby) Rules is derhalve een *bewijsconcept*: ‘Where the facts disclose that the loss was caused by the concurrent causative effects of an excepted and a non-expected peril, the carrier remains liable. *He only escapes liability to the extent that he can prove that the loss or damage was caused by the excepted peril alone* [curs. MLH] (e.g., *Gosse Miller Ltd. vs. Canadian Government Merchant Marine Ltd.*, (1928) 32 L.L.Rep 91; [1929] A.C. 223 at p. 98 and 241, per Viscount Sumner).<sup>38</sup>

Het concept van de *overriding obligation* wijkt dus af van het algemene uitgangspunt bij civiele contracten waar op grond van art. 6:101 BW in geval van een te-

31. Kruisinga verwijst hier naar J. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Deventer: Kluwer 1991 (Honnold 1991), p. 384-385.

32. Kruisinga verwijst hier naar Honnold 1991, p. 255.

33. Kruisinga 1998, p. 269.

34. Zie ook Van Huizen 2009, p. 17.

35. Over het karakter van art. III lid 2 H(V)R zijn de meningen verdeeld in de literatuur. Zie onder andere over deze kwestie M.H. Claringbould, *NTHR* 2010-2, p. 37-40. Ik laat deze kwestie verder rusten.

36. By concurrence of causes I mean the situation wherein more than one cause of damage exists and each of the causes caused part of the damage but neither of the causes could have caused all of the damage.

37. N.J. Margetson, *The system of liability of articles III and IV of the Hague [Visby] Rules* (diss. UvA), Zutphen: Uitgeverij Paris 2008, p. 79.

38. Mr Justice Hobhouse in *The Torenia*, [1983] 2 *Lloyd's Rep.* 210. Zie eerder maar minder expliciet Viscount Sumner in de zaak *The Canadian Highlander*, [1928] 32 L.L.Rep. 91 (HL).

kortkoming van een van de contractspartijen de schade proportioneel wordt toegerekend aan de verschillende oorzaken van de schade.

Voor de onderhavige afwijking van art. 6:101 BW overtuigende rechtvaardiging aan te dragen: 'Ook hier prevaleert het belang van een vlot handelsverkeer boven het individueel belang van i.c. de vervoerder zich te kunnen beroepen op een concrete omstandigheid die onder het burgerlijk recht zou leiden tot een proportionele toerekening van de schade aan beide oorzaken.'<sup>39</sup>

#### 1.4 Balans

In par. 1.1 werd de vraag gesteld of het (internationaal) handelsrecht zelfstandig bestaansrecht heeft. Deze vraag is actueler dan ooit met de voortschrijdende ontmanteling van het Wetboek van Koophandel.

Haak merkt in zijn oratie over de gevolgen van de beëindiging van de vertrouwde privaatrechtelijke tweedeling tussen het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Koophandel het volgende op: 'Wil daarmee gezegd zijn dat voornoemde rechtsgebieden [burgerlijk recht en handelsrecht, toevoeging MLH] voortaan als één complex van NieuwBouw<sup>40</sup> kunnen worden beschouwd, waarbij de ontwerpers volgens bestek naarstig hebben gestreefd naar eenmaking van het privaatrecht?<sup>41</sup> Ik betwijfel het en zou voorlopig en uitsluitend vanuit wetssystematisch oogpunt niet verder willen gaan dan te spreken van twee huizen onder één kap, waarbij, zoals gezegd, bedacht moet worden dat één pand vooralsnog slechts gedeeltelijk bewoonbaar is. De verbouwing zal nog jaren in beslag nemen, waarbij men in het bijzonder voor de handelsrechtelijke vleugel kan afvragen of deze niet op een te smal fundament geconstrueerd is.'<sup>42, 43</sup>

Timmerman merkt in zijn belangrijke TVVS-publicatie het volgende op over het karakter van het handelsrecht: 'De punten die ik hierboven heb aangeduid, geven aan de beoefening van de vakgebieden die ik tot het handelsrecht zou willen rekenen, een eigen kleur. Het bovenstaande impliceert geenszins dat ik zou willen verdedigen, dat er tussen het handelsrecht en het algemeen privaatrecht een principieel onderscheid gemaakt moet worden. Het gaat veeleer om een accentverschil. Een aparte codificatie van het handelsrecht is dan ook niet nodig. Dat kan niet verbazingwekkend zijn. Molengraaff verdedigde dit standpunt al in 1883.<sup>44</sup> (...) Handelsrecht is gespecialiseerd privaatrecht.'<sup>45</sup>

