

**BURGERLIJK
WETBOEK**
1992 - 2022

**VOOR
GED
BOEK**

Willem van Boom	Bram Akkermans	Carlos Bollen
Tycho de Graaf	Stéphanie van Gulijk	Chris Jansen
Carla Klaassen	Marco Loos	Charlotte Pavillon
Rianka Rijnhout	Harriët Schelhaas	Marnix Snel

Boomjuridisch

Het BW van 1992 was dertig jaar oud in 2022. Tijd voor gedenken, maar ook vooruitdenken. Dit boek doet allebei. Hoe heeft dat BW de tijd doorstaan? Denk aan de ontwikkelingen in de wereld om ons heen, in de wetenschap, in de maatschappij en in ons Koninkrijk. Hoe heeft de veranderende plaats van ons land binnen bijvoorbeeld de Europese Unie onze blik op het BW veranderd, verruimd, verlegd en verrijkt? En waar gaan we naartoe met de dertigjarige in een snel veranderende wereld? Een vooruitgedenkboek dus.

ISBN 978-94-6212-790-6



9 789462 127906 >

Boomjuridisch

Vooruitgedenkboek Burgerlijk Wetboek 1992-2022

VOORUITGEDENKBOEK BURGERLIJK WETBOEK 1992-2022

Onder redactie van:

Willem van Boom (Nijmegen)
Bram Akkermans (Maastricht)
Carlos Bollen (Aruba)
Tycho de Graaf (Leiden)
Stéphanie van Gulijk (Tilburg)
Chris Jansen (Amsterdam VU)
Carla Klaassen (Nijmegen)
Marco Loos (Amsterdam UvA)
Charlotte Pavillon (Groningen)
Rianka Rijnhout (Utrecht)
Harriët Schelhaas (Rotterdam)
Marnix Snel (Curaçao/Nijmegen)

Boom juridisch
Den Haag
2023

Omslagontwerp: Textcetera, Den Haag
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2023 De auteurs | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reprorechtregeling van Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6212-790-6
ISBN 978-94-6212-791-3 (e-book)
NUR 822

www.boomjuridisch.nl

INHOUD

1	Gedenken en vooruitdenken	
	Een paalen jubileum	11
	<i>Redactie</i>	
DEEL I	HET BW EN (HER)CODIFICATIE	15
2	Hercodificatie en rechtsvorming	
	De rol van het NBW in de dialoog tussen rechter en wetgever	17
	<i>Stijn van Deursen & Ivo Giesen</i>	
2.1	Inleiding	17
2.2	De ‘drivers’ van rechterlijke rechtsvorming	18
2.3	Rechtsvorming onder het oude BW	19
2.4	De wetgever aan het woord: vrije(re) rechtsvinding of (hernieuwd) legisme?	22
2.5	Rechtsvorming onder het NBW: van rechtsvorming tot maatschappijvorming?	25
2.6	Wat nu als er geen NBW was geweest?	28
2.7	Afronding: vooruitgedenkend over rechtsvorming...	32
3	De codificatiegedachte vóór dertig jaar en thans	
	Ons Burgerlijk Wetboek in het traditionele licht van fundamentele rechtsbronnen en methoden	37
	<i>Emanuel van Dongen & Michael Milo</i>	
3.1	Inleiding	37
3.2	Veranderingen en verwachtingen in 1992	38
3.3	De codificatiegedachte sinds 1992	41
3.4	De codificatiegedachte vóór 1992	43
3.5	De codificatiegedachte en de toekomstige tijd	47
3.6	Conclusie	48

DEEL II	BEWEGINGEN IN HET PERSONENRECHT	57
4	'Nature' of 'nurture' in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek <i>Michelle Michels & Lies Punselie</i>	59
4.1	Inleiding	59
4.2	Ouderschap: ontwikkelingen	60
4.3	De genetische band in mensenrechtelijk perspectief	63
4.4	De nauwe persoonlijke betrekking in mensenrechtelijk perspectief	66
4.5	Betekenis van het mensenrechtelijk perspectief voor meeroudergezinnen	68
4.6	Conclusie	69
5	Wanneer is ingrijpen in het gezinsleven gerechtvaardigd? Een overzicht van de ontwikkeling van de maatregel van ondertoezichtstelling in de afgelopen dertig jaar <i>Joost Huijjer</i>	71
5.1	Inleiding	71
5.2	De herziening van de ondertoezichtstelling in 1995	73
5.3	De Wet herziening kinderbeschermingsmaatregelen in 2015	77
5.4	Ter afsluiting: het heden en de toekomst	84
DEEL III	TECHNIEK EN DERTIG JAAR OUDE REGELS: STILL GOING STRONG?	91
6	Het consumentenrecht en het gegevensbeschermingsrecht Waar het complementeert en waar het schuurt <i>Anna Berlee & Daniëlle Op Heij</i>	93
6.1	Inleiding	93
6.2	Informatieplichten in het consumenten- en gegevensbeschermingsrecht	94
6.3	Digitale inhoud en diensten in ruil voor persoonsgegevens	99
6.4	Afsluiting	110
7	Contracten tussen socialmediaplatforms en gebruikers Biedt het BW evenwicht? <i>Bram Duivenvoorde & Catalina Goanta</i>	113
7.1	Inleiding	113
7.2	Onevenwichtigheid in socialmediacontracten	113
7.3	Kwalificatie van socialmediacontracten: welke regels zijn van toepassing?	116
7.4	Knelpunt onder de loep: ruime gebruikerscontentlicenties	119

7.5	Knelpunt onder de loep: de redelijke verwachtingen van gebruikers ten aanzien van socialmediadiensten	122
7.6	Conclusie	124
DEEL IV	EEN DUURZAAM BW	129
8	Het appartementsrecht	
	Met de toevoeging van een nieuwe dimensie weer dertig jaar vooruit	131
	<i>Jacques Vos & Arnaud Wilod Versprille</i>	
8.1	Inleiding	131
8.2	Het NBW en talrijke veranderingen	131
8.3	Het NBW en de constructie Beekhuis	132
8.4	Grond-gerelateerde belangen en verduurzaming	133
8.5	Het appartementsrecht nader beschouwd	134
8.6	Het probleem van het uitsluitend gebruik	134
8.7	Het probleem van snelle technische vernieuwing	135
8.8	Het probleem van opstalrechten op gemeenschappelijke ruimten	136
8.9	Het probleem van tegengestelde belangen	137
8.10	Eén akte voor de juridische relaties tussen alle partijen	138
8.11	Een kleine aanpassing in het appartementsrecht	139
8.12	Afhankelijkheid gebouw en voorziening	142
8.13	Conclusie	143
9	Van privé- naar deelgebruik	
	Vereist dit wijziging van het Nederlandse eigendomsbegrip?	147
	<i>Pernille van der Plank</i>	
9.1	Inleiding	147
9.2	Het eigendomsbegrip in oud en huidig BW	147
9.3	Het bepalen van de grenzen van het eigendomsrecht	149
9.4	Een circulaire economie: van eigendom naar deelgebruik?	150
9.5	Verdienmodellen in een circulaire economie	151
9.6	Circulair bouwen	152
9.7	Leasen is geen synoniem voor circulair	154
9.8	Conclusie	155
10	Verduurzaming van de financiële markten	
	Privaatrecht fit for purpose?	159
	<i>Marnix Wallinga</i>	
10.1	Inleiding	159
10.2	De opkomst van financiële duurzaamheidsregels op EU-niveau	161

10.3	Uitbreiding van de maatschappelijke verantwoordelijkheid van financiële dienstverleners	165
10.4	Privaatrechtelijke handhaving van duurzaamheidsregels	169
10.5	Hybridisering van rechtsmiddelen en instrumentele inzet van het privaatrecht	180
DEEL V	KLASSIEKE LEERSTUKKEN EN EEN OUD BW: FIT FOR PURPOSE?	191
11	Het commerciële contractenrecht moet eenvoudiger en voorspelbaarder	193
	<i>Harriët Schelhaas & Tycho de Graaf</i>	
11.1	De commerciële contractant in het BW	193
11.2	Enige bijzondere regels voor bepaalde typen commerciële contractanten	194
11.3	De verzuimregeling	198
11.4	Ontbinding	200
11.5	Conclusie	201
12	Periodieke vergoeding van toekomstige personenschade vanuit civilologisch en rechtsvergelijkend perspectief	205
	<i>Marnix Hebly</i>	
12.1	Inleiding	205
12.2	Periodieke vergoeding van toekomstige schade	206
12.3	Weinig zicht op besteding van lumpsumschadevergoedingen	212
12.4	Gedragswetenschappelijke inzichten	213
12.5	Een rechtsvergelijkende rondgang	217
12.6	Slot	222
13	De bescherming van niet-persoonlijke persoonlijkheidsrechten vanuit conflictenrechtelijk perspectief	229
	<i>Laura van Bochove</i>	
13.1	Inleiding	229
13.2	De gevolgen van analogische toepassing van Rome II in smaad- en lasterzaken	230
13.3	Niet-persoonlijke persoonlijkheidsrechten	233
13.4	Conflictenrechtelijk probleem 1: de definitie van 'persoonlijkheidsrecht'	234
13.5	Conflictenrechtelijk probleem 2: toepassing van het centrum-van-belangencriterium	236
13.6	Advies	240

DEEL VI	PERSPECTIEVEN UIT DE CARIBISCHE KONINKRIJKSDELEN	243
14	Rechtspersonen en personenvennootschappen Terugkijken en vooruitzien vanuit Caribisch perspectief	245
	<i>Karel Frielink & Jos Hamers</i>	
14.1	Inleiding	245
14.2	Koplopers en volgers	246
14.3	Concorderen versus divergeren	247
14.4	Draagvlak voor wetgeving?	250
14.5	Kunstmatige intelligentie in de bestuurskamer	251
14.6	Ter afsluiting	253
15	De wondere wereld van het zekerhedenrecht in de overzeese delen van het Koninkrijk der Nederlanden	255
	<i>Wouter Nieuwesteeg & Lars van Vliet</i>	
15.1	Inleiding	255
15.2	Verschillen tussen het OZBW en het NBW, en het concordantiebeginsel	257
15.3	Analogische toepassing bepalingen van pandrecht op zekerheidseigendom?	259
15.4	Verrekening van betalingen op stil verpande vorderingen	263
15.5	Voorwaardelijke (zekerheids)eigendom?	266
15.6	Jurisprudentie overzee	270
15.7	Conclusie	274
16	Ontvankelijkheidseisen voor ideële collectieve acties in het Koninkrijk der Nederlanden Concordant of niet?	279
	<i>Daan Barbiers & Carla Klaassen</i>	
16.1	Inleiding	279
16.2	Collectieve acties met een ideëel doel: een begripsverkenning	280
16.3	Ontvankelijkheidseisen voor ideële collectieve acties in Nederland	283
16.4	Een blik op het Caribische deel van het Koninkrijk: ontvankelijkheid van ideële collectieve acties op Aruba, Curaçao, Sint Maarten en de BES-eilanden	292
16.5	Afsluitend: concordantie gewenst?	296

DEEL VII	VERRE HORIZONTEN EN HET BW	301
17	Over vernieuwing, stilstand en rechtsontwikkeling buiten het BW	303
	<i>Lianne Wijntjens & Jan Vranken</i>	
17.1	Inleiding	303
17.2	Autonome ontwikkelingen buiten het oude en nieuwe BW om	305
17.3	Welke vernieuwingen die goed hebben gewerkt zouden we hebben gemist?	312
17.4	Te weinig vernieuwend	315
17.5	Antwoord op de what if-vraag	320
18	Van gedenken en vooruitdenken	
	Enkele conclusies	331
	<i>Redactie</i>	
18.1	Algemeen	331
18.2	Europa en het BW	331
18.3	Een oud raamwerk, nieuwe technologie en specifieke regelgeving	334
18.4	Een duurzaam en circulair BW	336
18.5	Perspectieven uit de Caribische Koninkrijksdelen	337
18.6	Law and...	341
18.7	Afsluiting	344
	Over de auteurs	347

Een paarden jubileum

Redactie

In 1938 verscheen het *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*. Onder redactie van Scholten en Meijers blikten verschillende juristen terug op honderd jaar rechtsontwikkeling. Zij beschreven hoe het wetboek in staat was gebleken om in honderd jaar dienst te blijven bewijzen aan een ingrijpend veranderde samenleving.¹ In 2022 was het dertig jaar geleden dat het Nieuw Burgerlijk Wetboek in werking trad. Hoe leuk zou het zijn om iets soortgelijks te doen naar aanleiding van dertig jaar NBW, het paarden jubileum. Dat was kort gezegd de aanleiding om dit boek samen te stellen. Bij het lange totstandkomingsproces van het Nieuw Burgerlijk Wetboek zijn namelijk keuzes gemaakt over de inhoud en in steek van de privaatrechtelijke regels, maar die keuzes zijn gemaakt in de tijdsgeest van de jaren of zelfs decennia vóór 1992. Periodes die hun eigen maatschappelijke en juridische tradities, ontwikkelingen en uitdagingen kenden. De tijd heeft niet stilgestaan. We zijn nu dertig jaar verder en in die jaren is het BW van alle kanten geconfronteerd met veranderende opvattingen, actuele ontwikkelingen, technische innovaties en nieuwe maatschappelijke uitdagingen. Het dertigjarig bestaan van het BW biedt de kans om opnieuw te reflecteren op de keuzes van toen. Dat is op eerdere tijdstippen ook al gedaan, bijvoorbeeld bij gelegenheid van het zilveren jubileum en de eeuwwisseling.² De aandacht in dit boek is gericht op achteruit gedenken én vooruitdenken. Levert het veranderde landschap redenen op om het voortaan anders aan te pakken? Zouden de keuzes van toen ook de keuzes voor de toekomst moeten zijn? Zijn de beloften van het nieuwe recht ingelost? Zouden we het met de kennis van nu tóén anders hebben aangepakt? Zijn er redenen om te denken dat aanpassing van het BW nodig is? Het zijn deze vragen die in dit boek aan de orde komen. Dit is een boek in zeven delen. Allereerst is er aandacht voor de rol van codificatie. Zodra de inkt van het *Staatsblad* droog is, gaan maatschappelijke actoren en uitein-

1. Scholten & Meijers 1938.

2. Zie bijv. Beumers c.s. 2017, en de verschillende bijdragen in *WPNR* 2017/7133 en *NJB* 2018/25 (n.a.v. het congres *25 jaar Nieuw BW; met het oog op de toekomst*, georganiseerd door het Ministerie van Justitie en Veiligheid). Vgl. ook Verstappen 2016 en het millennium-project 'Privaatrecht in de 21^e eeuw' (Ministerie van Justitie 1999).

delijk de rechter aan de slag met de tekst van de wet. De verhouding van de rechter tot de codificatie leidt tot klassieke vragen van rechtsvinding: hoe gaat de rechter om met tekst, doel, strekking en de veranderde rol van de wet in het maatschappelijk verkeer? Het waren vragen die in 1938 net zo actueel waren als in 2022. En *wat als* de codificatie er niet was gekomen, hoe zou de rechter dan verder zijn gelopen op het pad van de rechtsontwikkeling? Hoe zou ons burgerlijk recht er dan hebben uitgezien? In Deel I komen dit soort vragen in een tweetal bijdragen onder de noemer 'Het BW en (her)codificatie' aan de orde.

Als er iets is veranderd de afgelopen decennia, dan zijn het de in Nederland levende rechtsovertuigingen over persoonlijke identiteit, relaties, gezinsleven en de rol van de overheid daarbij. Boek 1 van het BW stamde uit 1970 en is sindsdien met regelmaat verbouwd om de maatschappelijke veranderingen bij te houden. De status van het huwelijk veranderde drastisch, net als het concept van ouderschap en de verhouding van ouders tot kinderen, maar ook de rol die aan overheden werd toegedicht als het gaat om het belang van het kind. In Deel II 'Bewegingen in het personenrecht' wordt een aantal van deze ontwikkelingen benoemd en geanalyseerd.

Sinds de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 hebben zich op technologisch vlak tal van ontwikkelingen voorgedaan. Een obscuur computernetwerkje van wetenschappers groeide uit tot het internet. Dat gaf aanleiding tot ongekende economische en sociale innovaties als het online kopen van producten en diensten, de opkomst van socialmediaplatforms en het koppelen van apparaten en dienstverlening – denk aan het Internet of Things – op een manier die in 1992 ondenkbaar leek. De digitalisering van onze samenleving, waaronder het gebruik van kunstmatige intelligentie in allerlei processen, is vandaag nog moeilijk weg te denken uit onze samenleving. Die ontwikkelingen zien we maar beperkt terug in de tekst van het BW zelf; die stamt immers nog uit de tijd van de typemachine, telex en kaartenbak. Natuurlijk brengen deze technologische vernieuwingen tal van juridische vragen met zich. Grote vraagstukken zoals de reikwijdte van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de mate waarin data 'vermarkt' mogen worden, zijn door deze technologische veranderingen ook in het vermogensrecht binnengedrongen. In Deel III wordt daarom onder de noemer 'Techniek en dertig jaar oude regels: still going strong?' aandacht geschonken aan een aantal aspecten van privaatrecht, technologie en innovatie.

De samenleving waarin we leven kent andere uitdagingen dan in 1992. Te denken valt aan veranderde arbeidsverhoudingen, hernieuwde schaarste van woonruimte en een ernstige bedreiging van de leefomgeving door klimaatverandering. Rechtsfiguren als het eigendomsrecht in functie van deelgebruik en het appartementsrecht komen zo in een ander daglicht te staan. En duurzaamheidsvragen steken overal de kop op – van een recht op herstel in het consumentenrecht tot de vraag hoe het recht bijdraagt aan verduurzaming van financiële markten. In Deel IV,

getiteld 'Een duurzaam BW', wordt aan een aantal van deze ontwikkelingen aandacht geschonken.

Klassieke leerstukken moeten zo af en toe worden herijkt. Passen ze nog in de tegenwoordige tijd, en zijn ze 'fit for purpose' voor de komende dertig jaren? Alles-of-niets-benaderingen bij nietigheid, vernietiging en ontbinding kwamen onder druk te staan, en het lijkt wel of tegenwoordig noties als proportionaliteit en nuance in het schadevergoedingsrecht de boventoon voeren. Een aantal kwesties dat hiermee verband houdt, komt onder de titel 'Klassieke leerstukken en een oud BW: fit for purpose?' in Deel V aan de orde.

In 1992 was de invloed van 'Europa' op het BW nog vrij beperkt. Rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) gaf aanleiding tot rechtsontwikkeling in met name het nationale personen- en familierecht, in het bijzonder om het recht op familieleven (art. 8 EVRM) beter te waarborgen. Binnen het vermogensrecht waren er natuurlijk richtlijnen van de EEG op het vlak van vennootschapsrecht en productaansprakelijkheid, maar de eerste echte uitdaging voor het vermogensrecht kwam toen de wetgever werd geconfronteerd met de Richtlijn oneerlijke bedingen (93/13). Die richtlijn en de steeds ruimere interpretatie ervan door het Europese Hof van Justitie zijn mooie voorbeelden van de overal doorgedrongen meergelaagdheid van onze privaatrechtelijke rechtsorde. Vrijwel alle bijdragen aan dit boek leggen getuigenis af van deze ingrijpende veranderingen die 'Europa' ons bracht.

En kantelt het perspectief op dertig jaar BW als we de vier verschillende Burgerlijke Wetboeken zoals die gelden in de Caribische delen van het Koninkrijk erbij betrekken? De vraag kan worden gesteld of de wijzigingen die in het Nederlandse BW werden doorgevoerd, steeds verbeteringen bleken. En hoe werden wijzigingen en veranderingen in de andere rijkdelen ontvangen? In Deel VI worden deze 'Perspectieven uit de Caribische Koninkrijksdelen' besproken.

Het BW is geen rustig bezit (gebleken).³ Het BW dateert van 1992, maar het is van alle kanten geconfronteerd met veranderingen in maatschappij, techniek, internationale verhoudingen, Koninkrijksverhoudingen. Grote maatschappelijke uitdagingen op het gebied van klimaat, milieu, maar ook op het vlak van de functie van privaatrechtelijke geschilbeslechting, liggen voor ons. In Deel VII wordt daarom achteruit en vooruit gekeken, wordt de 'wat als?'-vraag weer gesteld en trekken we ten slotte conclusies.

Dit boek is een tussenstand na dertig jaar. Het is ook een uitdrukking van de veranderingen in de rechtswetenschappen sinds 1992. De rechtswetenschappen volgen de maatschappij en dat maakt dat we als wetenschappers vandaag de dag soms andere dingen belangrijker vinden dan destijds het geval was. Die ontwikke-

3. De suggestie van Scholten 1938, p. 1, dat het toen honderd jaar oude BW een 'rustig bezit' was gebleken en dat zelfs de meest radicale voorstanders van verandering hooguit een herziening wensten in plaats van een nieuw wetboek, is met wijsheid achteraf toch wel als een misvatting te beschouwen.

ling heeft onze blik op het BW veranderd, verruimd, verlegd en verrijkt. De privaatrechtswetenschappers van vandaag hebben andere interesses en leggen andere accenten dan toen; ze gebruiken vaak ook andere methoden en technieken en werken misschien ook wel meer samen over de schutting van hun vakgebied heen. Wij denken dat dit boek zéker een uitdrukking is van die veranderingen. Dat betreft niet alleen de auteurs. De redactie is breed en divers samengesteld (dat was in 1938 wel anders) en heeft door intensieve samenwerking over de 'schutting' van de verschillende faculteiten heen hopelijk bereikt dat gedenken en vooruitdenken goed samengaan. We wensen de lezer veel leesplezier met het eindresultaat.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Beumers c.s. 2017

M.T. Beumers, C.C. de Kluiver, A.M. Overheul, F.Q. van de Pol & L.S.A. Trapman (red.), *Vijftig weeffouten in het BW – Een ode aan het Burgerlijk Wetboek, ter ere van zijn 25-jarig bestaan*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.

Scholten 1938

P. Scholten, 'De codificatie-gedachte vóór honderd jaar en thans', in: P. Scholten en E.M. Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 1-32.

Scholten & Meijers 1938

P. Scholten en E.M. Meijers, *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938.

Verstappen 2016

L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 van de toekomst – Over vernieuwingen in het zakenrecht* (KNB Preadviezen), Den Haag: Sdu 2016.

DEEL I

HET BW EN (HER)CODIFICATIE

De rol van het NBW in de dialoog tussen rechter en wetgever

Stijn van Deursen en Ivo Giesen

2.1

INLEIDING

In deze bijdrage presenteren wij de hercodificatie van het Burgerlijk Wetboek als een uniek moment in de dialoog tussen twee staatsmachten: de rechter en de wetgever. De wetgever, van oorsprong de belangrijkste rechtsvormer, schept de kaders waarbinnen de rechter kan en mag opereren.¹ Als de wetgever aan zet is geweest, is het toepassen, interpreteren en eventueel verder ontwikkelen van de wet aan de rechter. De wetgever heeft dan, zoals Vranken het uitdrukt, geen greep meer op zijn product.² De invoering van een *nieuw* wetboek biedt echter een unieke kans om pas op de plaats te maken: welke door de rechter ontwikkelde normen worden in de nieuwe codificatie geïmplementeerd, en welke ontwikkelingen moeten worden bijgestuurd of zelfs een halt toegeroepen? De wetgever kan op die manier dus de kaders herdefiniëren waarbinnen de rechter zijn taak moet vervullen.

Deze dynamiek tussen rechter en wetgever vormt de achtergrond van deze bijdrage, waarin wij ingaan op de vraag hoe de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak zou hebben vervuld als het NBW *niet* zou zijn ingevoerd.³ Anders gezegd zullen wij ons dus bezighouden met de vraag welke rol een (her)codificatie, en in dit geval het nieuwe BW, kan spelen bij de uitoefening van de rechtsvormende taak van de rechter.

