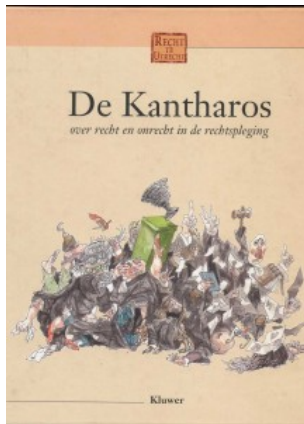


# De Kantharos I - Inleiding. Een virtuele fietstocht naar Stevensweert



In de zomervakantie van 1982 maakte ik met mijn gezin (echtgenote en drie dochters van toen 15, 14 en 10 jaar) een fietstocht van onze toenmalige woonplaats Haren (Groningen) naar Maastricht (Limburg) en terug. Een beknopte neerslag van de juridische participerende observatie tijdens die tocht is nog te lezen in mijn monografie Nieuw BW B26 (Burenrecht), waarin ik in § 3 schrijf:

*‘Overal, zowel in stedelijke als in landelijke gebieden, kan men de invloed van regels van burenrecht waarnemen, zoals ruiten van matglas die het uitzicht ophet naburig erf belemmeren; sproei-installaties, gevoed uit een nabijgelegen vaart; erfafscheidingen, enz.’ Allemaal zelf gezien!*

Maar die drieweekse tocht heeft nog meer opgeleverd. Reeds de eerste dag kwamen we door Zeijen en daar vertelde ik over de casuspositie en het probleem van de Zeijense nachtbraker (HR 24 oktober 1961, NJ 1962, 86). De daarop volgende week kwamen we door Gorssel waar de bomen (HR 28 april 1961, NJ 1961, 433) en Zutphen waar natuurlijk de waterleiding (HR 10 juni 1910, W 9038) aan de orde kwamen. In Doetinchem hielden we een extra dag rust, zodat ik tijdens de veemarkt de woonruimteverordening (HR 25 februari 1949, NJ 1949, 558) en de volgende dag, gezeten voor ons tentje aan de Slingerbeek de IJzergieterij (HR 1 april 1949, NJ 1949, 465) de revue liet passeren. Dat was teveel, bovendien spraken die casusposities niet erg aan. Ik had beter tot Lent of Berg en Dal kunnen wachten, want nu moest ik daar de schutting en de watertorens laten zitten (HR 2 december 1937, NJ 1938, 353; HR 13 maart 1936, NJ 1936, 414; HR 2 april 1937, NJ 1937, 639).

Na enige dagen vermoeienis, in Stevensweert, kon ik mij niet meer inhouden en daar vertelde ik het verhaal van de Kantharos. Ademloos hebben die dochters van mij geluisterd, waarna zich een discussie ontspon over het geval. Als mevrouw Berger-Bos hierna schrijft: *‘Hoe studenten op de beslissing reageren is*

*afhankelijk van de wijze waarop de feiten gepresenteerd worden'* heeft zij gelijk, maar ik voeg eraan toe dat het ook voor kinderen geldt. Die toen in Stevensweert, aan de oever van de Maas, gevoerde discussie zou ik in de vorm van een fietstocht over willen doen met de schrijvers en tekenaar in deze bundel. Zoals uit de lijst met personalia kan worden opgemaakt, behoren we niet allemaal meer tot de jongsten, en daarom wordt die tocht virtueel gemaakt, als een computeranimatie.

De start is in Utrecht, op voorstel van Luijt, bij Drift nr. 15; we zullen terugfietsen naar Nijmegen.

Wanneer we eenmaal aan de Maasdijk in Stevensweert zijn aangekomen, opent Leijten het gesprek. *'Deze manier om hierheen te komen is, net als het arrest, niet slecht maar ongelukkig gekozen'*. De reacties blijven niet uit. Een ieder heeft ze zelf opgeschreven en zij zijn hier gebundeld. Ik zal ze niet samenvatten.

Wat opvalt is een algemeen gevoel van onvrede. Ik meen dat daarvoor twee oorzaken zijn aan te wijzen. De eerste is dat men de vaststelling van de feiten door het Gerechtshof niet echt vertrouwt, vooral waar die culmineert in het gegeven oordeel dat *'niet is gebleken of aannemelijk is gemaakt, dat Brom reeds voor of ten tijde van het sluiten van de koop heeft geweten of kon bevroeden, dat de beken stamde uit de Grieks-Romeinse tijd en een zo uitzonderlijke waarde had als hijzelf later in zijn aangehaalde publicatie (1) in het licht heeft gesteld'*.