Wessels merkt over de levensvatbaarheid van het handelsrecht het volgende op: 'Het handelsrecht is allerminst dood. Terecht is dan ook Van Gerven's conclusie: ook zonder wetboek is er nog leven voor het handelsrecht.'<sup>46</sup> De conclusie van

39. Van Huizen 2009, p. 17.

40. Haak verwijst hier naar S.C.J.J. Kortmann, 'Inspectie van de NieuwBouw', *NTBR* 1992-3, p. 87.

41. Haak verwijst hier naar A.S. Hartkamp, *NJB* 1983, p. 1067 e.v.

42. Haak verwijst hier naar Struycken 1989, p. 77 e.v.

43. K.F. Haak, *De expéditeur: een grensgeval* (oratie Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 1.

44. Timmerman verwijst hier naar het door mij in noot 4 aangehaalde *NJV-advies* uit 1883.

45. Timmerman 1990, p. 5.

46. B. Wessels, 'Crisis in het handelsrecht?', *WPNR* 2007- 6711, p. 468. Hij doelt hier op de bijdrage van Van Gerven in de bundel *Bicentenaire du Code de Commerce – Tweehonderd jaar Wetboek van Koophandel*, Brussel: Larcier 2007. Zie in ongeveer gelijke zin Vranken 1988, p. 258: 'Het Wetboek van Koophandel is dood, leve het nieuwe handelsrecht.' Zie ook Haak/Zwitser 2010, p. 3: 'Exit handelsrecht? Het tegendeel is waar.'

Wessels sluit mooi aan bij de woorden van Molengraaff in 1885: ‘Het (handelsrecht) zal, gelijk het altijd heeft bestaan, blijven bestaan, zolang er handel is.’<sup>47</sup>

Ik sluit mij aan bij de opmerkingen van bovenstaande auteurs. Opgemerkt kan worden dat met het ontmantelen van het Wetboek van Koophandel en het onderbrengen van handelsrechtelijke onderwerpen in het Burgerlijk Wetboek het zelfstandig karakter van het nationale handelsrecht aan kracht heeft ingeboet en de betekenis van het algemene privaatrecht voor het handelsrecht is toegenomen. Daarmee is evenwel niet gezegd dat het nationale handelsrecht als zelfstandig rechtsgebied is verdwenen. Om het in de woorden van Timmerman uit te drukken: handelsrecht is en blijft *gespecialiseerd privaatrecht*.<sup>48</sup> Dit laatste geldt overigens ook voor bijvoorbeeld het burgerlijk recht, het personen- en familierecht, het erfrecht en het internationaal privaatrecht. Om bij de terminologie van Haak te blijven: het Burgerlijk Wetboek is dus geen twee-onder-een-kapconstructie maar meer een rijtjeshuisconstructie. Naast het *gespecialiseerd privaatrecht* kan men het *algemene privaatrecht* onderscheiden. Tot de laatstgenoemde categorie behoren onder andere het algemene vermogensrecht en het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht. Deze rechtsgebieden maken ook deel uit van de rijtjeshuisconstructie van het Burgerlijk Wetboek.

Het nationale handelsrecht heeft naar mijn mening voldoende eigen kleur om als een zelfstandig rechtsgebied te worden aangemerkt. Ik verwijs daarbij naar de in par. 1.3 beschreven karaktertrekken van het handelsrecht. Belangrijke aspecten zijn onder andere het internationale karakter van het handelsrecht dat zich voor het nationaal handelsrecht bijvoorbeeld uit in het feit dat bepaalde handelsrechtelijke delen van het Burgerlijk Wetboek – denk aan bepaalde delen van Boek 8 BW (vervoerrecht) – niets anders zijn dan omzettingen van internationale regelingen en het feit dat in het handelsrecht het collectief belang van een effectief en efficiënt handels- en betalingsverkeer vooropstaat terwijl in het burgerlijk recht de bescherming van het individueel belang prevaleert.