Het beantwoorden van een dergelijke 'wat als...'-vraag is een uitdaging die vraagt om een realistische reflectie op wat wij wel en niet (kunnen) weten. Het is immers nog maar de vraag of het mogelijk is om de rol van een enkele factor binnen een complex proces als dat van rechterlijke rechtsvorming te destilleren, en – voor

1. Voermans, *RegelMaat* 2015, afl. 2; Giesen 2020, p. 25.

2. Vranken, *NJB* 1988, afl. 63, p. 688.

3. Uitgebreider over de rol van privaatrechtelijke rechtsvorming in die rechtsstatelijke dynamiek, zie onder meer: Giesen 2020.

zover dat al lukt – in hoeverre we daarmee recht kunnen doen aan de dynamiek waarbinnen de rechter zijn taken vervult. De rechtsvormende taak van de rechter is immers niet alleen van wettelijke normen afhankelijk, maar ook (en misschien wel vooral) van de maatschappelijke positie en taakopvatting van de rechter, en van wat wij als samenleving van de rechter verwachten. Op die factoren gaan wij in paragraaf 2.2 van deze bijdrage verder in. Daar schetsen wij in enkele grove penseelstreken een theoretisch kader voor de ‘drivers’ van rechtsvorming en de rol die de wet daarbij kan spelen. Op dat kader bouwen wij in de volgende paragrafen van deze bijdrage verder voort.

Met de voornoemde kanttekeningen in het achterhoofd zien wij ook de grote mogelijkheden die het mogen nadenken over een hypothetische vraag ons biedt, zoals de kans om te reflecteren op de manier waarop het systeem zo geworden is als wij het kennen, en welke verwachtingen wij koesteren voor de toekomst als wij de lijnen uit het verleden doortrekken. Dat doen wij door in paragraaf 2.3 in vogelvlucht te schetsen hoe de omgang van de rechter met de wet in de loop van de 150-jarige geschiedenis van het oude BW steeds vrijer geworden is. Deze paragraaf fungeert daarmee als een ijkpunt voor de beantwoording van de centrale vraag in deze bijdrage. Het is immers logisch te veronderstellen dat de ontwikkelingen zich grotendeels voortgezet zouden hebben als er geen Nieuw BW was gekomen. In paragraaf 2.4 gaan wij dan in op de manier waarop de wetgever bij de hercodificatie van het BW is omgegaan met het (rechtsvormende) werk van de rechter tot dan toe, en op de in de literatuur gekoesterde verwachtingen van wat die nieuwe codificatie zou betekenen voor de toekomstige werkzaamheden van de rechter. In paragraaf 2.5 beschouwen wij vervolgens hoe de rechter aan de slag is gegaan met het recht van het nieuw ingevoerde BW, om aan de hand daarvan in paragraaf 6 te kunnen reflecteren op de veranderingen die dat nieuwe recht teweeggebracht heeft voor de rechterlijke rechtsvorming.

2.2 DE ‘DRIVERS’ VAN RECHTERLIJKE RECHTSVORMING

Zonder de vreugde van het dertigjarig jubileumfeest van het NBW al te veel te willen bederven, willen wij waken voor overschatting van de rol van een codificatie bij rechterlijke rechtsvorming. Inherent aan rechterlijke rechtsvorming is immers dat er door de rechter ‘iets’ wordt toegevoegd aan het systeem van het recht.⁴ Zo bezien ligt de focus bij rechtsvorming dus op ‘iets’ wat de bestaande wet kennelijk (nog) niet (uitdrukkelijk) is. De rol van de wet is daarmee dus eerst en vooral negatief. Tegelijkertijd speelt de wet ook wel degelijk een positieve rol. Er wordt bij

4. Er kunnen lange discussies worden gevoerd over de definitie van rechtsvorming en de (daarmee samenhangende) wenselijkheid daarvan. Wij gaan daarop hier niet verder in, maar zie bijvoorbeeld: Uzman 2013, p. 149-157; Giesen 2020, p. 12-14.

rechterlijke rechtsvorming immers vaak aansluiting gezocht bij wél in de wet geregelde gevallen.⁵ Dat was al zo onder het OBW, en geldt ook nog onder het NBW.⁶ Met in het achterhoofd de erkenning van de complexiteit van het proces van rechterlijke rechtsvorming, proberen wij in deze paragraaf enkele factoren te benoemen die het proces van rechtsvorming (kunnen) bepalen. Daarbij maken wij een onderscheid tussen wat wij noemen *push*- en *pull*-factoren. Onder de pushfactoren verstaan wij de (maatschappelijke) behoefte aan – wat wij hierboven noemen – ‘iets’. Dat wil zeggen: aan andere of aanvullende rechtsregels. Onder pullfactoren verstaan wij de bereidheid en mogelijkheden van de rechter om die behoefte te vervullen.⁷

Een behoefte aan rechterlijke rechtsvorming ontstaat, kort gezegd, als er een discrepantie bestaat tussen datgene wat er in de wet geregeld is en de in de maatschappij gevoelde behoefte aan normering. Zo’n situatie kan zich voordoen als zich ontwikkelingen aandienen waarop de wet niet is toegesneden, of als de maatschappelijke overtuigingen zich op een bepaald onderwerp hebben ontwikkeld en dus niet meer in lijn zijn met de gedachten die ten grondslag lagen aan de wet.

Tegelijkertijd moet de rechter ook de mogelijkheid en de bereidheid hebben om in die discrepantie te bemiddelen. Hij mag immers niet zonder meer zijn eigen overtuigingen in de plaats stellen van de door de wetgever gemaakte keuzes. Dergelijke mogelijkheden kan de rechter onder meer ontleen aan hoger recht, zoals het Europese recht of fundamentele rechten. De bereidheid hangt onder meer samen met de taakopvatting van de rechter en zijn positie in het staatsbestel. Hoe dat concreet vorm kan krijgen, bezien wij in de volgende paragrafen aan de hand van een korte geschiedenis van de rechterlijke rechtsvorming onder het oude BW.

2.3 RECHTSVORMING ONDER HET OUDE BW

Het legisme voorbij

Schoordijk merkte op dat een rechtssysteem ‘ondanks een vrijwel volkomen gelijk-luidende tekst verschilt (...) van geslacht op geslacht of wellicht van uur tot uur’.⁸ Dit zien we ook terug in de geschiedenis van het OBW. Het jaar 1838 – waarin het oude BW werd ingevoerd – stond verder in het teken van de eerste trans-Atlanti-

5. Zie voor dat uitgangspunt onder meer HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756 (*Arbeidskostenforfait*).

6. Zie bijvoorbeeld De Graaff, *NTBR* 2019, afl. 2, p. 4, en ook Schoordijk 1988, p. 30.

7. In hun bijdrage aan deze bundel (hoofdstuk 17), duiden Wijntjens en Vranken deze ontwikkelingen als ‘Autonome ontwikkelingen buiten het oude en nieuwe BW om’. Voorbeelden van dergelijke autonome ontwikkelingen, die losstaan van het gecodificeerde recht, maar die het rechtsleven en het rechterlijk denken wel degelijk beïnvloeden, zijn: het toenemende belang van Europa en van mensenrechten; de ontwikkeling van zelfreguleringsinstrumenten (zie daarover ook: Giesen, *NTBR* 2018, afl. 5), maar ook de opkomst en snelle ontwikkeling van pluralisme in rechtswetenschappelijk onderzoek.

8. Schoordijk, *RM Themis* 1999, afl. 10, p. 380.

sche lijndiensten per stoomschip, terwijl in het jaar 1992 – waarin het werd vervangen – IBM het prototype lanceert van wat later de eerste smartphone genoemd zal worden. Wij willen maar zeggen: in 150 jaar kan er veel gebeuren. Een burger die een tijdreis zou maken van 1838 naar 1992 zou zich in de ‘moderne’ samenleving geen raad weten. Het zal dan ook geen verbazing wekken dat ook de rechterlijke omgang met de wet zich in deze periode heeft ontwikkeld.⁹

De eerste decennia van het OBW heeft een sterk legistische visie op de wet de overhand. Omdat in deze visie alle rechtsregels hun grondslag in de wet vinden, is de overtuiging dat de rechter zich slechts mag baseren op datgene wat in de wettekst geschreven staat – ook als dat tot onrechtvaardige uitkomsten zou leiden. Een mooi voorbeeld van deze legistische wetsperceptie is te vinden in het welbekende arrest *Zutphense waterleiding*. In dat arrest overwoog de Hoge Raad in 1910 dat uitgegaan moest worden van een strikte interpretatie van de wettekst inzake het leerstuk van onrechtmatige daad. Als gevolg daarvan kwam de Hoge Raad tot de conclusie dat ook gedrag dat maatschappelijk gezien wellicht onbetamelijk en zeer onwenselijk is, daarmee nog niet onrechtmatig is in de zin van de relevante wetsbepalingen.¹⁰

De samenleving ontwikkelt zich echter, en daarmee groeit de kloof tussen de wet en de in de maatschappij levende opvattingen.¹¹ Ook de kritiek op de legistische (en in de ogen van de critici te beperkte) uitleg van de wet neemt toe.¹² Gaandeweg komen daarmee ook de rechterlijke opvattingen in beweging, met als voorlopig hoogtepunt het jaar 1919, toen de Hoge Raad in het arrest *Lindenbaum/Cohen* erkende dat ook het schenden van de maatschappelijke betamelijkheid kan gelden als onrechtmatig handelen.¹³ Op deze manier vinden maatschappelijke opvattingen dus hun weg naar de rechtspraak.¹⁴ Dit arrest vormt een keerpunt in het denken over de wet en het daarin vastgelegde recht, omdat het – zo beschreef Eggen – niet langer getuigt van een statisch, maar van ‘concreet, dynamisch’ denken.¹⁵ Volgens Schoordijk ging het hierbij echter om niet meer dan enkele voortekenen van de komende ontwikkelingen. Het door de wet gedicteerde denken zou nog langere tijd hoogtij vieren.¹⁶

9. Zie over de maatschappelijke ontwikkelingen als decor voor het optreden van de rechter onder meer: Schuyt 1988, p. 308.

10. HR 10 juni 1910, W 9038 (*Zutphense waterleiding*).

11. Jansen 2015, p. 3 en 123-124.

12. Van Maanen, *Ars Aequi* 2009, afl. 11.

13. Zie HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776 (*Lindenbaum/Cohen*). Zie over dit alles ook Ortlep 2022, p. 15 e.v.

14. Schoordijk 1988, p. 8-9.

15. Zie daartoe Schoordijk, *RM Themis* 1999, afl. 10, p. 379.

16. Schoordijk, *RM Themis* 1999, afl. 10, p. 379.

Uitbouw van het burgerlijk recht

Pas in de jaren zestig begint de rechter, gebruikmakend van analogieën en zich baserend op rechtsbeginselen, het systeem van het burgerlijke recht verder uit te bouwen.¹⁷ In deze periode wordt bij de interpretatie van wettelijke normen meer stelselmatig gestreefd naar maatschappelijke aanvaardbaarheid.¹⁸ Dat vrijere denken van de rechter ten opzichte van de wet zien we niet enkel terug op het gebied van het BW, maar, onder invloed van onder meer het EVRM, ook op andere terreinen, zoals bij de ombouw van de Krankzinnigenwet.¹⁹ Hirsch Ballin duidt de ontwikkelende rol van de rechter onder het OBW met name in termen van een verschuiving van toepassingsjurisdictie – in de zin van subsumptie van concrete gevallen onder rechtsregels – naar (ook) belangenjurisdictie, waarbij een belangrijke mate van sturing uitgaat van de belangenafweging die schuilgaat achter de tekst van de wet.²⁰ Dit betekent, zo beschrijft hij, niet dat de Hoge Raad ‘zich heeft losgemaakt van het recht, maar alleen dat de gebondenheid aan de toe te passen wetgeving wordt verruimd tot een gebondenheid aan de in onze rechtsorde tot uitdrukking komende waarderingen van belangen (...)’.²¹ De omgang van de rechter met het stakingsrecht vormt daarvan een treffend voorbeeld.

In de jaren tachtig begint de Hoge Raad zich (veel) vrijer op te stellen ten opzichte van de wet en, waar nodig, ook op te treden als wetgever-plaatsvervanger.²² De notie van de rechter als rechtsvormer wint in deze periode aan legitimiteit, mede doordat men gaat inzien dat de rechter beter dan de (op dat moment anderhalve eeuw ‘oude’) BW-wetgever in staat is om maatschappelijke ontwikkelingen te betrekken in de oordeelsvorming.²³ Het is daarmee de taak van de rechter geworden om veranderingen in het maatschappijbeeld zo veel mogelijk in zijn rechtspraak te betrekken, en zelfs ook om ‘het zijne bij te dragen aan een verandering in dat maatschappijbeeld’.²⁴ In 1984 benoemt de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak

17. Schoordijk, *RM Themis* 1999, afl. 10, p. 379-380. Zie bijvoorbeeld het arrest *Grensoverschrijdende garage* (HR 17 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5012). Denk ook aan de ontwikkelingen van de leerstukken van toerekening naar redelijkheid en de eigen schuld. Zie daarover: Schoordijk 1988, p. 12-13. Verder: Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 30 e.v.

18. Schoordijk, *RM Themis* 1999, afl. 10, p. 380.

19. Schoordijk 1988, p. 34-35 en 52.

20. Hirsch Ballin 1988, p. 236. Daarbij maakt hij een onderscheid tussen de belangen die het geldende recht tot onderwerp van regeling heeft gemaakt en belangen waarvoor dat niet geldt. De eerstgenoemde belangen zijn volgens hem geschikt voor rechterlijke belangenafwegingen, maar de andere belangen – waartoe hij onder meer milieubelangen en internationale veiligheidsbelangen rekent – zijn daartoe niet geschikt. De betrokken belangen zijn in deze visie volgens Schoordijk niet in de wet zelf te vinden, maar in de maatschappij. Zie: Schoordijk, *RM Themis* 1999, afl. 10, p. 378.

21. Hirsch Ballin 1988, p. 236.

22. Schoordijk, *RM Themis* 1999, afl. 10, p. 383. Zie voor een mooie beschrijving van deze ontwikkeling ook het preadvies van Keirse en Mak (2022, p. 37).

23. Scheltema 1988, p. 347.

24. Schoordijk 1988, p. 3.

ook als zodanig²⁵ en in 1988 krijgt deze taak een wettelijke erkenning door de invoering van artikel 101a Wet RO, het artikel dat de Hoge Raad de mogelijkheid biedt om zaken waarin geen vragen van rechtseenheid of rechtsontwikkeling voorkomen, vereenvoudigd af te doen.²⁶ De gedachte dat de rechter een (belangrijke) taak heeft als het gaat om het bij de tijd houden van het BW en in dat kader dus ook uitspraken moet doen die het individuele geval overstijgen, is dan dus gemeengoed geworden.²⁷

Met de invoeringsdatum van het NBW in zicht, wordt ook een interessante mogelijkheid aan het arsenaal van rechtsvindingsmethoden toegevoegd: de anticiperende interpretatie. Het NBW werpt op die manier vast zijn schaduw vooruit en biedt een nieuw vehikel om aan rechtsvorming te doen. Op die manier wordt gepoogd om, in gevallen die zich voor anticiperende interpretatie lenen, de transitie naar het NBW zo soepel mogelijk te doen verlopen.²⁸

2.4 DE WETGEVER AAN HET WOORD: VRIJE(RE) RECHTSVINDING OF (HERNIEUWD) LEGISME?

De wetgever weer aan zet?

Na jaren van een ontwikkeling richting een iets vrije(re) rechtsvinding is in 1992 de wetgever weer aan het woord. De hercodificatie van het BW biedt de wetgever een kans om zich uit te laten over de manier waarop de rechter in de voorbije jaren heeft getracht om de bepalingen van het oude burgerlijke recht bij de tijd te brengen en te houden.²⁹ Daarbij toont de wetgever zich goedgezind. Zijn doel met het nieuwe BW is niet om te breken met het oude recht, of om de rechtsontwikkeling bij te sturen, maar om de wet 'zo te herschrijven dat het bestaande recht [zoals dat ook door de rechter was ontwikkeld, *SvD & IG*] er beter in kan worden teruggevonden. Dit om de kenbaarheid van het recht en daarmee de rechtszekerheid te verhogen.³⁰ Op die manier zou weer een evenwicht gevonden kunnen worden tussen rechter en wetgever.³¹ Waar de rechter zich dus welwillend heeft getoond door soms anticiperend te interpreteren, toont ook de wetgever zich hier van zijn

25. Dat gebeurt in HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985/230, aldus Van Klink & Broers 2001, p. 2.

26. Vranken, *NJB* 2000, afl. 1.

27. Polak, *RM Themis* 1984, p. 237-238; Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 27-28; Lindo, *NJB* 1995, afl. 24, p. 885; Barendrecht 1998, p. 16.

28. Schoordijk 1988, p. 50; Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 32-33; Vranken 1995/155 e.v. Over de methode van anticiperende interpretatie ook: Lubbers & Vording 2006, p. 441; De Graaff, *NTBR* 2019, afl. 2, p. 5; Giesen 2020, p. 60.

29. Reehuis 1992, p. 57.

30. Reehuis 1992, p. 57.

31. Jansen 2016, p. 163.

coöperatieve kant door het werk van de rechter te codificeren.³² Bakels merkt kernachtig op dat er geen sprake van is dat de rechter via de herodificatie weer ‘terug in zijn hok wordt gecommandeerd’.³³

Ook voor het overige laat de wetgever de rechter veel ruimte. Hoewel in de parlementaire geschiedenis geen generieke aanwijzingen te vinden zijn voor de rol die de wetgever voor de rechter voor ogen heeft, merkt Heisterkamp in 1992 op dat ‘men [i.e. de wetgever, *SvD & IG*] de rechter niet in zijn activiteiten [heeft] willen belemmeren’.³⁴ Dat komt onder meer tot uiting in de opbouw en het systeem van het NBW, waarin open normen een belangrijke plaats innemen. Die open normen vormen als het ware het bindmiddel in het nieuwe BW, en kunnen – in de woorden van Vranken – dienen als kapstok voor de verdere rechtsontwikkeling.³⁵ Ook Reehuis wijst erop dat de nieuwe wettekst aan een voortschrijdende rechtsontwikkeling niet in de weg staat: ‘[z]ij biedt de rechter een zekere ingebouwde ruimte, dwingt hem zelfs deels het in de wet neergelegde recht verder te ontwikkelen’.³⁶ Ook wordt op punten door de wetgever afgezien van een gedetailleerde regeling teneinde ruimte te bieden aan rechterlijke rechtsontwikkeling.³⁷

Nieuw legisme?

Toch ging de invoering van het NBW ook gepaard met een vrees voor een hernieuwd legisme, waardoor de rechter weer meer zou verworden tot ‘spreekbuis van de wet’.³⁸ Die vrees is ook niet onbegrijpelijk als we de ideeën van Meijers, de geestelijk vader van het NBW, erop naslaan.³⁹ Meijers zag een codificatie namelijk als remedie voor de vrije rechtsvinding, die in zijn visie het gevolg was van het verouderde recht onder het oude Burgerlijk Wetboek. Rechterlijke rechtsontwikkeling zou volgens Meijers’ ideeën slechts mogelijk moeten zijn op die punten waar

-
32. Denk aan het op de leest van *Lindenbaum/Cohen* geschoeide art. 6:162 BW. Daarover: Schoordijk 1988, p. 6. Voor verdere voorbeelden: Nieuwenhuis, *NJB* 2000, afl. 13, p. 687; Giesen 2020, p. 26. Zie over de samenwerking tussen rechter en wetgever ook: Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 37; Hartlief, *NJB* 2018, afl. 25, p. 1776. Ook Bakels gaat uitgebreid in op de arresten van de Hoge Raad die in zijn visie als een soort ‘voorontwerpen van wet’ dienen, en waarmee de Hoge Raad dus ook nieuwe wetgeving voorbereidt. Zie Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 28-29. Dat alles laat onverlet dat ook door de wetgever echte vernieuwingen zijn ingevoerd. Zie ook de bijdrage van Wijntjens en Vranken aan deze bundel, deel VII, par. 17.3. Zo stuurde de wetgever op bepaalde punten bij, zie bijvoorbeeld de door Reehuis beschreven bijsturing van schuld- naar risicoaansprakelijkheid. Zie Reehuis 1992, p. 57. alsmede Vranken, *NJB* 1988, afl. 63, p. 680 e.v.; Florijn, *Ars Aequi* 1991, afl. 12, p. 1087.
33. Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 37.
34. Heisterkamp 1992, p. 76.
35. Vranken, *NJB* 1988, afl. 63, p. 686; Reehuis 1992, p. 59.
36. Reehuis 1992, p. 61. Ook al: Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 31.
37. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv.), p. 1448, over het afzien van een wettelijke regeling over de precontractuele goede trouw. Ook: Giesen 2020, p. 26.
38. Zie bijvoorbeeld Polak, *RM Themis* 1984; Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 34.
39. Hierover ook uitgebreider, Zwalve 1992, p. 41.

die vrijheid door de wetgever expliciet aan de rechter werd gegund, bijvoorbeeld in de vorm van open normen als 'billijkheid', 'goede zeden' of 'openbare orde'.⁴⁰ Met het bij de tijd brengen van het recht door middel van een nieuwe codificatie zou het argument van verouderd recht aan kracht verliezen, en – in lijn met Meijers' gedachtengoed – dus ook de mogelijkheden voor de rechter om het recht ruim(er) te interpreteren.⁴¹ Hercodificatie als remedie voor (al te) vrije rechtsvinding dus.

De vrees voor een hernieuwd legisme werd echter niet door eenieder gedeeld.⁴² Zo zag Schuyt de oorzaak van het toenemende belang van rechtsontwikkeling door de rechter niet zozeer in de (verouderde) wet, maar in de (veelheid en onvoorspelbaarheid) van maatschappelijke ontwikkelingen,⁴³ en ook Scheltema sprak de verwachting uit dat de complexiteit van de samenleving, en daarmee het belang van rechtsvorming door de rechter, alleen maar zou toenemen.⁴⁴ Een vergelijkbaar punt werd door Bakels gemaakt, die opmerkte dat:

'de verhouding tussen wetgever en rechter veel meer aspecten is gaan vertonen dan wat er in de wet staat. Die andere aspecten worden door de hercodificatie niet geraakt en alleen al daarom zal van een trendbreuk niet kunnen worden gesproken.'⁴⁵

Ook volgens Lokin was er geen reden tot vrees; hij merkte dan ook op:

'De tijd van de wetgever is nu voorbij, de toekomst is aan de soevereine wetsuitlegger. Hij heeft in letterlijke zin het woord.'⁴⁶

In het vervolg van deze bijdrage bezien wij wat de rechter te zeggen heeft gehad over het NBW en of daarin aanwijzingen te vinden zijn van een invloed van die hercodificatie op zijn taakuitoefening als rechtsvormer.

40. Meijers 1954, p. 176-177, zoals aangehaald door Lokin 1992, p. 21 en 31-33. Zie ook: Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 37.

41. Polak, *RM Themis* 1984, p. 237-238. Over de wethistorische interpretatiemethode in relatie tot de ouderdom van de codificatie, ook: Hirsch Ballin 1988, p. 228 en 236-237; Vranken, *NJB* 1988, afl. 63, p. 688; Giesen 2020, p. 51.

42. Zie ook: Hartkamp 1992, p. 21-25.

43. Schuyt 1988.

44. Scheltema 1988.

45. Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 34.

46. Lokin 1992, p. 39.

2.5 RECHTSVORMING ONDER HET NBW: VAN RECHTSVORMING TOT MAATSCHAPPIJVORMING?

Rechtsvorming...

