

HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161 (Lindenbaum / Cohen)

Wetsartikelen:	Art. 6:162 BW (art. 1401 BW oud)
Kernwoorden:	Maatschappelijke zorgvuldigheid (betamelijkheid)
Kern:	Een doen of nalaten in strijd met maatschappelijke zorgvuldigheid of goede zeden kan ook onrechtmatig zijn, naast handelen in strijd met de wet of inbreuk op een subjectief recht
Versie: W.H. van Boom © versie 2 juni 2017	

1. Casus en uitspraak

Max Lindenbaum, een rond 1900 naar Nederland geëmigreerde Duitse ondernemer, heeft in Amsterdam een drukkerij *M. Lindenbaum & Co.* Op enig moment komt hij er achter dat een van zijn werknemers is omgekocht door concurrent S. Cohen om bedrijfsgevoelige informatie van Lindenbaum door te spelen aan Cohen. Die werknemer (aangeduid met de term 'bediende') was door Cohen overgehaald door 'giften en beloften' om hem inlichtingen te verstrekken over alles wat zich op het kantoor van Lindenbaum afspeelde, om kopieën te bezorgen van offertes die Lindenbaum aan klanten deed, en om de namen door te spelen van klanten die bestellingen deden of prijzen opvraagden. Een duidelijk geval van bedrijfspionage om vervolgens klanten te 'stelen'. Maar anders dan bij diefstal stond nergens in de wet een strafbepaling die op het gedrag van Cohen van toepassing was. Natuurlijk was wat de bediende deed, in strijd met zijn wettelijke verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst met Lindenbaum. De bediende pleegde wanprestatie, en die werd uitgelokt door Cohen. Maar handelde deze laatste aldus ook onrechtmatig tegenover Lindenbaum?



De rechtbank oordeelde inderdaad dat Cohen onrechtmatig had gehandeld in de zin van het toen geldende art. 1401 BW. Het Hof Amsterdam oordeelde echter anders en wees de schadevergoedingsvordering van Lindenbaum af.¹ Het oordeel van het hof was in lijn met wat de Hoge Raad tot dan toe leerde. Het hof redeneerde namelijk dat, aangezien er geen uitdrukkelijke wetsbepaling aan te wijzen was waar Cohen mee in strijd had gehandeld en hij ook geen inbreuk op een subjectief recht van Lindenbaum had gepleegd, Cohen dus niet onrechtmatig had gehandeld. De Hoge Raad casseert echter het arrest van het hof en oordeelt:

"(...) dat 's-Hofs beslissing aan de uitdrukking 'onrechtmatige daad' eene beteekenis toekent dermate beperkt, dat daaronder alleen kunnen begrepen worden die handelingen waarvan het geoorloofde uit eenig wetsvoorschrift rechtstreeks is af te leiden, terwijl daarbuiten vallen alle handelingen van welke dit niet kan worden aangetoond, ook al mogen deze strijdig zijn met maatschappelijke betamelijkheid en zedelijkheid;

¹ Hof Amsterdam 18 maart 1918, NJ 1918, p. 1094.

*dat echter tot zoodanig beperkte uitlegging het artikel geen grond geeft, noch door de bewoording waarin het is vevat, noch door de geschiedenis zijner wording;
dat immers het woord onrechtmatig niet gelijkwaardig is met strijdig tegen een wetsbepaling (...);
dat onder onrechtmatige daad is te verstaan een handelen of nalaten, dat òf inbreuk maakt op eens anders recht, òf in strijd is met des daders rechtsplicht òf indruischt, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijke verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed, terwijl hij door wiens schuld tengevolge dier daad aan een ander schade wordt toegebracht, tot vergoeding daarvan is verplicht;
O., dat onder dit begrip zeker valt de daad van hem, die tot eigen baat, door giften en beloften den bediende van een concurrent overhaalt de beroepsgeheimen van zijn meester aan dezen afhandig te maken en aan hemzelve te openbaren;*

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en wijst de zaak terug om de zaak nogmaals te beoordelen.

