

Beavis zonder Butt-Head

Parkeren en contracteren: de privaatrechtelijke grondslag van parkeerboetes naar Engels, Duits en Romeins recht

1. Inleiding

Een man met de ongelukkige naam Beavis parkeerde op 15 april 2013 om 14.29 uur zijn wagen op een parkeerplaats genaamd de Riverside Retail Park in Chelmsford, een plaats ten noordoosten van Londen. De parkeerplaats werd beheerd door het bedrijf ParkingEye voor de eigenaar British Airways Pension Fund. Bij de ingang van het parkeerterrein en op een twintigtal plaatsen op het terrein waren waarschuwborden aangebracht. Daarop stond te lezen dat er maximaal twee uur geparkeerd mocht worden op de parkeerplaats - maximaal vier uur door leden van het Fitness Centrum. Bij overtreding van de toegestane parkeerduur werd een zogenoemde Parking Charge opgelegd van £85. Mr Beavis keerde twee uur en zesenvijftig minuten later terug op de parkeerplaats. De heer Barry Beavis was eigenaar van een fish and chips shop genaamd The Happy Haddock en zal dus geen lid geweest zijn van het Fitness Centrum. Hij had derhalve bijna een uur te lang geparkeerd. ParkingEye wist naam en adres van Beavis te krijgen van de Engelse versie van de Rijksdienst voor het Wegverkeer. Beavis kreeg een verzoek thuis gestuurd £85 te betalen, maar dat deed hij niet, ook niet nadat hij een aanmaning had gekregen. ParkingEye startte daarop een procedure in de County Court. Normaal gesproken zou de vordering in de zogeheten small claims procedure zijn afgehandeld, maar omdat Beavis een aantal principiële bezwaren opwierp, werd de zaak overgedragen aan de Designated Civil Judge for East Anglia, Judge Moloney QC. Judge Moloney wees de verweren van Mr Beavis af.¹ Zoals dat gaat bij mensen met principiële bezwaren, liet Beavis het er niet bij zitten en ging hij in beroep bij de Court of Appeal.² Ook de drie raadsheren van het Hof van Beroep zagen geen reden Beavis in het gelijk te stellen, zodat de zaak over een parkeerboete van £85 terecht kwam bij maar liefst zeven leden van de Engelse Supreme Court. Doorgaans handelt het Hooggerechtshof zaken af met vijf leden, maar in geval van zaken die mogelijk principiële beslissingen vereisen kan een kamer van zeven leden worden ingesteld. De mondelinge behandeling van de zaak ParkingEye v Beavis vond plaats op 21, 22 en 23

1 In een 'unreported judgment' van 19 mei 2014 in de County Court van Chelmsford (volgens de Court of Appeal; de digitale versie van de uitspraak spreekt van de County Court van Cambridge), te vinden via: [http://www.debtrecoveyplus.co.uk/debtor/ParkingEye v Beavis and Wardley Judgment.pdf](http://www.debtrecoveyplus.co.uk/debtor/ParkingEye%20v%20Beavis%20and%20Wardley%20Judgment.pdf)

2 *ParkingEye Limited - and - Barry Beavis*, [2015] EWCA Civ 402, [2015] WLR(D) 190.

juli 2015. De heer Beavis was met de trein naar Londen gegaan, want, zoals hij zei: 'I wasn't going to pay to park.' Op 4 november 2015 deed de Supreme Court uitspraak.³ Het Hof stelde Beavis andermaal in het ongelijk in een oordeel van maar liefst 123 bladzijden.⁴ Zes leden van het Hof vormden een duidelijke meerderheid. Eén lid gaf een dissenting opinion. Het belangrijkste bezwaar van Beavis betrof het boetekarakter van het bedrag dat ParkingEye van hem vorderde. Het Engelse recht was namelijk nogal streng voor boetebedingen in overeenkomsten. De zaak werd nu door het Hof aangegrepen om de regels ten aanzien van het boetebeding naar Engels recht te herzien. De eerste zin spreekt boekdelen: 'The penalty rule in England is an ancient haphazardly constructed edifice which has not weathered well.'

