

**Redactie:**

**A.L.M. Keirse  
S.D. Lindenberg  
M.B.M. Loos  
A.J. Verheij**

# **Beter Burgerlijk Recht**

**Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht**

 **Kluwer**  
a Wolters Kluwer business

**Deventer – 2012**

# Beter Burgerlijk Recht, een balans

A.L.M. Keirse, S.D. Lindenbergh, M.B.M. Loos, A.J. Verheij<sup>1</sup>

In de jubileumreeks ter gelegenheid van het 25-jarig bestaan van de Vereniging voor Burgerlijk Recht hebben twintig auteurs zich gebogen over wat volgens hen Beter Burgerlijk Recht zou zijn. Om de creativiteit de vrije loop te laten waren aan de schrijvers geen nadere specificaties meegegeven dan enige grenzen aan de omvang van hun bijdragen. Een en ander heeft geleid tot een zeer kleurrijk palet aan ideeën en suggesties.

Hoewel de (gast)redactie meende met de aanduiding Beter Burgerlijk Recht wel een zekere afbakening te hebben geboden is ten aanzien van beide, en zelfs ten aanzien van alle drie, de begrippen differentiatie mogelijk. Zo is Beter bijvoorbeeld niet alleen te verstaan als een verandering ten positieve, maar ook – en dat is in het huidige tijdsbestek wellicht minstens zo belangrijk – als het voorkomen van een verslechtering. Voor (de toepassing van) het burgerlijk recht kunnen immers verschillende ‘bedreigingen’ worden gesignaleerd. Als het gaat om handhaving van burgerlijk recht via de rechter valt te denken aan bezuinigingen door verhoging van griffierechten, waarvan de bedreigingen door Klaassen zijn geschetst,<sup>2</sup> maar ook aan mogelijk kwaliteitsverlies door ‘verbestuurlijking’ van rechtspraak(organisatie).<sup>3</sup> En op juridisch macro-niveau valt te denken aan terreinverlies op het punt van regulering aan bijvoorbeeld het bestuur(srecht). Overigens blijkt inbedding in het privaatrecht allerminst een garantie voor het tot hun recht komen van belangen van burgers en verdient de inbedding van ook publieke belangen daarin meer aandacht.<sup>4</sup> Zo bezien kan het begrip Burgerlijk ook verschillend worden opgevat. Ten slotte (b)lijkt ook het begrip Recht aan herijking toe. Gelet op de gestage ontwikkeling van maatschappelijke regulering

<sup>1</sup> A.L.M. Keirse is hoogleraar privaatrecht, Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht, S.D. Lindenbergh is Hoogleraar privaatrecht, Erasmus School of Law, Rotterdam, M.B.M. Loos is Hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder Europees consumentenrecht en verbonden aan het Centre for the Study of European Contract Law (CSECL) van de Universiteit van Amsterdam, A.J. Verheij is Hoogleraar privaatrecht, Rijksuniversiteit Groningen.

<sup>2</sup> Vgl. Klaassen, *NTBR* 2011/80, zie deze uitgave p. 159 e.v.

<sup>3</sup> Vgl. F.B. Bakels, ‘Schaalvergroting en verbestuurlijking in het recht’, voordracht tijdens de jaarvergadering van de VBR voorjaar 2011 (niet gepubliceerd).

<sup>4</sup> Denk aan de bijdrage van Memelink inzake de regulering van drinkwater.

naast of in plaats van statelijke regulering suggereert Akkermans bijvoorbeeld een verandering van paradigma waar het rechtsvorming betreft.

Verskillende bijdragen hebben de kwestie dus aan de wortels aangevat. Hoewel zij zeer verschillende onderwerpen betreffen en op uiteenlopende 'niveaus' insteken, raken zij dikwijls wel vergelijkbare kwesties. Hierna wordt daarom getracht de bijdragen enigszins te groeperen.

### **Beter kijken, beter doen**

Een aantal auteurs heeft civielrechtelijke rechtsfiguren doorgelicht op hun doelen en op de mate waarin zij aan de verwezenlijking daarvan bijdragen en beter zouden kunnen bijdragen.