Brom zelf is ontsteld over dit wantrouwen. In zijn correspondentie met prof. Kamphuisen rakelt hij niet alleen zijn door het Gerechtshof en de Hoge Raad toegekende gelijk op, maar hij gaat daarin ook zijn moreel gelijk halen.

De tweede is dat men (en speciaal de juristen in het gezelschap) niet erg tevreden is over de wijze waarop de rechtsgeleerde raadslieden van Schoonenberg de zaak behandeld hebben, speciaal in appel en in cassatie.

Beide aspecten lopen in het nu volgende enigszins dooreen.

De Rechtbank sloeg de primair op bedrog gebaseerde vordering over en greep meteen naar de subsidiair gedane vordering die op dwaling was gegrond. Toen de Rechtbank vonnis wees, had zij het in haar optiek niet nodig dat kwam vast te staan of Brom nu wel of niet ten tijde van de koop wist met wat voor 'bakje' hij te maken had. Dit was zowel de sterkte als de zwakte van het vonnis, want daarmee heeft de Rechtbank de juridisch moeilijke weg gekozen om de vraag te beantwoorden onder welke omstandigheden een dwaling aan de zijde van de verkoper meebrengt dat de koopovereenkomst moet/kan worden vernietigd.

Dwaling is een notoir moeilijk leerstuk (zie *Bekkers bijdrage*, waar hij de noot van prof. Hijmans Van den Bergh bespreekt). Dat komt niet alleen door zijn terminologie waar zelfstandigheid van de zaak, kenbaarheid en (on-)verschoonbaarheid tot de steekwoorden behoren. De Rechtbank maakt het voor leken nog moeilijker door, naar de geest van die tijd, vitiërend en cum sequelisin haar vonnis te verwerken. Het komt ook door de inhoud: reeds vanaf de Romeinse tijd werd de dwaling, samen met dwang en bedrog, gezien als een wilsgebrek. Bij degene die in dwaling handelt, schort het aan de wil om een overeenkomst aan te gaan, zodat die overeenkomst ongeldig is, zo vat ik een heel probleem samen. Uitgaande van dit dwalingsbegrip komt de Rechtbank tot het oordeel dat, wanneer de koper in dwaling is komen te verkeren door onjuiste mededelingen die aan de koper kunnen worden toegerekend, die koopovereenkomst dan ongeldig is. Wanneer men, net als de Rechtbank destijds, die - zoals Leijten zegt: moedige - stelling aanvaardt, heeft men het niet nodig om precies te weten of de koper nu wel of niet op de hoogte was van de onjuistheid van de aan haar toegerekende mededeling.



Het Gerechtshof aanvaardde de stelling niet en dit had dus wel een nauwkeurige vaststelling van de feiten nodig, in het bijzonder over de vraag of Brom nu wel of niet op de hoogte was van de aard en waarde van de Kantharos, toen hij die kocht. De vraag blijft of de advocaat van Schoonenberg met voldoende kracht van argumenten heeft betoogd dat Brom van een en ander wist en of hij de daarvoor sprekende omstandigheden voldoende op een rijtje heeft gezet, zoals Prof. Santen later<sup>(2)</sup> in zeven punten heeft gedaan.

Minst genomen had daaraan de stelling gekoppeld kunnen worden dat de wetenschap van Brom daardoor bij vermoedens vaststond (art. 1959 van het destijds geldende Burgerlijk Wetboek) en dat het daarom op de weg van Brom lag om tegenbewijs te leveren. Hoe dit ook zij, het Gerechtshof heeft de feiten anders gewaardeerd en geeft Van Baaren een veeg uit de pan mee als het hem in zijn arrest noemt *'een nogal impulsief reagerende en eigengereide persoonlijkheid'*, eigenschappen die ik niet direct zou zoeken bij een controleur van de Waarborg. Luijt stempelt een ander keurmerk op hem: *een gevoelig, joviaal en enthousiast*

*mens.*

Maar niet het Hof heeft het laatste woord, dat heeft de Hoge Raad, althans ten dele, namelijk niet waar het gaat om de vaststelling van de feiten. De Hoge Raad kan in cassatie niet de juistheid van de feiten toetsen **(3)**; hij kan alleen nagaan of de wijze waarop het Gerechtshof de feiten heeft vastgesteld, begrijpelijk is.