De rechtsvormende taak van de Hoge Raad, althans de wijze waarop daaraan invulling wordt gegeven sinds de inwerkingtreding van het BW op 1 januari 1992, is op hoofdlijnen als volgt te duiden.⁴⁷ Voorop staat dat de Hoge Raad aan rechtsvorming doet en dat ook mag doen.⁴⁸ Dat vindt de wetgever,⁴⁹ en dat erkent de Hoge Raad zelf ook.⁵⁰ Sterker, die rechterlijke rechtsvorming is inmiddels in zodanige mate geaccepteerd dat als er over rechtsvorming wordt gesproken, het in het privaatrechtelijke discours vrijwel automatisch over de rol en positie van de civiele rechter gaat. Daarbij neemt de Hoge Raad de nodige ruimte, rechterlijke vrijheid, om tot ‘juiste’ uitspraken te komen. Dat wil zeggen: oordelen die – over de gehele linie bekeken – het rechtsgevoel kunnen bevredigen, die aanvaardbaar of te verantwoorden zijn.⁵¹ De pushfactor voor de rechter om aan rechtsvorming te doen, zie paragraaf 2.2 van deze bijdrage, lijkt daarbij dan ook met name gelegen te zijn in dat rechtsgevoel.

Het is overigens niet zo dat rechtsvorming per se moet, want het dienen van de rechtsbescherming alleen al past bij de taakstelling van de hoogste rechter. Maar als een zaak om rechtsvorming vraagt, dan gebeurt het. En als door de rechter dan recht gevormd wordt, dan gebeurt dat, een enkele uitzondering daargelaten, met een schuin oog naar de wetgever – en tevens met de nodige mate van terughoudendheid. Dat wordt gezien als passend, gegeven de verhoudingen binnen de trias politica. De pullfactor is dus, als gezegd, de verhouding tot de wetgever in ons staatsbestel: sommige zaken gaan de rechtsvormende taak van de rechter te buiten. Een vrij recent voorbeeld daarvan is de zaak waarin door de Hoge Raad geen antwoord werd gegeven op de gestelde prejudiciële vraag over de mogelijkheid van een genderneutrale registratie in de registers van de burgerlijke stand, juist omdat de wetgever al met die problematiek in de weer is.⁵²

Uit dit alles volgt meteen dat de vrees dat de invoering van het nieuwe BW tot een hernieuwd legisme zou leiden (zie paragraaf 2.4) en dus tot minder rechtsvormende activiteit door de rechter, niet bewaarheid is geworden.⁵³ Het is uiteraard

47. Wij baseren e.e.a. op Giesen 2020.

48. Giesen 2020, p. 6, met verwijzingen. Jansen 2016, p. 163, laat zien dat dit idee dat de Hoge Raad aan rechtsschepping deed, al veel eerder heerste (en bestreden werd), namelijk na de Tweede Wereldoorlog. Zo ook Martens, *NJB* 2000, afl. 14, p. 747-748 die het derde kwart van de vorige eeuw aanwijst.

49. De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, opgenomen in art. 392-394 Rv, bewijst dat opnieuw; hier faciliteert de wetgever de rechter om recht te vormen. Vgl. Giesen 2020, p. 10.

50. Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 2017, onder het kopje ‘Rechter en wetgever’.

51. Vgl. Giesen 2020, p. 11.

52. Zie HR 4 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:336.

53. Zie Jansen 2016, p. 155 en 164.

interessant te zien hoe de rechter in de eerste jaren na de invoering ervan zou omgaan met de uitleg van het (nieuwe) BW,⁵⁴ maar vastgesteld kan worden dat de Hoge Raad na 1992 op gelijke rechtsvormende voet is voortgegaan,⁵⁵ aansluitend bij de voorspelling in die zin van onder andere Hartkamp.⁵⁶ Het *DES*-arrest, om slechts een markant rechtsvormend arrest te noemen, is van oktober 1992.⁵⁷ Er was en is dus weinig te bespeuren van ‘heilig ontzag voor de wettekst en toelichting’, zoals Hartlief het verwoordde.⁵⁸ Overigens, ook het ontstaan en waar mogelijk het gebruik van de reeds besproken methode van anticiperende interpretatie in de periode rondom de totstandkoming van het NBW, duidde er wellicht al op dat de rechter zichzelf een zekere mate van vormende vrijheid wilde (blijven) toedichten.⁵⁹

Tegelijkertijd stellen we ook vast dat de (volledig) ‘vrije rechtsvinding’ (als in: louter billijkheid, en dus de tegenhanger van het legisme⁶⁰) er ook niet gekomen is. Het beeld nu, anno 2022, zoals hiervoor ook al geschetst, is een beeld van nuance, debat, verfijning, relativering.⁶¹ ‘Gematigde rechtsontwikkeling’ is wat de klok slaat, met weinig scherpe kantjes. Dé (mogelijke zo gepercipieerde) uitzondering daarop van de laatste jaren, te weten het *Urgenda*-arrest van de Hoge Raad,⁶² is onzes inziens toch vooral een toepassing van wellicht minder bekend, maar wel degelijk al bestaand recht (vooral: het mensenrechtelijke kader met de daaruit volgende internationale statelijke verplichtingen). Los van de juistheid van die propositie, moeten we tevens vaststellen dat dit arrest een uitzonderlijke uitspraak is in een zeer uitzonderlijke zaak over zeer uitzonderlijke, complexe en veelomvattende problematiek. In een dergelijke setting is het vrijwel onmogelijk een ‘onopvallend’ arrest te wijzen.

... in een gewijzigd juridisch ‘Umfeld’ en veranderende maatschappij

De rechtsvormende taak van de Hoge Raad, zoals net omschreven, heeft zich ontwikkeld en geseteld in een wereld die aan veranderingen onderhevig was en is. De maatschappij van de jaren zeventig van de vorige eeuw was niet dezelfde als die van de jaren negentig, en is ook niet die van nu – hoewel de effecten van het

-
54. Zie in verband met de invoering van het nieuwe BW vooral Lokin 1992, alsmede Hartkamp 1992.
 55. Zie Abas, *Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht* 2008, afl. 5, die aangeeft dat de Hoge Raad ‘als rechtsvormer’ niet is stilgevallen na de invoering van het BW, en Jansen 2016, p. 165.
 56. Zie Hartkamp 1992, p. 21-25 en 30 (geen grond voor de vrees voor hernieuwd legisme).
 57. HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706 (*DES*). Uit dezelfde periode stammen bijv. HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907 (*Cijsouw/De Schelde*) en HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460 (*Staat/Shell*).
 58. Hartlief, *NJB* 2018, afl. 25, p. 1776.
 59. Zie ook Hartlief, *NJB* 2018, afl. 25, p. 1776.
 60. Over de ‘strijd’ tussen legisme en vrije rechtsvinding sinds de negentiende eeuw, uitvoerig Jansen 2015 en Jansen 2016, alsmede Van Dunné 1974.
 61. Jansen 2016, p. 165, verwijzend naar de UvA-oratie van Snijders (2002).
 62. Zie HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

gebruik van de aarde zowel toen (1972 was het jaar van de 'Club van Rome') als nu desastreus zijn, en nu zelfs (zo mogelijk) nog veel desastreuzer zijn. Niet alleen het BW is veranderd, maar ook de (juridische) wereld daaromheen.⁶³ Elk van deze ontwikkelingen heeft zijn eigen invloed op de in paragraaf 2.2 geïdentificeerde drivers voor rechtsvorming.

Het zijn feiten van algemene bekendheid inmiddels, maar toch. Het Europese recht is veel belangrijker geworden: het Verdrag van Maastricht werd een maand na invoering van het NBW gesloten en op 31 december 1992 wordt de Europese interne markt geopend.⁶⁴ Dat de invloed hiervan op het werk van rechters niet makkelijk te overschatten is, blijkt ook nadrukkelijk uit de NJV-jaarrede van Polak in 2022:

'Als ik terugblik op meer dan twintig jaar rechterschap is de "europeanisering" van ons vak inhoudelijk de grootste verandering die het heeft ondergaan: dat de handhaving van Europees recht een van onze kerntaken is geworden. Was het Europese recht tot de eeuwwisseling iets voor vooral alleen de beoefenaren van het Europese recht, dat is nu dus wezenlijk anders.'⁶⁵

Het bereik en de reikwijdte van het EVRM en de rol van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft bovendien de laatste decennia een enorme vlucht genomen.⁶⁶ En ook het internationale recht wint aan belang (denk aan de invloed van de diverse klimaatakkoorden, waaronder direct al na invoering van het NBW het akkoord van Rio de Janeiro uit juni 1992). Dat alles voedt de vaak benoemde meergelaagdheid van ons privaatrecht en de daarmee toegenomen complexiteit.⁶⁷ Tegelijk heeft het er alle schijn van dat de (privaatrechtelijke) wetgever zich eerder afzijdig houdt dan dat die de leiding neemt,⁶⁸ en met name (enkel) nog de noodzakelijke implementatie van nieuwe EU-regels (vaak in sectorale wetgeving) verzorgt. Dat de wetgever niet thuis geeft, wil echter niet zeggen dat geen nieuwe maatschappelijke vraagstukken opduiken; vraagstukken die daarmee, schijnbaar eerder dan voorheen, in de vorm van een individueel geschil bij de civiele rechter terechtkomen. Vervolgens 'mag' de rechter het maatschappelijke vraagstuk 'vertalen' naar het recht (lees: inkaderen in het bestaande juridische normenstelsel) en als 'knopendoorhakker' aantreden. Terugkerende IS-reizigers, het rookverbod in kleine cafés, klimaataansprakelijkheid van overheid en bedrijfsleven en recentelijk

63. Hiervoor verwijzen we nogmaals naar de reeds genoemde 'autonome ontwikkelingen', zoals beschreven door Wijntjens en Vranken, in hoofdstuk 17 van dit boek.

64. Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 32.

65. Polak, *NJB* 2022, afl. 26, p. 2060.

66. Zo ook Jansen 2016, p. 165, in diens slotaline, vooruitkijkend.

67. Aan de ene kant zou het zomaar kunnen zijn dat door al die ontwikkelingen het NBW minder robuust zal blijken te zijn dan het OBW. Anderzijds maken de open normen in het NBW het juist eenvoudig(er) om nieuwe ontwikkelingen in het recht te incorporeren en maken die het NBW toekomstbestendiger.

68. Vgl. Giesen, *NTBR* 2018, afl. 5, p. 236 e.v.; Giesen 2020, p. 25.

een hele reeks aan coronarechtspraak: de voorbeelden van uitspraken waarin de rechter niet alleen aan rechtsvorming, maar ook aan ‘maatschappijvorming’ moet doen, zijn bekend en makkelijk aan te vullen.⁶⁹

Dichter bij de wereld van de (hoogste) civiele rechter zelf zijn er nog andere veranderingen die de rechtsvormende rol beïnvloeden. Wij noemen de focus op ‘de zaken die ertoe doen’ na het rapport van de Commissie-Hammerstein uit 2008,⁷⁰ de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen en de toenemende aandacht voor en het gebruik van de ‘amicus curiae’, samen te ballen in de bredere gedachte dat er wellicht wel minder sprake is (of zou moeten zijn) van toeval en meer van beleid als het om de rechtsvormende taak van de Hoge Raad gaat. We noemen ook de toegenomen aandacht voor en het gebruik van alternatieve regelgeving en – in samenhang met het toegenomen belang van het EVRM – de verdere ‘constitutionalisering’ van het privaatrecht.⁷¹

2.6 WAT NU ALS ER GEEN NBW WAS GEWEEST?

Vooraf een drietal aannames

Nu we weten waar we staan sinds de invoering van het NBW, komen we bij de kernvraag van deze bijdrage: waar zouden we zijn geweest zonder dat NBW? We beginnen met drie uitgangspunten, axioma’s eigenlijk, voor onze bijdrage, als een kader, een houvast voor ons denken over de ‘wat als...’-vraag.

Het eerste geloofsartikel voor ons is dat ook zonder een nieuw BW de civiele rechter zou hebben moeten werken aan de (impliciete) machtiging van de wetgever om überhaupt aan rechtsvorming te doen. Die ‘vrijbrief’ om het recht te vormen was de afgelopen periode met het NBW in de hand en de open normen die daarin besloten liggen, soms al best lastig te verkopen, vooral aan staatsrechtgeleerden⁷² (civilisten zijn pragmatici), maar zonder het nieuwe wetboek zou dat toch nog iets lastiger zijn geweest. De, als het rechtsvorming betreft, toch nog vaak beperkt uitgelegde ‘trias’-gedachte is een hardnekkige gebleken. Die machtiging zou er niettemin gekomen (gebleven) zijn, als een onvermijdelijkheid, zo menen wij, ook zonder een NBW. Ook onder het oude BW was de rechter immers al hard bezig met het uitbouwen van het burgerlijk recht, wat hem op de reeds besproken kritiek

69. Daarbij is het interessant dat in deze zaken dus ook de (echo van) politieke en maatschappelijke belangen waarvan Hirsch Ballin in 1988 schreef dat zij buiten het domein van de rechter zouden moeten blijven, zoals milieu- en internationale veiligheidsbelangen (zie ook hierboven, voetnoot 20) uitdrukkelijk in de rechtszaal gehoord wordt. Vergelijk over rechtspraak met betrekking tot dit soort geschiloverstijgende vraagstukken ook: Van Deursen & Vetzo, *NTBR* 2021, afl. 10; Van Deursen, *Leiden Law Blog* 2022.

70. Hammerstein e.a. 2008.

71. Uitvoeriger: Giesen 2020, p. 99-109.

72. Zie Giesen 2020, p. 6.

van Meijers kwam te staan.⁷³ We zijn hierin zo stellig mede gezien ons volgende punt.

Onze tweede aanname is namelijk deze. Als het om de verhouding tussen wetgever en rechter gaat, zou er, wat ons betreft, ook daar geen cesuur te bespeuren zijn geweest in de vergelijking van de situatie met of zonder NBW. De invoering van het NBW was weliswaar een belangrijke kans voor de wetgever om het woord (beter: het voortouw) te nemen in de dialoog met de rechter, iets wat zonder dat nieuwe wetboek minder evident zou zijn geweest, maar toen puntje bij paaltje kwam is die dialoog zeker niet ontaard in een confrontatie tussen beide staatsmachten. De wetgever gaf ruimte aan de rechtsontwikkeling door de rechter waar dat nog gaande of nodig was, en hij bestendigde die rechtsontwikkeling geregeld door rechterlijke uitspraken tot wettelijke regels te 'upgraden'. Zo bezien had de wetgever helemaal niet zoveel trek om steeds de eerste viool te spelen. Dat is dan weer een aanwijzing dat zonder de BW-wetgevingsoperatie de rechter zijn eigen lijn en ontwikkelingsgang zoals die al in gang gezet was, zou hebben kunnen vervolgen, in elk geval naast, en zonder al te veel tegenwerking van de wetgever.

Onze derde aanname is dat ook zonder NBW de rechter de hiervoor al geschetste maatschappelijke en juridische veranderingen had moeten 'meenemen', zo niet al meteen, dan wel op enig later moment. De wetgever zou vast wel het nodige aan rechtscheppende arbeid verzet hebben (minimaal: het invoegen van EU-richtlijnen), ofwel in het (oude) BW ofwel in sectorale wetgeving. Maar ook dan zou de rechter aan zet zijn geweest, net zoals deze in de periode voor 1992 al actief was. De civiele rechter zou daarbij ongetwijfeld de canon van interpretatiemethoden (wellicht nog inventiever) benut hebben, zoals dat al gebeurde voor 1992. Het is evenwel goed denkbaar dat niet alle methoden even veel of even sterk benut zouden zijn als nadien gebeurd is onder de vlag van het NBW. Dit werken we hierna verder uit.

Een ander rechtsvormende rol? Niet waarschijnlijk...

Gegeven de zonet geschetste uitgangspunten zou, zonder de invoering van het NBW, zo poneren wij, de rechterlijke rechtsvorming op de oude voet zijn doorgegaan. De bestaande lijn van, kort gezegd en à la Schoordijk, een redelijke mate van vrijheid ten opzichte van de wet (soms ook wel als autonome rechtsvinding geduid) zou voortgezet zijn. Voor een terugkeer naar een meer legistische benadering zou in de situatie zonder NBW nog minder aanleiding zijn geweest dan in de situatie met een nieuw wetboek (zie par. 2.5 hiervoor).

Daarbij is het wel waarschijnlijk dat in de loop der tijd die zelf toebemeten ruimte steeds ietsje ruimer zou worden getrokken, enkel en alleen al omdat de bestaande

73. Daarover ook de bijdrage van Wijntjens en Vranken aan deze bundel, hoofdstuk 17, paragraaf 17.5.

wet (dan: het oude BW) steeds verder verouderd zou raken en steeds verder af zou komen staan van de noden van de moderne tijd en verander(en)de maatschappij (zie ook par. 2.3 hiervoor). Dat proces was ook ver voor 1992 uiteraard al enige tijd gaande; denk aan een arrest als *Baris/Riezenkamp*.⁷⁴ We menen dus te mogen vaststellen dat de houding ten opzichte van de wet niet alleen ‘losjes’ gebleven zou zijn, maar misschien ook wel nog iets lossier zou zijn geworden. Dat laatste zou dan zijn getriggerd door de beschreven maatschappelijke en juridische ontwikkelingen die volgden na 1992. Kortom, de Hoge Raad zou nu, ook zonder NBW, vrijer opereren dan voor 1992, feitelijk net zoals dat met dat nieuwe BW in de hand is gebeurd.

Maar wel met een veranderde canon aan interpretatiemethoden

Maar wacht even, zou er dan werkelijk niets veranderd zijn? Zo nee, dan zou de invoering van dat NBW weleens een dure en allicht overbodige operatie kunnen zijn geweest, in elk geval vanuit rechtsvindingsperspectief.

Dat is echter niet het geval, want op het vlak van het gebruik van de interpretatiemethoden die de rechter tot zijn beschikking heeft, had men toch iets anders moeten gaan opereren.⁷⁵ Zo ligt het voor de hand te veronderstellen dat de civiele rechter veel minder had kunnen terugvallen op de (vrij recente) wetsgeschiedenis – toch een belangrijke interpretatiemethode, zeker na 1992, en vaak een vertrekpunt voor de motivering van de Hoge Raad. Bovendien is die wetsgeschiedenis vaak instrumenteel om het doel en de strekking van een wettelijke regeling te achterhalen en dus via de teleologische interpretatiemethode nogmaals relevant, zeker in de subjectieve variant daarvan. De noodzakelijke nuancering van dit standpunt is overigens wel dat het ook voor de hand ligt dat, als er geen NBW was ingevoerd, er ten minste (nog meer dan nu al gebeurt) op deelterreinen aparte (sectorale) wetgeving tot stand zou zijn gebracht. In die gevallen zou de wetsgeschiedenis van die specifieke regeling wel bruikbaar zijn voor de rechter, en wellicht zelfs nog bepalender zijn geworden dan mét een NBW, omdat in die situatie het niet, althans minder, voor de hand zou liggen om (ook) terug te vallen op het systeem van de wet (systematische interpretatie), zoals dat juist bij een grote codificatie wel nuttig en nodig is. Los daarvan zou die systematische uitleg onder het oude BW steeds minder bruikbaar zijn geworden, omdat dat BW-systeem steeds meer gaten en nieuwe ‘aansluitingen’ zou laten zien.

74. HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023 (*Baris/Riezenkamp*).

75. Vgl. Giesen 2020, p. 49-72, met verdere verwijzingen, over de hierna in deze paragraaf genoemde interpretatiemethoden. Terzijde: de nieuwe wetgevingsoperatie heeft tot veel discussie geleid. Het is dus aannemelijk dat er ook meer literatuur is verschenen (dan wanneer een geen hercodificatie had plaatsgevonden). Die literatuur zou vervolgens ook weer bruikbaar zou kunnen zijn bij rechtsvorming en rechtsvinding.

Kijken we nog wat verder naar de ‘toolkit’ die de rechter (ook bij rechtsvorming) ter hand kan nemen, dan lijkt het zonneklaar dat anticiperende interpretatie zonder het NBW niet op dezelfde schaal mogelijk zou zijn geweest, voor zover het al ‘uitgevonden’ zou zijn, en retrocipatie (terugredeneren vanuit het nieuwe recht bij uitleg van oud recht) zou al helemaal niet aan de orde zijn geweest. De taalkundige uitleg zou van groot gewicht zijn gebleven maar hier geldt: hoe ouder de tekst, hoe minder richtinggevend deze zal zijn. Datzelfde kan gezegd worden van de rechtshistorische methode, terwijl ook de analogie lastiger inzetbaar zou zijn geworden bij een verder achteroprakend wetboek. Die methoden zouden dus waarschijnlijk in de loop der tijd een beperktere rol hebben gekregen.

Omdat de dynamisch-evolutive uitleg betekenis geeft aan de gewijzigde juridische en maatschappelijke opvattingen en omstandigheden sinds de invoering van de uit te leggen wet, zou die aanpak daarentegen zomaar eens een stuk populairder kunnen zijn geworden, net als de redelijke en praktische uitleg die aanhaakt bij wat er in de huidige praktijk feitelijk gebeurt. En ook Unieconforme uitleg zou tot bloei zijn gekomen, gewoon omdat dat nu eenmaal voorgeschreven is – en vaker moet gebeuren als er meer EU-wetgeving is om uit te leggen. Als er minder concrete houvast te vinden is in een (recente) tekst van de wetgever, is het bovendien verleidelijk om meer te leunen op achterliggende beginselen en misschien ook wel om meer te kijken naar de situatie elders, via interne en externe rechtsvergelijking. Die methoden hadden dan zonder het NBW een grotere vlucht kunnen nemen, maar dat zou het werk van de rechter wel lastiger hebben gemaakt omdat die methoden door de bank genomen tot minder eenduidige en minder afgebakende antwoorden leiden: beginselen zijn niet zomaar concreet te maken en rechtsvergelijking biedt heus niet altijd een pasklare en inpasbare oplossing.⁷⁶ Maar bovenal zou, denken wij, de rechter de (eigen) eerdere rechtspraak (meer) zijn gaan benutten om tot oplossingen voor nieuwe gevallen te komen, dus de misschien niet altijd officieel erkende maar informeel wel bestaande precedentwerking van uitspraken zou prominent(er) naar voren zijn gekomen.⁷⁷

Nemen we het voorgaande tezamen, dan concluderen wij als belangrijke uitkomst van onze bespiegelingen en veronderstellingen dat de gebruikelijke en bekende lijst van interpretatiemethoden toch wel een wat ander aanzien zou hebben gekregen, met andere prioriteiten qua mate van belangrijkheid, als ons oude BW nog dertig jaar langer *het* BW zou zijn gebleven.

76. Dat laatste geldt waarschijnlijk ook bij het gebruik van wat een van ons eerder de multidisciplinaire methode van uitleg heeft genoemd (Giesen 2020, p. 70). Empirische gegevens kunnen een bepaalde oplossing ondersteunen maar bieden zeker niet *dé* oplossing.

77. Het zou aardig en nuttig zijn om via rechtsvergelijkend onderzoek te achterhalen of onze veronderstellingen over wat er gebeurd zou zijn met bepaalde interpretatiemethoden, stroken met wat er daadwerkelijk is gebeurd in landen waar veel langer is gewerkt met een vergelijkbaar wetboek als ons oude BW. We denken dan aan Frankrijk en België, twee landen waar overigens, *as we speak*, (maar dus dertig jaar of zelfs 75 jaar na de invoering of zelfs de start van het proces in Nederland), gewerkt wordt aan nieuwe burgerlijke wetboeken.

2.7 AFRONDING: VOORUITGEDENKEND OVER RECHTSVORMING...

De vraag die in onze bijdrage centraal staat, is of de invoering van het NBW invloed heeft gehad op rechterlijke rechtsvorming. Met in het achterhoofd onze oproep voor voorzichtigheid ten aanzien van het al te gemakkelijk trekken van conclusies, is onze overtuiging dat die invloed – voor zover daarvan al sprake is – beperkt is. We leiden daaruit dan ook af dat zonder dat NBW de staat van de rechterlijke rechtsvorming er dus niet heel anders zou hebben uitgezien.