2. De jurisprudentie van het dagelijks leven

Het is dit soort alledaagse zaken waarin belangrijke juridische vragen verscholen kunnen liggen. Ik heb het voorrecht gehad college te krijgen van hoogleraren die wisten hoe ze dit soort alledaagse zaken moesten gebruiken in hun onderwijs van het Romeins recht. Zij waren in staat met één dergelijk voorbeeld een juridisch leerstuk tot leven te brengen voor hun studenten. Zij hadden daarin een voorganger, en niet de minste, in de persoon van Rudolf von Jhering. Jhering publiceerde in 1870 *Die Jurisprudenz des täglichen Lebens* en het werk zou druk na druk beleven.⁵ Jhering merkt over het doel van zijn werk in het voorwoord het volgende op.⁶

Im täglichen Leben kommen viele Rechtsverhältnisse und Rechtsgeschäfte vor, die wegen der Geringfügigkeit des Gegenstandes kaum je zu einem Prozeß führen, die sich aber gleichwohl für den juristischen Unterricht mit hohem Nutzen verwenden lassen, weil sie dem Anfänger Anleitung geben, auch die Vorfälle des gewöhnlichen Lebens mit juristischem Auge zu betrachten.

Jhering had buiten de heer Beavis gerekend, die ondanks de 'Geringfügigkeit des Gegenstandes' zijn zaak voor de rechter wenste uit te vechten. Wij zijn Barry Beavis en andere principeridders dankbaar.

Wat was het geval in de zaak Beavis? Hoe dienden het parkeren van Beavis en de boete die hem werd opgelegd voor te lang parkeren juridisch te worden gekwalificeerd? In de

3 *ParkingEye Limited v Beavis*: 162 Con LR 1, [2015] 3 WLR 1373, [2015] UKSC 67, [2016] AC 1172, [2016] 1 Lloyd's Rep 55, [2016] CILL 3769, [2016] RTR 8, [2016] BLR 1, [2015] WLR(D) 439.

4 Het oordeel betrof ook de zaak *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi*.

5 Toen nog niet apart verschenen, maar afgedrukt in: *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen*, Jena 1870. De eerste afzonderlijke druk is van 1873. De laatste, vijftiende, druk, bewerkt door P. Oertmann, is van 1927.

6 Ed. Jena 1873², p. III.

uitspraak van de Supreme Court werd hier uiteindelijk niet lang bij stil gestaan, hoewel daar tijdens de mondelinge behandeling van de zaak een uitvoerige en boeiende discussie over werd gehouden. Wie daarin belang stelt, verwijs ik naar YouTube waar de Engelse Supreme Court de filmpjes van de mondelinge behandeling van zaken en van de mondelinge uitspraken op plaatst.⁷ Vrijwel alle rechters die de zaak te behandelen kregen, gingen ervan uit dat Barry Beavis door te parkeren een contract had gesloten met ParkingEye en dat daarop de bepalingen van toepassing waren die stonden op de borden die op het terrein waren geplaatst. Partijen deden dat namelijk ook en Beavis had daar een goede reden voor. Een lid van de Court of Appeal trok echter in twijfel of dit wel de juiste grondslag van de zaak was en of er niet veeleer sprake was van toestemming gegeven door of namens de grondeigenaar om zijn land voor maximaal twee uur te betreden.⁸ Na het verstrijken van die termijn zou het oponthoud op het terrein in strijd met de wil van de eigenaar zijn en trespass opleveren, een onrechtmatige daad, die tot schadevergoeding verplichtte. In dat geval zou de boete problematisch zijn geweest, omdat ParkingEye niet kon aantonen schade te hebben geleden. Het bedrijf was zelf geen eigenaar van het terrein.