Voorts is van belang dat in cassatie in civiele zaken (en daar hebben we het hier over) het zogenaamde 'middelenstelsel' geldt. Dit wil zeggen dat de Hoge Raad de uitspraak in appèl slechts mag beoordelen voor zover daarover in de cassatiemiddelen wordt geklaagd. De Hoge Raad mag dus niet geheel buiten de middelen om een geheel eigen redenering gaan opzetten. Dat zou de rechten van de daardoor in het ongelijk gestelde partij tekort doen, die dan immers niet weet tegen welke redenering zij zich moet verdedigen.

Bij Gommers en Hiemstra lezen we een samenvatting van de twee door de advocaat van Schoonenberg voorgestelde cassatiemiddelen. Leijten noemt die niet sterk, en hij kan het weten als oud-Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad. Ik ben geneigd het met hem eens te zijn. Bovendien lijken zij onvolledig. Zo valt op dat niet in een cassatiemiddel is geklaagd dat de vaststelling van de feiten onbegrijpelijk is, na de stellingen die daarover zijn geponeerd (*'het rijtje van Santen'*). Zoals Bekkers hierna schrijft, weet Santen mede te delen dat de in Maastricht gevestigde advocaat, jhr. mr. L. van Sasse Van IJsselt, zelf de cassatiemiddelen heeft opgesteld. Dat is een riskante zet geweest. Het procederen in cassatie vergt een daarin gespecialiseerde advocaat, wil men niet in valkuilen terechtkomen.

Zo te zien heeft de Hoge Raad er niet lang mee gezeten. Zijn lid mr. De Jong was raadsheer-rapporteur, de raadsheer die zich het meest intensief met een zaak bezig houdt en een eerste concept van de uitspraak vervaardigt. Hij zal dit concept waarschijnlijk *'aus einem Guss'* hebben neergeschreven. Mee mag ik er niet van zeggen, want van het archief van de Hoge Raad zijn alleen de jaren 1838-1938 aan het rijksarchief overgedragen en openbaar **(4)**.

De Jong was in 1959 ten nauwste betrokken bij de totstandkoming van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Na het overlijden van prof. Meijers behoorde hij tot het driemanschap Drion-Eggens-De Jong, dat was belast met het ontwerpen van dat wetboek. Daarvóór had hij deel uitgemaakt van de Staatscommissie inzake

herziening van de Nederlandse Burgerlijke wetgeving en had tot de actiefste leden daarvan behoord. Er was vrijwel geen vergadering die hij niet had bijgewoond, terwijl het merendeel van de rapportages door hem was opgesteld(5).

In 1961 verschijnt het ontwerp voor Boek 6 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, waarin de behandeling van de dwaling voorkomt, in toen nog art. 6.5.2.11. thans art. 6:228 BW. Het lijkt mij meer dan waarschijnlijk dat de voorbereidingen daarvoor in volle gang waren toen de Hoge Raad in de Kantharos-zaak arrest wees. In de toelichting op het ontwerp wordt dan ook tot tweemaal toe naar het arrest verwezen.

In het arrest gebeurt er nu iets, wat niet vaak voorkomt, maar toch ook niet geheel een uitzondering is, zoiets als wanneer de Maas overstroomt. De Hoge Raad geeft namelijk een *overweging ten overvloede* (door hele en halve geleerden ook wel een *obiter dictum* genoemd). Er kunnen verschillende aanleidingen zijn voor de Hoge Raad om, zonder enig effect op de eindbeslissing zelf, een dergelijk antwoord op een niet gestelde vraag te geven. Vaak gaat het er om dat en dienste van de theorievorming en van toekomstige zaken de juiste richting wordt gewezen indien een zaak eigenlijk op het verkeerde spoor staat en de Hoge Raad ten gevolge van het middenstelsel niet de zaak kan rechtekken. Omdat in deze serie weinig licht op deze overweging ten overvloede valt, citeer ik haar volledig: *'Overwegende dat het boven overwogene (waarbij het eerste cassatiemiddel is verworpen-WD) niet uitsluit, dat in gevallen als het onderhavige vernietiging van de overeenkomst door nevenomstandigheden wordt gerechtvaardigd, waarbij in het bijzonder moet worden gedacht aan het geval dat de koper dan verkoper omtrent de eigenschap der zaak had kunnen inlichten en daar toe naar de eisen van de goede trouw, gehouden was, hoedanige nevenomstandigheden zich te dezen blijken 's Hofs arrest niet voordoen.'*

Hier wordt dus als richting gewezen waarlangs de oplossing moet worden gezocht in het geval dat er bij de verkoper verkeerde voorstellingen leven: de omstandigheden kunnen dan meebrengen dat de beter ingelichte koper de verkoper moet inlichten. Maar ja, zegt de Hoge Raad er gratis bij, zoals het Gerechtshof de feiten heeft vastgesteld, doen zich die omstandigheden hier niet voor.