Voor het internationaal handelsrecht – het geheel van internationale regelingen aangaande het handelsrecht – is het zelfstandig karakter van dit rechtsgebied naar mijn mening zelfs geen discussiepunt: de bedoelde regelingen hebben een eigen systematiek – zie voor een zeer duidelijk voorbeeld de Hague (Visby) Rules – en een eigen oorsprong.

Het feit dat het (internationale) handelsrecht een eigen kleur heeft, heeft ook niet-materieel privaatrechtelijke gevolgen. Zo wordt naar mijn mening met het zelfstandige karakter van het (internationale) handelsrecht onvoldoende rekening gehouden bij de wijze waarop het Nederlandse rechterlijke systeem is opgezet. In tegenstelling tot andere West-Europese landen – bijvoorbeeld België (Rechtbank van Koophandel) en Frankrijk (Tribunal du Commerce) – kent het Nederlandse rechterlijke systeem geen bijzondere handelsrechtbanken. Ik wil hier geen pleidooi houden voor de introductie van dergelijke rechtbanken omdat daarvoor naar mijn mening geen juridisch en maatschappelijk draagvlak is, maar zou wel twee hervormingen aan-

47. W.L.P.A. Molengraaff, *Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap* (oratie Utrecht), 1885, te kennen uit de Molengraaff-bundel uit 1978, p. 30. Zie ook voor dit citaat Timmerman 1990, p. 1.

48. Timmerman 1990, p. 5.

gaande de organisatie van de rechterlijke macht willen voorstellen die met name de berechting van handelsrechtelijke geschillen<sup>49</sup> ten goede zouden komen.<sup>50</sup> Allereerst zou ik willen voorstellen om over te gaan tot de introductie van vakspecialistische rechters in het rechterlijke systeem. Het is naar mijn mening heden ten dage een vrijwel onmogelijke opgave het gehele privaatrecht te overzien. De diverse rechtsgebieden binnen het privaatrecht ontwikkelen zich razendsnel. Voor met name het handelsrecht komt daar nog bij dat dit rechtsgebied voor een groot gedeelte bestaat uit internationale regelgeving en dat in het kader van de gedachte van uniforme uitleg en toepassing – zie daarover uitgebreid hoofdstuk 2 van dit boek – een rechtstoepasser ook wordt geacht kennis te nemen van de wijze waarop in andere landen die bij dergelijke regelingen zijn aangesloten de bepalingen in die regelingen worden uitgelegd en toegepast.

De advocatuur is in deze ontwikkeling meegegaan door zich op grote schaal te specialiseren, maar het is opvallend dat de rechterlijke macht dit laatste niet heeft gedaan. Sterker nog, daar regeert gezien het roulatiesysteem feitelijk nog steeds zeer strikt het uitgangspunt van ‘iura curia novit’ in de volle breedte.

Bij specialisatie denk ik aan het toebedelen van een maximaal aantal rechtsgebieden aan een rechter: alleen op die terreinen behandelt hij zaken. Het precieze aantal rechtsgebieden laat ik even in het midden, maar ik zou mij kunnen voorstellen dat het handelsrecht – zonder het ondernemingsrecht<sup>51</sup> – een aparte specialisatie zou kunnen zijn hetgeen zou betekenen dat onder andere vervoerrechtzaken, handelskoopzaken, waardepapierenzaken en verzekeringsrechtzaken alleen door rechters worden behandeld met de specialisatie handelsrecht.