2. Commentaar

Het arrest *Lindenbaum / Cohen* was baanbrekend. Leest men het tegenwoordige art. 6:162 BW, dan begrijpt men misschien niet waarom. In art. 6:162 lid 2 BW staat immers dat er drie categorieën van onrechtmatige daad zijn: (1) een inbreuk op een recht, (2) een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht en (3) een doen of nalaten in strijd met met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De maatschappelijke betamelijkheid (destijds vaker aangeduid met 'maatschappelijke zorgvuldigheid') is dus door de wet erkend als bron van ongeschreven recht, in die zin dat toerekenbaar maatschappelijk onbetamelijk handelen leidt tot een wettelijke schadevergoedingsverbintenis.

Bedacht moet echter worden dat de wettekst van art. 6:162 BW (ingevoerd in 1992) juist een codificatie inhoudt van het arrest *Lindenbaum / Cohen* en van de rechtspraak zoals die zich daarna heeft ontwikkeld. Op het moment dat Cohen de bedrijfsspionage uitlokte, was nog het BW van 1838 van kracht. Het onrechtmatigedaadsrecht was toen te vinden in art. 1401 BW. Dat artikel bepaalde:

Elke onrechtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, stelt den genen door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verpligting om dezelve te vergoeden.

Het BW van 1838 noemde dus wel het begrip 'onrechtmatig', maar definieerde het niet. De totstandkomingsgeschiedenis van het wetsartikel gaf evenmin veel aanwijzingen. In de 19^e-eeuwse rechtspraak en literatuur was men het min of meer over eens dat onder 'onrechtmatig' in elk geval begrepen moest worden het handelen in strijd met een wettelijke plicht (dit noemde men wel 'rechtsplicht' en het plegen van een inbreuk op een subjectief recht van een ander ('rechtsinbreuk'). Minder eenstemmigheid bestond over de vraag of er nog een derde onrechtmatigheidscategorie aanvaard moest worden, gegrond in ongeschreven regels van maatschappelijke betamelijkheid. In de literatuur en rechtspraak bestond daar verdeeldheid over. De Hoge Raad koos in 1883 voor een restrictieve benadering: 'onrechtmatig' moest worden gelezen als ófwel 'strijd met des daders rechtsplicht' (dat wil zeggen: strijd met een wettelijke plicht) ófwel rechtsinbreuk.² Een derde categorie werd niet aanvaard.

Maar die twee categorieën van onrechtmatigheid boden geen handvat voor aansprakelijkheid voor het uitlokken van de bedrijfsspionage ten kantore van Lindenbaum. Er was geen wetsbepaling in

² HR 6 april 1883, W. 4901 (Elzer / notaris De Gavere).

bijvoorbeeld het Wetboek van Strafrecht dat het gedrag van Cohen strafbaar stelde. En de bedrijfsgeheimen van Lindenbaum werden niet als subjectief recht gezien waar men inbreuk op kon plegen. Dat probleem trof niet alleen Lindenbaum, maar leverde een dilemma op voor economische bedrijvigheid in algemenere zin. Als bepaalde praktijken alleen maar onrechtmatig waren als ze inbreuk op een subjectief recht opleverden of als er een wetsbepaling was aan te wijzen waarin deze tot onzuivere praktijken waren betiteld, betekende het dat de kwalificatie van 'subjectief recht' en anderzijds de bescherming van andere belangen via wetsbepalingen doorslaggevend waren voor de toepassing van art. 1401 BW. En rond 1900 waren er nauwelijks wetten en nauwelijks erkende 'subjectieve rechten' die relevant waren in mededingingszaken...

De Nederlandse liberale handelspolitiek van de tweede helft 19^e eeuw had er juist toe geleid dat het octrooirecht in ons land was *afgeschafft*.³ Een van de (weinig overtuigende) argumenten daarvoor was dat een handelsnatie als Nederland geen belang had bij het beschermen van intellectuele prestaties zoals uitvindingen.⁴ Deze Hollandse handelspolitiek bleek internationaal gezien te liberaal. Waar andere landen wetten invoerden om intellectuele prestaties zoals uitvindingen te beschermen door ze te erkennen als subjectief recht, en ook wetten invoerden die oneerlijke mededingingspraktijken in het algemeen verbod, bleef Nederland achter. Zo kon het gebeuren dat ons land een vrijhaven werd voor mededingingsbanditisme, publieke misleiding en ongegeneerde octrooi-inbreuk.