3. De 'Hamburger Parkplatzfall'

Veel uitvoeriger werd dezelfde kwestie al in 1956 besproken door het Duitse Bundesgerichtshof in de zogeheten 'Hamburger Parkplatzfall'.⁹ De Hansestad Hamburg had een deel van het Raadhuisplein in 1953 bestemd tot parkeerplaats. Een Hamburgse ondernemer had van de stad het recht gekregen de parkeerplaats te bewaken tegen een vergoeding te betalen door het parkerende publiek. De parkeervakken waren door witte strepen gemarkeerd op het Raadhuisplein en werden door borden aangegeven met het opschrift 'Parkgeldpflichtig und bewacht', iets korter en krachtiger dan het bord van ParkingEye. De Duitse Barry Beavis was een dame van wie we de naam helaas niet kennen omwille van de al langer bestaande anonimisering van partijen in Duitse rechtspraak. Zij parkeerde vanaf 3 september tot en met 12 oktober 1953 haar wagen meerdere malen op het plein. De medewerkers van de Duitse ondernemer die het terrein bewaakten, had zij telkens van tevoren verklaard dat haar wagen niet bewaakt hoefde te worden en dat zij weigerde om te betalen. Het parkeertarief bedroeg 20 Pfennig voor het eerste uur, 30 voor het tweede uur en 50 Pfennig voor ieder volgend uur. De ondernemer vorderde betaling van 25 DM. De vrouw weigerde nog steeds te betalen. Zij was duidelijk ook niet van principes gespeend. De ondernemer bracht de zaak voor de rechter en ging voor drie, of eigenlijk twee, juridische ankers liggen. Als er geen sprake was van een contract - daar geloofde hij niet in -

⁷ <https://www.youtube.com/user/UKSupremeCourt>

⁸ Lord Justice Moore-Bick, *l.c.*, nr 23.

⁹ BGH, 14 juli 1956 - V ZR 223/54. *BGHZ* 21, 319; *NJW* 1956, 1475.

dan zou de gedaagde ongerechtvaardigd verrijkt zijn met het gevorderde bedrag, ofwel door het parkeren van Frau Beavis zou hem op onrechtmatige wijze de mogelijkheid zijn ontnomen het vak aan andere gebruikers ter beschikking te stellen die wel bereid waren te betalen. De zaak ging naar het Landgericht Hamburg dat de ondernemer in het gelijk stelde en het Oberlandesgericht Hamburg dat de vrouw in het gelijk stelde. De zaak eindigde voor het Duitse Bundesgerichtshof.

Dat Hof wees de vordering uit onrechtmatige daad af, omdat daarvoor de eiser het bewijs had moeten leveren dat door het gebruik van het parkeervak door de gedaagde hij andere gebruikers had moeten afwijzen die bereid waren te betalen. De vordering uit ongerechtvaardigde verrijking stuitte ten eerste op het bezwaar dat de verrijking van de gedaagde niet overeenkwam met het gevorderde bedrag. Ten tweede viel de verrijking lastig vast te stellen - hoeveel brandstof had mevrouw bijvoorbeeld uitgespaard door niet elders te hoeven parkeren? Ten derde moest de verrijking ten koste zijn gegaan van de eiser.

4. 'De niet-wirklichkeitsfremde weg': overeenkomst

Dat liet onverlet de contractuele grondslag, die de eiser niet of nauwelijks had gekozen, omdat hij er geen vertrouwen in had gehad. Het Hof overwoog dat het zoeken van een oplossing voor het geschil via andere wegen dan de contractuele tot uitkomsten zou leiden die 'wirklichkeitsfremd' waren. Voor de niet-*wirklichkeitsfremde* weg had het Hof echter vier alinea's nodig, die min of meer ambtshalve werden gegeven, omdat de eiser zelf weinig heil zag in die weg. Of de weg die het Hof zelf bewandelde niet *wirklichkeitsfremd* was, laat ik graag aan het oordeel van de lezer over. Het sprak van een contractuele verhouding, hoewel het niet uitging van een overeenkomst door overeenstemmende wilsverklaringen. Het sprak van 'faktische Vertragsverhältnisse'. De leer van de feitelijke contractsverhouding was door Haupt ontwikkeld naar aanleiding van de tramspoorwegen.¹⁰ Hetzelfde geval was het eerste dat Jhering gaf in zijn *Jurisprudenz des täglichen Lebens*. 'Um nach der Eisenbahn zu fahren, steigen wir in einen an unserer Wohnung vorüberfahrenden Wagen der Straßenbahn, ohne ein Wort zu verlieren. Hat dies Einsteigen eine juristische Bedeutung und welche?'¹¹ Genoemde Haupt keerde zich af van de opvatting dat overeenkomsten alleen door aanbod en aanvaarding tot stand komen. Die opvatting kwam niet overeen met de werkelijkheid van het leven. Er waren daarnaast feitelijke contracts-

10 G. Haupt, 'Über faktische Vertragsverhältnisse', in: *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber zum 10. April 1940*, Bd II, Leipzig 1941, p. 5 e.v. Vgl. over de invloed van de tijd waarin Haupt zijn theorie publiceerde H. Hattenhauer, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, München 1982, p. 70 e.v.: 'Die im Jahre 1941 herrschende Lehre vom absoluten Vorrang der völkischen Gemeinschaft ließ den Rechtsbegriff der Person und der Kraft ihres Willens endgültig überwunden erscheinen.'