Het onderhavige voorstel kent een belangrijk maatschappelijk draagvlak. In 2010 verscheen een rapport van de Raad voor de rechtspraak aangaande de ervaringen van grote ondernemingen met de volgende vijf specialistische rechtspraakvoorzieningen: de natte kamer van de Rechtbank Rotterdam, de IE-kamer van de Rechtbank Den Haag, de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam, het mededingingsteam van de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven.<sup>52</sup> Uit dit rapport blijkt overduidelijk dat gespecialiseerde rechtspraak in een maatschappelijke behoefte voorziet: ‘Over het geheel genomen kan worden geconcludeerd dat de onderzochte specialistische rechterlijke voorzieningen wat betreft de door ons geraadpleegde grote ondernemingen alsook de advocaten die hen be-

49. Met het begrip handelsrechtelijk geschil bedoel ik iets anders dan het begrip handelszaak zoals dat in de rechterlijke macht wordt gebruikt. Daar worden de privaatrechtelijke zaken veelal – zie bijvoorbeeld de indeling van de website rechtspraak.nl – opgedeeld in faillissementszaken, handelszaken, personen- en familierechtzaken en zaken civiel overig. Dat het begrip handelszaak ruim wordt uitgelegd blijkt onder andere uit het feit dat een letselschadezaak ook tot de onderhavige categorie behoort. Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 14 december 2011, *IJN* BV1901, welke zaak van rechtspraak.nl de kwalificatie handelszaak krijgt terwijl het gaat om een letselschadevordering van een patiënt jegens het ziekenhuis waar hij een medische behandeling heeft ondergaan. Met het begrip handelsrechtelijk geschil bedoel ik het geheel van rechtsgebieden dat tot het klassieke handelsrecht behoort (vervoerrecht, verzekeringsrecht etc.). Een letselschadezaak valt daar niet onder.

50. Zie eerder maar in algemene zin voor deze hervormingsvoorstellen M.L. Hendrikse, *Geschillenbeslechting in het consumentenverzekeringsrecht* (Preadvis voor de Vereniging voor Verzekeringswetenschap 2005), in: *Verzekering en Consument*, Amstelveen: deLex 2007, p. 91-95.

51. Dit klassieke onderdeel van het handelsrecht zou denk ik gezien het bijzondere karakter een specialisatie op zichzelf verdienen.

52. A. Böcker e.a., ‘Specialisatie loont?!’, *Research Memoranda* 2010-1, Den Haag: SDU 2010 (hierna: Böcker/Havinga/Jettinghoff/Klaassen/Bakker 2010).

dienen, duidelijk in een behoefte voorzien. (...) De conclusie wat betreft het functioneren van de door ons onderzochte rechterlijke voorzieningen vanuit de optiek van grote ondernemingen is duidelijk: specialisatie loont!<sup>53</sup>

Het specialisatiemodel heeft twee belangrijke voordelen: een (waarschijnlijk) hogere output van het rechterlijke bedrijf en een (nog) hogere kwaliteit van de rechterlijke uitspraken.

De (waarschijnlijk) hogere output hangt samen met het feit dat specialisten minder tijd nodig hebben om tot een (goede) uitspraak te komen omdat zij vanwege hun parate kennis en hun ervaring kunnen volstaan met minder opzoektijd en minder denktijd.

De grotere parate kennis en de ervaring van de specialisten zal zich naar mijn mening ook vertalen in een (nog) hogere kwaliteit van rechterlijke uitspraken.

De vraag is of specialisatie ook binnen kleinere rechterlijke eenheden uitvoerbaar is: is het financieel wel haalbaar om binnen elke rechtbank of elk hof specialisten te hebben voor gespecialiseerde rechtsgebieden zoals onder andere het handelsrecht? Om het onderhavige financiële probleem te omzeilen zou men kunnen denken aan de volgende twee mogelijkheden.

Allereerst zou gedacht kunnen worden aan rondreizende specialisten. Dit betekent dat deze rechters of raadsheren in elke rechtbank resp. elk hof inzetbaar zijn op hun terrein als zich op dat onderwerp een geschil voordoet. De rondreizende rechter is historisch gezien geen onbekend verschijnsel: Engeland kende tot 1971 een systeem van *justices in eyre* die bevoegd waren overal in het koninkrijk recht te spreken.<sup>54</sup> De koning had de bevoegdheid van de rondreizende rechters vastgelegd in een aantal verordeningen, *assizes* genoemd.<sup>55</sup> De rondreizende rechtbanken werden om die reden later *Courts of Assizes* genoemd.<sup>56</sup>

In de tweede plaats zou men kunnen denken aan het centraliseren van de rechtspraak op bepaalde rechtsgebieden. Zo zou ik mij kunnen voorstellen dat de handelsrechtelijke zaken alleen door één rechtbank en door één hof worden behandeld. Gezien het feit dat de Rechtbank Rotterdam het grootste marktaandeel heeft wat betreft de handelsrechtelijke geschillen ligt het voor de hand deze specialisatie bij die rechtbank te concentreren.