Zo hebben Van Boom en Keirse schadevergoedingsrechtelijke kwesties inhoudelijk beoordeeld op hun doelen en de betekenis daarvan voor hun (uit)werking. Gaat het bij vervangende schadevergoeding werkelijk om schadevergoeding of in essentie om nakoming, zo vraagt Van Boom zich af. Is de vergoeding van positief belang niet veeleer een substituut voor nakoming en zou dat niet moeten doorklinken in de toepassing ervan? En zou zelfs de vordering tot winstafdracht in het kleed van de nakoming kunnen worden gehuld teneinde de preventieve functie van schadevergoeding een betere plaats te geven?<sup>5</sup> Volgens Keirse is ook een betere analyse van de herstelmaatregel van schadevergoeding behulpzaam. Daarbij kan – beter – onderscheid worden gemaakt tussen gevolgen van schadebeperking en het achterwege blijven daarvan en kan de zoektocht naar de redelijke herstelmaatregel dienstbaar zijn aan de preventieve taak van het schadevergoedingsrecht.<sup>6</sup>

Verstijlen en Tuil zoeken verbeteringen in doelmatigheid in het goederenrecht. Verstijlen analyseert de ontwikkelingen in de rechtspraak ten aanzien van het stil pandrecht in de afgelopen twintig jaar en constateert dat deze voor goederenrechtelijke begrippen bepaald spectaculair zijn, op gespannen voet staan met de wettekst en de bedoelingen van de wetgever, maar bovendien leiden tot zinloze administratieve lasten en gebrek aan financiering voor de afwikkeling van boedels. Het schrappen van het verbod toekomstige vorderingen te verpanden en een voorziening om de boedelkosten te dragen zouden een concrete oplossing bieden voor deze problemen.<sup>7</sup>

Tuil legt de voorrechten langs de rechtseconomische lat van de bevordering van maatschappelijke welvaart. Vanuit dat perspectief zouden alleen de voorrechten ter zake van kosten voor behoud en ter zake van de kosten voor faillissementsaanvraag

<sup>5</sup> Van Boom, *NTBR* 2011/22, zie deze uitgave p. 57 e.v.

<sup>6</sup> Keirse, *NTBR* 2011/23, zie deze uitgave p. 63 e.v.

<sup>7</sup> Verstijlen, *NTBR* 2011/36, zie deze uitgave p. 89 e.v.

bestaansrecht hebben en zouden de andere voorrechten beter plaats kunnen maken voor subsidiëring of belastingheffing.<sup>8</sup>

Hoewel van een iets andere 'snit' kan ook de bijdrage van Giesen in deze 'categorie' worden geplaatst, omdat hij bepleit tot betere beslissingen te komen door meer oog te hebben voor de inzichten uit de psychologie over bevooroordeeldheid door de neiging tot zelfbevestiging ('confirmation bias').<sup>9</sup> Het betreft hier het verschijnsel dat een beslisser (rechter) die eerder een voorlopig oordeel heeft gevormd, zich daarvan in een later stadium moeilijk los kan maken omdat hij dan in zekere zin zichzelf afvalt. Een motivering die meer is gericht op het 'debiassen' van het rechterlijk oordeel bijvoorbeeld door voorafgaand aan de eindbeoordeling ambtshalve een aantal toetspunten langs te lopen, zou bijdragen aan betere bewijsoordelen en daarmee aan betere vonnissen en aan beter burgerlijk recht.

### Beter met elkaar omgaan

Het besef dat het civiele proces een conflictmodel is ('procederen is oorlog', aldus Klaassen<sup>10</sup>) brengt verschillende auteurs tot pogingen om het proces van ontstaan en oplossen van civielrechtelijke conflicten anders vorm te geven. Het gaat hier niet zozeer om het civiele proces als zodanig, als wel om de vraag of materieelrechtelijke regels niet beter dienstbaar kunnen worden gemaakt aan conflictvermijding, althans hoe conflictopdrijvende regels kunnen worden bijgebogen.