11 *Die Jurisprudenz des täglichen Lebens*, Jena 1873², p. 5.

verhoudingen die niet berustten op het sluiten van een overeenkomst, maar op een sociale 'Leistungsverpflichtung'. Zo kwam een dergelijke verhouding bij het gebruik van een tram tot stand niet door wilsovereenstemming tussen de trammaatschappij en de passagier, maar doordat de passagier de tram instapte. Die leer werd verder ontwikkeld tot de leer van Larenz die sprak van 'Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten'.¹² Larenz stelde dat het moderne massaverkeer rechtsbetrekkingen meebracht die slechts konden worden verklaard door een zuiver feitelijk openbaar aanbod van een prestatie en een puur feitelijk gebruik van deze prestatie door de verkeersdeelnemers. Dergelijk gedrag diende bij gebrek aan bewustzijn van het verklaren van een rechtens relevante wil niet als wederzijdse wilsverklaringen te worden opgevat, maar als een gebeurtenis die door zijn sociaal-typische betekenis dezelfde rechtsgevolgen had als een rechtshandeling. Het ontstaan van een contractuele verhouding in dit soort gevallen was niet het rechtsgevolg dat gewild of verklaard was door het daadwerkelijk handelen van de passagier - zo staat het er echt, dat wil zeggen in het Duits: 'des tatsächlichen Handelns', maar omdat deze verhouding naar algemene verkeersopvatting zonder twijfel daarvan het gevolg was.

Het Bundesgerichtshof omarmde deze leer van het sociaaltypische gedrag en paste haar toe op de Hamburger Parkplatzfall. Zij die een parkeerplaats gebruikt waarvoor betaald moet worden, laat een contractuele verhouding ontstaan die tot betaling verplicht. Op een afwijkende innerlijke instelling van de parkeerplaatsgebruiker kwam het niet aan, zelfs niet als die door de 'parklustige Kraftfahrer' bij het begin van het parkeren tegenover de bewaker van de parkeerplaats was geuit. Slechts deze opvatting kon tot het resultaat leiden dat de parkeerplaatsgebruiker werd onderworpen aan de regeling die voor het gebruik van de parkeerplaats rechtsgeldig in het leven was geroepen.¹³

Het Nederlands heeft gelukkig niet dezelfde uitdrukkingmogelijkheden als het Duits, zodat ik de voorafgaande uiteenzettingen al enigszins heb moeten vereenvoudigen, maar nog blijft het stoeien met woorden. Het wil mij voorkomen dat deze redenering er een van het volgende soort is. Waarom is de parkeerplaatsgebruiker aansprakelijk? Omdat het wenselijk is dat hij aansprakelijk is. Dat alles natuurlijk verpakt in het daarbij behorende jargon, waarop niet alleen de sociale wetenschappen patent hebben. Het deed mij even denken aan een leerzaam boekje dat ik onlangs kocht, vanwege de prikkelende titel. Het heet *Learn to write badly, How to succeed in the Social Sciences*.¹⁴ Voor de social sciences kan in dit geval rustig de legal sciences worden gelezen. De uitspraak van het Bundesgerichtshof

12 *Schuldrecht I*, 1953, p. 27 e.v.; *Neue Juristische Wochenschrift* 1956, p. 1897 e.v.

13 Terzijde zij hier opgemerkt dat de senaat van het Bundesgerichtshof die deze uitspraak deed, werd voorgezeten door de raadsheer Tasche. Deze had in 1942 een opstel geschreven waarin hij de leer van Haupt over de feitelijke contractsverhouding toepaste op nietige overeenkomsten. F. Tasche, 'Vertragsverhältnis nach "nichtigem" Vertragsschluß?', in: *Jherings Jahrbücher* 90 (1942), p. 101 e.v. Vgl. over de invloed van Tasche op deze uitspraak bijv. P. Lambrecht, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis*, Tübingen 1994, p. 108 e.v.