Dat leidde uiteraard tot internationale frictie, maar ook tot juridische stellingname in Nederland zelf; in de juridische literatuur werd door sommigen bepleit dat art. 1401 BW gewoonweg ruimer uitgelegd moest worden om de ergste praktijken aan te pakken.⁵ Belangrijke voorvechter van de ruime opvatting was de Utrechtse hoogleraar W.L.P.A. Molengraaff.

De rechtspraak volgde niet direct, want rond de eeuwwisseling verkeerde die in tweestrijd. De Hoge Raad hield er sinds 1883 een restrictieve benadering op na: hij erkende slechts twee categorieën onrechtmatigheid. Een deel van de lagere rechtspraak volgde deze restrictieve lijn, terwijl een ander deel ruimere opvattingen hanteerde.

De consequentie van de opstelling van de Hoge Raad was dat het misleiden van het publiek door aan te haken bij de prestaties van anderen en bij de handelsnaam van een ander, niet civielrechtelijk aangepakt kon worden.⁶ Dat ervoer ook fabrikant Singer Manufacturing Company. Singer vervaardigde naaimachines en had daarmee een grote reputatie opgebouwd. Die reputatie was interessant voor concurrenten om bij aan te haken. Zo had Singer sinds 1876 een winkel op de

³ Wet van 15 juli 1869, Stb. 126 tot afschaffing van de Octrooiwet 1817 (Stb. 1817, 6). Zie Van Engelen p. 152-153.

⁴ De aanleiding voor de afschaffing van het octrooirecht was overigens iets gecompliceerder; Nederland dacht de Nederlandse economie te stimuleren door de afschaffing snel door te voeren, in de verwachting dat landen als Pruisen zouden volgen. Dat laatste gebeurde uiteindelijk niet. Zie nader het historisch overzicht bij H. Schippers, 'Worstelen met octrooien – De voorgeschiedenis van de octrooiwet van 1910, in: Terugblik in vogelvlucht (Jubileumboek Octrooiwet Min. Econ. Zaken), Den Haag: 2010, p. 16 e.v. en Eric Schiff, *Industrialization without National Patents (The Netherlands 1869-1912; Switzerland 1850-1907)*, Princeton: Princeton U.P. 1971.

⁵ Zie W.L.P.A. Molengraaff, De 'oneerlijke concurrentie' voor het forum van den Nederlandschen rechter, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887, p. 373 e.v. en voordien al G. Belinfante, Wat is onrechtmatige daad en wat is schuld, volgens art. 1401 BW, *Themis* 1865, p. 341 e.v. Zie over dit debat bijv. G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad - Aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1986; dezelfde, *Om te doen ophouden de menigvuldige twistgedingen*, Nijmegen: *Ars Aequi Libri* 1995; dezelfde, *De Zutphense juffrouw en de ontrouwe bediende van Lindenbaum*, Nijmegen: *Ars Aequi Libri* 1999; C.J.H. Jansen, *De bestrijding van de oneerlijke mededinging in de eerste decennia van de 20^e eeuw: het Duitse recht als voorbeeld voor de Nederlandse rechtsbeoefening*, Groninger Opmerkingen en Mededelingen 1997, p. 8 e.v.

⁶ Hetzelfde gold voor misleidende prospectus: voor zover daarmee niet een strafrechtbepaling werd overtreden, kon een dergelijke misleiding niet met een beroep op art. 1401 BW worden aangepakt. Zie HR 14 november 1905, W. 8304 (Rijwielfabriek Necec).