Als we terugkijken op de rechtspraak onder het OBW – en laten we dat vooral niet te lang doen: niet voor niets is voor dit boek gekozen voor de opzet van een vooruitgedenkboek – dan zien we hoe de rechter zich in de loop der tijd steeds opener heeft getoond voor in de maatschappij levende opvattingen en overtuigingen. Met het verstrijken van de tijd nam ook de binding aan de tekst van het OBW af en verschoof de focus naar de achter de wet liggende belangenafwegingen en naar de sturing die daarvan uit kan gaan voor het reguleren van (de steeds complexere) maatschappelijke relaties. Gaandeweg ontwikkelde de rechter zo een rechtsvormende taak.

De periode rondom de invoering van het NBW werd gekenmerkt door samenwerking tussen de anticiperende rechter en de codificerende wetgever. Toch werd bij de invoering van het NBW in de literatuur gediscussieerd over de vraag of de rechter na 1992 weer zou verworden tot een spreekbuis van de (nieuwe) wet. Hoewel er met name in Meijers' legistische opvattingen argumenten te vinden waren om die vraag bevestigend te beantwoorden, was de algemene verwachting dat de taakuitoefening van de rechter van (veel) meer afhankelijk is dan van de wet (tekst) alleen en dat het NBW niet beoogde om de rechter al te veel in zijn werkzaamheden te belemmeren.

Die verwachting bleek juist te zijn. Terugkijkend op de periode (direct) na de invoering van het NBW zien we dat de rechter doorgegaan is op de rechtsvormende koers die hij al in de jaren tachtig had ingezet. Er is dan ook weinig terug te zien van het gevreesde 'heilig ontzag voor wettekst en toelichting'.⁷⁸ Integendeel! Onder invloed van grote en ingrijpende maatschappelijke ontwikkelingen, die zeker de laatste jaren steeds nadrukkelijker hun weg naar de rechtszaal vinden (push...), heeft de burgerlijke rechter die rechtsvormende taak zelfs uitgebouwd, daarbij onder meer gebruikmakend van het systeem van open normen en het steeds verder groeiende corpus van internationaal recht (... en pull).⁷⁹ Daar ligt overigens een link met de tweede uitkomst van onze bespiegelingen: diverse van de geijkte interpretatiemethoden zouden toch wel een wat ander aanzien hebben gekregen, ook qua belang in de rechtspraktijk, als we het zonder NBW hadden

78. Hartlief, *NJB* 2018, afl. 25, p. 1776.

79. We wijzen nogmaals op het *Urgenda*-arrest als voorbeeld.

moeten stellen. Sommige ervan zouden hebben gefloreerd, andere methoden juist niet. Maar ja, dat telt eigenlijk niet, want dat zou alleen maar zo zijn geweest als...

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Abas, *Trema: Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht* 2008, afl. 5

P. Abas, 'De Hoge Raad als wetgever', *Trema: Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht* 2008, afl. 5.

Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988

F.B. Bakels, 'Rechter en codificatie van het burgerlijk wetboek', *Justitiële Verkenningen* 1988.

Barendrecht 1998

J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei* (Schoordijk Reeks: Centrum voor procesrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Van Deursen & Vetzo, *NTBR* 2021, afl. 10

S. van Deursen & M.J. Vetzo, 'Het avondklokoordeel in context', *NTBR* 2021, afl. 10.

Van Deursen, *Leiden Law Blog* 2022

S. van Deursen, 'Courts as social engineers: A social genesis of judicial decisions?', *Leiden Law Blog* 2022.

Van Dunné 1974

J.M. van Dunné, *Riskante rechtsvinding*, Deventer: Kluwer 1974.

Florijn, *Ars Aequi* 1991, afl. 12

E. Florijn, 'Het nieuwe Burgerlijk Wetboek en profil', *Ars Aequi* 1991, afl. 12, <http://arsaequi.nl>.

Giesen, *NTBR* 2018, afl. 5

I. Giesen, '(Zelf)Regulering van en in het privaatrecht: op zoek naar een "ReL"?'', *NTBR* 2018, afl. 5.

Giesen 2020

I. Giesen, *Rechtsvorming in het privaatrecht* (Monografieën BW), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

De Graaff, *NTBR* 2019, afl. 2

R. de Graaff, 'Zestig jaar Quint/Te Poel: ruimte voor rechterlijke rechtsvorming in het verbintenissenrecht', *NTBR* 2019, afl. 2.

Hammerstein e.a. 2008

A. Hammerstein e.a., *Versterking van de cassatierechtspraak. Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad*, Den Haag: Commissie normstellende rol Hoge Raad 2008.

Hartkamp 1992

A.S. Hartkamp, *Wetsuitlegging en rechtstoepassing na de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1992.

Hartlief, *NJB* 2018, afl. 25

T. Hartlief, 'Waarin een klein land groot kan zijn', *NJB* 2018, afl. 25.

Heisterkamp 1992

A.H.T. Heisterkamp, 'Schakelbepalingen en analogie in het (N)BW', in: *Rechtsvinding onder het NBW. Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1992.

Hirsch Ballin 1988

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde', in: *De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1988.

Hoge Raad 2017

Hoge Raad, Jaarverslag 2017, 2017.

Jansen 2015

C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19e eeuw*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, <https://repository.uibn.ru.nl>.

Jansen 2016

C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht tussen 1940 en 1992*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Keirse & Mak 2022

A.L.M. Keirse & C. Mak, 'Op de schommel tussen autonomie en repressie: Een privaatrechtelijk perspectief op de repressieve samenleving', in: *De repressieve samenleving* (NJV Preadvies 2022), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Van Klink & Broers 2001

B.M.J. van Klink & E.J.M.F.C. Broers, 'Ten geleide: rechtsvorming door de rechter', in: *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Lindo, *NJB* 1995, afl. 24

C.M.Th. Lindo, 'Cassatie in de negentiger jaren. Interview met mr S. Royer, president van de Hoge Raad', *NJB* 1995, afl. 24.

Lokin 1992

J.H.A. Lokin, 'De plaats van Meijers in de legistische traditie', in: *Rechtsvinding onder het NBW. Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1992.

Lubbers & Vording 2006

A.O. Lubbers & H. Vording, 'Een eerste aanzet tot een toetsingskader voor de beoordeling van het werk van de belastingrechter waar deze optreedt als wetgever-plaatsvervanger', in: *Maatschappelijk Heffen 1. De wetenschap*, Deventer: Kluwer 2006.

Van Maanen, *Ars Aequi* 2009, afl. 11

G.E. van Maanen, 'Zonder Lindenbaum geen Cohen. Maar zonder Juffrouw De Vries geen Lindenbaum/Cohen!', *Ars Aequi* 2009, afl. 11.

Martens, *NJB* 2000, afl. 14

S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000, afl. 14.

Meijers 1954

E.M. Meijers, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1954.

Nieuwenhuis, *NJB* 2000, afl. 13

J.H. Nieuwenhuis, 'De kunst van het zaklopen', *NJB* 2000, afl. 13.

Ortlep 2022

R. Ortlep, 'Wat behoort de rechter naar zijn beste vermogen te doen?', in: *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Polak, *RM Themis* 1984

M.V. Polak, 'Algemene beginselen van rechterlijk overgangsrecht', *RM Themis* 1984.

Polak, *NJB* 2022, afl. 26

J.E.M. Polak, 'De polsstok van een rechter in de repressieve samenleving. Over rechterlijke uitspraken met een groot politiek belang', *NJB* 2022, afl. 26.

Reehuis 1992

W.H.M. Reehuis, 'De wil van de wetgever: over het gezag van de wettekst en parlementaire geschiedenis', in: *Rechtsvinding onder het NBW. Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1992.

Scheltema 1988

M. Scheltema, 'De verwachtingen voor de toekomst', in: *De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Schoordijk 1988

H.C.F. Schoordijk, 'Hoe vat(te) de Burgerlijke kamer van de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak op?', in: *De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Schoordijk, *RM Themis* 1999, afl. 10

H.C.F. Schoordijk, 'Mr. G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding', *RM Themis* 1999, afl. 10.

Schuyt 1988

C.J.M. Schuyt, 'De veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving', in: *De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Snijders 2002

W. Snijders, *De betrekkelijke waarde van de wet in euroland*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2002.

Uzman 2013

J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten: over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abtineren en de dialoog tussen rechter en wetgever* (Meijers-reeks, deel MI-221), Deventer: Kluwer 2013.

Voermans, *RegelMaat* 2015, afl. 2

W.J.M. Voermans, 'Waarom is er zo weinig wetgevingsonderwijs in de universitaire rechtenopleiding?', *RegelMaat* 2015, afl. 2.

Vranken, *NJB* 1988, afl. 63

J.B.M. Vranken, 'Themis en het vermogensrecht Nieuw BW: Naar een inhoudelijke beoordeling van de boeken 3, 5 en 6 Nieuw BW', *NJB* 1988, afl. 63.

Vranken 1995

J.B.M. Vranken, *Mr. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel* **, Deventer: Kluwer 1995.

Vranken, *NJB* 2000, afl. 1

J.B.M. Vranken, 'Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters', *NJB* 2000, afl. 1, <https://pure.uvt.nl>.

Zwalve 1992

W.J. Zwalve, 'De Zwitserse les', in: *Rechtsvinding onder het NBW. Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1992.

DE CODIFICATIEGEDACHTE VÓÓR DERTIG JAAR EN THANS

Ons Burgerlijk Wetboek in het traditionele licht van
fundamenten, rechtsbronnen en methoden

Emanuel van Dongen en Michael Milo

3.1 INLEIDING

Ons Burgerlijk Wetboek is als codificatie constitutioneel verankerd, sinds de Staatsregeling van de Bataafse Republiek uit 1798, door constitutiewisseling en -wijziging heen, ononderbroken tot op de dag van vandaag. Volgens artikel 107 van de Grondwet regelt de wet het burgerlijk recht, het strafrecht en het burgerlijk en strafprocesrecht in algemene wetboeken. Sinds 1 mei 1809 tot op de dag van vandaag heeft ons land aldus een burgerlijkrechtelijke codificatie in een algemeen wetboek.¹ Met codificatie wordt beoogd kenbaarheid, uniformiteit, rechtszekerheid en legitimatie van het geldende recht te bewerkstelligen.

Sinds de invoering van het meest recente Burgerlijk Wetboek (BW) in 1992² hebben zich belangrijke ontwikkelingen in recht en maatschappij binnen en buiten Nederland voorgedaan, die invloed hebben gehad op het recht, ook op (bepalingen van) het BW. Internet en ‘*smart technology*’, schaarste van natuurlijke hulpbronnen, natuur en klimaat, virale pandemie, ongelijkheid, oorlog en vrede zijn universeel beeldbepalend geworden. Vanuit een meer juridisch perspectief valt onder meer op de voortgaande supra- en internationale publieke en private normering,³ aandacht voor mensenrechten, voor publieke belangen in het privaatrecht, zoals die van mensenrechten, duurzaamheid en circulariteit, voor ongeschreven recht, en voor (variatie in) juridische methoden, waarbij andere disciplines bij de juridische

1. Namelijk het *Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland*.

2. Of preciezer: de invoering van Boek 3, 5, 6 en 7.1 van het BW. Zie ook Florijn 1994. De delen personen, rechtspersonen en vervoersrecht waren al eerder ingevoerd; erfrecht, internationaal privaatrecht en bijzondere overeenkomsten zouden daarentegen later volgen. Maatschap, bruikleen, gevestigde en altijdurende renten, spel en weddenschap, zoals nu nog opgenomen in het BW, zijn nog steeds geldende restanten uit 1838, en staan in Boek 7A. Zie over deze codificatie gedetailleerd Florijn 1994; Lokin & Zwolve 2020; Milo 2009, p. 379.

3. Jansen 2022.

worden betrokken, zoals de empirische.⁴ Wat betekent onze codificatie nog na dertig jaar bij deze en dergelijke ontwikkelingen?

De ontwikkelingen en veranderingen zijn van verscheiden aard, zo blijkt als we onderscheiden in een aantal fundamenteën en elementen waaruit ons recht is samengesteld, en zij hebben dan ook een verschillende betekenis voor de codificatiegedachte (par. 3.2). We beschouwen dan de codificatiegedachte nader vanuit een historisch perspectief, eerst recent (par. 3.3), en dan uit een verder verleden (par. 3.4). Dan blijkt dat veranderingen met name in grondslagen, methoden, instituties en concepten van ons recht een andere betekenis aan onze codificatie kunnen geven. Want hoe kunnen geldende normen worden begrepen in rechtspraak en rechtsleer, met inachtneming van ons BW als codificatie, ten aanzien van allereerste nieuwe ontwikkelingen? Beschouwingen meer in het algemeen over het recht en zijn fundamenteën, methode en systeem waren traditioneel zeer goed zichtbaar in burgerlijk recht, en zouden ons nog steeds goede dienst kunnen bewijzen (par. 3.5). Het verleden leert ons dat onze codificatie nog steeds met vrucht kan worden gebruikt, niet door formele autoriteit, maar door het rationeel-methodische systeem, geworteld in rechtvaardigheid, dat er traditioneel in verscholen zit (par. 3.6).

3.2 VERANDERINGEN EN VERWACHTINGEN IN 1992

We starten bij het eeuwfeest van het oude BW (uit 1838) in 1938, toen Meijers al wees op de 'onuitroeibare mythe' van een 'voor alle gevallen pasklaar' Burgerlijk Wetboek; op de vele wijzigingswetten (54 in totaal), op wetgeving en Koninklijke Besluiten buiten het wetboek om, op discussie in het parlement en in het rechtsgeleerd domein over herziening van het BW in die honderd jaar; op het gevolg daarvan, dat 'door herzieningen de indeling stelselloozer geworden is'; dat bij al die wettelijke wijzigingen wellicht het recht deels bij de tijd is gebracht, maar dat 'onduidelijkheden, tegenstrijdigheden en leemten' talrijk zijn; dat de rechtsvormende macht van de rechter beperkt is, en de schrijvers elkaar tegenspreken of zelfs geheel geen licht geven.⁵ De methodische veranderingen van een meer op de tekst gerichte, naar meer vrije rechtsvorming en -vinding komen in andere bijdragen in het *Gedenkenboek* uit 1938 uitvoerig aan de orde. Juist deze methodische verandering maakte dat het oude BW (uit 1838) ook na een eeuw nog steeds zeer bruikbaar kon zijn.⁶

Toch werd hercodificatie – geen constitutionele verplichting – vervolgens van tijd tot tijd geagendeerd en dit leidde tot ontwerpen in 1816, 1820, 1830; tot een aantal partiële ontwerpen door de in 1880 ingestelde Commissie-Meerbeke en de in 1899 ingestelde Commissie-Feith en uiteindelijk via de opdracht in 1947 aan Meijers, tot

4. Zie de editie van het *Utrecht Law Review* uit 2018 over methoden in het recht.

5. Meijers 1938, p. 33-63.

6. Onder meer Scholten 1938; Fockema Andreae 1938; Wertheim 1938.

het nieuwe BW in 1992.⁷ Veel van de oude jurisprudentie werd in tekst en systeem van het nieuwe BW geïncorporeerd. Ons BW is – net als het oude BW van 1838 door rechtsleer en jurisprudentie – een geleid open systeem, voor enkele rechtsgebieden (verbintenissenrecht) meer dan andere (personenrecht, rechtspersonenrecht, goederenrecht), met meer of minder open normen en ruimte in interpretatie voor rechtspraak, wetenschap en andere instituties en personen.

Reeds in de aanloop naar invoering van het nieuwe BW, mede in verband met de 150e verjaardag van het oude BW in 1988, werden perspectieven, verwachtingen en vragen ten aanzien van de aanstaande codificatie zichtbaar.⁸ Het BW werd beschouwd vanuit de thematiek van vermaatschappelijking, interpretatie en rechtsvinding, open normen, algemene beginselen, internationalisering en samenhang met andere rechtsgebieden en disciplines.⁹ Met name valt het oordeel op, wanneer andere disciplines ter sprake komen: '[d]ie stellen, zo mag kort en krachtig worden vastgesteld, bijna niets voor'.¹⁰ Andere disciplines zijn inmiddels geaccepteerd, de vermaatschappelijking van het recht komt in de grote aandacht voor empirie ten volle naar boven. De vermaatschappelijking laat ook een steeds toenevende aandacht zien voor de rechtsvorming van onderop, eerst via de objectieve goede trouw van artikel 1374 BW (oud), de maatschappelijke zorgvuldigheid van artikel 1401 BW (oud), de verkeersopvattingen en naar de vergelijkbare open normen van ons huidige BW. De andere themata laten een verdergaande opgang zien. Vermaatschappelijking komt aan de orde in de analyse van Franken ten aanzien van het dan nog zo jonge rechtsgebied van de informatica – wel een 'innovatie', maar met ons nieuwe BW kunnen we redelijk uit de voeten.¹¹ Een aantal van de vragen en verwachtingen waren onder meer de volgende. Zouden rechtspraak en rechtswetenschap meer aan tekst en systeem van de codificatie gebonden kunnen worden? Die vraag werd hoofdzakelijk ontkennend beantwoord.¹² De invoering van het nieuwe BW zou betekenen dat de band met het voorgaande oude BW zou worden doorgesneden, en verworden tot rechtsgeschiedenis.¹³ Europees recht zou ons BW voortgaand beïnvloeden,¹⁴ volgens anderen: verknoeien.¹⁵ Inmiddels wordt ook het uitblijven van een doordachte codificatie van het IE-recht in Boek 9 als een nadeel gezien, omdat de vermogensrechtelijke inbedding van het intellec-

7. Scholten 1931 p. 219-247.

8. Zie bijv. de opstellen naar aanleiding van het 150-jarige oude BW in 1988, in *Justitiële Verkenningen* 1988, nr. 6; *NJB* 1988/20 en *WPNR* 1988/5885.

9. Polak 1988, p. 441-445.

10. Polak 1988, p. 445.

11. Franken 1988, p. 466.

12. Bakels 1988, p. 34; Nieuwenhuis 1988.

13. Lokin 1988, p. 668: '(...) op die dag knipt de Schikgodin van de exclusiviteit van het nieuwe wetboek de levensdraad van het oude door; het levend verleden wordt daardoor tot dood verleden (...) en dan daalt het stof der vergetelheid op de werken van Suyling, Eggens, Scholten en ook van Meijers neer.'

14. Nieuwenhuis 1988, 25.

15. De Groot & Bollen 1994; vergelijkbaar, later, Valk 2007, 5, p. 45; daartegen Loos 2007.

tuele-eigendomsrecht als ‘onvoldoende uitgebaggerd’ wordt beschouwd.¹⁶ Het gesloten systeem van het goederenrecht werd door Meijers dogmatisch gemaximeerd in het fiduciaverbod, en dat werd van aanvang af bekritiseerd.¹⁷

We kunnen inmiddels wel iets meer zeggen over die verwachtingen en vragen. De veranderingen in de laatste dertig jaar zijn zeker wat wetgeving betreft in aantal zeker groter, maar in hoedanigheid wellicht wat minder groot dan die in de honderd jaar van het oude BW.¹⁸ Wetgeving, meer dan voorheen uit Europa, rechtspraak, ook van supranationaal niveau, en ‘zelfregulering’ verschenen, waarbij met meer of minder moeite werd ingepast¹⁹ of aangepast.²⁰ Dat inpassen in het systeem van het burgerlijk recht kan lastiger zijn bij privaatrechtelijke regels in de context van publiekrechtelijke.²¹ De ‘rijkkelijk vloeiende’ rechtspraak, zoals Hartkamp na twintig jaar BW constateerde, heeft heel vaak ook weinig te maken met de nieuwe codificatie, maar is gewoon een voortzetting van het bestaande recht over de codificatiegrens van 1992.²²

Niettemin, veel hoogste rechtspraak betreft bij voortduring ook rechtsvorming – de Hoge Raad overschrijdt daarbij bovendien ‘steeds vaker’ de grenzen van een individueel geval door het formuleren van abstracte uitgangspunten.²³ Schoordijk wees echter op het toegenomen belang van (kwalificatie van) de feiten in de rechtsvinding en -vorming; rechtspraak die meer naar feiten dan naar het recht kijkt, is van rechtswetenschap minder afhankelijk.²⁴ Hoe dan ook, rechtspraak is naast wetgeving de rechtsvormende institutie geworden – waarop dan de rechtswetenschap zich richt. Vranken beschrijft wetgeving en rechtspraak als de (enige) gelegitieme bronnen, en spreekt zelfs van een (te grote) gerichtheid van de rechtswet-

-
16. Quaedvlieg 2018: ‘Geen enkel privaatrechtelijk rechtsgebied zou een *Alleingang* moeten beginnen zonder zich voortdurend te blijven oriënteren op de bakens van de grote rechtsbeginselen die binnen het burgerlijk recht zijn uitgekristalliseerd. Op den duur is dat niet eens vol te houden; heel ons recht is immers doortrokken van die beginselen.’
 17. En is dan ook in de drie andere BW’s van het Koninkrijk terecht niet ingevoerd. Zo ook stellig Hartkamp 2012, p. 50: ‘de afschaffing van [de fiducia] is een verkeerde ingreep geweest’.
 18. Overheid.nl geeft 182 treffers (datum zoektocht: 2 juni 2022) wanneer Burgerlijk Wetboek als ‘titel’ wordt ingetoetst. Niet alleen tien boeken van het BW (niet Boek 9, maar wel Boek 7A), maar evenzo aanpassingswetten (3), implementatiewetten (7), invoeringswetten (2) en een overgangswet (1), uitvoeringswetten (4), een twintigtal wetten waarbij in het BW ten minste een verandering plaatsvond, 85 wijzigingswetten, 46 algemene maatregelen van bestuur en 4 ministeriële regelingen of besluiten.
 19. Zo verschijnen het geregistreerd partnerschap, elektronische handel, consumentenovereenkomsten, financiëlezekerheidsvereenkomsten, betaaldiensten. Zie hierover onder veel meer Hartlief 2018.
 20. Cessie werd door wettelijke aanpassing in 2004 verlost van het dwingende vereiste van mededeling aan de *debitor cessus* – art. 3:94 BW. Dieren zijn geen zaak meer – art. 3:2a BW.
 21. Bijvoorbeeld de gedragsnormen in de Wet financieel toezicht. Cherednychenko 2013, p. 1122-1128.
 22. Hartkamp 2012, p. 48.
 23. Giesen 2020, p. 29.
 24. Schoordijk 1988, p. 495.

tenschap op rechtspraak.²⁵ Privaatrechtelijke handhaving van publieke belangen is fundamenteel aanwezig in het burgerlijk recht,²⁶ juist bij de Urgenda- en de Shell-zaak.²⁷ De Jong en Faure doen onder meer een beroep op de autonomie van het privaatrecht en met name het aansprakelijkheidsrecht om de ‘*regulatory failure*’ bij publiekrechtelijke regulering op te vangen.²⁸ Maar zou die regulering dan door het enkele raam van het aansprakelijkheidsrecht moeten gaan, als in de rechtspraak aangereikt en door de wetenschap wat gepolijst? Voor participatie van andere instituties wordt gepleit.²⁹ Eveneens valt in dat verband ook de rechtswetenschappelijke aandacht op voor aanpassing van methodologie van de rechtsvinding en -vorming door die grote verscheidenheid aan regels van diverse herkomst, en door een verschuivende opvatting over de betrokken rechtsvormende instituties.³⁰ Het is zinvol om bij de historische beschouwingen juist daar wat meer aandacht aan te geven.³¹

3.3 DE CODIFICATIEGEDACHTEN SINDS 1992

De europeanisering van het nationale recht is sinds 1992 in volle gang,³² waarbij een codificatie van het recht in Europa al snel als voor de hand liggend ideaal werd geschetst,³³ of juist werd bestreden. Het debat over codificatie van een Europese

25. Vranken 2005, met name hoofdstuk 6 – gevangen in het schema wetgeving – rechtspraak, nr. 70 e.v. en de slotbeschouwing, nr. 151. In dezelfde toon Akkermans 2011.