14 M. Billig, *Learn to write badly, How to succeed in the Social Sciences*, Cambridge 2013.

bleef gelukkig dan ook niet zonder kritiek. Een van de criticasters luisterde naar de toeristisch klinkende naam Küchenhoff en riep op om de klassieke contractleer te verdedigen met de woorden: 'Heraus zum Kampf mit uns allen.'¹⁵

5. Het Romeinse recht en stilzwijgende overeenkomsten

Hoe zou een Romeinse jurist tegen deze juridische hoogstandjes hebben aangekeken?¹⁶ Wellicht zou hij ze merkwaardig hebben gevonden. Paulus, bijvoorbeeld, zei in D. 2,14,2:¹⁷

Paulus libro tertio *ad edictum*

pr. Labeo ait convenire posse vel re: vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse. Sed etiam tacite consensu convenire intellegitur.

1. Et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit.

Paulus, *Het Edict III*

pr. Labeo zegt dat men een overeenkomst kan sluiten door het aannemen van een zaak, per brief of ook door bemiddeling van een bode tussen afwezigen. Zelfs neemt men aan dat stilzwijgend door wilsovereenstemming een overeenkomst tot stand kan komen.¹⁸ 1. Vandaar dat men het erop houdt dat als ik mijn schuldenaar zijn schuldbekentenis teruggeef, tussen ons overeengekomen is dat ik geen vordering zal instellen, en dat hem naar de heersende leer de exceptie van gesloten overeenkomst ten dienste zal staan.

De leer van de stilzwijgende wilsverklaring vindt haar weerslag in onder andere deze tekst. Iemand hoeft niet uitdrukkelijk zijn wil te hebben verklaard om een overeenkomst te sluiten. Die wil kan ook worden afgeleid uit een gedraging van de persoon die het betreft. Een ander voorbeeld van de toepassing van deze leer geeft Florentinus, die in D. 2,14,57pr. de volgende casus bespreekt.

¹⁵ G. Küchenhoff, in: *Recht der Arbeit* 1958, p. 121 e.v., p. 127.

¹⁶ Zie bijv. C.A. Cannata, 'Das faktische Vertragsverhältnis oder die ewige Wiederkehr des gleichen', in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 53 (1987), p. 297 e.v. Vgl. voor een bespreking van de uitdrukkelijke en stilzwijgende wilsverklaring in de pandektistiek B. Kühle, *Der Dualismus von ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung*, Frankfurt a.M. 2009 (Diss. Heidelberg), p. 7 e.v.

¹⁷ Vertalingen van Digestenteksten zijn ontleend aan J.E. Spruit e.a. (red.), *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling*, Zutphen 1993 e.v.

¹⁸ Vgl. § 863 I ABGB: Man kann seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen; sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen.

Florentinus libro octavo *institutionum*

pr. Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat.

Florentinus, Instituten VIII

Hij die voor een toekomstige periode rente van zijn schuldenaar ontvangen had, wordt geacht stilzwijgend afgesproken te hebben dat hij binnen die termijn de hoofdsom niet zal terugvorderen.

Naar Romeins recht vonden deze uiteenzettingen plaats naar aanleiding van vormloze afspraken, de zogeheten *pacta*. Voor het sluiten van een overeenkomst was meer vereist. Daartoe diende men gebruik te maken van één van de erkende typen van contracten. Ook die konden echter, met uitzondering van de *stipulatio*, de ietwat plechtige mondelinge overeenkomst, stilzwijgend tot stand komen. Zo bespreekt Ulpianus bijvoorbeeld de stilzwijgende verlenging van een pachtovereenkomst in D. 19,2,13,11.

Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione ... reconduxisse videbitur.

Hij die na het verstrijken van de termijn in de pacht is gebleven zal geacht worden ... opnieuw te hebben gepacht.

