

E.H. Hondius

1 INLEIDING

**Het nieuwe BW, wat moet ik er mee?*

Ik was met het oude vertrouwd en tevree

Zo van veertien-nul-één en van dertien-nul-twee

Je wist waar het stond en je wist wat je dee

Maar'k heb geen idee van het nieuwe BW

Het oude - zo zei men - dat kon niet meer mee

Maar wat men ook zee

En wat men ook dee

Ik doe niet meer mee met het nieuwe BW

Berst was't alleen Meijers, die't allemaal dee

Nú zit er waarempel een héél comité

De een die zegt: ja, en de ander zegt: nee

En de codificatie raakt in de puree".¹

Velen in de rechtspraktijk zullen zich nog kunnen vinden in deze woorden van Seth Gaaikema, die van ruim dertig jaar terug dateren. Toch wordt de invoering van de boeken 3, 5 en 6 Nieuw Burgerlijk Wetboek, tezamen de kern van het vermogensrecht vormend, thans op korte termijn tegemoet gezien.

Zal het van kracht worden van de hercodificatie van ons burgerlijk recht de belangrijkste gebeurtenis *in civilibus* van de jaren negentig zijn? Teneinde deze vraag te kunnen beantwoorden zal ik in dit opstel aandacht besteden aan de relatieve betekenis van de rechtsbronnen (§ 2), de voorspelde verschuiving van rechtszekerheid naar billijkheid (§ 3), het moeizame evenwicht tussen rechtsverfijning en hanteerbaarheid (§ 4), de allengs voortschrijdende internationalisering van ook het burgerlijk recht (§ 5), de evenzeer toenemende collectivering van het burgerlijk recht (§ 6), accentverschuivingen in het burgerlijk recht (§ 7), het burgerlijk recht en andere rechtsgebieden (§ 8) en het beslag van het recht op de maatschappij (§ 9). Ik zal eindigen met enkele conclusies (§ 10).

Voorspellen van de toekomst is een moeilijke zaak.² De jurist heeft het echter relatief eenvoudig. Juridische ontwikkelingen plegen zich niet in een kort tijdsbestek te voltrekken. De herziening van het Burgerlijk Wetboek heeft al een veertigjarig jubileum gevierd.³ Het kostte de Hoge Raad enige decennia voordat de ruime leer inzake onrechtmatige daad in 1919 werd aanvaard.⁴ Op

1 Groninger advocatencabaret 1957 (Seth Gaaikema), geciteerd in: *Parlementaire Geschiedenis* boek 1 Invoeringswet, p. 1017.

2 Zie: *Overheid en toekomstonderzoek; een inventarisatie*, WRR-rapport nr. 34, Den Haag 1988.

3 Zie het thema-nummer "Het Nieuw BW in perspectief", *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1987/4, pp. 105-149.

4 Zie G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad/Aspekten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk*, diss. Groningen, Deventer 1986.

Europees niveau gaat het nauwelijks sneller. De totstandkoming van de EG richtlijn inzake produktenaansprakelijkheid kostte niet minder dan negen jaar.⁵ De Europese Commissie en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens hebben er aanzienlijk meer dan twee jaar voor nodig om vast te stellen dat een *fair trial* afhandeling binnen twee jaar vereist.⁶

Het feit dat juridische ontwikkelingen zo'n lange aanlooptijd hebben rechtvaardigt dat in dit opstel veel actuele tendenzen aan de orde worden gesteld. Verwacht mag worden dat deze in de jaren negentig zullen voortzetten.

2 WET, RECHTSPRAAK, DOCTRINE

Certum an, incertum quando, dat is momenteel de invoering van de boeken 3, 5 en 6 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Optimisten - onder wie ambtshalve de minister van Justitie - houden het op 1992, antagonisten op 1996.⁷ Men kan de vraag opwerpen of het jaartal van invoering wel zo'n markeringspunt zal zijn als 1838, het jaar van invoering van het thans geldende Burgerlijk Wetboek. In de eerste plaats zal de overgang, behalve voor wat betreft de nummering van de artikelen, nauwelijks revolutionair te noemen zijn. In de tweede plaats is de betekenis van de wet - en dus van het wetboek - in ons recht aan het afkalven. Over beide punten wil ik enkele opmerkingen maken.