26. Hartkamp 2012 wees er al op – en op de onderbelichting (destijds) – in de literatuur.

27. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*); Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie e.a./Shell*).

28. De Jong & Faure 2022.

29. Bijvoorbeeld door voor onze jurisprudentie nieuwe instituties als een ‘*law commission*’. Zo Verheij 2012, p. 79-90, met eveneens een mooi appel op de bestaande instituties als de NJV, die voor beter recht werden geboren, maar nu een andere methode moeten zoeken of hebben gekozen. Iets vergelijkbaars als een *law commission* stond ook C.W. Opzoomer al voor ogen: in navolging van Savigny en Schrader en onder verwijzing ook naar het Engelse instituut van de *Law Commission*, staat hij een instituut als de Romeinse *praetor* voor ogen, ‘wier edicten met den voortgaanden tijd mee voortgingen. (...) Er moet een blijvende commissie van wetgeving zijn, uit de beste rechtsgeleerden en uit de meest geoefende mannen der practijk saamgesteld’ (Opzoomer 1884, p. 76-77).

30. Loth & Van Gestel 2015. Zij spreken over rechtsvorming 3.0: ‘In deze context is het haar taak om een normatief kader te construeren dat is opgebouwd uit bouwstenen die zijn ontleend aan die rechtsbronnen, daarin coherentie te brengen, en daaraan de specifieke norm te ontleen die de maatstaf vormt voor het handelen of nalaten van partijen.’ Het is zinvoller als uitgangspunt te nemen dat de rechter een taak heeft bij de oplossing van maatschappelijke problemen, met name indien de politiek het langdurig laat afweten en de oplossing van die problemen steeds urgenter wordt (bijv. bij het stakingsrecht, abortus, euthanasie).

31. Sacco 1991; Zweigert, Kötz & Weir 1998.

32. Zo heeft bijv. het consumentenrecht vanuit Europa het Nederlandse verbintenissenrecht grondlegend veranderd.

33. Zie Hesselink c.s. 1994; verder over de invloeden van Europa op het Nederlandse privaatrecht zie bijv. Hartkamp 2019; zie ook de preadviezen van A.L.M. Keirse & P.M. Veder uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2010, over de europeanisering van vermogensrecht.

privaatrecht,³⁴ de recente codificaties van (grote delen van) het Franse³⁵ en vrij onverwacht toch nog het Belgische privaatrecht,³⁶ veranderingen in het algemene deel van het Zwitserse verbintenissenrecht,³⁷ en andere codificaties van burgerlijk recht binnen en buiten Europa³⁸ is in alle jaren sinds 1992 aanwezig. Ook in eigen jurisdictie blijkt dat nog eens uit de voortgaande codificatie van het verwante maar eigenstandige administratief recht.³⁹ De invoering van het nieuwe BW is een gelukkige ontwikkeling geweest, kwalificeerde Hartkamp in 2012 – overzichtelijkheid en begrijpelijkheid zijn toegenomen, het is gemoderniseerd, waarbij een ‘verstandig samenspel’ met de rechterlijke macht is ingebouwd.⁴⁰

Het geldende recht gaat echter al snel over in het recht van het verleden, wordt (al te) snel tot rechtshistorie,⁴¹ zeker ook door codificatie zelf, als die als exclusief wordt beschouwd.⁴² In de rechtshistorische literatuur verscheen in 1986 *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis* – de meest recente druk stamt uit 2020,⁴³ en daarnaast vele andere (vergelijkend) historische publicaties over de idee van codificatie.⁴⁴ Codificatie wordt zelfs gepresenteerd als ‘*the natural bedrock*’ van een civiele jurisdictie.⁴⁵ De idee van codificatie was en is springlevend.

Uit een verscheidenheid aan beschrijvingen van het begrip codificatie blijkt door de tijd heen van constanten in de onderling samenhangende methodisch-normatieve doelen van een codificatie: kenbaarheid, rechtszekerheid, uniformiteit en legitimiteit.⁴⁶ Die doelstellingen beogen dan belangen van private en publieke aard te bewaken, zoals het ‘eigen’ recht, beter recht, recht geschikt voor de huidige tijd, een meer efficiënte geschillenbeslechting, een vlot lopend economisch verkeer, maar heeft ook financiële redenen; in verband met de bestaande (rechts)cultuur aansluitend bij wat was, in verband met Nederland als internationaal handelsland aansluitend bij andere jurisdicties. Het leidt tot een aantal kenmerken om een codificatie als bijzondere categorie van regel te kunnen onderscheiden. Op de eerste plaats wordt het schriftelijkheidskenteken gebruikt. Soms is het alleen die beteke-

34. Legrand 1997.

35. Pavillon 2015.

36. Sagaert 2021; zie de schets over het onvermogen te codificeren van de Belgische wetgever in vergelijking met de Nederlandse situatie, Heirbaut 2010.

37. Hondius 2013.

38. Hondius 1988, p. 669-674; Hondius deed verslag van hercodificaties in vele kronieken in het *NTBR* – met name de landen in Oost-Europa hebben sinds de val van de muur een grote activiteit op dat gebied laten zien. Buiten Europa, over Japan, zie Van den Berg 2020a, p. 31-40.

39. Ortlep c.s. 2014.

40. Hartkamp 2012, p. 55.

41. Zie Milo 2017.

42. Lokin 1988, p. 668.

43. Lokin & Zwolve 1986.

44. Van den Berg 2020b.

45. Jansen 2016.

46. Lokin 1984; Lokin & Zwolve 2020; Van Caenegem 1987, p. 42; Coing 1985, p. 78: ‘ein systematisch aufgebautes, in klaren Prinzipien sprechendes, umfassendes Gesetz, welches mindestens einen ganzen Lebensbereich, wenn nicht das ganze Leben einer gegebenen Gesellschaft ordnet.’

nis die met de term 'codificeren' is bedoeld. Op de tweede plaats wordt verlangd dat een codificatie met (overheids)gezag uitgevaardigd is. Op de derde plaats, meer onderscheidend, dat een codificatie een bepaald afgebakend normatief domein omvat – zoals het burgerlijk recht of het vermogensrecht. Vaak wordt in die afbakening exclusiviteit van de codificatie als rechtsbron gelezen – zoals in de werkdefinitie van Lokin en Zwalve.⁴⁷ Op de vierde plaats wordt aangegeven dat er in die gezaghebbende optekening een zekere systematiek moet zijn om van een codificatie te kunnen spreken. In al die kenmerken manifesteert zich de aloude codificatiegedachte.

3.4 DE CODIFICATIEGEDACHTEN VÓÓR 1992

De codificatiegedachte komt al in de zestiende en zeventiende, maar vooral de achttiende eeuw ten volle tot ontwikkeling. In onze streken wordt een rechtsgeleerde pamflettenstrijd gevoerd tussen Schorer en, achter het pseudoniem 'jonge praktizijn' verscholen, Vitringa.⁴⁸ Schorer, de oude en zeer ervaren president van het hoogste gerechtshof van Staats-Vlaanderen in Middelburg, pleitte voor een codificatie – hetzij provinciaal, hetzij voor de gehele Republiek – juist om de kenbaarheid van het recht ten behoeve van een efficiënte rechtsgang te bewerkstelligen. Vitringa daarentegen pleitte behoudend en met veel pathos (en ongepolijst) juist daartegen, voor de status quo, zonder codificatie, met recht en rechtsbedeling op basis van het Rooms-Hollandse recht.⁴⁹ Met die veelheid aan bronnen kon inderdaad prima worden gewerkt, omdat de wetenschap in die normenzee zorgde voor een conceptuele systematiek, en daarmee ook voor (een zekere mate van) eenheid, overzichtelijkheid en rechtszekerheid. Tijdens het tijdvak van het Rooms-provinciale recht verleende met name de Justiniaanse institutensystematiek, rationele argumentatie op grondslag van het Romeinse juristenrecht, de noodzakelijke systematische orde in het geschreven en ongeschreven lokale en regionale recht.

Beide mogelijkheden voor een juridische orde – met of zonder een codificatie – zijn nog steeds aanwezig tegenwoordig. Er bestaan civiele jurisdicties zonder codificatie van burgerlijk recht, zoals Schotland en Zuid-Afrika. Deze jurisdicties laten zien dat de met de codificatie beoogde doelen ook zonder codificatie kunnen worden bereikt.⁵⁰ Ook een precedentenstelsel, merkt Meijers op, is 'evengoed bestaanbaar als een dat zijn middelpunt in een wetboek vindt'.⁵¹ Een veelheid aan bronnen – geschreven en ongeschreven, afkomstig met kracht van formele en materiële autoriteit van wetgever, rechter, rechtswetenschap – kunnen eveneens tot op

47. Lokin & Zwalve 1986; 5e druk 2020.

48. Schorer 1777, p. 78. Zoals Van Kan beeldend beschrijft in het *Gedenkboek BW 1838-1938* (zie Van Kan 1938, p. 243-276).

49. Vitringa 1777.

50. Waarover Zimmermann & Visser 1996; Visser, Zimmermann & Reid 2004.

51. Meijers 1954, p. 6.

zekere hoogte kenbaarheid, rechtszekerheid, uniformiteit en legitimiteit verzorgen. Net zoals bij ons, voordat onze eerste codificatie werd uitgevaardigd.

Beide wegen liggen dicht bij elkaar, omdat de inleidingen tot het Rooms-provinciale recht – Grotius' *Inleidinge* (1620/1631) aan het begin, Van der Linden's *Rechtsgeleerd, Practikaal en Koopmans' Handboek* aan het eind, in 1806 – systematisch inhoudelijk weinig verschillen van een codificatie van burgerlijk recht. De oude Justiniaanse institutensystematiek in personen, zaken en verbintenissen was bij Grotius en Van der Linden, bij alle schrijvers, te vinden. Deze inhoudelijke bepalingen werden echter traditioneel voorafgaan door een tweetal titels, waarin over recht, rechtvaardigheid, rechtsbronnen en methoden werd gesproken – dat alle recht beoogde vooraf te gaan, privaat en publiek, alomvattend. In die inleidende titels staat nog steeds veel lezenswaardigs.

Niet alleen is er geschreven recht van velerlei herkomst, naast ongeschreven gewoonterecht, beide afhankelijk van plaats en tijd, maar bovenal wordt ingezien dat er fundamentele normen zijn, die gelden ongeacht plaats en tijd – Grotius maakt het onderscheid tussen natuurrecht en burgerlijk recht – in een verbonden twee-eenheid: '[a]engeboren wet in den mensche is het oordeel des verstands, te kennen ghevende wat zaken uit haer eighen aerd zijn eerlick ofte oneerlick, met verbintnisse van Gods wegen om 't zelve te volgen.'⁵² Veelheid aan rechtsbronnen en instituties wordt methodisch onderworpen aan dat 'oordeel des verstands', de wetenschappelijke ratio: 'zoo wanneer van eenige zaken gheen beschreven land-rechten, hand-vesten, keuren ofte ghewoonten en werden bevonden, zoo zijn de rechtters van ouds by eede vermaent geweest daer in te volgen de beste reden nae hare wetenheid ende bescheidenheid. Doch alzoo de Roomsche wetten in zonderheid sulcx, als die ten tijde des keizers Justiniaen vergadert zijn gheweest, by verstandighe luiden bevonden werden wijsheyds ende billickheyds vol te zijn, zoo zijn de zelve eerst als voorbeelden van wijsheid ende billicheid, ende mettertijd door gewoonte als wetten aengenomen.'⁵³ Waarom zou een codificatie van 'een overheid' afkomstig moeten zijn? Het zou toch primair om inhoudelijke legitimatie moeten gaan, niet om formele?

Die gedachte van een wetenschappelijke orde blijft, ook als vanaf 1795 de achtereenvolgende constituties de fundamentele codificatieplicht van wetgeverswege brengen. Het *Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland* (WNH; 1809) sloot inhoudelijk aan bij de *Code civil*,⁵⁴ maar deels ook bij de oude Rooms-Hol-

52. Hugo de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* 1.2.5 (ed. Dovring, Fischer, Meijers, 1952) – het natuurrecht zou evenzo gelden zelfs als wij zouden aannemen dat God niet zou bestaan, merkt Grotius op in de *prolegomena* tot zijn *De iure belli ac pacis*.

53. Hugo de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* 1.2.22 (ed. Dovring, Fischer, Meijers, 1952).

54. Sinds 1811 was de Franse *Code civil* van kracht, eerst voor Nederland als onderdeel van het Franse rijk, een paar jaar later in onafhankelijkheid van het gezamenlijke Noord- en Zuid-Nederlandse koninkrijk, en sinds 1838 in een systematisch vernieuwd (Noord-)Nederlands BW.

landse traditie.⁵⁵ Beide codificaties waren bedoeld als open systemen.⁵⁶ De codificatiegedachte als nationale politiek van uniformiteit in eigen recht kwam in al die jaren sterk tot uitdrukking in (de debatten over) de ontwerpen Kemper van 1816 en 1820, eveneens als middel om recht en kenbaarheid te verbeteren,⁵⁷ maar exclusief voor wat de ruimte in interpretatie aangaat waren ook die ontwerpen niet bedoeld. Een exclusiviteit van het burgerlijk wetboek was verankerd in het bij wetgeving in 1809 en 1829 ontnemen van formele rechtskracht aan alle oudere recht, in de Wet algemene bepalingen van 1829, maar bovenal in wetspositivistische rechtstheorieën.⁵⁸ Op basis daarvan kon Opzoomer rechtsvormende kracht aan gewoonte en rechtspraak ontzeggen, en de wet als enkele rechtsbron aanvaarden. De technieken van wetsuitleg nam hij expliciet over van Von Savigny: tekst, systeem, historie en logica.⁵⁹ Diephuis en Land hebben technieken die op punten verschillen, maar in gerichtheid op de wettekst gelijk zijn.⁶⁰ Die technieken maken het BW potentieel in zichzelf gekeerd, uitsluitend, exclusief. En de nadelen daarvan vallen op als de wetgever te langzaam reageert. Op zichzelf hoeft dat geen enkel probleem te zijn, want er zou vlot nieuwe wetgeving kunnen worden uitgevaardigd, en ook met doorredeneren valt er zeer veel in de wet te lezen – dat is de kracht van rechtsvinding.⁶¹ Beide gebeurt dan te weinig of onvoldoende, in ieder geval in de rechtspraak, waardoor ook de methode van rechtsvinding verandert, met Lindenbaum/Cohen als mijlpaal.⁶² Met die verandering in methode verschuift ook het primaat van de rechtsvorming langzaam van de wetgevende macht naar de rechtspraak. Daarmee wordt voor een ieder wel duidelijk dat zowel wat betreft rechtsbronnen,

55. Waarover de publicaties in Lokin, Milo & Van Rhee 2010.

56. In het *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* (1801) is de opvatting van Portalis tekenend (ed. 2004, p. 14): ‘Les lois ne sont pas de purs actes de puissance; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu’un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois; qu’elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites.’ Art. 5 WNH geeft eenzelfde openheid voor de rechter: ‘Wanneer eenig geval voorkomt, het welk bij de wet niet bepaald is, noch, door de toepassing van de regelen eener gezonde uitlegkunde, volgens de wet kan worden uitgemaakt, moet in de beslissing van hetzelfde gevolgd worden het geen met de billijkheid en de analogie van het vastgesteld regt, in gelijksoortige gevallen, zal bevonden worden meest overeenkomstig te zijn.’ In beide gevallen staat het gezag van de ratio bovenaan, niet de formele autoriteit.

57. In de opdracht en ontwerpen van Staatscommissie Van Meerbeke sinds 1879.

58. De negentiende-eeuwse Nederlandse (ontwerpen van) codificaties kunnen in het bijzonder worden beschouwd als een middel om tot eenwording, unificatie, te komen voor alle ingezetenen in het Nederlandse grondgebied. Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1838, een product van de overtuigingen van de bourgeoisieklasse, leidde tot een formalistische houding van de rechtbanken en de rechtsleer. Zie hierover Van Dongen 2022.

59. Opzoomer 1884.

60. Waarover Kop 1982; Lokin 1992.

61. Een voorbeeld is de risicoansprakelijkheid voor zaken die in Frankrijk en België op grondslag van art. 1384 Code civil in de commentaren op de Code civil wordt verdedigd – en in de rechtspraak heersend wordt. In Nederland verdedigt Opzoomer die benadering. Milo 2019; verder Brunner 1992, p. 1-23.

62. HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, 161.

rechtvormende instituties, als methode van rechtsvinding en -vorming de Nederlandse civielrechtelijke codificatie niet in zichzelf besloten is.⁶³ Een flink deel van de rechtswetenschap had zich al aan het einde van de negentiende eeuw wat van de kluisters van het BW weten te bevrijden, zonder de codificatie geheel uit het oog te verliezen.⁶⁴

Niet alleen in het domein van het geldende recht werd codificatie besproken, ook in de rechtshistorie treffen we aandacht voor codificatie. Zo verschijnen in de eerste jaren van het door Meijers opgerichte *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* met name van Van Kan zeer veel aan analyses over zestiende-eeuws codificatiedenken, met name in Frankrijk, ten behoeve van een nationale unificatie, een betere procedure, afgezet tegen de verwarring die besloten zou liggen in het gerecipeerde Romeinse recht.⁶⁵ En zo gold identiek volgens Meijers voor de situatie onder het oude BW, getuige zijn toelichting op de Boeken 1-4 (1954), in de algemene inleiding:

‘Welke jurist weet thans aan de hand van de rechtspraak nauwkeurig de betekenis van de regel, bezit geldt als volkomen titel te bepalen, kan aangeven wanneer een beroep op de goede trouw is toegelaten, wanneer conversie van rechtshandelingen geoorloofd is, of weet de gevolgen van de zedelijke plicht om maatregelen te treffen voor de verzorging van zijn nabestaanden na zijn dood, te schetsen? (...) Zo zijn de voordelen, die men steeds van een wetboek heeft verwacht: eenvoud van het recht, overzichtelijkheid van het recht, rechtszekerheid, meer en meer aan het verdwijnen.’⁶⁶

Bij dergelijke inleidende woorden verdwijnt het optimistische beeld van Paul Scholten's oude vertrouwde huis wel erg naar de achtergrond. Niet zozeer eenvoud en overzichtelijkheid, maar het recht als systeem, waarbij een veelheid aan bronnen wordt erkend, en een vrijwel onbeperkte eclectische argumentatiemethode wordt benadrukt, kan ook een oude codificatie goed bruikbaar houden. Paul Scholten sprak daarover zelfs van ‘vloeibaarheid’ van het recht als systeem.⁶⁷

63. Van Dongen 2022.

64. Een mooi en bekend voorbeeld is Molengraaff 1887, p. 386; Scholten 1899. Het handelsrecht had zich veel minder door wet en civiele traditie geïnspireerd ontwikkeld, en van oudsher aan de handsgewoonte veel rechtvormende kracht toegekend. Grotius past die handelsgebruiken in zijn *Inleidinge*, zoals het wisselrecht – *Inleidinge* 3.13 en 3.45; Holtius geeft halverwege de negentiende eeuw het handelsrecht een zelfstandige plaats, maar wel in verbinding met het ‘gemene recht’. Zie Holtius 1861, p. 6: ‘de behoeften, de belangen, de gebruiken van den Koophandel’.

65. Zie de publicaties in de eerste nummers van het *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*: Van Kan 1920a, p. 149; Van Kan 1920b, p. 359-427; Van Kan 1922, p. 1-11, 12-29, 423-424.

66. Meijers 1954, p. 6.

67. Scholten 1931, p. 23. Zie over Scholten's *Algemeen deel*, Van Dongen 2019.

3.5

DE CODIFICATIEGEDACHTEN EN DE TOEKOMENDE TIJD

Kan onze codificatie van burgerlijk recht heden ten dage en morgen nog steeds eenvoud of uniformiteit, overzichtelijkheid en rechtszekerheid bieden? Het antwoord kan instemmend zijn, ook met de veranderingen waarvoor we ons tegenwoordig geplaatst zien. Wij signaleerden reeds: de veelheid aan bronnen van ons hedendaagse recht, de bij rechtsvorming betrokken instituties en de methoden van rechtsvorming zelf.

Ten eerste, de veelheid aan rechtsbronnen, of in hedendaagse termen: de meerlagige rechtsorde, was met de codificatie steeds bedoeld te adresseren, in 1809, 1992. Exclusiviteit werd met name door exegetische rechtsleer ingebracht, maar tegen het einde van de negentiende eeuw werden in rechtsleer en later hoogste rechtspraak buitenwettelijke gewoonte of sociale normen als rechtsbron geaccepteerd. Ook rechtspraak werd in rechtsleer erkend als bron van recht. Overigens is ook bij de grootste exegeten (Opzoomer en Laurent) zeer goed zichtbaar dat zelfs in hun schijnbaar restrictieve benadering van de codificatie toch met behulp van hun exegetische rechtsvinding en -vorming, met argumenten ontleend aan tekst, systeem, historie en logica een vergelijkbaar groot bereik uit de wet kon worden gehaald.⁶⁸

Ten tweede, de bij rechtsvorming betrokken instituties. Rechtspraak was eveneens geen formele rechtsbron tot aan de twintigste eeuw, en niet meer dan individuele geschillenbeslechting. Meijers' geschetste precedentenstelsel als alternatief voor codificatie was een nieuwe ontwikkeling, die brak met het in deze continentale streken aloude beginsel dat rechterlijke uitspraken geen objectief recht maken.⁶⁹ Opzoomer ging daar ook nog steeds van uit – Diephuis in mindere mate.⁷⁰ Ook rechtspraak is naast wetgever als rechtsvormer verschenen en gebleven, en veel meer dan voorheen in de rechtsleer met formele autoriteit bekleed. Vranken wijst daarop, en zou wensen dat de rechtswetenschap zich van die autoriteit van de hoogste rechtspraak wat zou losmaken.⁷¹ De plaats die hoogste rechterlijke uitspraken in Paul Scholten's *Algemeen deel* innamen is van meer bescheiden aard: argumenten kunnen ook met een oude codificatie langs vele wegen eclecticisch worden aangevoerd, inhoudelijk worden gewogen, en niet alleen aanvaard worden krachtens formele autoriteit. Dat is bij onze hedendaagse kwesties eens te meer noodzakelijk.

Ten derde, de methoden van rechtsvorming zelf, de gelegitimeerde argumentatie. Smits gaf al een decennium geleden een gesystemiseerd eclecticisch overzicht van de veelheid aan methoden om tot geldend recht te kunnen concluderen.⁷² Hij staat

68. Waarover Brunner 1988, p. 454-460, met name in par. 2, onder verwijzing naar Lokin 1984, p. 1-50; zie ook Milo 2019.

69. Gebaseerd op Justinianus' C.7.45.13 (*non exemplis sed legibus iudicandum est*).

70. Opzoomer 1884, p. 76: 'de langste rij van overeenstemmende arresten zelfs van het hoogste rechterlijke lichaam maakt geen positief recht.'