Het is belangrijk wat de Hoge Raad hier gezegd heeft: dwaling bij een

contractspartij - dus wanneer bij een van de contractspartijen een juiste voorstelling van zaken ontbreekt - wordt immers niet meer benaderd als het klassieke, juridisch technische, wilsgebrek, met zijn moeilijk te duiden beperkingen en voorschriften, maar als een aangelegenheid van goede trouw, een feit waardoor de een jegens de ander naar de eisen van redelijkheid en billijkheid moet voldoen aan een mededelingsplicht. Partijen bij een koop- of andere overeenkomst moeten rekening houden met elkaars redelijke belangen en dit kan meebrengen dat de een niet de ander in de waan laat omtrent de eigenschappen van de zaak waarover het gaat. Het is ook dit aspect dat prof. Henriquez noemt in zijn Groningse intreerede **(6)**. Deze komt die gedachte reeds tegen in het vorige eeuwse Pruisisch Landrecht:

*‘§ 539. Bey allen gewagten Verträgen sind beyde Theile schuldig, einander alle zur Zeit des Vertrags ihnen bekannten Umstände, wovon der Erfolg der Begebenheit, oder die Beschaffenheit des davon zu erwartenden Vortheils, ganz oder zum Theil abhängen kann, treulich anzuzeigen.’*

Voor Schoonenberg maakte de door de Hoge Raad gewezen richting niets meer uit. De van cruciale betekenis zijnde overweging ten overvloede behoeven studenten niet meer te kennen, lees ik bij mevrouw Berger-Bos; nodig is dat ook niet, want het kondigde de komst aan van het inmiddels wet geworden artikel 6:228 van het Burgerlijk Wetboek. En als ze dat maar kennen, niet alleen de studenten, maar ook de door Santen genoemde antiquairs en de door Henriquez genoemde kunstverkopers en zo vele andere soorten professionele contractanten.

Wellicht is nog niet iedereen onverdeeld gelukkig met de uitkomst van de Kantharos-zaak, maar - naar ik hoop - zien zij de toekomst na het lezen van het vorenstaande een beetje zonniger in. We hebben een aardige bijeenkomst gehad, daar aan de Maasoever. Na nog ansichten te hebben gestuurd aan prof. Van Dijk en prof. Santen met *‘groeten uit Stevensweert’*, is het tijd om op te stappen. In het noorden van Limburg raken we verdwaald en komen we uit bij het pontje naar Cuyk. Ik vraag aan Leijten of we zullen oversteken om daar de Cuykse keurmeester (HR 24 mei 1935, NJ 1935 p 1497) te bespreken, maar we laten het er bij zitten. Het is mooi geweest. In Nijmegen in de Museum Kamstraat aangekomen, hangt er de Nederlandse tekst van het bordje dat jarenlang aan de Sixtijnse kapel heeft gehangen: *chiuso per restauro*. Volgend jaar in het Valkhof, of eerder?, gaan we hem in het echt zien: *de Kantharos*.

## **Noten**

1. Mededelingen van de Koninklijke Academie van Wetenschappen, afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks 14, nr. 7.
2. Zie Santen, *De Kantharos van Stevensweert*, Ars Notariatus LX, afscheidsrede 1994, p.17 e.v.
3. Soms gaat de Hoge Raad dan ook uit van feiten, waarvan bekend is dat die niet juist zijn. Zie F. Bruinsma, *De Hoge Raad van onderen*.
4. Zie Ketelaar, 'De schepping van het arrest Lindenbaum-Cohen' in *Kabaal in Holland* (1993), bundel opstellen aangeboden aan mr. B. Asscher, p. 15, noot 5.
5. Zie Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, (diss.) 1995, p. 178.
6. Prof. mr. E.C. Henriquez, *Naar beste weten, opmerkingen over rechtsverhoudingen bij kunstveilingen*, Rede Rijksuniversiteit Groningen, 1974.