Het inrichten van een exclusieve handelsrechtelijke kamer bij de Rechtbank Rotterdam zal naar mijn mening voor deze Rechtbank Rotterdam weinig moeite kosten nu deze rechtbank al ruime ervaring heeft met een natte kamer waar de maritieme zaken geconcentreerd worden.<sup>57</sup> Wel zullen naar mijn mening de rechters van deze nieuwe kamer van het huidige roulatiesysteem moeten worden uitgezonderd nu dit systeem in het rapport van de Raad voor de rechtspraak 2010 door de res-

53. Böcker/Havinga/Jettinghoff/Klaassen/Bakker 2010, p. 343-344.

54. C.A.E. Uniken Venema & W.J. Zwolve, *Common Law & Civil Law*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000 (hierna: Uniken Venema/Zwolve 2000), p. 29. Daar wordt opgemerkt dat de onderhavige term een verbastering is van de (middeleeuwse) Latijnse aanduiding *iusticiarii in itinere* ('rondreizende rechters'). Zie ook over dit systeem H. Belloc, *A history of England*, Londen: Methuen & Co 1927, p. 206. Dit systeem bestond ook in de Verenigde Staten. Zo herinnert de naam *circuits* waarmee de juridisch-geografische indelingen van de Verenigde Staten worden aangeduid – denk bijvoorbeeld aan de dertien circuits van U.S. Courts of Appeals – aan het feit dat de rechters destijds gewoon waren van district naar district te reizen om recht te spreken.

55. Uniken Venema/Zwolve 2000, p. 29.

56. Uniken Venema/Zwolve 2000, p. 29.

57. Zie uitgebreid over het (goede) functioneren van deze kamer Böcker/Havinga/Jettinghoff/Klaassen/Bakker 2010, p. 49-94.

pondenten al als een minder sterk punt van de natte kamer wordt gezien: ‘Het roulatiebeleid van de Rechtbank Rotterdam wordt gezien als een zwak punt van de natte kamer. Hoewel er enkele gespecialiseerde rechters aanwezig zijn, is hun aantal te klein om te garanderen dat natte zaken kundig en binnen een redelijke termijn door een gespecialiseerde rechter worden behandeld. De natte kamer lijkt sterk afhankelijk van één of twee deskundige rechters, wat de continuïteit van de natte kamer kwetsbaar maakt. Een deelnemer aan de expertmeeting stelde dat: “Als zij vandaag of morgen onder de tram lopen, heeft de rechtbank een heel groot probleem met welke natte zaak dan ook.” Onder de deelnemers aan de expertmeeting en onder respondenten bestond zorg over het verloop onder de betrokken rechters. Het algemene roulatiebeleid zou moeten worden herzien om te voorkomen dat specialistische kennis te snel wordt “weggerouleerd”, en er moet jonge aanwas gecreëerd worden.’<sup>58</sup>

Een gevolg van deze stap is feitelijk het aanwijzen van Hof Den Haag als centrale appèlinstantie in het geval van een handelsrechtelijke zaak nu alle hoger beroepzaken van de Rechtbank Rotterdam bij het Hof Den Haag terechtkomen. Wel zal er dan naar mijn mening in het Hof Den Haag geïnvesteerd moeten worden omdat dit hof nu al vanwege capaciteitsproblemen niet in staat is de appèlen tegen uitspraken van de natte kamer van de Rechtbank Rotterdam tijdig te verwerken en dit probleem zich vanzelfsprekend zal vergroten als het onderhavige hof een exclusief appèlcollege wordt op een nog groter terrein dan alleen het ‘natte recht’. Het al eerder genoemde rapport van de Raad voor de rechtspraak zegt immers over de huidige problemen van het Hof Den Haag het volgende: ‘Het hof in Den Haag, de beroepsinstantie voor de Rotterdamse natte kamer, kampt met soortgelijke capaciteitsproblemen als de natte kamer zelf. Tijdens de expertmeeting kwam naar voren dat het hof te weinig capabele mensen op dit gespecialiseerde terrein heeft en als gevolg hiervan laten de uitspraken veel te lang op zich wachten. Twee jaar zou geen uitzondering zijn. De raadsheren zijn kwalitatief goed, maar dergelijke doorlooptijden zijn problematisch.’<sup>59</sup>