71. Vranken 2005, met name in de slotbeschouwing, nr. 151.

72. Smits 2009, *passim*.

in een oude civiele traditie, waarin de Justiniaanse institutionele systematiek nog steeds een ordenende rol speelt. Het gaat dan om de in ons BW nog steeds aanwezige en slechts op details aangepaste indeling in rechtsgebieden in het burgerlijk recht van personen, zaken en verbintenissen. Een onderdeel van de Instituten dat in de codificaties niet is opgenomen, maar wel van oudsher aanwezig was in het geleerde recht, betreft de eerste twee inleidende titels die handelen over recht en rechtvaardigheid,⁷³ en over de twee (of drie)deling in natuurrecht en burgerlijk recht.⁷⁴ We spraken daarover in de voorgaande paragraaf. Ook in het gerecipieerde recht dienden zowel recht als rechtvaardigheid, zowel natuurrecht als burgerlijk recht als onverbreekelijke fundamentele verbonden, bij al wat het materiële recht inzake personen, zaken en verbintenissen en detail kon aangaan. De grondregels van het menselijk samenleven werden ingeprent, voordat welke materiële rechtsregel begrepen kon worden: de grondregels van het recht zijn deze: eerlijk te leven (*honeste vivere*), niemand te benadelen (*alterum non laedere*) en ieder het zijne toe te delen (*suum cuique tribuere*).⁷⁵ In de *Inleidinge* en het *Koopmanshandboek* verschijnen ze in een Aristoteliaanse uiteenzetting van verdelende en vergeldende rechtvaardigheid.⁷⁶ Plichten bevinden zich ook nog bij alle subjectieve rechten, dank zij het natuurrecht.⁷⁷ Publieke belangen kunnen in dat systeem worden bewaakt.⁷⁸ Ook met de meerlagigheid van hun rechtsorde konden de Rooms-Hollandse juristen Grotius en Van der Linden goed overweg, met een door ratio gestuurde argumentatie, op grondslag van concepten, regels en argumenten ontleend aan Romeins recht en (fundamenteel) natuurrecht.⁷⁹ In een dergelijk methodisch en fundamenteel verband kan onze codificatie nog steeds worden gedacht, ook als het door onze wetgever ongeschreven blijft, in rechtspraak en wetenschap.

3.6 CONCLUSIE

Wat kan de betekenis zijn van de codificatiegedachte, op grondslag van onze historische beschouwingen? We hebben in de hoeveelheid en hoedanigheid van veran-

73. *Inst.1.1 (De iustitia et de iure)*; zie ook in de Digesten. D. I.1.1 (*De iustitia et iure*).

74. *Inst.1.2 (De iure naturali et gentium en civili)*; in de Digesten als over de oorsprong van het recht en alle opeenvolgende magistraten en rechtsgeleerden. Zie D.1.2 (*De origine iuris et omnium magistratum et successionum prudentium*).

75. D.1.1.10.1.

76. Grotius' *Inleidinge*, 1,1,10 en 1,2,6; *Koopmanshandboek*, eerste afdeling.

77. Van der Linden, *Regtsgeleerd, Practicaal en Koopmans Handboek* (1806), 1,1,3: 'Het recht wordt gewoonlijk verdeeld in het Recht der Natuur, vervattende alle die plichten, zoo volkomende als onvolkomene welke de ingeschapene rede ons leert, dat ter bevordering van het geluk van ons zelve, en van onze medemenschen moeten worden in acht genomen.'

78. Krachtens het natuurrecht worden bijvoorbeeld zaken die bestemd zijn voor allen, of een kleinere gemeenschap, buiten het vermogensrecht geplaatst. Het is een classificatie die rechtstreeks uit het Romeinse recht werd gerecipieerd, gedetailleerd en eigentijds werd ingevuld, zoals in Grotius' *Inleidinge*, 2,1,16 e.v.

79. Duidelijk verwoord in Grotius' *Inleidinge*, 1,2,22.

deringen een viertal kwesties gesignaleerd waarop wij ons met name hebben gericht: de grote hoeveelheid regelgeving van velerlei aard (meerlagige rechtsorde), de publieke belangen in het privaatrecht, de bij rechtsvorming betrokken instituties en de methoden van rechtsvinding.

Wie de codificatiegedachte door de tijd heen vergelijkt, ziet dat een burgerlijk wetboek veel minder een scheiding met ouder en ander recht is dan het op het eerste gezicht wellicht lijkt te zijn. De kwalificatie 'exclusief', hoe hanteerbaar ook, zet toch al te gemakkelijk wat op het verkeerde been. We kunnen vruchtbaar oudere gedachten over codificatie beschouwen en vergelijken. Vernieuwing en verandering worden niet belemmerd, maar kunnen doordacht ook in onze codificatie worden ingepast met behulp van het oude recht dat nog aanwezig is in ons huidige recht. Dat hoeft niet door 'de overheid', door wetgeving of rechtspraak alleen. Ook de wetenschap kan met ratio die autoriteit verkrijgen, zonder te zeer op de rechtspraak gericht te zijn.

Codificatie van burgerlijk recht kent een lange traditie, om goede redenen. Het recht moet vindbaar en kenbaar worden gemaakt, het recht moet zeker en voorspelbaar zijn en het recht moet bij de tijd worden gebracht. En daarbij was altijd oog voor de meerlagigheid van de rechtsorde, de mogelijkheid van meerdere instituties betrokken bij de rechtsvorming, en de notie van een alomvattend, maar vooral open systeem. Het is fijn dat we een codificatie hebben – maar belangrijker dan dat – want nog steeds kan daarin niet alles in detail worden opgenomen – is het systeem weer te completeren, en in ere te herstellen. In zo'n systeem hoort aandacht voor de fundamenteën in recht, rechtvaardigheid, rechtsbronnen en methoden van rechtsvinding en -vorming. Dat kenden we al 2000 jaar uit de *Instituten* en de daardoor geïnspireerde *Inleidingen*. In die systematiek worden wij gesteund door onze (oud-vaderlandse) traditie, waarin de publieke en private meerlagigheid van onze rechtsorde door de wetenschap kan worden begrepen. Die volgt niet *rati-one auctoritate* wetgever, noch rechter, maar kent de van nature gegeven ratio als methode om voor te gaan in opgang tot overzichtelijkheid, rechtszekerheid en rechtvaardigheid, ook met een codificatie waarin daarvan niets is geëxpliciteerd. Het is het gezag van de rede.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Akkermans 2012

A.J. Akkermans, 'Beter recht door herziening van ons beeld van de herkomst van rechtsnormen', *NTBR* 2011/72, ook in: A.L.M. Keirse e.a. (red.), *Beter Burgerlijk Recht*, Kluwer 2012, p. 149-158.

Bakels 1988

F.B. Bakels, 'Rechter en codificatie van het burgerlijk recht', *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 26-42.

Van den Berg 2020a

P.A.J. van den Berg, 日本民法典编纂的政治学（1868—1912）——比较法视野下习惯法在法典中的地位 In: 现代法治研究 (Politics of codification in Meiji Japan (1868-1912): Comparative perspective of position of customary law in Japanese civil code), *Journal of Modern Rule of Law* 2020, 3, p. 31-40.

Van den Berg 2020b

P.A.J. van den Berg, *Kolonialisme en codificatie: Hoofdstukken uit de Caribische en Amerikaanse rechtsgeschiedenis*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

Brunner 1988

C.J.H. Brunner, 'Burgerlijk recht, geschreven en ongeschreven', *WPNR* 1988/5885, p. 454-460.

Van Caenegem 1987

R.C. Van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors*, Cambridge: Cambridge University Press 1987.

Cherednychenko 2013

O.O. Cherednychenko, 'Een nieuwe generieke zorgplicht in het financiële toezichtprivaatrecht: Op naar meer toenadering tussen het bestuursrecht en het contractenrecht?', *WPNR* 6998 (2013), p. 1122-1128.

Coing 1985

H. Coing, *Europaeisches Privatrecht, I*, München: C.H. Beck 1985.

Van Dongen 2019

E. van Dongen, 'Paul Scholten, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel – 1931', *Pro Memorie* 21.2 (2019), p. 185-188.

Van Dongen 2022

E.G.D. van Dongen, 'The Making, Meaning and Application of Civil Codes in the Netherlands', in: M. Graziadei & L. Zhang (red.), *The Making of the Civil Codes: A Twenty-first Century Perspective*, Singapore: Springer Nature 2022.

Florijn 1994

E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Maastricht: Datawyse/Universitaire Pers Maastricht 1994.

Fockema Andreae 1938

J.P. Fockema Andreae, 'De methode van interpretatie van het B.W. van 1838 tot heden', in: P. Scholten & E.M. Meijers (red.), *Gedenkenboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 65-96.

Franken 1988

H. Franken, 'Burgerlijk Recht en Informatica', *WPNR* 1988/5885, p. 466.

Giesen 2020

I. Giesen, *Rechtsvorming in het privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

De Groot & Bollen 1995

G.R. de Groot & C. Bollen, 'Verknoeit het Europese recht ons Burgerlijk Wetboek?', *NTBR* 12 (1995), 1, p. 1-11.

Hartlief 2018

T. Hartlief, 'Waarom een klein land groot kan zijn', *NJB* 2018/1237.

Hartkamp c.s. 1994

A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink c.s., *Towards a European Civil Code*, Nijmegen 1994.

Hartkamp 2012

A.S. Hartkamp, 'Het nieuwe BW – Ontwikkelingen sinds 1992', *Ars Aequi* 2012/1, p. 48.

Hartkamp 2019

A.S. Hartkamp, *Asser 3-I Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Wolters Kluwer 2019.

Heirbaut 2014

D. Heirbaut, 'Is Germany's Past Europe's Future? Unification and Codification of Private Law in 19th Century Germany and Today's Europe', in: J.M. Milo, J.H.A. Lokin & J.M. Smits (red.), *Tradition, Codification and Unification: Comparative-Historical Essays on Developments in Civil Law*, Cambridge 2014, p. 71-100.

De Groot 1952

H. de Groot, *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* (ed. Dovring, Fischer & Meijers, 1952).

Holtius 1861

A.C. Holtius, *Voorlezingen over handels- en zeerecht*, I, Utrecht: Kemink en zoon 1861.

Hondius 1988

E.H. Hondius, 'Nieuw Burgerlijk Wetboek: novum voor West-Europa? Beschouwingen over hercodificatie van burgerlijk recht in enkele Europese landen', *NJB* 1988, p. 669-674.

Hondius 2013

E.H. Hondius, 'Zwitsers verbintenissenrecht: naar een nieuw algemeen deel', *NTBR* 2013/44.

Hondius 2019

E.H. Hondius, 'Kroniek Algemeen', *NTBR* 2019/32.

Jansen 2016

C.J.H. Jansen, 'A European Civil Code and National Private Law: Lessons from History', *ERPL* 24/3-4 (2016), p. 473-488.

Jansen 2022

K.J.O. Jansen, 'Reflexwerking van Europees Privaatrecht' (redactioneel), *NTBR* 2022/1.

De Jong & Faure 2022

E. de Jong & M. Faure, 'De autonomie van het civiele recht en het strafrecht bij normstelling voor ernstige risico's voor de fysieke leefomgeving', *NJB* 2022/864.

Van Kan 1938

J. van Kan, 'Het Burgerlijk Wetboek en de Code civil', in: P. Scholten & E.M. Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 243-276.

Van Kan 1920a

J. van Kan, 'Codificatie onder Lodewijk XVI', *TvR* 1920, p. 149-162.

Van Kan 1920b

J. van Kan, 'De rechtsgedachte van het codificatiewerk der revolutie', *TvR* 1920, p. 359-427.

Van Kan 1922

J. van Kan, 'Francois Hotman en de Codificatie-Politiek Van Zijn Tijd', *TvR* 1922/1, p. 1-11.

J. van Kan, 'De Codificatiepolitiek Onder Lodewijk XIV', *TvR* 1922/1, p. 12-29.

J. van Kan, 'Un Project de Code Civil Tardif et Inedit', *TvR* 1922/2, p. 423-424.

Keirse & Veder 2010

A.L.M. Keirse & P.M. Veder, *Europeanisering van vermogensrecht. Preadviezen van de Vereniging voor Burgerlijk recht 2010*, Deventer: Kluwer 2010.

Kop 1982

P.C. Kop, *Legisme en privaatrechtswetenschap*, Deventer: Kluwer 1982.

Legrand 1997

P. Legrand, 'Against a European Civil Code', *Modern Law Review* 1997, p. 44-63.

Van der Linden 1806

J. van der Linden, *Regtsgeleerd, practicaal en koopmans handboek*, Amsterdam 1806.

Lokin 1984

J.H.A. Lokin, 'Lex semper loquitur', *GROM* 1984/1, 1-50.

Lokin 1988

J.H.A. Lokin, 'De nationale codificatie in haar verhouding tot het geschreven en ongeschreven subsidiaire recht', *NJB* 1988, p. 660-668.

Lokin c.s. 2010

J.H.A. Lokin, J.M. Milo & C.H. van Rhee, *Tweehonderd jaren codificatie van het privaatrecht in Nederland*, Groningen: Chimaira 2010.

Lokin & Zwalve 1986/2020

J.H.A. Lokin & W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, 1e druk Groningen: Wolters-Noordhoff/Forsten 1986; 5e druk Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2020.

Loos 2007

M. Loos, 'De invloed van het Europese richtlijnenrecht op de coherentie van het Nederlandse privaatrecht. Reactie op "Europa en de erfenis van Meijers"', *NTBR* 2007, 20.

Loth & Van Gestel 2015

M. Loth & R. van Gestel, 'Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?', *NJB* 2015, 2598-2605.

Meijers 1938

E.M. Meijers, 'Wijzigingen en aanvullingen van het Burgerlijk Wetboek na 1838', in: P. Scholten & E.M. Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 33-63.

Meijers 1954

E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting*, Den Haag: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1954.

Milo 2009

J.M. Milo, 'Exclusief! Tweehonderd jaren gecodificeerd nationaal privaatrecht: het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland. Over codificatie, rechtsvorming, het oude en het vreemde recht, destijds en thans', *NTBR* 2009/10, p. 379-388.

Milo 2017

J.M. Milo, 'Hang naar heden', *AA* 2017, p. 240-249.

Milo c.s. 2014

J.M. Milo, J.H.A. Lokin & J.M. Smits (red.), *Tradition, codification and unification: comparative-historical essays on developments in civil law*, Cambridge: Intersentia 2014.

Molengraaff 1887

W.L.P.A. Molengraaff, 'De 'oneerlijke concurrentie' voor het Forum van den Nederlandschen Rechter, tevens eene bijdrage tot de uitlegging van art. 1401 B.W. en van de Wet op de handels- en fabrieksmerken', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887, p. 373-435.

Nieuwenhuis 1988

J.H. Nieuwenhuis, 'De verwoestende kracht van de rechtswetenschap', *Justitiële Verkenningen* 14 (1988), nr. 6, p. 23-25.

Ortlep c.s. 2014

R. Ortlep, W. den Ouden, Y. Schuurmans, A. Tollenaar, G. van der Veen & J. Wolswinkel, 'Nut en noodzaak van een algemene codificatie van bestuursrecht', *Netherlands Administrative Law Library*, 2014.

Opzoomer 1884

C.W. Opzoomer, *Aanteekening op de Wet houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk*, 4e druk, Den Haag: Gebr. Belinfante 1884.

Pavillon 2015

C.M.D.S. Pavillon, 'Een nieuw contractenrecht voor Frankrijk', *NTBR* 2015/11.

Polak 1988

J.M. Polak, 'Het WPNR en 150 jaar Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 1988/5885, p. 441-445.

Portalis 1801

J.-E.-M. Portalis, *Discours preliminaire du premier projet de Code civil*, 1801 (ed. Bordeaux: Éditions Confluentes 2004).

Quaedvlieg2018

A. Quaedvlieg, 'De lange adem van Boek 9', *NJB* 93 (2018), p. 1783-1787.

Sacco 1991

R. Sacco, 'Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law', *The American Journal of Comparative Law* 39 (1991), 1, p. 1-34.

Sagaert 2021

V. Sagaert, 'De krachtlijnen van het nieuwe Belgische goederenrecht: en paringsdans met het Nederlandse goederenrecht', *NTBR* 2021/18.

Scholten 1899

P. Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (dissertatie UvA), Amsterdam 1899.

Scholten 1931

P. Scholten, *Algemeen deel*, Zwolle 1931.

Scholten 1938

P. Scholten, 'De codificatie-gedachte vóór honderd jaar en thans', in: P. Scholten & E.M. Meijers (red.), *Gedenkbok Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 1-31.

Schoordijk 1988

H. Schoordijk, 'Iets over de ontwikkeling van het burgerlijk recht in wetenschap en praktijk in deze eeuw tot ongeveer 1960', *WPNR* 1988/5885, p. 494-509.

Schorer 1777

W. Schorer, *Verhoog over de ongerymdheid van het samenstel onzer hedendaagsche regtsgeleerdheid en praktijk*, Middelburg 1777.

Smits 2009

J.M. Smits, *Omstreden rechtswetenschap: Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Valk 2007

W.L. Valk, 'Europa en de erfenis van Meijers', *NTBR* 2007, 5, p. 45.

Verheij 2012

A.J. Verheij, 'Wie is verantwoordelijk voor hanteerbaar privaatrecht?', in: A. Keirse e.a. (red.), *Beter Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 79-90.

Visser c.s. 2004

D. Visser, R. Zimmermann & K. Reid (red.) *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa*, Oxford: Oxford University Press 2004.

Vitringa 1777

L.J. Vitringa, *De eer der Hollandsche natie, en van hare wetgevers, rechters, en rechtsgeleerden, met eene zeedige, dog naar den aard der belediginge geschikte vrymoedigheid verdedigd, tegens het Verhoog over de ongerymdheid van het samenstel onzer hedendaagsche rechtsgeleerdheid, en practyck, van Mr. Willem Schorer door eenen jongen praktizyn*, Den Haag: Johannes Mensert 1777.

Vranken 2005

J.B.M. Vranken, *Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 2005.

Wertheim 1938

W.F. Wertheim, 'De verhouding van het B.W. tot de gewoonte van 1838 tot heden', in: P. Scholten & E.M. Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 97-128.

Zimmermann & Visser 1996

R. Zimmermann & D. Visser (red.), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Oxford: Oxford University Press 1996.

Zweigert, Kötz & Weir 1998

K. Zweigert, H. Kötz & T. Weir, *Introduction to Comparative Law*, 3e druk, Oxford: Clarendon 1998.

DEEL II

BEWEGINGEN IN HET PERSONENRECHT

Michelle Michels en Lies Punselie

4.1 INLEIDING

Het afstammings- en gezagsrecht is van oudsher gebaseerd op het huwelijk tussen man en vrouw. Toen vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw alternatieve leefvormen hun intrede deden in de samenleving, ontstond de wens om het recht daarop te laten aansluiten. Het net in 1970 ingevoerde Nieuwe Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek barstte daarmee al snel uit zijn voegen en moest in 1998 ingrijpend worden aangepast. Inmiddels heeft echter ook de rol(verdeling) van de ouders een verandering ondergaan. Waren vaders nog tot zeer ver in de vorige eeuw mannen die voor het gezin de kost verdienden en op zondag het vlees kwamen snijden, de moderne vader loopt achter de kinderwagen en heeft papadagen waarop hij in zijn eentje voor de kinderen zorgt, terwijl moeder (of vader nummer twee) buitenshuis aan het werk is. Juridisch komt dat gelijkwaardig ouderschap echter nog niet altijd helemaal uit de verf, niet in de laatste plaats omdat degenen die een gezin willen stichten of hebben gesticht geregeld blijken na te laten om de noodzakelijke stappen daarvoor te zetten of de wet domweg te weinig ruimte biedt om die stappen te zetten. Wie niet voor het traditionele huwelijk (of geregistreerd partnerschap) kiest,¹ kan voor de juridische vormgeving van het gezin de afstammingsrelatie tussen vader en kind regelen (de erkenning), de gezamenlijke gezagsuitoefening inschrijven in het gezagsregister,² de financiële huishouding behoorlijk inrichten en ook enkele gedachten wijden aan hoe het verder moet als de liefde mocht bekoelen. Maar helaas zien we in de rechtspraak hele volksstammen voorbij komen die als de liefde daadwerkelijk bekoeld is tot de ontdekking komen dat ze er juridisch een rommeltje van hebben gemaakt. Vaders ontdekken dan bijvoor-

1. Of kan kiezen: de huidige wet sluit uit dat een huwelijk of geregistreerd partnerschap gesloten wordt tussen meer dan twee personen (art. 1:33 in verbinding met art. 1:80a lid 1 BW).
2. Als de Wet van 7 juni 2022, *Stb.* 2022, 242 in werking is getreden (vermoedelijk 1 januari 2023), zal de gezamenlijke gezagsuitoefening van de geboortemoeder en de persoon die het kind heeft erkend in beginsel van rechtswege ontstaan. In het nieuwe art. 1:251b BW zijn echter op deze koppeling wel nog diverse uitzonderingen geformuleerd, waarmee de mogelijkheid om de gezagsuitoefening 'handmatig' op een andere manier vorm te geven blijft bestaan.

beeld dat ze nadat het gezin uiteen is gevallen geen zeggenschap over hun kinderen blijken te hebben. De vraag rijst dan hoe we in de nieuwe leefvormen de band kunnen beschermen tussen de 'ouder' en het kind die niet is voorzien van het etiket juridisch ouderschap of het etiket gezag? Hoe kan die band in stand blijven als een ouder bijvoorbeeld gaat verhuizen? Mag hij of zij het kind / de kinderen meenemen zonder toestemming van de achterblijvende ouder? Of kan het recht op omgang dat kinderen hebben met een persoon met wie ze in een nauwe persoonlijke betrekking staan nog worden afgedwongen, bijvoorbeeld met een door de rechter gegeven bevel tot terugverhuizing? En hoe wordt de mening gewogen van een ouder die in juridische zin een buitenstaander is als er beslissingen moeten worden genomen over een medische behandeling van een kind of de vraag of het misschien beter kan overstappen naar een andere onderwijsvorm? Het huidige recht biedt lang niet altijd aanknopingspunten om deze vragen te beantwoorden. Wij zullen in het navolgende eerst een korte schets geven van de ontwikkelingen op het gebied van ouderschap en de juridische vormgeving daarvan, gevolgd door het signaleren van een slingerbeweging van het recht van de waarde van biologisch/genetische betrekkingen ('nature') naar de waarde van de feitelijke zorg en continuering daarvan ('nurture') en weer terug. Wij sluiten af met een begin van een antwoord op de vraag wat deze ontwikkelingen en met name de hernieuwde aandacht voor 'nature' betekent voor de positie van kinderen in een recent ontstane nieuwe leefvorm, het meeroudergezin.