De overgang van oud naar nieuw wetboek is niet bepaald revolutionair te noemen.⁸ Het nieuwe wetboek is vanuit hedendaags gezichtspunt wat logischer geordend, wat vooral voor studenten plezierig is. Bovendien bevat het enige noviteiten, die het recht iets billijker en tegelijk wat hanteerbaarder zullen maken. Echt schokkend zijn deze veranderingen niet. Vaak zijn zij niet meer dan een codificatie van wat de jurisprudentie al had ontwikkeld. Soms was het de jurisprudentie die overnam wat de ontwerpers van het wetboek hebben voorgesteld.⁹

Belangrijker is de afnemende betekenis van de wet. De Hoge Raad bewijst nog altijd lippendienst aan de wetgever. Op tal van rechtsgebieden lijkt de wetgever zijn taak echter niet meer aan te kunnen en wordt het terrein aan andere rechtsvormers gelaten. Die andere rechtsvormers komen niet uit de doctrine, die het de laatste decennia heeft laten afweten.¹⁰ Op een aantal

5 Zie: G.M.F. Snijders, *Produktveiligheid en aansprakelijkheid*, diss. Utrecht, Deventer 1987, p. 158 e.v.

6 Zie: de bijlagen bij het artikel van M.E. Mas en S. Sansota, "Aperçu statistique de la Cour européenne des Droits de l'Homme", in: *Protecting human rights: The European dimension/Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Köln enz. 1988, p. 698 e.v.

7 J.M. van Dunné, *De magie van het woord*, Arnhem z.j. (1988), p. 42 noot 50 houdt het op zijn vroegst in 1996.

8 Zie: F.W. Grosheide, "Nieuw BW: van start tot finish (?)", *Kwartalbericht Nieuw BW* 1988, pp. 1-6.

9 Zie voorts: J.B.M. Vranken, "Themis en het vermogensrecht Nieuw BW", *NJB* 1988, pp. 675-689.

10 Vergelijk H.C.F. Schoordijk, "Hoe vat(te) de Burgerlijke kamer van de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak op?", in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle 1988, p. 3, 62-63: "De privaatrechtwetenschap (...) kijkt vol bewondering op naar het hoge niveau, waarop de jurisprudentie zich beweegt. Zelf kan zij minder trots zijn op de wijze waarop zij aan de rechtsontwikkeling bijdraagt. (...) Het ontbreekt (...) te veel aan studies van lange adem, die het denken over het privaatrecht vernieuwen". Zie ook Schoordijks bijdrage "De functie en betekenis van het wetenschappelijk forum", *NJB* 1988, pp. 630-633, alsmede

gebieden is de rechtsvormende functie overgenomen door de rechtspraak. Dat komt tot uiting in de EVRM-jurisprudentie van de Hoge Raad.¹¹

3 BILLIJKHEID EN RECHTSZEKERHEID

Billijkheid en rechtszekerheid zijn het bekende begrippenpaar die als twee extremen de rechtsvorming beïnvloeden. Zouden zij ooit tot hendyadis kunnen worden? In een rede uitgesproken bij de viering van 150 jaar Burgerlijk Wetboek beschrijft Kleijn hoe "in bijna 150 jaar de rechtszekerheid op basis van wet en rechtspraak in haar tegendeel [is verkeerd]: de wet en het contract lijken slechts aanknopingspunten te zijn geworden, die de rechter al of niet toepast, al naar gelang de billijkheid dat verlangt".¹² Hoewel Kleijn stelt geen keuze te willen maken, is het duidelijk dat hij meent dat de slinger met het NBW helemaal naar de billijkheid is uitgeslagen en dat een weg terug nu voor de hand ligt.