Er was echter een probleem dat het Bundesgerichtshof waarschijnlijk tot de aanvaarding van de leer van het 'sozialtypische Verhalten' bracht. Frau Beavis had immers bij het parkeren uitdrukkelijk gezegd dat ze niet akkoord was met de bewaking en mitsdien de verplichting te betalen. Leverde dit niet een verhindering van wilsovereenstemming op, zodat er geen overeenkomst kon worden aangenomen, maar iets moest worden geconstrueerd dat dezelfde rechtsgevolgen had, namelijk een feitelijke contractsverhouding? Ook hier kon echter de traditionele leer van de stilzwijgende wilsverklaring tot een eenvoudiger oplossing leiden. Die leer kon zich beroepen op een tweetal adagia, één van Romeinsrechtelijke herkomst en één van canoniekrechtelijke herkomst. Het Romeinsrechtelijke adagium luidt *venire contra factum proprium nemini licet*, het is niemand toegestaan zich in strijd met zijn eigen gedrag op te stellen.¹⁹ Het gaat terug op Ulpianus, die in D. 1,7,25pr. de volgende casus bespreekt.

Ulpianus libro quinto *opinionum*

pr. Post mortem filiae suae, quae ut mater familias quasi iure emancipata vixerat et testamento scriptis heredibus decessit, adversus factum suum, quasi non iure eam nec praesentibus testibus emancipasset, pater movere controversiam prohibetur.

Ulpianus, *Meningen V*

Na de dood van een dochter, die geleefd heeft als een gezagsvrije vrouw - omdat zij meende rechtsgeldig uit de vaderlijke macht ontslagen te zijn - en die vervolgens is overleden na bij testament erfgenamen te hebben aangewezen, wordt het aan haar vader niet toegestaan een rechtsgeding te beginnen

19 Vgl. bijv. H.J. Wieling, 'Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst', in: *Archiv für die civilistische Praxis* (1976) 176, p. 334 e.v. en meer recent L. Isola, *Venire Contra Factum Proprium, Herkunft Und Grundlagen Eines Sprichwörtlichen Rechtsprinzips*, Frankfurt a.M. 2017.

in strijd met zijn eigen handelen, als zou hij haar niet rechtsgeldig en niet in tegenwoordigheid van getuigen uit de vaderlijke macht hebben ontslagen.

Kennelijk had de vader een poging ondernomen om zijn dochter uit zijn macht te brengen door haar te emanciperen, zoals dat heette, en had hij, zolang zij leefde zich gedragen alsof dat rechtsgeldig was gebeurd. Als dat niet was gebeurd, had de dochter geen eigen vermogen en kon zij niet door middel van testament over haar niet bestaande erfenis beschikken. Alles wat zogenaamd van de dochter was, bleek dan eigendom te zijn van haar vader. Dat was dan ook ongetwijfeld de reden waarom de vader in dit geval er belang bij had de geldigheid van de emancipatie alsnog aan te vechten.

Het canoniekrechtelijke adagium luidt *protestatio facto contraria non valet*, het protest, of voorbehoud, dat in strijd is met het gedrag geldt niet.²⁰ Dit adagium gaat terug op een glosse op het Liber Sextus, het derde deel van het *Corpus Iuris Canonici*.²¹ Iemand maakt een voorbehoud, maar handelt op een wijze die in strijd is met dat voorbehoud. Dat doet zonder twijfel degene die een parkeerplaats oprijdt waar duidelijk is aangegeven dat er voor het parkeren betaald moet worden en vervolgens parkeert met de mededeling dat zij niet wil betalen. In de Duitse literatuur en latere rechtspraak is geprobeerd dit adagium aan te roepen om de Hamburger Parkplatzfall via het contractenrecht te verklaren, zonder een beroep te hoeven doen op een feitelijke contractsverhouding of sociaaltypisch gedrag.²²

Eén van de bestrijders van het Bundesgerichtshof en zijn leer stelt vast dat het Hof een neiging vertoont, ook zonder dwingende reden 'zukunftsfroh' nieuwe beginselen te omhelzen, maar dat een meer behoedzame jurisprudentie het Hof latere herroepingen zou besparen. Hij merkt op dat het doelmatig is dat een hoogste rechter een nieuwe leer waarvan alle gevolgen moeilijk zijn te overzien pas aanvaardt, wanneer de traditionele oplossingen uitgeput zijn. Het is in overeenstemming met de eigenaardigheid van door rechters van geval tot geval geschapen recht, in behoedzame casuïstiek verder te tasten, om te kunnen overtuigen, wanneer het echt een keer nodig is nieuwe wegen in te slaan, 'so wie es der Ruhm der großen römischen Praktiker war'.²³ Nog altijd waart de leer van het sociaal-typische gedrag of de feitelijke contractsverhouding rond in de Duitse leer- en handboeken: zij

20 Vgl. bijv. A. Teichmann, 'Die protestatio facto contraria', in: *Festschrift für Karl Michaelis*, Göttingen 1972, p. 294 e.v.