In deze sfeer kan het voorstel van Castermans worden geplaatst om de ingebrekestelling en de verzuimregeling, die veeleer leiden tot het slijpen van messen, te vervangen door een adempauze waarin partijen hun knopen kunnen tellen.<sup>11</sup> Gelet op het inmiddels vrijwel onbegrijpelijk geworden verzuimmodel, dat in de praktijk uitnodigt tot het zekerheidshalve sturen van lelijke brieven, waarvan nauwelijks meer is vast te stellen of zij daadwerkelijk nodig zijn, lijkt dit inderdaad een aantrekkelijk alternatief. In dezelfde sfeer zou wellicht kunnen worden gedacht aan een betere vormgeving (of schrappen) van de 'kdachtplicht' (alleen het woord al!), die ook de verhoudingen in een vroeg stadium op scherp stelt en waarbij evenmin helder is wanneer dat rechtens wel of niet terecht was, terwijl het achterwege laten ervan achteraf fataal kan blijken.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Tuil, *NTBR* 2011/37, zie deze uitgave p. 99 e.v.

<sup>9</sup> Giesen, *NTBR* 2011/62, zie p. 121 e.v.

<sup>10</sup> Klaassen, *NTBR* 2011/80, zie deze uitgave p. 159 e.v.

<sup>11</sup> Castermans, *NTBR* 2011/60, zie deze uitgave p. 107 e.v.

<sup>12</sup> Vgl. bijv. HR 25 maart 2011, *LJN* BP8991, *RvdW* 2011, 419, dat bol staat van de complexe gezichtspunten.

Wil men met een adempauze ander gedrag (overleg i.p.v. dagvaarden) stimuleren, dan is het wel raadzaam om ook te bezien welke gedragsprikkelers ertoe leiden dat een adempauze daadwerkelijk het gewenste effect heeft, aldus Van der Heijden.<sup>13</sup> Zij plaatst in dit verband kanttekeningen bij de adempauze van art. 3:305a lid 2 BW (een twee-wekentermijn voor overleg voorafgaand aan een collectieve actie), omdat deze vaak als formaliteit zou worden opgevat, en zoekt ter verbetering aansluiting bij bevindingen uit andere wetenschappen ten aanzien van prikkelwerking. Niet alleen het aanbieden van warme in plaats van koude dranken tijdens het overleg (zo blijkt uit onderzoek!), maar ook het bieden van juiste financiële stimuli kan het voeren van vruchtbaar overleg bevorderen, terwijl ook een slim gekozen voorgesorteerde keuze ('default-optie') daaraan kan bijdragen, zo stelt Van der Heijden.

Ook wanneer het wel tot een conflict komt, kunnen inzichten uit andere wetenschappen behulpzaam zijn, niet alleen bij het vinden van oplossingen, maar ook bij de inrichting van de weg ernaartoe, zo betoogt Smeehuijzen.<sup>14</sup> Zo ligt het volgens hem in de rede om de afwikkeling van letselschades langs de lijnen van empirische inzichten vorm te geven: betere erkenning van machtsongelijkheid en meer aandacht voor immateriële belangen van partijen. Juridisch kan dat vorm krijgen, zo schetst hij, door verscherpte normen voor verzekeraars, pittiger sancties bij schending daarvan, cultuurverandering bij afwikkelaars of zelfs een structurele heroriëntatie in de vorm van inzet van een geschiloplossende derde. Omdat de benadeelde door een letselschadeproces als zodanig nog eens in zijn persoonlijke levenssfeer kan worden aangetast, bepleit Smeehuijzen bovendien een recht op smartengeld wegens privacyschending, ongeacht of de debiteur specifiek ter zake van die schending een verwijt treft.

Deze drie bijdragen laten zien dat het civielrechtelijke conflict- of – iets vriendelijker geformuleerd – toernooimodel soms beter kan worden ingeruild voor een moment van contemplatie, maar ook dat als dat niet helpt met daadwerkelijke machtsongelijkheid moet worden afgerekend. Voor beide strategieën wordt aansluiting gezocht bij andere dan juridische disciplines.

### **Nieuwe wijn: in oude zakken?**

Van een ander type zijn de beschouwingen over nieuwe ontwikkelingen of verschijnselen en de vraag hoe zij – al dan niet in reeds bestaande privaatrechtelijke rechtsfiguren – het beste kunnen worden ingebed.