Zelf meen ik dat deze analyse niet (geheel) juist is. Om bij het voorbeeld van de overeenkomst te blijven: het is de rechter er tegenwoordig niet zozeer om te doen dat los van wat partijen ervan vinden hun wederzijdse prestaties met elkaar in evenwicht zijn. Neen, de rechter probeert juist op te sporen wat partijen werkelijk gewild hebben. Daarbij gaat hij niet uitsluitend af op hetgeen - vaak door één van de partijen - in een schriftelijk contract is neergelegd. Deze rechtspraak-nieuwe-stijl zou ik eerder als een beweging tegen iedere vorm van contractsformalisme willen kenschetsen.¹³

Anders dan Kleijn meen ik dat de slinger maar net de neutrale stand heeft gepasseerd. Om haar verder te doen uitslaan, zou de rechter de beginselen die ten grondslag liggen aan wetgeving ter bescherming van de zwakken in onze samenleving niet langer restrictief moeten interpreteren.¹⁴

4 RECHTSVERFIJNING EN HANTEERBAARHEID

De jurisprudentie van de Hoge Raad heeft heel wat rechtsverfijning teweeggebracht. Teveel misschien. De ontwerpers van het nieuwe wetboek hebben het recht weer hanteerbaar willen maken. Dat bracht mee het schrappen van een aantal wellicht billijke, maar moeilijk te bevatten onderscheidingen.

De nieuwe rechtspraak inzake totstandkoming van rechtshandelingen toont aan dat ook met een eenvoudiger begrippenarsenaal billijke en voldoende

J.B.M. Vranken, *loc.cit.* (noot 9), p. 689.

11 Zie: P. van Dijk, "De houding van de Hoge Raad jegens de verdragen inzake de rechten van de mens", in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle 1988, pp. 173-209.

12 W.M. Kleijn, "Enige overpeinzingen over het wel en wee van een 150-jarige", *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1988, pp. 95, 96.

13 Zie hierover mijn bijdrage "De 'entire agreement' clause: Amerikaanse contractsbedingen in het Nederlandse recht", in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Recht als norm en als aspiratie*, Nijmegen 1986, pp. 24-34.

14 Deze gedachte wordt nader uitgewerkt in het opstel van Jaspers en mij over verzorgingsrecht, elders in deze bundel.

geuanceerde resultaten bereikt kunnen worden.¹⁵ Zelfs zou men - althans ik - wensen dat de wetgever verder gaat. Voorschriften gericht tot juristen zouden moeten plaats maken voor regels die de burger pogen te bereiken, ook indien de burger zich niet rechtstreeks door deze regel zal laten leiden bij het bepalen van zijn gedrag.¹⁶

Voorts is hier werk aan de winkel voor de doctrine. De bestudering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek wordt door de lange parlementaire geschiedenis wel erg moeilijk gemaakt. Dit kan alsnog worden gedresseerd door een bevattelijke vertaling van wet en parlementaire geschiedenis te doen vervaardigen. De suggestie van Schut om de parlementaire geschiedenis terzijde te stellen,¹⁷ kan mij niet bekoren. Zeker niet nu de minister aan de Eerste Kamer onder het mom van uitlegging politieke toezeggingen doet - voor het eerste vertoond bij de Interimwet bodemsanering, nadien ook bij de algemene voorwaarden¹⁸ - is weglating van deze poot van de wetgever ondemocratisch te noemen.

5 INTERNATIONALISERING

Zal 1992 het markeerpunt zijn, dat het jaartal van invoering van de boeken 3, 5 en 6 Nieuw BW niet zal zijn?

Vooralsnog is het niet de EG, maar de Raad van Europa die ons burgerlijk recht beïnvloedt. Eerder noemde ik in dit verband al de doorwerking van de rechten van de mens in onze rechtspraak.