21 VI 1,6,25. Gl. *Protestetur*. Vgl. D. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, München 2007⁷, P 125 (p. 183).

22 Vgl. daarover in kritische zin bijv. K. Larenz/M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München 1997, § 30, nr 32; *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin 2017, ad § 133, nr 59 e.v. (R. Singer); *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München 2006, Bd 1,1, 'vor § 116', nr 26 (Kramer); H. Kohler, 'Kritik der Regel "protestatio facto contraria non valet"', in: *JuristenZeitung* 1981, p. 464 e.v.

23 F. Wieacker, *Juristenzeitung* 1957, p. 62. Vgl. dezelfde, 'Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten', in: *Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle*, Göttingen 1961, p. 263 e.v.

wordt weliswaar door de heersende mening afgewezen, maar nog altijd uitvoerig besproken.²⁴

Wie trouwens schik heeft in dit soort theorieën, zal dat zeker hebben in de leer die de hooggeleerde Bekker uit Greifswald in 1857 verkondigde over de koop van een kaartje voor het spoor, de zogenoemde 'Personificationstheorie'.²⁵ Het geval werd besproken door Wiardus Modderman, die hoogleraar Romeins recht en zijn geschiedenis was te Groningen en lid van het genootschap *Pro Excolendo Iure Patrio*.²⁶ Ik citeer hem in het vervolg. Geeft dat kaartje toegang tot de trein aan de koper ervan?

Neen, dat is *te* eenvoudig; dat is geen juridieke constructie. Het kaartje geeft het recht van toegang, doch niet aan u, maar aan zich zelf. Subject van dat recht is het papier. Gij zijt ongeloovig? Hoor dan 's mans eigene woorden: "Das Papier selber ist das fragliche Rechtssubject, Gläubiger oder wenn man lieber will, statt des Rechtssubjects, loco creditoris, Träger der Forderung." Komt gij dus door middel van uw kaartje naar binnen, dan kan dit alleen omdat gij dat papier representeert. Prof. Bekker spreke zelf: "Jeder Inhaber erhält die Befugniss dies Recht, dass *nicht sein* Recht wird, gegen den Schuldner geltend zu machen. Der Inhaber wird, wenn man so sagen will, *Vertreter des Papiers*." Eigenlijk zouden dus alleen de kaartjes ... met het spoor mogen reizen, maar omdat de directien zoo beleefd zijn, vertegenwoordiging toe te laten, zelfs zonder geregistreerde volmacht, kunt *gij* de plaatsen innemen die voor de kaartjes bestemd zijn. Laat ons dus nooit meer klagen over ... spoorwegdirectien, maar hare beleefdheid en vrijgevigheid dankbaar op prijs stellen!²⁷

Terzijde

Wiardus was trouwens een kleinzoon van het lid van *Pro Excolendo* van het eerste uur Mr Tonco Modderman. Men vergeve mij enige terzijdes uit de geschiedenis van dit genootschap, waarvan Van der Ven president is geweest. De stiefvader van Tonco, Herman Christiaan Hoisingh, heeft nog een rol gespeeld in de Nederlandse literatuur. Hij kreeg namelijk ruzie met predikanten omdat hij een dansje had gewaagd op de bruiloft van zijn dochter, terwijl hij ouderling was. De klacht over zijn werelds gedrag beantwoordde hij met de opmerking dat de predikanten zelf zich aan dergelijk gedrag schuldig maakten door bepoederde pruiken te dragen, wat in een oude kerkwet was verboden. Betje Wolf vereeuwigde de affaire in haar *De Menuet en de Domineespraak* uit 1772. Met dat soort

24 Vgl. bijv. M.J. Schermaier in: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, uitg. d. M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann, Bd I, Tübingen 2003, 'vor § 104', nr 6 e.v.; D. Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg 2010, nr 244 e.v.