Tegen onderhavig voorstel zou wellicht nog kunnen worden ingebracht dat bij vakspecialistische rechters het gevaar voor tunnelvisie veel groter is en dat bij weinig vakspecialistische rechters op een bepaald rechtsgebied de justiciabele mogelijk teveel afhankelijk wordt van een paar rechters op dat gebied.

Over het eerste punt zou ik willen opmerken dat dit gevaar voor rechters die actief zijn op het privaatrechtelijke terrein naar mijn mening zonder veel moeite te voorkomen is door in de rechterlijke opleiding en in het rechterlijke nascholingstraject ruime aandacht te besteden aan privaatrechtelijke dogmatiek en methodologie, de verhouding algemeen privaatrecht-specialistisch privaatrecht en specialisten op een bepaald gebied ook laten kennismaken met andere specialismes.

Een goede dogmatische en methodologische kennis stelt de rechter in staat een casus vanuit meerdere perspectieven te bezien hetgeen een tunnelvisie voorkomt. Dat geldt ook voor een goede kennis van andere rechtsgebieden omdat een oplossing voor een probleem in rechtsgebied A – na enige aanpassing – ook nuttig kan zijn voor andere rechtsgebieden: de analogische toepassing. In feite komt dit laatste neer op het herkennen van een algemeen geldend rechtsbeginsel in de concrete,

58. Böcker/Havinga/Jettinghoff/Klaassen/Bakker 2010, p. 91.

59. Böcker/Havinga/Jettinghoff/Klaassen/Bakker 2010, p. 93.

specialistische oplossing van rechtsgebied A dat vanwege het algemene karakter ook toepasbaar is in rechtsgebied B. Een dergelijke activiteit vergt veel van de rechter: 'Het zoeken van het beginsel is intellectueel werk en al mede van het belangrijkste werk der rechtswetenschap, omdat het *in* het positieve systeem, het geheel der rechtsordening, moet worden opgespoord, waar het niet is uitgesproken, en aan dat geheel getoetst als de uitspraak wel geschiedde, doch het is tegelijk volkomen irrationeel, omdat alleen dát als beginsel kan worden erkend, wat de onderzoeker zelf als voor zijn zedelijk bewustzijn evident wordt aanvaard.'<sup>60</sup>

Een mooi voorbeeld van een analogische toepassing van een specialistische privaatrechtelijke wetsbepaling op grond van het feit dat de wetsbepaling in kwestie uiting geeft aan een algemeen geldend rechtsbeginsel, vormt het verzekeringsrechtelijke arrest van de Hoge Raad *Auto in Kanaal*.<sup>61</sup> In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat de wettelijke eigen schulduitsluiting ex art. 276 oud WvK niet van toepassing was in geval van een levensverzekeringsovereenkomst maar dat dit laatste niet meebrengt dat een gedraging van de begunstigde die de dood van het verzekerde lijf tot gevolg heeft gehad geen invloed op het recht van de begunstigde kan hebben. In een dergelijke geval kunnen de beginselen – bedoeld is (onder andere) het rechtsbeginsel 'Crime does not pay' – die onder andere tot uitdrukking zijn gebracht in art. 4:885 onder 1 oud BW<sup>62</sup> meebrengen dat de begunstigde zijn aanwijzing als begunstigde verliest zodat hij deze niet meer kan aanvaarden. De onderhavige overweging van de Hoge Raad is – in grote lijnen – gecodificeerd in art. 7:973 BW.<sup>63</sup>

Het mogelijke probleem dat bij weinig vakspecialistische rechters op een rechtsgebied de justiciabele wellicht teveel afhankelijk wordt van een paar rechters op dat gebied kan naar mijn mening onder andere voorkomen worden door een ruime inzet van rechter-plaatsvervangers. Dit maakt de vijver waaruit men kan vissen groter en rechter-plaatsvervangers zijn bij uitstek geschikt als vakspecialistische rechter omdat men rechter-plaatsvervangers gemakkelijk kan werven op grond van hun kennis op een of meerdere specifieke rechtsterreinen.