Het is echter duidelijk dat de toekomst eerder aan de EG is. Deze heeft de beschikking over verderreikende instrumenten, zoals de richtlijnen consumentenkrediet, oneerlijke reclame, produktaansprakelijkheid, pakketreizen, verzekering - het zijn de voorboden van wat wel eens een Europees burgerlijk recht zou kunnen gaan worden.¹⁹

Mede naar aanleiding van deze ontwikkeling ziet men dat de rechter meer dan in het verleden rekening houdt met de rechtsontwikkeling in het buitenland. De Hoge Raad zou hierin, meer dan nu, een leidinggevende rol kunnen vervullen.²⁰

De juridische faculteiten dienen hierop in die zin te anticiperen dat niet langer uitsluitend nationaal positief recht wordt gedoceerd. Naar het voorbeeld van de Amerikaanse 'national law schools' zullen de grote Europese juridische faculteiten het komend decennium in toenemende mate een aan de eigen nationale staat ontstijgend (privaat)recht gaan doceren. De faculteiten van het

¹⁵ Zie: A. Vehaar, AA 1988, pp. 83-91 over gerechtvaardigd vertrouwen in ontslagzaken.

¹⁶ Anders het NBW - zie *Parlementaire geschiedenis* boek 3, p. 54 en boek 6, pp. 11 en 28, MvT Inv. wet boeken 3-6 (vierde gedeelte) (17 496), p. 2.

¹⁷ G.H.A. Schut, Redactioneel, *RM Themis* 1987, p. 265 e.v.

¹⁸ Kamerstuk 16 983.

¹⁹ O. Remien, "Ansätze für ein Europäisches Vertragsrecht", 87 *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 1988, pp. 105-122.

²⁰ Zie mijn bijdragen "Het Burgerlijk Wetboek in rechtsvergelijkend perspectief", in: *Recht vooruit Opstellen verzameld ter gelegenheid van 150 jaar BW*, Deventer 1988, pp. 59-71, en "Privaatrechtelijke rechtsvergelijking in de Duitse en Zwitserse rechtspraak", in: D. Kokkini-Iatridou en F.J.A. van der Velden (red.), *Eenvormig en vergelijkend privaatrecht*, Lelystad 1988, pp. 291-301.

land van Erasmus dienen hierbij niet achter te blijven.²¹

6 COLLECTIVERING

Omstreeks de eeuwwisseling schreef Eyssell, de toenmalige president van de Hoge Raad, een artikel over het begrip collectieve arbeidsovereenkomst. Eyssells conclusie was dat deze figuur rechtens niet bestond. Tegenwoordig, geruggesteund door een wettelijke regeling, denkt men hier anders over. Het is echter niet alleen op het gebied van de arbeid dat de collectivering heeft doorgezet.

Als we even afzien van de gilden, vindt de moderne collectivering haar oorsprong in de zeventiende eeuw, bij de oprichting van naamloze vennootschappen.

Een moderne uitloper is het voorontwerp vorderingsrecht belangenorganisaties, dat begin 1988 ter advisering aan twee adviesinstanties van de regering is voorgelegd.²²

7 ACCENTVERSCHUIVINGEN IN HET BURGERLIJK RECHT

"Livre III. Des différentes manières dont on acquiert la propriété.

Titre Ier. Des successions.

(...)

Titre III. Des contrats ou des obligations conventionnelles en général.(...)

Titre V. Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux.

(...)

Titre XVIII. Des privilèges et hypothèques.

(...)"²³

Een handvol titels uit de *Code civil* van 1804 is genoeg om aan te tonen hoezeer bijna twee eeuwen terug de accenten in het burgerlijk recht anders lagen dan thans het geval is. Eigendom was het uitgangspunt. Eigendom is nog altijd een belangrijke rechtsfiguur. Maar machtsverhoudingen worden niet langer alleen door eigendom bepaald. Zeggenschapsverhoudingen in vennootschappen en vooral ook verbintenissen hebben hun plaats naast de eigendom ingenomen. Een en ander komt tot uitdrukking in de structuur van ons nieuwe wetboek.

8 BURGERLIJK RECHT EN ANDERE RECHTSGEBIEDEN

Het is alweer bijna twintig jaar geleden dat ik een Leids privatissimum (einddoktoraalvak) over privaatrechtelijk milieurecht doceerde. Op tal van deelterreinen waren toentertijd administratieve wetten in voorbereiding en het einde van het privaatrecht leek hier in zicht. Lekkerkerk heeft aan deze gedachte een einde gemaakt. De vordering uit onrechtmatige daad of ingevolge de Wet bodemsanering, al dan niet collectief ingesteld, is een blijvend

²¹ Zie mijn hartekreet "Van Nederlands recht naar recht in het algemeen", *NJB* 1985, p. 1343.