4.2 OUDERSCHAP: ONTWIKKELINGEN

Een groot deel van het Nieuw Burgerlijk Wetboek is in werking getreden op 1 januari 1992. Het nieuwe Boek 1 (Personen- en familierecht) is echter ruim twintig jaar ouder. Het trad op 1 januari 1970 in werking. Een in het oog springende wijziging ten opzichte van het oude Boek 1 vormt de titel van Boek 1. Tot 1970 luidde die *Van personen*. Het nieuwe Boek 1 kreeg als opschrift mee: *Personen- en familierecht*. Een mens vormt onderdeel van zijn sociale omgeving; familierelaties maken daar deel van uit en dat komt met dit opschrift beter tot uiting dan in het oude *Van personen*. Dat neemt niet weg dat met het nieuwe Boek 1 nog steeds werd uitgegaan van de ordening van (seksuele) relaties tussen mensen door middel van het huwelijk. Wie ongehuwd seksuele relaties aanknoopte waar kinderen uit voortkwamen, liep in die tijd nog met een denderende klap op tegen de onmogelijkheid om de juridische positie van de gezinsleden tot elkaar vorm te geven. Dat betekende overigens niet dat de samenleving zich keurig schikte in het door de wetgever bepaalde normenkader. Vanaf de jaren zeventig werd langzaamaan minder omstreden dat ook buiten het huwelijk kinderen werden geboren en dat gebeurde ook in toenemende mate. Ook deed de Bewust ongehuwde moeder (BOM-moeder) haar intrede. Het EHRM wees in 1979 België terecht in het befaamde *Marckx*-arrest en dat had baanbrekende gevolgen voor het Belgische, maar ook voor het Neder-

landse afstammingsrecht.³ In de loop van de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw werden vele kleinere wijzigingen in Boek 1 BW doorgevoerd, maar het duurde nog tot 1998 voordat – na een ellenlang politiek traject – een echte moderniseringsslag gestalte kreeg. In dat jaar traden vier nieuwe wetten in werking waarmee de positie van binnen en buiten het huwelijk geboren kinderen dichter naar elkaar toe werd getrokken.⁴

Vanaf de invoering van het nieuwe Boek 1 BW deed de wetgever dus zijn best om de maatschappelijke ontwikkelingen op het gebied van leefvormen bij te houden en bouwde in Boek 1 telkens nieuwe kamertjes bij om de in weer nieuwe leefvormen geboren spruiten een plekje te geven. De aandacht voor 'nurture' nam op dat moment substantieel toe. Het uitgangspunt van het Nederlandse afstammingsrecht bleef echter dat kinderen geboren werden binnen de (aanvankelijk het liefst door het huwelijk geformaliseerde) relatie van een man en een vrouw, waarbij de natuurlijke afstamming – 'nature' – werd verondersteld.⁵ Wel werd het afstammingsrecht ingrijpend aangepast aan de wensen die de modernere tijd met zich bracht en werden vele ongelijkheden tussen mannen en vrouwen weggenomen. Voor koppels die niet wilden (of mochten!) trouwen, kwam een moderne vorm om de relatie toch te formaliseren: het geregistreerd partnerschap vormde aanvankelijk, naast het 'boterbriefje' dat het huwelijk al bood aan koppels van verschillend geslacht, het 'margarinebriefje' voor koppels van gelijk geslacht. In 2001 volgde voor koppels van gelijk geslacht de openstelling van het huwelijk.⁶ Het duurde dan nog wel tot 2014 voordat er aan dit zogenoemde 'homohuwelijk' ook afstam-

-
3. EHRM 13 juni 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC3090, NJ 1980/462 m.nt. E.M. Alkema. In deze uitspraak oordeelde het EHRM dat het in het Belgische afstammingsrecht gemaakte onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen en tussen gehuwde en ongehuwde moeders een schending vormt van art. 14 (discriminatieverbod) jo. art. 8 (recht op eerbiediging van familie- en gezinsleven) EVRM.
 4. Wet van 10 april 1997 tot wijziging van de artikelen 5 en 9 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en in verband daarmee van enige andere artikelen van dit Wetboek, *Stb.* 1997, 161; Wet van 5 juli 1997 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met opnemingsdaarvan van bepalingen voor het geregistreerd partnerschap, *Stb.* 1997, 324; Wet van 30 oktober 1997 tot wijziging van, onder meer, Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met invoering van gezamenlijk gezag voor een ouder en zijn partner en van gezamenlijke voogdij, *Stb.* 1997, 506 en Wet van 24 december 1997 tot herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie, *Stb.* 1997, 772.
 5. Men ging daarbij uit van een rechtsvermoeden dat de echtgenoot van de moeder tevens de verwekker en biologische vader van het uit de moeder geboren kind was. Slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden, bijvoorbeeld als de echtgenoot een jaar op zee was geweest en bij thuiskomst een baby in de wieg aantrof, was het mogelijk om dat kind 'uit zijn boekje' te schrappen.
 6. Wet van 21 december 2000 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht (Wet openstelling huwelijk), *Stb.* 2001, 9.

mingsrechtelijke gevolgen werden verbonden,⁷ waarmee de wetgever dan toch eindelijk afstand nam van het afstammingsrechtelijke uitgangspunt van 'nature'. Voor wie helemaal geen formalisering wilde (of daarover niet wilde nadenken), werd geregeld dat de kinderen die binnen die informele relatie geboren werden dezelfde positie konden krijgen als de binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren kinderen. Het gezag over een kind kon voortaan ook worden uitgeoefend door een juridische ouder samen met een andere persoon die niet de ouder van het kind was. Maar hier begon het stamhuis, gebaseerd op het gegeven dat kinderen worden geboren binnen de relatie van een man en een vrouw, wel wat te wringen. Er moest immers een keuze gemaakt worden wie de formele rol van tweede ouder zou krijgen.

Tot voor kort was de vrouw uit wie het kind geboren werd per definitie ook diens genetische moeder. Verder was er een zaadcel van een man nodig om de bevruchting te laten plaatsvinden. Het kind had dan in biologische zin een moeder en een vader. Dat is met de hedendaagse medische technieken anders geworden. Een kind wordt nog steeds geboren uit een vrouw (of in ieder geval uit een persoon met een baarmoeder), maar de eicel waar het kind uit voortkomt, hoeft niet van diezelfde vrouw/persoon afkomstig te zijn. Een door een andere vrouw gedoneerde eicel kan buiten het lichaam (in vitro) wordt bevrucht met door een man gedoneerde zaadcellen. Als daar een embryo uit voortkomt, kan dit worden geplaatst in de baarmoeder van een andere vrouw dan van wie de eicel afkomstig is. Als alles volgens plan verloopt en tot de geboorte van een kind leidt, heeft dit kind een geboortemoeder, een genetische 'moeder' van wie de eicel afkomstig is en een genetische/biologische 'vader' van wie de zaadcel afkomstig is.⁸ Het huidige recht dat de positie van volwassenen en kinderen regelt, biedt geen blauwdruk voor de juridische vormgeving van deze situatie. Wel biedt het huidige recht de mogelijkheid voor tal van verschillende constructies. Wie wil bereiken dat het kind uiteindelijk in familierechtelijke betrekking komt te staan tot twee volwassenen, kan dat doorgaans met behulp van het afstammingsrecht en adoptie vormgeven. Dat lukt minder goed of helemaal niet in de zogenoemde intentionele meeroudergezinnen. In deze leefvorm wordt door betrokkenen vooraf besproken en besloten om het kind of de kinderen die men gaat proberen te krijgen met meer dan twee

7. Wet van 25 november 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie, *Stb.* 2013, 480 en Wet van 27 november 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering mede in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap, *Stb.* 2013, 486.

8. In het spraakgebruik wordt doorgaans de term biologische ouders gebruikt. Die term is voor vaders goed bruikbaar (genetisch en biologisch vaderschap valt altijd samen), maar voor moeders niet helemaal sluitend: met biologisch moederschap kan bedoeld worden de vrouw uit wie het kind is geboren, maar ook de vrouw van wie de eicel afkomstig is. Om die reden wordt in dit artikel waar het onderscheid relevant is voor de vrouw uit wie het kind is geboren de term geboortemoeder gebezigd en voor de vrouw van wie de eicel afkomstig is de term genetische moeder.

personen – doorgaans drie of vier – te gaan verzorgen en opvoeden. Het huidige personen- en familierecht biedt enkele mogelijkheden om daar juridisch nog wat van te maken, maar een schoonheidsprijs verdient dat niet.⁹ Kinderen die in deze leefvorm opgroeien, genieten thans niet de bescherming die het juridisch ouderschap met alle daaraan verbonden rechtsgevolgen biedt aan kinderen die opgroeien in gezinnen met twee ouders.

De kans dat we over nog eens dertig jaar moeten vaststellen dat alle moderne leefvormen van de huidige tijd, waaronder de meeroudergezinnen, eendagsvliegen zijn geweest en we weer zijn teruggekeerd in de schoot van het huwelijk van man en vrouw, lijkt ons hoogst onwaarschijnlijk. De door internationale verdragen beschermde kinder- en mensenrechten¹⁰ dwingen ons om goed te blijven monitoren of ons huidige wettelijke stelsel voldoende autonomie biedt aan toekomstige 'ouders' en voldoende bescherming biedt aan kinderen die worden geboren en opgroeien in deze meeroudergezinnen. Waar in de rechtspraak wegen worden gevonden om de positie van kinderen afdoende te beschermen, kan de wetgever volstaan met het volgen van de ontwikkelingen. Maar kan de rechtspraak deze taak volhouden? Of noodzaken de moderne ontwikkelingen op het gebied van leefvormen de wetgever om de afstammings- en gezagswetgeving op een andere leest te gaan schoeien of op zijn minst bij te snijden? Alvorens deze vraag te beantwoorden, zullen wij bezien in hoeverre artikel 8 EVRM (in verbinding met art. 14 EVRM) mogelijkheden bieden om de leemtes in de Nederlandse wet in te vullen.

4.3 DE GENETISCHE BAND IN MENSENRECHTELIJK PERSPECTIEF

Om de bescherming te genieten die artikel 8 EVRM biedt, dient het privéleven of het gezinsleven van de betrokkene te worden geraakt.¹¹ Waar in eerste instantie deze nauwe persoonlijke betrekking slechts tussen juridische ouders en het kind werd aangenomen, werd dit in de jurisprudentie van het EHRM steeds verder verbreed. Aangenomen is dat de genetische band met het kind het privéleven van de biologische vader raakt.¹² Voor het bestaan van family life – een nauwe persoon-

9. Zie voor een beschrijving van het fenomeen intentionele meeroudergezinnen het rapport van de Staatscommissie Herijking ouderschap 2016.

10. Het lijkt erop dat er intussen door het EHRM op grond van art. 8 EVRM 'a whole code of family law' is geschreven. In zijn dissenting opinion bij het *Marckx*-arrest betoogde Sir Gerald Fitzmaurice dat de extensieve interpretatie van art. 8 EVRM weinig anders was dan een misplaatste poging om een heel familierechtwetboek te lezen in dit artikel, waardoor het werd opgeblazen op een manier en in een mate die totaal onverenigbaar was met zijn ware en beoogde proporties.

11. Het bestaan van gezinsleven wordt in ons Burgerlijk Wetboek aangeduid als een nauwe persoonlijke betrekking, zie bijvoorbeeld art. 1:377a lid 1 BW.

12. Onder het privéleven van de biologische vader valt onder meer de genetische band met het kind en de procedures tot erkenning en betwisting van deze genetische band, evenals de informatie over en omgang met het kind. EHRM 21 december 2010, *NJ* 2011/508 m.nt. S.F.M. Wortmann (*Anayo/Duitsland*); EHRM 22 maart 2012, *EHRC* 2012/130 (*Ahrens/Duitsland*); EHRM 22 maart 2012, nr. 23338/09 (*Kautzor/Duitsland*).

lijke betrekking – is biologisch ouderschap in beginsel onvoldoende. De biologische ouder dient bijkomende omstandigheden aan te tonen waaruit het bestaan van gezinsleven blijkt. Deze omstandigheden kunnen onder meer zijn gelegen in de relatie met de geboortemoeder, de betrokkenheid van de biologische ouder bij de zwangerschap en de ontstane relatie tussen de biologische ouder en het kind vanaf de geboorte.¹³ Aan het bestaan van een nauwe persoonlijke betrekking mogen echter niet te strenge eisen worden gesteld en ook het voornemen om een gezinsleven te hebben, kan voldoende zijn.¹⁴ De biologische ouder mag niet volledig worden belet in het creëren van een band met zijn kind.¹⁵

De bescherming die artikel 8 EVRM biedt, geeft de biologische ouder geen recht op het in rechte vaststellen van het biologische ouderschap.¹⁶ De bescherming leidt evenmin tot een recht op het vestigen van een juridische afstammingsrelatie als het kind reeds twee ouders heeft.¹⁷ Het belang van de biologische ouder bij het laten vaststellen van de biologische band of het vestigen van een juridische band kan bovendien botsen met het belang van het kind en zijn juridische ouders bij het ongestoord voortzetten van hun gezinsleven. Bij deze belangenafweging komt aan de lidstaten een ruime beoordelingsvrijheid toe.¹⁸ Door de Hoge Raad is binnen dit kader het leerstuk van de voorwaardelijke toestemming voor de erkenning ontwikkeld. Dat komt er kort gezegd op neer dat als een kind met toestemming van de moeder is erkend door een ander dan de verwekker – vaak de nieuwe partner van de moeder – de verwekker deze erkenning in sommige gevallen kan aantasten. De gedachte is dat de moeder misbruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid om toestemming te geven voor de erkenning en die kan daarmee nietig worden verklaard. De verwekker kan dan het kind zelf erkennen en verwerft zich daarmee een positie in het gezin van de moeder, haar nieuwe partner en het kind.¹⁹

Lukt het een biologische ouder niet om het kind te erkennen, dan kan hij nog wel proberen omgang met het kind af te dwingen. De biologische ouder die in een

-
13. HR 10 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1692, NJ 1990/628 m.nt. E.A. Alkema, E.A.A. Luijten; EHRM 27 oktober 1994, ECLI:NL:XX:1994:AD2238, NJ 1995/248 m.nt. J. de Boer (*Kroon/Nederland*); EHRM 5 november 2002, ECLI:NL:XX:2002:AP0887, NJ 2005/34 m.nt. J. de Boer (*Yousef/Nederland*); EHRM 1 juni 2004, ECLI:NL:XX:2004:AQ0337, NJ 2004/667 m.nt. J. de Boer (*Lebbink/Nederland*); EHRM 15 september 2011, ECLI:NL:XX:2011:BU8143, NJB 2011/1944 (*Schneider/Duitsland*); HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5798, NJ 2013/122 m.nt. S.F.M. Wortmann.
 14. EHRM 15 september 2011, NJB 2011/1944 (*Schneider/Duitsland*).
 15. EHRM 18 mei 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY1277, *RvdW* 2006/725 (*Róznanski/Polen*); EHRM 8 december 2016, EHRC 2017/54 (*L.D. en P.K./Bulgarije*).
 16. EHRM 29 juni 1999, nr. 27110/95 (*Nylund/Finland*); EHRM 8 december 2016, EHRC 2017/54 (*L.D. en P.K./Bulgarije*).
 17. Wanneer het kind slechts één ouder heeft, kan de verwekker of zaaddonor met *family life* een kind wel erkennen tegen de wil van de moeder en het kind in, door de rechtbank om vervangende toestemming te vragen (art. 1:204 lid 3 BW).
 18. Vonk 2013, p. 523.
 19. HR 12 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ7386, NJ 2005/248 m.nt. J. de Boer; zie ook Forder 2009, par. 2.3 en HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0745, NJ 2002/470 m.nt. J. de Boer; HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3196, NJ 2015/455 m.nt. S.F.M. Wortmann.

nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, heeft op grond van artikel 1:377a BW het recht om een omgangsverzoek in te dienen. Dit recht komt op grond van de wet niet toe aan de biologische ouder die (nog) niet in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, maar omdat zijn wens om contact met het kind te hebben onderdeel vormt van zijn privéleven, geniet hij daarmee toch een zekere bescherming. De beoordelingsvrijheid die het EHRM staten toestaat op het gebied van omgang is daarbij veel kleiner dan de beoordelingsvrijheid ten aanzien van het vestigen van een afstammingsband. De biologische ouder heeft bij een omgangsverzoek in ieder geval recht op een inhoudelijke toetsing waarbij zijn belang bij het leren kennen van zijn kind wordt afgewogen tegen het belang van het kind en zijn juridische ouders om hem buiten de deur te houden.²⁰ In de literatuur is wel betoogd dat de huidige Nederlandse wetgeving op dit vlak niet in overeenstemming is met de uitspraken van het EHRM, omdat geen zelfstandig recht op omgang aan de biologische ouder toekomt.²¹ In een recente uitspraak geeft de Hoge Raad hier een bijzondere draai aan door de gebruikelijke volgorde van eerst beoordelen van de ontvankelijkheid van een verzoek om daarna te komen tot een inhoudelijke beoordeling (de belangenafweging) om te draaien. De Hoge Raad bepaalde dat eerst moest worden geoordeeld of omgang in het belang van het kind is. Zo ja, dan wordt pas daarna toegekomen aan het vaststellen van de biologische verwantschap, waarmee de verzoeker dan alsnog over de ontvankelijkheidsdrempel kan stappen.²²

In de belangenafweging wordt het belang van de biologische ouder afgewogen tegen het belang van het kind en zijn ouders. Het belang van het kind kan enerzijds gelegen zijn in het recht op afstammingskennis dat volgt uit artikel 7 IVRK en het leren kennen van de biologische ouder. Anderzijds kan het belang van het kind gelegen zijn in het uit artikel 8 EVRM voortvloeiende recht op het ongestoord voortzetten van het gezinsleven met de moeder en eventuele stiefvader. Aan dit belang van het kind dat gelegen is in het recht op afstammingskennis wordt steeds meer waarde toegekend. Dit is weliswaar geen absoluut recht,²³ maar het begint

20. EHRM 21 december 2010, NJ 2011/508 m.nt. S.F.M. Wortmann (*Anayo/Duitsland*); EHRM 15 september 2011, NJB 2011/1944 (*Schneider/Duitsland*); EHRM 22 maart 2012, nr. 23338/09 (*Kautzor/Duitsland*); EHRM 22 maart 2012, EHRC 2012/130 (*Ahrens/Duitsland*).

21. Vonk 2013, p. 529-530 en Barendsen 2013, p. 93-95.

22. HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1851, NJ 2022/75 m.nt. Wortmann; Zie ook: Van der Zon 2022, p. 143-144.

23. HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337, NJ 1994/608 m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd (*Valkenhorst*); EHRM 13 februari 2003, ECLI:NL:XX:2003:AM0347, NJ 2003/587 m.nt. S.F.M. Wortmann (*Odièvre*). Indien het recht van een persoon om te weten van wie hij afstamt, botst met het recht van de mogelijke ouder om dat verborgen te houden, moet volgens de rechtspraak van het EHRM door middel van een belangenafweging worden vastgesteld welk van deze rechten prevaleert, waarbij aan de lidstaten een *margin of appreciation* toekomt. Over de onderlinge rangorde tussen enerzijds het recht van een meerderjarig kind om te weten door wie het is verwekt en anderzijds het recht van de moeder om zulks ook tegenover haar kind verborgen te houden, heeft de Hoge Raad in het *Valkenhorst*-arrest geoordeeld dat het recht van het kind prevaleert.

daar in recente rechtspraak van de Hoge Raad intussen wel trekken van te vertonen.²⁴ Ook het oordeel van het EHRM in *Mandet/Frankrijk* duidt op de toenemende aandacht voor de bescherming van de biologische werkelijkheid boven de bescherming van de sociale werkelijkheid.²⁵

Deze rechtspraak illustreert dat het belang van biologisch ouderschap (weer) in betekenis lijkt toe te nemen. De rechtsingang van de biologische vader wordt ver groot doordat de genetische band met het kind tot zijn privéleven behoort en daarmee onder de bescherming van artikel 8 EVRM valt zonder dat de biologische vader een nauwe persoonlijke betrekking hoeft aan te tonen.²⁶ Een schending van zijn familie- of privéleven staat daarmee weliswaar nog niet vast, maar hij is zeker van een belangenafweging. En in die belangenafweging komt steeds meer gewicht toe aan het recht op afstammingskennis en het aansluiten bij de biologische werkelijkheid.

4.4 DE NAUWE PERSOONLIJKE BETREKKING IN MENSENRECHTELIJK PERSPECTIEF

Wat er van de bovenomschreven ontwikkelingen in de rechtspraak ook zij, het sociaal ouderschap en de intentie om een kind op te voeden en te verzorgen hebben zoals in de eerste twee paragrafen aangegeven door de jaren heen terrein gewonnen binnen het Nederlandse afstammings- en gezagsrecht. Artikel 8 EVRM beschermt wel degelijk ook het gezinsleven zonder dat een genetische band tussen

-
24. HR 11 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:349, NJ 2022/169 m.nt. S.F.M. Wortmann: 'Het hof heeft miskend dat het belang bij het verkrijgen van informatie over de eigen afstamming in de eerste plaats is gelegen in het kunnen vormen en ontwikkelen van een eigen identiteit en persoonlijkheid en dat dit belang als zodanig voorrang heeft boven het belang van de vermoedelijke biologische vader om die informatie niet prijs te geven. De omstandigheid dat medewerking verlenen aan het DNA-onderzoek voor de vermoedelijke verwekker belastend is, kan slechts onder uitzonderlijke omstandigheden tot een andere uitkomst leiden.'
25. EHRM 14 januari 2016, EHRC 2016/76 m.nt. S. Florescu (*Mandet/Frankrijk*). In deze zaak ging het om een kind dat opgroeide bij zijn moeder en haar partner, die beiden de juridische ouders van het kind waren. De biologische ouder was erin geslaagd het ouderschap van de partner van de moeder te laten vernietigen en zijn eigen ouderschap gerechtelijk te laten vaststellen. Het EHRM oordeelde dat dit weliswaar een inbreuk vormde op het gezinsleven van het kind en zijn (oorspronkelijke) juridische ouders, maar dat de inbreuk gerechtvaardigd was vanwege de bescherming van de rechten van de biologische ouder en de inbreuk noodzakelijk was voor het belang van het kind bij afstammingskennis. Ondanks dat het kind zelf de vaststelling van het ouderschap van de biologische ouder niet wilde, oordeelde het EHRM dat het in zijn belang was om op de hoogte te zijn van wie zijn biologische ouders waren. In eerdere zaken werd meer belang toegekend aan de sociale werkelijkheid: EHRM 2 november 2002, NJ 2005/34 m.nt. J. de Boer (*Yousef/Nederland*); EHRM 19 juni 2003, nr. 46165/99 (*Nekvedavicius/Duitsland*) en EHRM 22 maart 2012, EHRC 2012/130 (*Ahrens/Duitsland*). Zie ook Chébtí 2017, par. 2.
26. Zie ook HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:622, NJ 2022/176, waarin werd geoordeeld dat een verwekker die niet in familierechtelijke betrekking tot het kind stond en gehuwd was met een andere vrouw met wie hij zes kinderen had, als belanghebbende diende te worden aangemerkt in een procedure die de moeder van het overspelig verwekte kind wilde voeren tot wijziging van de voornamen van het kind.

een ouder en een kind bestaat, maar waarbij de niet-ouder gedurende enige tijd de zorg voor het kind draagt.²⁷ Deze bescherming lijkt echter de laatste jaren steeds vaker te moeten wijken voor de bescherming die toekomt aan de biologische vader van het kind. Zoals gezegd is *intended family life* voldoende voor het toekennen van een recht op een omgangsverzoek aan de biologische vader. Dit betekent dat de biologische ouder het gezinsleven van een niet-biologische juridische ouder kan verstoren alvorens een betekenisvolle inhoudelijke band met het kind is ontstaan.²⁸ Daarnaast vormt de aantasting van het juridisch ouderschap van een niet-biologische ouder volgens het EHRM slechts een inbreuk op het gezinsleven van de niet-ouder en het kind als de aantasting leidt tot het verlies van alle rechten ten opzichte van het kind. De sociale ouder behoudt feitelijk alleen het recht op een inhoudelijke toetsing van een omgangsverzoek.²⁹ Dat de sociale ouder het al snel moet afleggen tegen de biologische ouder, blijkt ook uit de recente (wetgeving en) rechtspraak over het via de rechter afdwingen van de erkenning van een kind en de mogelijkheden tot ongedaanmaking van juridisch ouderschap van een niet-biologische ouder. Hieruit blijkt dat de wens tot overeenstemming tussen de biologische en juridische werkelijkheid steeds zwaarder weegt en dat geldt temeer als de moeder en de niet-biologische ouder niet langer op één lijn zitten. Ondanks dat de erkenner jarenlang de zorg voor het kind heeft gedragen, gaat er dan geregeld een streep door de erkenning die is gedaan door een persoon die niet de biologische ouder van het kind is.³⁰

In de recente uitspraak *Valdis Fjölfnisdóttir en anderen/IJsland* lijkt de bescherming van niet-biologische ouders nog verder te worden ingeperkt.³¹ In deze zaak liet het EHRM zich uit over het gezinsleven tussen de sociale ouders en het kind tussen wie geen biologische verwantschap bestond. Het EHRM constateerde dat er sprake was van gezinsleven tussen de niet-biologische wensouders (twee vrouwen) en het kind, maar oordeelde dat de weigering van de IJslandse autoriteiten om in het buitenland ontstane familierechtelijke betrekkingen tussen kind en wensouders te erkennen geen onrechtmatige inbreuk op hun gezinsleven maakte. Het gezinsleven

27. EHRM 22 april 1997, ECLI:NL:XX:1997:AD4539, *NJ* 1998/235 m.nt. J. de Boer (*X, Y en Z/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 27 april 2010, ECLI:NL:XX:2010:BN2897, *RvdW* 2010/1353 (*Moretti en Bernardetti/Italië*).