Hoogstraat 346 te Rotterdam, en in 1901 opende een zekere J.J.B. Ivens even verderop (nr. 296) een winkel die nauwkeurig leek op die van Singer; op de ramen stond groot "Singer naaimachines" en (in kleinere letter) "verbeterde Singer-naaimachines". In de winkel werden machines verkocht (Duits fabricaat *Seidel und Naumann*) die sprekend leken op de Singer naaimachines. Ivens gaf klanten kwitanties met als opschrift "Verbeterde Singer Naaimachines Maatschappij". Dit was duidelijk een geval van meeliften op het succes van anderen.

Was het gedrag van Ivens onrechtmatig tegenover Singer?

De Hoge Raad moest oordelen over de zaak in 1905. Hij oordeelde dat kopers die zich misleid voelden, mogelijkwerwijs vorderingen wegens dwaling of bedrog konden instellen, maar dat de wet geen bescherming bood aan de concurrent die door de misleiding schade ondervond; en hij vervolgde:

*(...) dat voor den eischer evenmin een rechtsplicht, bij schending opleverend beroep op de artt. 1401 en 1402 BW, aanwezig is om niet in grooter of geringer mate na te bootsen het uiterlijk van de winkel zijner concurrenten of den vorm, waarin deze aan hunne koopers kwijting geven, noch ook om tegen te gaan de mogelijkheid van vergissingen voortkomende uit zoodanige gelijkenis; dat voor het ontstaan van dien rechtsplicht ook onvoldoende is de ten laste van eischer aangenomen kwade trouw en laakbare bedoeling in verband met hetgeen art. 1374 en volgende van het B.W. voorschrijven; dat immers de plicht van goede trouw, die aldaar wordt voorgeschreven alleen is opgelegd aan hen die onderling overeenkomsten aangaan, dat is hen die stellig en vrijwillig eenen rechtsband aanknoopen met eenen bepaalden persoon; dat alzoo art. 1374 (en evenmin eenig ander wetsvoorschrift) den daar omschreven plicht niet gevestigd heeft ten behoeve van elk en een iegelijk, dus ook niet ten behoeve van concurrenten in het vak waarin iemand zaken doet, al is hierdoor niet uitgesloten dat bepaalde oneerlijke handelingen bij het concurreeren zouden kunnen aannemen het karakter van inbreuken op een bestaand recht en dientengevolge van eene onrechtmatige daad jegens hem, tegen wien zulk een handeling is gericht; dat echter in de handelingen, ten grondslag liggende aan de ingestelde vordering en de beslissing van het Hof, iets dergelijks niet voorkomt (...)*⁷

Hier staat kort gezegd dat de eis dat contracten te goeder trouw moeten worden uitgevoerd (art. 1374 e.v. BW) niet van toepassing is tussen personen die geen contract met elkaar hebben, hoe laakbaar het gedrag ook moge zijn. En indien sprake zou zijn van inbreuk op een recht, dan is sprake van een onrechtmatige daad, maar dat doet zich hier niet voor, aldus de Hoge Raad.

Dat was 1905, en voorlopig werd het niet beter. In 1910 hanteert de Hoge Raad in het arrest *Zutphense waterleiding* (1910) een vergelijkbare restrictieve uitleg van het begrip 'onrechtmatig'. Juffrouw De Vries woonde boven het pakhuis van G.J. Nijhof te Zutphen.⁸



⁷ HR 6 januari 1905, W. 8163 (J.J.B. Ivens / N.V. The Singer Manufacturing Company). Overigens werd in de rechtspraak tot 1883 wél bescherming verleend aan het recht op de handelsnaam; zie HR 21 april 1882, W 4770 (J.M. Farina/Ayelts), en daarover bijv. Th.C.J.A. van Engelen, Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 16-17.

⁸ Zie over deze zaak M. van Wel, Het Zutphense waterleidingarrest, Trema 2008, p. 210 e.v.; E. von Boné, De 'Zutphense Juffrouw' geeft na 100 jaar haar geheimen prijs!, Ars Aequi 2009, p. 546 e.v.