²² Zie de bijdrage van A.Ph. Jaspers en mij aan deze bundel.

²³ *Code civil* (Frankrijk).

verschijnsel geworden.

Daarbij moet worden aangetekend dat de verschillen tussen publiek- en privaatrecht minder pregnant zijn dan in het verleden het geval was.²⁴ Beginselen van behoorlijk bestuur worden thans ook in het privaatrechtelijk overheidsrecht toegepast.²⁵ Voor de doorwerking van grondrechten in het privaatrecht zal artikel 3.1.1.15 NBW een sluisfunctie kunnen gaan vervullen.²⁶ Zelfs is al verdedigd dat indien de overheid vanwege de aldaar verdergaande bescherming van de burger 'uit het privaatrecht vlucht', een toetsing aan afdeling 6.5.2A inzake algemene voorwaarden dient plaats te vinden.²⁷

Niet uitgesloten mag worden dat het administratief recht in het komende decennium enig verloren terrein zal herwinnen. De te verwachten verplechting van administratieve en civiele rechtspraak zal echter de betekenis van de tegenstelling verder doen afnemen.

9 HET BESLAG VAN HET RECHT OP DE MAATSCHAPPIJ

"Der von uns auf acht Uhr abends bestellte Wagen, der uns zum Ball fahren soll, erscheint eine Viertelstunde später, nachdem wir bereits unsere Wohnung verlassen haben; haben wir nötig, ihn zu bezahlen? Kann der Kutscher sich darauf berufen, dass er, um in Mora versetzt zu werden, erst hätte gemahnt werden müssen?
Auf dem Ball wird eine Tänzerin von einem wild dahintanzenden Herrn ihr Ballkleid abgetreten, kann sie Ersatz verlangen? Der Herr wendet ein: wer auf dem Ball erscheine, müsse auf solche Unfälle gefasst sein; einen Ball dürfe man nicht unter den Gesichtspunkt der culpa bringen, sonst höre alles Vergnügen beim Tanzen auf. Zu Bällen habe die Jurisprudenz keinen Zutritt".²⁸

Met deze woorden van Ihering wordt in kort bestek aangegeven dat het recht niet alles vermag te regelen. Wie een blik werpt op het Amerikaanse recht, krijgt licht de indruk dat Ihering het daar niet langer bij het rechte eind heeft. Ernstiger is dat ook bij ons Amerikaanse toestanden dreigen te ontstaan. Een terrein als dat van de produktaansprakelijkheid lijkt hiervan een illustratie. Bij nadere analyse blijkt de illustratie vooral illusie. De implementatie van de EG richtlijn brengt ongetwijfeld een verscherping van de aansprakelijkheid mee. Maar in plaats van dat het beslag van de produktaansprakelijkheid in de Verenigde Staten tienmaal zo groot was als in Europa, zal dat teruglopen tot 'slechts' negenmaal zo groot. Dat het verschil zo groot blijft, heeft te maken met tal van rechtsculturele factoren, zoals het *contingent fee* stelsel,²⁹ *pre-trial discovery*, het jury-systeem, het stelsel van sociale (non-)verzekering en *punitive damages*.³⁰

24 Zie: N.S.J. Koeman, *Aansprakelijkheden in het milieurecht/Enkele beschouwingen over de eenheid in het milieurecht*, rede Universiteit van Amsterdam, Deventer 1986.

25 HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 (M.S.), AB 1987, 273 (F.H. van den Burg), BR 1987, p. 533 (P. de Haan), AA 1988, p. 111 (P.C.W. Akkermans), *Kwartalbericht Nieuw BW* 1988, p. 107 (J. de Jong) inzake Gemeente Amsterdam/IKON Beleidsconsulenten BV.