<sup>13</sup> Van der Heijden, *NTBR* 2011/61, zie deze uitgave p. 113 e.v.

<sup>14</sup> Smeehuijzen, *NTBR* 2011/5, zie deze uitgave p. 17 e.v.

In dit verband bepleit Memelink dat het veranderende belang van/bij schoon water en de publieke rol daarvan rechtvaardigt dat de juridische positie van water wordt opgewaardeerd.<sup>15</sup> Zij bepleit dit te doen door een erkenning van een eigendomsrecht van water als openbare zaak. Hier dient zich in zekere zin een paradox aan: ter waarborging van het publieke belang (en kennelijk om privatisering van wateraanvoer te voorkomen), wordt inbedding gezocht in het privaatrecht. Ligt het niet eerder voor de hand het reguliere eigendomsrecht ook op water toe te passen (wat bij mij uit de kraan komt is van mij) en het publieke belang van aanvoer en beschikbaarheid beter publiekrechtelijk te waarborgen?

Inbedding van het collectieve karakter – niet van water, maar van netwerken – in het aansprakelijkheidsrecht vormt het onderwerp van de bijdrage van Tjong Tjin Tai.<sup>16</sup> Netwerken laten zich moeilijk vangen in bestaande aansprakelijkheidsrechtelijke kaders en de auteur bepleit daarom het aannemen van een organisatieplicht, waarvan schending een grond voor aansprakelijkheid vormt. Daarmee wordt dan mogelijk een norm gevonden voor netwerkgedrag, maar het lost nog niet de kwestie op van een aansprakelijke partij en verhaal daarop, want als het ‘centrum’ ontbreekt, blijft de eiser uiteindelijk met lege handen achter. Dat vergt nog verder dokteren.

Wat doe ik als ik een beltoon neerlaad? Koop ik dan iets, of wordt mij een dienst bewezen? Het is een aansprekende vraag voor een hedendaagse rechtenstudent, maar ook een lastige puzzel voor de meer ingevoerde jurist. Loos bepleit hier te werken met beproefd gereedschap: de – zij het gemodificeerde – koopovereenkomst.<sup>17</sup> De conformiteitstoets leent zich heel wel voor toepassing op digitale ‘waar’ als het gaat om functionaliteit, kwaliteit, veiligheid en houdbaarheid, zij het dat normen ten aanzien daarvan, maar ook ten aanzien van bijvoorbeeld prijs, levering en risico-overgang, nog wel verdere ontwikkeling vergen. Het optionele Gemeenschappelijk Europees Kooprecht biedt daarvan inmiddels een regeling, maar een eigen nationale regeling (voor niet grensoverschrijdende koop) zou niet misstaan, aldus Loos.

Van de trust kan bezwaarlijk worden gezegd dat hij nieuwe wijn is, maar het Nederlandse recht biedt nog steeds geen adequate verpakking voor deze rechtsfiguur. Biemans bepleit dat het hoog tijd is om daarin verandering te brengen, vooral omdat de internationale financiële praktijk er behoefte aan heeft en Nederland zich bij gebreke van een dergelijke rechtsfiguur uit de financiële markt dreigt te prijzen.<sup>18</sup> Hij laat bovendien zien dat de trust het Nederlandse

<sup>15</sup> Memelink, *NTBR* 2011/16, zie deze uitgave p. 41 e.v.

<sup>16</sup> Tjong Tjin Tai, *NTBR* 2011/17, zie deze uitgave p. 51 e.v.

<sup>17</sup> Loos, *NTBR* 2011/81, zie deze uitgave p. 169 e.v.

<sup>18</sup> Biemans, *NTBR* 2011/71, zie deze uitgave p. 139 e.v.

recht eigenlijk niet zo vreemd is en ook dat de ontwerpen voor de Europese trust aan inburgering kunnen bijdragen.