Mijn tweede herzieningsvoorstel aangaande de organisatie van de rechterlijke macht betreft de introductie van lekenrechters<sup>64</sup> in het rechterlijke systeem.<sup>65</sup>

Het ligt voor de hand dat als aanstellingseis in ieder geval geldt dat de lekenrechters een bepaalde leeftijd moeten hebben bereikt en dat zij een groot aantal ervaringsjaren moeten hebben in de branche die zij vertegenwoordigen. Zo geldt in België bijvoorbeeld voor de lekenrechters in de Rechtbank van Koophandel (rechters in koophandel genoemd) de eis dat zij dertig jaar of ouder dienen te zijn en ten minste vijf jaar met ere handel hebben gedreven of hebben deelgenomen aan het beheer van een handelsvennootschap met hoofdvestiging in België of deel hebben uitge-

60. P. Scholten, *Algemeen deel* (Asser-serie), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 65.

61. HR 10 december 1976, NJ 1978, 114. Zie uitgebreid over deze uitspraak P. Clausing, 'Kwaad opzet bij de levensverzekering', in: *Van draden en daden* (De Wansink-bundel), Deventer: Kluwer 2006 (hierna: Clausing 2006), p. 138-140.

62. Deze bepaling luidde: 'Als onwaardig om erfgenamen te zijn, worden beschouwd en is als zodanig van de erfenis uitgesloten: 1. Hij, die veroordeeld is, ter zake dat hij den overledene heeft omgebracht of getracht heeft om te brengen'. Zie in ongeveer gelijke zin voor het huidige recht art. 4:3 lid 1 onder a BW.

63. Zie uitvoerig over deze kwestie Clausing 2006, p. 145-150.

64. Dit is een algemene aanduiding. De term omvat ook de mogelijkheid van lekenraadsheren.

65. Zie ook over deze kwestie R.P.J.L. Tjittes, 'Lekenrechtspraak', *RMThemis* 2005-6 (hierna: Tjittes 2005), p. 279-281.

maakt van het bestuur van een organisatie uit de handel of de nijverheid (art. 205 Ger.W.).

Het voordeel van het inschakelen van lekenrechters is allereerst dat men niet-juridische expertise binnen de rechterlijke macht haalt. Dat is bij handelsrechtelijke zaken niet onbelangrijk omdat het bij die zaken nogal eens (mede) draait – zeker in eerste aanleg – om ingewikkelde niet-juridische feitelijkheden. Naar mijn mening leidt de inschakeling van lekenrechters in de laatstgenoemde zaken tot een groter aantal rechterlijke beslissingen in dezelfde tijd en tot uitspraken die van een (nog) hogere kwaliteit zijn. Door de aanwezige feitelijke kennis van bijvoorbeeld het verzekeringswezen, betalingsinstrumenten of vervoermodaliteiten zal een college veelal korter met een handelsrechtelijke zaak bezig zijn en waarschijnlijk tot een (nog) meer gefundeerd oordeel komen.

Van belang is op te merken dat de lekenrechter altijd vergezeld dient te zijn van ten minste één jurist, een ‘echte’ rechter.<sup>66</sup> Voor unus-handelsrechtspraak is de lekenrechter immers niet (optimaal) geschikt nu het daar veelal gaat om zaken met een (grote) vermenging van juridische en feitelijke elementen.<sup>67</sup> Het zal de lekenrechter veelal zwaar vallen de juridische elementen op hun waarde te schatten. Het ligt dan voor de hand de activiteiten van de lekenrechter te beperken tot het beoordelen van de feitelijke elementen van de zaak nu zijn expertise ten aanzien van die feiten de reden is – niet zijn juridische kennis – om de betrokken lekenrechter bij de zaak te betrekken.