26 Zie: H.J. Vetter in het AA-nummer "Osmose tussen publiek- en privaatrecht", pp. 297-303.

27 Zie: J.B.M. Vranken, in: *Bestuursrecht en Nieuw BW*, Zwolle 1988, pp. 37 en 103.

28 R. von Ihering, *Die Jurisprudenz des täglichen Lebens*, vijfde druk, Jena 1883, geciteerd door J.H.A. Lokin en W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Groningen 1986, p. 229.

29 Zie B. Demeulenaere, "Advocatenhonoraria/een consumentvriendelijk perspectief", *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1988, pp. 1-32.

30 J. Schmidt-Salzer, *Kommentar EG-Richtlinie Produkthaftung, I. Deutschland*, Heidelberg 1986, en C.J.J.M. Stolker e.a., Amerikaanse toestanden, ter perse.

Toch moeten we ons zorgen maken over een verdere juridisering van onze maatschappij. Schuijt onderscheidt vier samenwerkende maatschappelijke bronnen van juridisering: legalisatie, litigatie, regulering en gedragsformalisering.³¹ Steeds zullen we ons moeten afvragen of een korte termijn doelstelling zoals verhoging van de individuele rechtsbescherming zich wel verdraagt met de vervanging van sociale door juridische structuren. De jurist heeft hierbij een grote verantwoordelijkheid, omdat hij het momenteel is die de grenzen van de geschetste ontwikkeling zal dienen te bepalen.

10 CONCLUSIE

De voorspelling lijkt thans gerechtvaardigd dat de boeken 3, 5 en 6 Nieuw BW in de eerste helft van het komende decennium in werking zullen treden. Voor de rechtspraak zal deze invoeringsexercitie heel wat voeten in aarde hebben. Juristen moeten zich omscholen, contracten moeten worden herzien, zakelijke zekerheden moeten aangepast.

Toch zal de schok minder groot zijn dan men mogelijk zou verwachten. Spectakulaire veranderingen brengt het nieuwe wetboek nauwelijks. Bovendien is de betekenis van wet(boek)geving tegenwoordig minder groot dan vroeger het geval was. Ook de doctrine heeft aan betekenis ingeboet. Het is de rechtspraak die momenteel een beslissende invloed op de rechtsontwikkeling uitoefent.

Anders dan wel wordt aangenomen, is de billijkheidsslinger in het NBW niet volledig uitgeslagen. Met name is er nog ruimte voor extensieve interpretatie van wetgeving die op specifieke terreinen de zwakkeren in onze samenleving beoogt te beschermen.

De NBW-wetgever is er helaas niet in geslaagd om à la Eugen Huber de wetstekst weer bij de burger te brengen. Zelfs is de parlementaire geschiedenis momenteel zo onoverzichtelijk, dat ook de jurist er moeite mee zou kunnen hebben. Hier, in het toegankelijker maken van de wetgeving en de achtergrond daarvan, ligt nog een taak voor de doctrine.

Dat 1992 er aan komt, zal duidelijk zijn. Dat dit jaartal vooral van belang is voor de invoering van de boeken 3, 5 en 6 NBW zullen slechts weinigen volhouden. 1992 - of eigenlijk: 1993³² - is het jaar van Europa. Dit zal zich ook gaan uiten in het burgerlijk recht, zoals thans reeds aan de hand van enige voorbeelden aanschouwelijk gemaakt kan worden.

Collectivering is een verschijnsel dat zich op het gebied van het vermogensrecht al geruime tijd manifesteert.

Binnen het burgerlijk recht hebben zich de afgelopen twee eeuwen belangrijke accentverschuivingen voorgedaan. Binnen het geheel van het recht is de plaats van het burgerlijk recht na de dreiging van de jaren zeventig niet verder afgekald.

De tendens naar juridisering van onze maatschappij - 'is there a lawyer in

31 C.J.M. Schuijt, "De veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving", in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle 1988, pp. 297, 323.

32 J.V. Stuyck, *1993/De Europese interne markt, de lid-staten, de marktdeelnemers en de burgers*, oratie Nijmegen, Brussel 1988.

the room' - vervult met enige zorg. Korte termijn winst in bijvoorbeeld verhoogde rechtsbescherming dient te worden afgewogen tegen de sociale nadelen van vervanging van sociale structuren door juridische.