25 E. I. Bekker, 'Die Geldpapiere', in: *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, Bd. 1, 1857, p. 266 e.v.; 361 e.v.

26 *Practijk en Theorie der Rechtswetenschap*, rede, Groningen 1875.

27 p. 18.

zaken hield de wereld waarin het genootschap ontstond zich dus bezig. Tonco hield een aantal vertogen voor het genootschap, waarvan het eerste het eerste op 25 juni 1774, met als titel 'De beste middelen om de eigen kindermoord voortekomen'. Dat betoog strekte zich uit over maar liefst zes vergaderingen van het genootschap. Dat waren nog eens tijden. Tonco was ook dichter en heeft een vers gewijd aan de oprichter van Pro Excolendo Fredrik Adolf van der Marck en diens ontslag door de plaatselijke Academie, een vers dat ik de lezer niet wil onthouden.

Verdenking, nooit gestaafd, als of 't natuurlijk regt,
 Naar Dordsche regelen, niet juist was uitgelegd,
 Trof van der Marck. Hij moest 't hoogleraarsambt verliezen,
 Of teek'nen: 'k heb gedwaald! Hij durfde 't eerste kiezen!
 Hij zwoer, bij 't alziend Oog, dat hij geen' dwaling zag,
 En smeekte slechts bewijs. Dit edel, grootsch gedrag
 Dwong, 't zij hij dwaalde of niet in deze schoolsche twisten,
 Zijn' ergsten vijand hem te eerbiedigen als Christen.

6. Beavis zonder Butt-Head: 'all he needed was a watch'

Terug nu naar Engeland en de zaak Beavis. Deze zaak werd, zoals gezegd, gevoerd op de grondslag dat Beavis door te parkeren op het terrein beheerd door ParkingEye met deze een overeenkomst had gesloten. Op het waarschuwbord stond daartoe de mededeling: 'By parking within the car park, motorists agree to comply with the car park regulations.' Dit maakte de bepaling over het bedrag dat moest worden betaald in geval van te lang parkeren tot een contractueel beding. Omdat het Engelse recht tot dusver vrij streng was ten aanzien van boetebedingen en alleen maar bedingen toestond die een daadwerkelijke schatting van te lijden schade bevatten, de zogeheten *liquidated damages*, probeerde de British Parking Association, waarvan ParkingEye lid was, door middel van een Parkeerreglement dit soort bedingen onder de toegestane categorie te brengen. Clause 19 van de BPA Code of Practice bepaalt: 'this charge must be based on the genuine pre-estimate of loss that you suffer' en 'If your parking charge is based on a contractually agreed sum, that charge cannot be punitive or unreasonable.'

Probleem voor ParkingEye was echter dat vaststond dat zij geen schade leed door het parkeren van Beavis. Integendeel de boetes voor te lang parkeren waren haar bron van inkomsten, omdat zij geen parkeergeld in rekening bracht voor de toegestane parkeertijd. Beavis moet daarom hebben gedacht dat zijn zaak een gemakkelijk te winnen zaak was, mits hij zich maar op het standpunt stelde een overeenkomst met boetebeding te zijn aangegaan. Een zuiver boetebeding, zonder verband met werkelijk geleden schade, was tot

BEAVIS ZONDER BUTT-HEAD

dusver krachtens de Engelse precedentes altijd ongeldig geacht.

Dat veranderde allemaal door deze uitspraak. Het Engelse Hoogerechtshof oordeelt nu dat boetebedingen, mits niet extravagant, een goede commerciële reden kunnen hebben, zoals in het geval van de parkeerplaats van Beavis. 'Mr Beavis was well aware of the two-hour limit, and could reasonably be expected to comply with it. All he needed was a watch,' sprak de auteur van de uitspraak Lord Sumption hem ter zitting toe.

Mr Beavis gaf echter niet op. Hij publiceerde een petitie aan de regering op internet en hoopte 100.000 handtekeningen te verzamelen om het parlement te dwingen zijn zaak te bespreken. Na zes maanden stond de teller op 12.809 handtekeningen en werd de petitie gesloten.²⁸ Mr Beavis zal dus kwaad en beginselvast kunnen blijven.

F. Brandsma

Groningen

28 Zie: <https://petition.parliament.uk/petitions/111925>