### Beter bruikbare rechtsvinding

Op cruciale punten bevat het burgerlijk recht open normen die invulling vergen door de rechter. De rechter die dan beslist, beweegt zich op het grensvlak van de rechtstoepassing en de rechtsvinding. Van de Hoge Raad krijgt hij instructies op het niveau van gezichtspunten, die hem de mogelijkheid bieden om zijn oordeel op concrete omstandigheden toe te spitsen. De keuze voor en vormgeving van een gezichtspuntencatalogus is daardoor van grote betekenis voor de rechtstoepassing, maar kan ook leiden tot onzekerheid die onwenselijk is, zowel voor de rechter als voor de rechtzoekende. Hartlief legt de vinger op een aantal gezichtspunten(catalogi) die de rechter (en partijen) veeleer van de regen in de drup lijken te helpen: de relevantie van de ernst van de fout voor begroting op winst, de reeks gezichtspunten bij een beoordeling van een beroep op verjaring, de open formulering van gezichtspunten bij voordeeltorekening. Zij roepen meer vragen op dan dat zij richting geven aan beoordeling van toekomstige gevallen, terwijl op sommige punten een explicietere keuze niet alleen mogelijk, maar ook wenselijk was geweest, aldus Hartlief.<sup>19</sup>

Pavillon signaleert dat de onbepaaldheid van de open norm van 6:233 onder a BW inzake het onredelijk bezwarend karakter van algemene voorwaarden niet alleen een risico vormt voor rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, maar ook een aanzienlijke stelplicht en bewijslast op de consument legt.<sup>20</sup> In dat verband juicht zij de ontwikkelingen in de lagere rechtspraak om te komen tot een meer consistente aanpak van exoneratieclausules en een meer 'gestroomlijnde' toepassing van de onredelijk bezwarendtoets toe, omdat zij leiden tot meer consistentie in de oordelen.

Beide bijdragen benadrukken het belang van richting bij de invulling van open normen. Zij illustreren ook dat de keuze voor gezichtspunten en de keuze van in bepaalde categorieën van gevallen te hanteren gezichtspunten allerminst een vrijblijvende aangelegenheid is, omdat iedere 'openheid' een prijs heeft voor de rechtzoekende. Dat pleit ervoor om bij de formulering van gezichtspunten (nog) meer aandacht te besteden aan hun richtinggevende karakter.

In het verlengde hiervan wijst Verheij erop dat rechtsonzekerheid ook na verloop van tijd kan ontstaan wanneer een regeling onder rechtspraak wordt bedolven. Hierdoor boet zij aan hanteerbaarheid in zodat rechtzoekenden op kosten worden gejaagd. Hij pleit er daarom voor om een op de Angelsaksische *Law*

<sup>19</sup> Hartlief, *NTBR* 2011/4, zie deze uitgave p. 9 e.v.

<sup>20</sup> Pavillon, *NTBR* 2011/64, zie deze uitgave p. 131 e.v.

*Commission* gelijkend lichaam te creëren dat de wetgever gevraagd en ongevraagd adviezen geeft om het burgerlijk recht hanteerbaar te houden.

Deze problematiek veronderstelt rechtsvorming door de wetgever en uitwerking daarvan door de rechter, maar zoals Akkermans laat zien zijn zij lang niet meer de enige, en mogelijk ook helemaal niet meer de belangrijkste rechtsvormers als het gaat om regulering, waaronder begrepen vormgeving van het privaatrecht.<sup>21</sup> De door Akkermans geïllustreerde ‘grote juridische smeltkroes’ die resulteert in een gestaag toenemende hoeveelheid maatschappelijke regulering door een samenspel van partijen en instanties maakt het proces van rechtsvorming en – vinding vele malen veelkleuriger dan het traditionele model van statelijke rechtsvorming. Waar Cauffman spreekt van een ‘verwetenschappelijking van juridisch onderzoek’ – hetgeen zij kennelijk niet als ontwikkeling ten gunste duidt<sup>22</sup> – zou men hier kunnen spreken van een ‘vermaatschappelijking van regulering’, die zich – hoe men haar ook waardeert – in rap tempo ontwikkelt tot een schijnbaar autonoom proces. Dat roept belangrijke vragen op van ordening en legitimiteit en is daarmee een ‘uitdaging’ voor de vormgeving van toekomstig juridisch onderwijs, maar stellig ook een bron voor – verder en moderner – ‘juridisch’ onderzoek.