Toen in de nacht van 4 op 5 januari 1909 de waterleiding sprong en het water op de opgeslagen voorraad leer van Nijhof spoot, weigerde De Vries om de hoofdkraan, die zich in haar woning bevond, dicht te draaien. Pas toen de politie gearriveerd was, ging ze overstag. Nijhof (althans diens gesubrogeerde schadeverzekeraar) stelde dat De Vries onrechtmatig had gehandeld door te weigeren om de kraan dicht te draaien. Deze stelling vond geen ingang bij de Hoge Raad:⁹

“O. daaromtrent, dat door zoodanige daden en nalatigheden, als de Rechtbank hierbij op het oog heeft, wèl in strijd met hetgeen zakelijk en maatschappelijk betaamt, kan zijn gehandeld ; dat echter de toepasselijkheid van de artt. 1401 en 1402 B. W. (...) niet daardoor wordt bepaald, maar afhangt van de bevinding of hetzij de daad, hetzij het verzuim al dan niet in strijd is met des daders rechtsplicht of inbreuk maakt op eens anders recht, en derhalve (...) hieraan behoort te worden getoetst;

O. dat tusschen partijen als onmiddellijke oorzaak der beweerde waterschade vaststaat het door vorst springen van de waterbuis, omstandigheid ten aanzien van beide een bloot toeval waarvoor dus niemand hunner verantwoordelijk was ;

dat de aan [Juffr. De Vries] toegeschreven, beweerdelijk onder het bereik van art. 1402 B. W. vallende nalatigheid is een niet doen, bestaande in het niet op ontvangen verzoek stuiten van het water, welk niet doen die beschadiging van Nijhof's goed deed voortduren nu niet deze maar zij de afsluitkraan onder haar bereik had ;

dat, zelfs al konde uit dit weigeren, volgehouden ook na kennisgeving van zijn gevolgen, afgeleid worden dat [Juffr. De Vries] de oorzaak was van het voortduren en daardoor toenemen van Nijhof's schade, hiermede geenszins zou zijn aangetoond de onrechtmatigheid van haar lijdelijk blijven ten aanzien der haar voorgelaten gevolgen van het toeval;

dat deze bloot passieve houding voorzeker niet uitmaakt een door haar ondernomen inbreuk op rechten van Nijhof en dus, om onrechtmatig te wezen, moet strijden met een op haar rustenden rechtsplicht te zijnen aanzien;

dat als zoodanig niet wordt gesteld eenige door [Juffr. De Vries] jegens hem aanvaarde verplichting om de kraan op ontvangen verzoek af te sluiten, zoodat om haar gedrag onder het bereik van art. 1402 te brengen dient te worden aangetoond eenige wettelijk op haar rustende gehoudenheid om te verleenen hulp tot het stuiten van de schade ;

dat evenwel het verleenen van hulp wettelijk alleen verplicht is in sommige hier niet aanwezige gevallen gelijk dat omschreven bij art. 450 Strafr. en dus het te bewijzen verzuim van hulpverleening niet was onrechtmatig in den zin van art. 1402, bij gebreke van rechtsplicht om zich daadwerkelijk te laten gelegen liggen aan andermans schade ;

dat alzoo het vonnis, hetwelk dit aanmerkt als rechtens „noodig” tot rechtsplicht maakt iets hetwelk, indien nage-laten, niet is verzuimd in strijd met eenen rechtsplicht, ook al bestond de mogelijkheid, dat het verzuim naar maatschappelijken of zedelijken maatstaf zou moeten worden veroordeeld ; (...)”

Dit was een weinig slachtoffervriendelijke benadering. Misschien was de weigering van juffrouw De Vries ‘naar maatschappelijken of zedelijken maatstaf’ bijzonder laakbaar, maar ze had geen wetsbepaling overtreden en daarom was haar handelen niet onrechtmatig. In het strafrecht misschien begrijpelijk gezien het legaliteitsbeginsel (‘nulla poena’), maar moet dat ook zo streng tussen burgers onderling gelden?

