

Wetenschapper vindt

Pauline Memelink

‘Bij de verwijzing naar verkeersopvattingen veronderstelt men vaak een “feitelijke” evidentie die niet zo evident is’



.....
Leon Heuts
.....

‘Mijn advies aan een advocaat of cassatie’, is het ondubbelzinnige antwoord van Pauline Memelink, docent aan de afdeling burgerlijk recht van de Universiteit Leiden. Onlangs promoveerde zij op *de verkeersopvatting*, een begrip waarnaar het Burgerlijk Wetboek sinds 1992 verwijst. Verkeers-

opvattingen hebben niets van doen met verkeersregels, maar vormen een op het eerste gezicht wat ongrijpbare categorie. Desalniettemin verwijzen rechters er in een vonnis steeds vaker naar – en met enige regelmaat zonder verdere uitleg. In dat geval geldt het bovengenoemde advies van Memelink: een advocaat moet dat niet pikken.

Wat zijn verkeersopvattingen dan? Ironisch genoeg valt het ook voor de promovenda niet mee om dat uit te leggen. Dat is overigens geen tekortko-

ming; het is juist de bedoeling dat de term tot op zekere hoogte niet definiëerbaar is. Memelink: ‘Verkeersopvattingen zijn zogeheten open normen. Open normen bieden een manier om aansluiting te houden tussen de wet en een veranderende samenleving. Technologische, sociale en economische ontwikkelingen vragen om flexibel recht, want geen enkele rechtsregel kan dat allemaal voorzien. Vijftig jaar geleden was het bijvoorbeeld nog heel normaal dat een wasbak bij verhuizing werd

meegenomen, die gold toen nog als een luxeproduct. Nu zouden we eerder vinden dat een wasbak bij het huis hoort. Op grond van de ongeschreven verkeersopvatting is dus het recht veranderd, zonder dat een wetswijziging nodig was. De rechter vult de open norm in conform de tijdgeest.’

Hoewel een vindingrijke wetgevings-techniek, schuilt hierin natuurlijk ook een gevaar: willekeur. Memelink: ‘Open normen kunnen worden misbruikt als een stoplap. Iedere volgende rechter kan de verkeersopvatting op een andere manier invullen. Dat is bijvoorbeeld de reden waarom de Duitsers een wettelijke verwijzing naar de verkeersopvatting niet hebben aangedurfd. Zij weten waar- toe het “gezonde volksgevoel” als wet- telijke norm kan leiden.’

Bij verkeersopvattingen is het risico van ongrijpbaarheid en een zekere wil- lekeur aanwezig, juist omdat het een nogal technisch begrip betreft. Er is namelijk een verschil tussen deze open norm en andere open normen. Memelink: ‘Verkeersopvattingen zijn opvat- tingen in het maatschappelijk verkeer, maar volgens mij gaat het daarbij niet primair over hoe je je zou moeten ge- dragen. Verkeersopvattingen zijn dus geen gedragsnormen. Een norm als de maatschappelijke betamelijkheid is dat wel. Daar gaat het om: is het fout om op een bepaalde manier te handelen? Neem bijvoorbeeld de vraag of je een kelder- luik mag laten openstaan in de donkere gang van een café terwijl je de voorraad aanvult. Bij verkeersopvattingen gaat het niet in de eerste plaats om hoe je je “zou moeten gedragen”. Het gaat niet om goed of fout.

In het burgerlijk recht wordt in het goederenrecht, het aansprakelijkheids- recht en het contractrecht verwezen naar

.....
‘Als rechters zonder
verdere uitleg
verwijzen naar
verkeersopvattingen,
moet een advocaat
dat niet pikken’
.....

verkeersopvattingen. Natuurlijk spelen op die terreinen gedragsnormen een rol, maar niet alleen gedrag. Neem nu de bekende zaak waarin een rozenkweker schadevergoeding eiste van een groot- handelsbedrijf, omdat zijn rozen eraan gingen nadat hij mest van het bedrijf had gebruikt. De mest bleek vervuild, maar het bedrijf wist dat niet – het had de mest ingekocht bij een producent. In zo’n zaak gaat het niet om goed of fout gedrag, maar om een zakelijke risicover- deling: komt de wanprestatie voor reke- ning van de koper of de verkoper? Dit is een technischer begrip.’

De rechter oordeelde onder verwij- zing naar de verkeersopvattingen dat het bedrijf moest betalen, een koper kon

verwachten dat het product dat hij aan- schafte in orde was; het risico lag in dit geval bij de verkoper. Maar hoe helder is dat nu? Hoe ‘weet’ die rechter wat de ver- keersopvattingen zijn? Memelink: ‘Het lijkt helder: een verwijzing naar “de op- vatting in het maatschappelijk verkeer”. Maar een rechtszaak volgt juist vaak als die niet helder is. Zelden of nooit zal een zaak voor de rechter komen, waarin iemand een huis kocht en volkomen on- verwacht de dakpannen ontbreken. Het gaat bijvoorbeeld in het goederenrecht om zaken die – mede door maatschap- pelijke veranderingen – helemaal niet helder liggen: hoort die TomTom bij de juist gekochte auto?’

In het verwijzen naar verkeersopvat- tingen wordt een ‘feitelijke’ evidentie verondersteld die vaak helemaal niet zo evident is. Daarop moeten advocaten gespitst zijn: over wiens opvattingen gaat het hier? Hoe kan de verkeersopvat- ting worden achterhaald? Hoe duidelijk is die?

Memelink ontwikkelt in haar proef- schrift een bepaalde methodiek die daarover meer helderheid moet schaffen. ‘Om het in drie “tips” te vangen: de ver- keersopvatting moet worden geplaatst in de context van de wet, en niet die wet buitenspel zetten. Daarnaast moet het specifieke geval in zijn context worden geplaatst: zijn er precedentes, of is er bijvoorbeeld een omstandighedencata- logus? En ten derde moet de opvatting refereren aan de veranderde maatschap- pij. Het gaat niet om de opvatting van bijvoorbeeld de rechter, maar om wat “men” vindt, en of “men” dat nog steeds vindt. De flexibiliteit die verkeersop- vattingen bieden aan het recht is goed, maar ze moeten niet afhankelijk zijn van *what the judge had for breakfast*. Ook open normen moeten worden onderbouwd.’