### **Beter Europa, rechtsconcurrentie en keuzevrijheid**

Bij de vrijheid om te contracteren past ook de vrijheid om de inhoud van het contract naar eigen wens in te vullen. Uiteraard kunnen partijen terugvallen op een wettelijke regeling, maar ook te dien aanzien zou hun (meer) keuzevrijheid moeten toekomen, ook voor ‘vreemde rechtsstelsels’ en zelfs in geval van dwingende (nationaalrechtelijke) bepalingen, zo bepleit Smits.<sup>23</sup> Hij illustreert zijn stelling aan de hand van de verschillende Europese optionele instrumenten, waaronder het optionele stelsel van contractenrecht, die een ‘rechtsmarkt’ zouden kunnen doen ontstaan. Voordelen daarvan zijn dat het beter past in een globaliserende wereld waarin de betekenis van nationale staten voor rechtsvorming afneemt, dat staten door goede rechtsregels partijen naar hun jurisdictie kunnen trekken, en dat onvrede over Europese centralisering kan worden beperkt. Maar ook op nationaal niveau zou meer keuze mogelijk moeten zijn, bijvoorbeeld in het consumentenrecht, waar gekozen zou kunnen worden tussen enerzijds dwingendrechtelijke bescherming en anderzijds het prijsgeven van bepaalde bescherming door koop tegen een lagere prijs.

Het optioneel Europees contractenrecht heeft, ongeacht of het direct door veel partijen zal worden gebruikt, volgens Wissink (ook) het voordeel dat het een toetssteen kan vormen bij de verdere ontwikkeling van het Nederlandse contractenrecht. Verbinding zoeken met het optionele model is niet alleen vruchtbaar

21 Akkermans, *NTBR* 2011/72, zie deze uitgave p. 149 e.v.

22 Cauffman, *NTBR* 2011/29, zie deze uitgave p. 79 e.v.

23 Smits, *NTBR* 2011/11, zie deze uitgave p. 25 e.v.



voor de rechtswetenschap, maar ook voor de rechtstoepassing: een Europese toetssteen die kan leiden tot een aanpassing van Nederlands recht, maar ook tot een – gemotiveerde – keuze voor nationale afwijking. Verbinding wil dus niet zeggen dat de Europese keuze wordt gevolgd, maar wel dat het Nederlandse recht zijn positie markeert, waardoor ook de internationale acceptatie van het Nederlandse recht kan groeien, hetgeen aan zijn concurrentiepositie ten opzichte van andere rechtssystemen kan bijdragen.

Het spanningsveld tussen Europese rechtsvorming en nationale rechtsvorming vormt (ook) het onderwerp van de bijdrage van Meijer.<sup>24</sup> Hij bepleit een behoedzame(r) keuze van de Europese wetgever bij harmonisatievragen en meer keuzevrijheid voor de nationale wetgever, aangeduid als 'flexibele maximumharmonisatie'. Dat zou moeten leiden tot een zichtbare harde kern van Europees recht en meer ruimte voor a la carte harmonisatie, bijvoorbeeld in de vorm van een afgebakende groep van aanvullende maatregelen. Zo zou een beter overzicht ontstaan van harmonisatie hetgeen tevens het draagvlak ervan zou bevorderen.

### Afronding

De hiervoor kort aangestipte bijdragen tonen niet alleen een keur aan meer of minder concrete verbetermogelijkheden, maar bieden ook een rijkdom aan inzichten: klassieke benaderingen bieden nieuwe mogelijkheden, inzichten uit andere wetenschappen leren over rechtsvinding en conflictoplossing en maatschappelijke ontwikkelingen geven aanleiding tot een geheel ander paradigma voor rechtsvorming. Zijn het wetenschappelijke bijdragen?<sup>25</sup> Van (uiterst) praktische betekenis zijn zij in ieder geval.

<sup>24</sup> Meijer, *NTBR* 2011/12, zie deze uitgave p. 33 e.v.

<sup>25</sup> Vgl. Cauffman, *NTBR* 2011/29, zie deze uitgave p. 79.