Intussen groeide de kritiek op wetgever en rechterlijke macht. Naast de lagere rechtspraak die een andere route koos en de rechtsgeleerde literatuur die een ruimere opvatting aanhing, spraken ook de leden van de Nederlandse Juristenvereniging (NJV) zich uit voor een algemene omschrijving van

⁹ HR 10 juni 1910, W. 9038 (M. de Vries / de N.V. Frankfurter Transport-Unfall und Glasversicherungs Actien Gesellschaft).

onrechtmatige daad die ook oneerlijke mededinging zou omvatten.¹⁰ De regering bleek uiteindelijk gevoelig. In 1911 diende de regering een wetsontwerp in dat art. 1401 BW zou moeten omvormen:

“Onder onregmatige daad wordt verstaan eene door de schuld des daders veroorzaakte handeling of nalatigheid, in strijd met de openbare orde, met de goede zeden of met de zorg van een goed huisvader.”¹¹

In een latere versie werd het voorstel aldus:¹²

“Onder onregmatige daad wordt verstaan een handelen of nalaten, dat of inbreuk maakt op eens anders recht, Of in strijd is met des daders regtspligt, of indruischt, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed”.

Bemerk dat deze latere versie verdraaid veel lijkt op de formulering die de Hoge Raad in 1919 kiest.¹³ Toch wordt dit voorstel niet tot wet verheven: het betreffende kabinet komt ten val en daarna breekt de Grote Oorlog uit (1914-1918). Het opvolgende kabinet had belangrijker zaken aan het hoofd, zoals het neutrale Nederland door de oorlog heen loodsen.¹⁴

Intussen veranderde er bij de Hoge Raad wel iets. Op 1 juli 1912 werd namelijk leeftijdsontslag verleend aan de inmiddels bejaarde president van de Hoge Raad, Aernout Eijssell (1837-1921). Daarmee was een belangrijke sta-in-de-weg van het toneel verdwenen. Eijssell was medeverantwoordelijk voor de arresten *Singer* en *Zutphense waterleiding*.¹⁵ Hij hield er klassiek-liberale opvattingen op na die onder meer maakten dat hij staatsinmenging in private verhoudingen in essentie afwees en dat in zijn ogen de absolute vrijheid van burgers om te handelen slechts begrensd mocht en kon worden door uitdrukkelijke wetsbepaling. En wat dat laatste betreft had Eijssell geen goed woord over voor het wetsontwerp 1911; in zijn beleving was in concurrentieverhoudingen behoefte aan eenduidige regels, niet aan vage normen die achteraf door een rechter zouden worden ingevuld.¹⁶ Eijssell vreesde dat als ongeschreven recht in private rechtsverhoudingen (en dan met name in concurrentieverhoudingen) zou worden aanvaard als bron van recht, dat daarvan afkalving van rechtszekerheid, een stortvloed aan procedures en uiteindelijk belemmering van concurrentie het gevolg zou zijn.

Dit is overigens meer dan alleen een debat tussen legistische ‘conservatieve’ juristerij tegenover ‘moderne’ rechtsvinding; in wezen gaat het hier over een tijdloos debat tussen voorstanders van concrete, wettelijke normstelling en voorstanders van flexibele, open normen. Dergelijke debatten zien we vandaag de dag ook nog, niet alleen in het privaatrecht maar bijvoorbeeld ook in het bestuursrecht en zelfs in het strafrecht.¹⁷ Dit is het spanningsveld waar het om gaat: hoe concreter de normstelling, des te duidelijker en voorspelbaarder het recht, maar ook: des te statischer het

¹⁰ NJV vergadering 27 juni 1903, Handelingen NJV 1903-II.

¹¹ Wetsontwerp-Regout 1911, d.d. 11 januari 1911, Bijlagen Tweede Kamer 198, nr. 2; W. 1911/9099.

¹² Gewijzigd Ontwerp-Heemskerk 1913, W. 9459, p. 4.

¹³ Men ziet zowel in dit ontwerp als in het arrest van 1919 de invloed van Molengraaff (t.a.p. 1887, p. 386), die had voorgesteld: “Hij die anders handelt dan in het maatschappelijk verkeer den eenen mensch tegenover den ander betaamt, anders dan men met het oog op zijne medeburgers behoort te handelen, is verplicht de schade te vergoeden, die derden daardoor lijden”.