Een tweede voordeel van het inschakelen van lekenrechters in het geval van onder andere een handelsrechtelijke zaak is dat de rechterlijke macht zich niet meer zo afhankelijk maakt van deskundigenberichten die bij handelsrechtelijke geschillen nogal eens worden gelast. Deskundigenberichten zijn kostbaar, werken vertragend en dan is er ook nog eens de mogelijkheid van twee tegengestelde deskundigenberichten als er ook nog een contra-deskundigenbericht wordt gelast.

Met de inschakeling van lekenrechters behoren deze problemen wellicht tot het verleden of in ieder geval zullen de problemen minder groot van omvang zijn. Aangenomen mag worden dat de inschakeling van lekenrechters bij handelsrechtelijke zaken in veel gevallen tot gevolg heeft dat het niet meer nodig is een deskundigenbericht te gelasten omdat er een rechter aanwezig is die ter zake feitelijk kundig is en als er toch nog een deskundigenbericht zou worden gelast zal de lekenrechter als feitelijk deskundige dit bericht beter op waarde kunnen schatten dan de ‘gewone’ rechter die jurist is.

De inschakeling van lekenrechters is minder vreemd dan men op het eerste gezicht zou denken.<sup>68</sup> Bij de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam (art. 66 lid 2 Wet RO) en de Pachtkamer van het Hof Arnhem (art. 69 lid 2 Wet RO) wordt al geruime tijd gewerkt met lekenrechters hoewel ik erken dat de deskundigen in beide gevallen strikt genomen geen rechter zijn omdat de Wet RO ze niet ziet als rechterlijk ambtenaar. Wel is het zo dat de onderhavige deskundigen deel uitmaken

66. Tjittes heeft in dat kader gepleit voor een systeem van één professionele rechter in eerste aanleg (drie in hoger beroep) en twee deskundige lekenrechters. Zie Tjittes 2005, p. 281.

67. Zie bijvoorbeeld over de vermenging van juridische en feitelijke elementen bij verzekeringszaken F.H.J. Mijnsen, ‘Alternatieve geschillenbeslechting in het verzekeringsrecht’, in: *De rechter aan de kant* (Jonge Balie Congres 1992), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 70.

68. Zie in ongeveer gelijke zin Tjittes 2005, p. 279 en R.B. Gerretsen, ‘Effectiev(er)je rechtspleging’, in: *De Toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 55.



van Ondernemingskamer resp. Pachtkamer als zodanig en dat er op hen allerlei – zie bijvoorbeeld art. 7 lid 3, 12 en 13 Wet RO – bepalingen van de Wet RO van overeenkomstige toepassing zijn.

### 1.5 Conclusie

Met het ontmantelen van het Wetboek van Koophandel en het onderbrengen van handelsrechtelijke onderwerpen in het Burgerlijk Wetboek heeft het zelfstandig karakter van het nationale handelsrecht aan kracht ingeboet en is de betekenis van het algemene privaatrecht voor het handelsrecht toegenomen. Daarmee is evenwel niet gezegd dat het (nationale) handelsrecht als zelfstandig rechtsgebied is verdwenen. Ik verwijs daarbij naar de in par. 1.3 beschreven specifieke karaktertrekken van het handelsrecht. Om het in de woorden van Timmerman uit te drukken: handelsrecht is en blijft *gespecialiseerd privaatrecht*.<sup>69</sup>

Het feit dat het handelsrecht een eigen karakter heeft, heeft ook niet-materieel privaatrechtelijke gevolgen. Met het zelfstandige karakter van het (internationale) handelsrecht wordt naar mijn mening evenwel onvoldoende rekening gehouden bij de wijze waarop in Nederland de rechterlijke organisatie is opgezet. In dit kader zou ik twee verbetervoorstellen willen doen:

1. De introductie van vakspecialistische rechters in het rechterlijke systeem;
2. De introductie van lekenrechters in de rechterlijke organisatie.

De genoemde verbetervoorstellen zullen naar mijn mening de kwaliteit en de output van handelsrechtelijke rechterlijke uitspraken ten goede komen. Ik verwijs daarbij naar mijn in par. 1.4 genoemde overwegingen.

---

69. Timmerman 1990, p. 5.