¹⁴ Het wetsvoorstel wordt uiteindelijk ingetrokken in 1928.

¹⁵ Zie Van Maanen 1986.

¹⁶ A.P.Th. Eijssell, Het wetsvoorstel omtrent de onregmatige daad en de regtszekerheid, Themis 1911, p. 568 e.v.

¹⁷ Het in straf(bestuurs)recht heeft het spanningsveld vage/concrete normen een andere lading dan in het privaatrecht, omdat in dat laatste rechtsgebied het legaliteitsbeginsel (nulla poena/lex certa) minder zwaar weegt vanwege het (veelal) ontbreken van een punitief aspect.

recht, des te meer ontduikingsmogelijkheden er ontstaan en des te minder eigen verantwoordelijkheid bij de normadressaat wordt gekweekt om zelf na te denken over wat zorgvuldig is of wat een redelijk handelende persoon in zijn plaats zou doen (de zgn. ‘vakje aankruisen’ mentaliteit). Hoe opener en vager de norm, des te meer ruimte voor de rechter om te innoveren en om mee te bewegen met maatschappelijke ontwikkelingen, maar ook: des te minder voorspelbaar (en minder democratisch) het recht wordt.¹⁸

Het wetsvoorstel is uiteindelijk nooit tot wet verheven. Nodig was dat ook niet; in 1919 ging de Hoge Raad namelijk om in *Lindenbaum / Cohen*. Dat deed Molengraaff, voorstander van de ruime opvatting van het eerste uur, jubelen. Hij kon tevreden constateren:

*“Wat de wetgever in gebreke bleef te doen, heeft de Hooge Raad gedaan; hij heeft vastgesteld, dat recht is, wat in bedoeld wetsontwerp als recht wordt voorgesteld (...) Er is door ons hoogste rechtscollege zelden een arrest geweest, waarvan zoo heilzame invloed op ons rechtsleven mag worden verwacht.”*¹⁹

De invloed van het arrest was in elk geval groot. Het schepte de ruimte voor de rechterlijke macht om nadere betamelijkheidsnormen te ontwikkelen op tal van deelgebieden, zoals die van de gevaarzetting, hinder, overheidsaansprakelijkheid, uiteraard oneerlijke mededinging en inmiddels ook wat betreft de zorgplicht van (financiële) dienstverleners. De maatschappelijke betamelijkheid werd een zodanig belangrijke open norm dat zij in veel opzichten de andere twee onrechtmatigheidsgronden overschaduwde en misschien wel overbodig heeft gemaakt.

Tenslotte nog dit. Het offsetbedrijf Lindenbaum bestaat nog steeds. En als u toevallig langs het pand Reguliersdwarsstraat 10 te Amsterdam loopt (tussen een grill restaurant en een fietsenverhuurder), let dan op de gevelsteen op kniehoogte; deze werd gelegd in 1912 door de zoon van drukker Max Lindenbaum, de toen 11-jarige Erwin Lindenbaum. Max en Erwin overleefden de Holocaust niet, evenmin als de vrouw en dochter van Max.²⁰

¹⁸ Over het contemporaine privaatrechtelijke debat ‘vage vs. concrete normen’ bijv. J. M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid - Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992.

¹⁹ Noot onder HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161 (Lindenbaum / Cohen). HR 13 Juni 1913, W. 9531, NJ 1913, p. 782 (Maatschappij van Weldadigheid / Nicola Jzn.) was achteraf gezien wellicht een voorbode dat de HR zijn restrictieve benadering had opgegeven; het arrest dateert van na de periode-Eijssell. Overigens bepaalde dit arrest uit 1913 ook dat art. 1402 BW geen zelfstandige betekenis toekwam maar altijd in samenhang met art. 1401 BW gelezen moest worden; om die reden heb ik art. 1402 BW buiten beschouwing gelaten.

²⁰ www.joodsmonument.nl; geraadpleegd augustus 2016.