28. EHRM 21 december 2010, *NJ* 2011/508 m.nt. S.F.M. Wortmann (*Anayo/Duitsland*); EHRM 15 september 2011, *NJB* 2011/1944 (*Schneider/Duitsland*).

29. EHRM 16 juli 2015, *EHRC* 2015/202 (*Nazarenko/Rusland*). Het omgangsverzoek wordt dan evenals voor de biologische ouder gebaseerd op art. 1:377a BW.

30. Hof Arnhem-Leeuwarden 5 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10856; Hof Amsterdam 9 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3433; Rb. Noord-Holland 12 juli 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:5743; Hof Den Haag 12 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2462; Hof Arnhem-Leeuwarden 4 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8783; Rb. Noord-Nederland 25 maart 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1793. In deze laatste zaak komt tot uitdrukking dat vervangende toestemming voor erkenning door een duomoeder (in tegenstelling tot die door een verwekker / biologische vader) doorgaans slechts wordt verleend als de duomoeder een aanzienlijke rol in de verzorging en opvoeding van het kind blijft spelen en er geen tweede biologische ouder in het spel is.

31. EHRM 18 mei 2021, *NJB* 2021/2412 (*Valdis Fjölfnisdóttir en anderen/IJsland*).

werd volgens het Hof namelijk niet belemmerd omdat het kind 'gewoon' bij de wensouders kon opgroeien in een pleegzorgconstructie. Aan staten komt een ruime beoordelingsvrijheid toe als het gaat om het vestigen en aantasten van de afstammingsrelatie tussen een niet-biologische ouder en het kind.

4.5 BETEKENIS VAN HET MENSENRECHTELIJK PERSPECTIEF VOOR MEEROUDERGEZINNEN

De in het voorgaande beschreven ontwikkelingen in de rechtspraak illustreren dat vrij plotsklaps de klepel weer de andere kant op is gezwaaid en in plaats van de ingeslagen weg met ruimte voor 'nurture' opnieuw meer nadruk op 'nature' is komen te liggen. Het is voor de juridische vormgeving van de betrekkingen met een kind niet langer zozeer van belang wie de dagelijkse zorg heeft/hebben voor de kinderen, maar weer veel meer wiens DNA in die kinderen zit. Met deze hernieuwde aandacht voor 'nature' lijken we dus feitelijk weer terug bij af. En dat betekent dat als de wetgever niet opstaat, de positie van kinderen in meeroudergezinnen wankel is en blijft. Kinderen worden door een vrouw gebaard en haar juridische positie staat, behoudens in draagmoederschapsconstructies, in de praktijk buiten discussie. Het is aan de volwassen deelnemers in een meerouderschapconstructie overgelaten in welke juridische vorm de rest van het gezin gegoten wordt. Soms zal de geboortemoeder het gezag uitoefenen met haar vrouwelijke echtgenoot of geregistreerde partner en kan het kind na de geboorte worden erkend door een van de andere meerouders. Daarmee hebben dan drie volwassenen een enigszins formele juridische positie – in de vormen van afstamming en/of gezag – ten opzichte van het kind. Een eventuele vierde meerouder staat echter aan de zijlijn. Voor hem of haar is geen plek in het juridische huis. Als het leven in het meeroudergezin anders loopt dan gedacht, zullen alleen de genetische ouders met de nieuwe nadruk op 'nature' wellicht met succes hun juridische positie kunnen opeisen. Dat kan nadelige effecten hebben op de stabiliteit en continuïteit van de verzorging en opvoeding van het kind of de kinderen.

Door het ontbreken van afdoende mogelijkheden om meerouderschap juridisch adequaat vorm te geven, staan de rechten van kinderen in deze nieuwe leefvormen onder druk. Gelet op de hernieuwde aandacht voor 'nature' kan de rechter te weinig doen om het belang dat kinderen hebben bij stabiliteit en continuïteit in de opvoeding te beschermen. Dat betekent dat de wetgever nu echt aan zet is om ervoor te zorgen dat de positie van kinderen die opgroeien in meeroudergezinnen dezelfde bescherming zal gaan genieten als die van kinderen die opgroeien in traditionele tweerelaties. De Staatscommissie Herijking ouderschap heeft in een eind 2016 uitgebracht rapport gedetailleerde aanbevelingen gedaan over de juridische vormgeving van meeroudergezinnen, waarbij de door de meerouders gemaakte

afspraken de basis vormen voor daaraan te verlenen rechterlijke goedkeuring.³² Het kabinet heeft vooralsnog afgezien van het starten van een wetgevingstraject om meerouderschap juridisch vorm te geven. Begin 2020 is volstaan met het in consultatie brengen van een conceptregeling waarin wordt voorgesteld meerouders zogenoemd deelgezag te geven.³³ Dit voorstel is dermate lauw ontvangen dat wij niet verwachten dat hier nog een wetgevingstraject op zal volgen.³⁴ Dat zou betekenen dat kinderen die opgroeien in meeroudergezinnen voorlopig nog zullen zijn overgelaten aan het spel der krachten en als het leven anders loopt dan de volwassenen het zich vooraf hadden voorgesteld, dan zal wellicht het recht van de sterkste – de 'nature' – gelden.

4.6 CONCLUSIE

De samenleving evolueert en gezinnen evolueren. Toen in 1970 het nieuwe Boek 1 van het BW van de rol kwam, was nog niet te voorzien hoe snel de ontwikkelingen op het gebied van gezinsvorming en nieuwe leefvormen zouden gaan. Intussen is duidelijk dat de 'nature'-grondslag van het afstammings- en gezagsrecht uit 1970, waar vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw enkele kleine kamertjes zijn aangebouwd voor de 'nurture', langzamerhand een tochtig en bouwvallig bouwsel is geworden. Het lijkt ons dan ook tijd voor een nieuw en duurzaam ontwerp, waarin de nieuwe leefvormen een volwaardige plek krijgen en de belangen van de kinderen die erin opgroeien dezelfde bescherming gaan genieten als die in de meer traditionele tweoudergezinnen.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Barendsen 2013

A.E. Barendsen, 'Private life als nieuwe grondslag voor het omgangsrecht van de biologische ouder', *REP* 2013/3, p. 93-95.

Chébtí 2017

M. Chébtí, 'De verhouding tussen het recht van het kind om te weten van wie het afstamt versus het recht op toegang tot de rechter van de biologische ouder', *FJR* 2017/9, afl. 2, p. 33-40.

Forder 2009

C. Forder, *Erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder. In welke mate heeft de biologische vader het recht het kind te erkennen, hoe werkt prenatale erkenning in deze context en welk recht heeft het kind van duo-moeders op afstammingsinformatie in het licht van het EVRM en IVRK?*, eindrapport in opdracht van het Ministerie van Justitie, 2 februari 2009.

32. Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, aanbeveling nrs. 35, 41 en 44.

33. Kort gezegd betekent dit dat de meerouders het recht krijgen om mee te praten over de verzorging en opvoeding van de in het meeroudergezin opgroeiende kinderen. Meepraten dus, niet meebeslissen.

34. Zie internetconsultatie.nl voor de reacties op de Wet deelgezag.

Staatscommissie Herijking ouderschap 2016

Staatscommissie Herijking ouderschap, *Kind en ouders in de 21^{ste} eeuw*, Den Haag: 2016.

Vonk 2013

M.J. Vonk, 'Weten, kennen en erkennen: kinderen van ouders die niet samen zijn', *NTM NJCM-Bull.* 2013/40, p. 515-531.

Van der Zon 2022

K.A.M. van der Zon, 'De tijd zal het leren. De Hoge Raad over het recht van het kind op afstammingsinformatie', *EB* 2022/54, p. 140-144.

WANNEER IS INGRIJPEN IN HET GEZINSLEVEN GERECHTVAARDIGD?

Een overzicht van de ontwikkeling van de maatregel van ondertoezichtstelling in de afgelopen dertig jaar

Joost Huijer

Het nieuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek viert in 2022 zijn dertigste verjaardag. Dit jubileum valt samen met het honderdjarig bestaan van de maatregel van ondertoezichtstelling en daarmee tevens het instituut van de kinderrechter.¹ De ondertoezichtstelling heeft sinds haar introductie al snel een centrale plek ingenomen in het systeem van jeugdbeschermingsmaatregelen. De ondertoezichtstelling is als ‘lichtste’ dwangmaatregel gepositioneerd tussen de vrijwillige hulpverlening en de doorgaans definitieve en vergaande stap van beëindiging van het ouderlijk gezag. Dit verklaart – in ieder geval in getalsmatig opzicht – het succes van de maatregel. Jaarlijks worden ruim 30.000 kinderen onder toezicht gesteld en een deel van deze groep kinderen wordt daarnaast ook uit huis geplaatst.² De beoordeling van de noodzaak van een ondertoezichtstelling vindt plaats aan de hand de wettelijke vereisten zoals neergelegd in Boek 1, titel 14, afdeling 4 van het Burgerlijk Wetboek. De wettelijke gronden voor de ondertoezichtstelling (en de overige jeugdbeschermingsmaatregelen) brengen tot uitdrukking dat de besluitvorming in jeugdbeschermingszaken plaatsvindt op het snijvlak van de pedagogiek en het recht. In de kern gaat het om een gecombineerd oordeel over de (bedreigde) ontwikkeling van de minderjarige en beantwoording van de vraag waarom de geconstateerde zorgen niet in het vrijwillig kader weggenomen kunnen worden. Daarnaast moet meer in algemene zin de rechtvaardiging voor de maatregel, die inbreuk maakt op het familie- en gezinsleven van de minderjarige en zijn ouders, gevonden worden in

-
1. De ondertoezichtstelling is geïntroduceerd bij Wet van 5 juli 1921; *Stb.* 1921, 834. De wet is op 1 november 1922 in werking getreden.
 2. Het CBS verzamelt gegevens over het aantal ondertoezichtstellingen en het aantal minderjarigen dat gebruik maakt van ‘jeugdhulp met verblijf’. In 2021 ging het in totaal om ruim 37.000 minderjarigen die (tijdelijk) elders verbleven, bijvoorbeeld in een pleeggezin of een residentiële instelling.

de overtuiging dat de maatregel een positieve uitwerking zal hebben op de ontwikkeling van het kind.

Voorgaande overwegingen in ogenschouw nemend, is het opvallend dat er zo weinig empirische gegevens voorhanden zijn over de besluitvorming omtrent de noodzaak van een ondertoezichtstelling en de wijze waarop de maatregel wordt uitgevoerd. Beide elementen zijn cruciaal voor de rechtvaardiging van jeugdbescherming. In het vervolg van deze bijdrage zal blijken dat de vraag wanneer de omstandigheden in het concrete geval dusdanig ernstig zijn dat een gedwongen maatregel gerechtvaardigd is, tot nu toe nog niet bevredigend is beantwoord. Daarnaast is het grotendeels onduidelijk of de maatregel aan zijn belangrijkste doelstelling kan voldoen: het wegnemen van de ontwikkelingsbedreiging van de minderjarige binnen de duur van de maatregel.³ De roep om deze elementen, die zo bepalend zijn voor de vraag of de overheid het recht heeft/had om in te grijpen in het gezinsleven, inzichtelijk te maken is groter dan ooit. Het systeem van jeugdhulp en jeugdbescherming kampt momenteel met diverse complexe problemen, waardoor zelfs aan het bestaansrecht van de jeugdbescherming getwijfeld wordt.⁴ De maatschappelijke en politieke druk om tot wezenlijke veranderingen te komen is evident aanwezig en daarom is dit ook het geschikte moment om na te denken hoe – los van concrete wettelijke wijzigingen – randvoorwaarden kunnen worden gecreëerd om structurele verbeteringen door te voeren in het systeem van jeugdbescherming.

In deze bijdrage zal de stelling worden verdedigd dat het verder inzichtelijk maken van de beslissing tot en de uitvoering van de ondertoezichtstelling vraagt om een meer empirische en multidisciplinaire benadering van jeugdbeschermingszaken. Om deze stelling te onderbouwen is het noodzakelijk te beschrijven in hoeverre hierin – binnen de periode waarin het nieuwe Burgerlijk Wetboek van kracht is – een ontwikkeling heeft plaatsgevonden. Het lijkt geen twijfel dat op uitvoeringsniveau in de jeugdbeschermingsketen de afgelopen decennia steeds meer sprake is geweest van multidisciplinaire besluitvorming. De doorwerking hiervan in de wetenschappelijke discipline en, in het verlengde daarvan, de doorwerking in het politieke besluitvormingsproces lijken echter nog in de kinderschoenen te staan. Allereerst wordt geanalyseerd hoe de ondertoezichtstelling zich in materieel opzicht heeft ontwikkeld in de periode na introductie van het Burgerlijk Wetboek. De nadruk ligt daarbij op de twee recentste wetswijzigingen die hebben geleid tot aanpassingen van de ondertoezichtstelling (en de overige jeugdbeschermingsmaatregelen): de Wet van 26 april 1995 tot herziening van de ondertoezichtstelling van

3. Zie de wettelijke doelstelling zoals opgenomen in art. 1:262 lid 1 BW.

4. In de recent uitgekomen eidevaluatie van de Wet herziening kinderbeschermingsmaatregelen wordt de volgende vernietigende conclusie getrokken: 'In de jeugdbescherming zijn op dit moment onvoldoende tijd en middelen beschikbaar om kinderen te kunnen bieden waar zij recht op hebben. De inzet van kinderbeschermingsmaatregelen en de rechtvaardiging daarvan staan daardoor sterk onder druk. Alleen als kinderen en ouders echt geholpen kunnen worden, is het te rechtvaardigen dat de overheid zich bemoeit met het gezinsleven.' Bruning e.a. 2022, p. 20.

minderjarigen⁵ (par. 5.2) en de op 1 januari 2015 doorgevoerde wettelijke herziening van de kindbeschermingsmaatregelen (par. 5.3).⁶ Geanalyseerd wordt welke overwegingen aan de keuzes die de wetgever heeft gemaakt ten grondslag hebben gelegen. Na deze terugblik is het tijd om de aandacht te verleggen naar het heden en de toekomst. In paragraaf 5.4 worden de belangrijkste bevindingen ten aanzien van de twee beschreven wetswijzigingen benoemd en gekoppeld hieraan worden enkele verbeteringen voorgesteld om te komen tot een beter functionerend systeem van jeugdbescherming.

5.2 DE HERZIENING VAN DE ONDERTOEZICHTSTELLING IN 1995

Sinds het ontstaan van de jeugdbeschermingswetgeving in Nederland zijn slechts geringe wijzigingen doorgevoerd ten aanzien van de jeugdbeschermingsmaatregelen. Met de Burgerlijke Kinderwet in 1905 werd een einde gemaakt aan de onaanvaardbaarheid van de vaderlijke macht en konden ouders de ouderlijke macht verliezen door ontheffing of ontzetting. In 1922 kwam met de introductie van de ondertoezichtstelling een einde aan het alles-of-niets-karakter van de jeugdbeschermingswetgeving. Vanaf dit moment was het ook mogelijk om het gezag te beperken, om zo te proberen met behoud van de gezinsband de ontwikkelingsbedreiging van de minderjarige weg te nemen.⁷ Vervolgens wijzigde bijna een eeuw lang niets aan de samenstelling van het maatregelenpakket en ook de inhoudelijke gronden van de maatregelen bleven op hoofdlijnen onveranderd. Bij de invoering van de ondertoezichtstelling in 1922 gold als wettelijke grond 'indien een kind zodanig opgroeit dat het, uit welke oorzaak dan ook, bedreigd wordt met de lichamelijke of zedelijke ondergang'. Tot aan de wettelijke herziening van de ondertoezichtstelling in 1995 bleef deze wettelijke formulering in stand.

Vanuit de politiek, wetenschap en uitvoeringspraktijk is door de jaren heen relatief weinig aandacht geweest voor de toepassing van de wettelijke gronden in het besluitvormingsproces. Van Wijk geeft hiervoor enkele verklaringen: de complexe (kind)problematiek in jeugdbeschermingszaken zou niet uitnodigen tot een debat waarin wordt getracht meer duidelijkheid te verschaffen over de vertaling van die problematiek naar de juridische gronden in de wet. Hiermee hangt samen dat de besluitvorming sterk aanleunt tegen het kader van hulpverlening, een domein waarin juridische afwegingen altijd een minder prominente rol hebben gehad.⁸ Tot slot kan hieraan worden toegevoegd dat gelet op het casuïstische karakter van de

5. Wet van 26 april 1995 tot herziening van de ondertoezichtstelling van minderjarigen, *Stb.* 1995, 255.

6. Wet tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de jeugdzorg en de Pleegkinderenwet in verband met herziening van de maatregelen van kindbescherming, *Stb.* 2014, 130.

7. Zie voor een uitgebreide beschrijving van de totstandkoming van de jeugdbeschermingsmaatregelen: Bruning 2001.

8. Van Wijk 1999, p. 268.

besluitvorming in jeugdbeschermingszaken een duidelijk beeld van de toepassing van de wettelijke gronden wordt bemoeilijkt. Sinds de introductie van het jeugdbeschermingsrecht in Nederland heeft de wetgever consequent gekozen voor een systeem waarin veel ruimte wordt gelaten aan de uitvoeringspraktijk om zelfstandig een afweging te maken. Het ligt voor de hand dat hierdoor lange tijd is gedacht dat het verhelderen van de toepassing van de wettelijke gronden niet haalbaar en/of wenselijk is.

Gelet op voorgaande overwegingen is het interessant om te zien dat er sinds de introductie van de ondertoezichtstelling aanhoudende maar weinig overtuigende kritiek is geweest op de vage wettelijke gronden van de ondertoezichtstelling (en in mindere mate de overige maatregelen). Het ontbreken van een concrete wettelijke grondslag zorgt bij alle betrokkenen voor onduidelijkheid over de vraag in welke gevallen en op welke wijze gedwongen overheidsingrijpen in het gezinsleven gerechtvaardigd is. Er is in de periode na de introductie van de ondertoezichtstelling dan ook met enige regelmaat gepleit voor aanpassing van de wettelijke gronden.⁹ Diverse auteurs hebben voorgesteld de wettelijke opvoedingstaak van de ouders, die voortvloeit uit het ouderlijk gezag, te koppelen aan de bedreiging in de ontwikkeling van de minderjarige.¹⁰ Op zichzelf een logische gedachte, aangezien een ondertoezichtstelling leidt tot beperking van het gezag en daarmee tevens (impliciet) een negatief oordeel inhoudt over het handelen van de opvoeders. De wetgever heeft echter altijd vastgehouden aan het uitgangspunt dat het opleggen van een ondertoezichtstelling niet noodzakelijkerwijs tot de conclusie moet leiden dat de ouders de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van het kind niet hebben waargemaakt.¹¹ Dit zou onvoldoende recht doen aan de complexiteit van het verzorgen en opvoeden van kinderen.

Er zijn in de literatuur ook diverse aanhangers geweest van een verdere concretisering van de rechtsgronden van de verschillende jeugdbeschermingsmaatregelen.¹² Meest vergaand in dit verband is het voorstel om te komen tot een wettelijk systeem met limitatief opgesomde gronden voor overheidsingrijpen in het gezinsleven.¹³ Het voordeel hiervan is dat duidelijkheid wordt verschaft in welke gevallen de noodzaak tot overheidsingrijpen aanwezig is, hetgeen de rechtszekerheid voor betrokkenen ten goede komt. Het nadeel is echter evident. Een limitatieve opsomming van de wettelijke gronden leidt onvermijdelijk tot verlies van de in de praktijk noodzakelijk gevonden flexibiliteit in de besluitvorming.¹⁴ De ondertoezicht-

9. Zie bijv. De Ruyter 1993; Koens 1994; Doek 2008.

10. Vgl. Rapport Commissie-Wiarda 1971, p. 171-172 en de visie van de Raad voor de Kinderbescherming op dit punt: *Kamerstukken II 1992/93*, 23003, nr. 3 (MvT), p. 12.

11. *Kamerstukken II 1992/93*, 23003, nr. 3 (MvT), p. 12.

12. Zie bijv. Koens 1994.

13. Zie hierover Van Wijk 1999, p. 99. Een iets minder vergaande optie zou kunnen zijn een normenkader op te stellen om de beoordeling van de noodzaak van een ondertoezichtstelling meer te stroomlijnen. Zie: Van den Bosch & Rijbroek 2020, p. 46.

14. Zoals ook expliciet aangegeven door de wetgever: *Kamerstukken II 1993/94*, 23003, nr. 5, p. 34.

stelling kan pas echt een effectieve beschermingsmaatregel zijn indien de toepassing mogelijk is bij problemen in het gezin, die qua aard en ernst variëren. Een minder vergaande en regelmatig geopperde mogelijkheid is om de rechtsgrond verder te concretiseren, zonder het systeem met open normen los te laten. In aanloop naar de wettelijke herziening van de ondertoezichtstelling in 1995 pleitte onder meer de Commissie-Vlieghart voor een verdere aanscherping van de rechtsgrond omdat de toen geldende norm onvoldoende rechtszekerheid bood en het risico bestond op misbruik van de maatregel.¹⁵ In een ander belangrijk advies in aanloop naar de wettelijke herziening werd door de Commissie-Wiarda een verduidelijking, meer dan een concretisering van de wettelijke gronden voorgesteld.¹⁶ Zo stelde de commissie voor tot uitdrukking te laten komen dat de maatregel een beperking van het ouderlijk gezag tot gevolg heeft. Beide adviezen benadrukten het toegenomen belang van rechtsbescherming, iets waar het voor burgers die destijds in aanraking kwamen met de jeugdbescherming aan ontbrak. Zo werd onder meer gesteld dat de burger in jeugdbeschermingszaken een kwetsbare positie inneemt, aangezien hij tussen de maatschappelijk gedefinieerde rollen van cliënt en procespartij in zit.¹⁷ Om de rechtsbescherming te verbeteren werd onder meer geadviseerd meer externe controle te organiseren in het besluitvormingsproces, een betere klachtbehandeling in te voeren en de vage wettelijke normen aan te scherpen.¹⁸

De wetgever komt uiteindelijk in 1992 met een wetsvoorstel voor de wijziging van de ondertoezichtstelling.¹⁹ Het belangrijkste doel van de wetswijziging is in lijn met eerdergenoemde adviezen het bieden van meer rechtsbescherming aan de betrokkenen. Centraal daarbij staat de verbetering van de rechtspositie van de betrokkenen in de procedure en een verheldering van de taakverdeling tussen de jeugdbeschermingsautoriteiten en de kinderrechter in de jeugdbeschermingsprocedure. Met het advies om ook nadrukkelijk te kijken naar aanscherping van de wettelijke gronden doet de wetgever weinig. Er wordt niet gekozen voor een verdere concretisering van de rechtsgrond van de ondertoezichtstelling, maar een verduidelijking met als belangrijkste doel beter aansluiting te vinden bij het op dat moment gangbare taalgebruik. De rechtsgrond van de ondertoezichtstelling wordt blijkens het voorstel op twee punten gewijzigd. Het gedateerd klinkende 'bedreigd worden met de lichamelijke of zedelijke ondergang' moet worden vervangen door 'een bedreiging van de zedelijke of geestelijke belangen of gezondheid'. In de memorie van toelichting wordt hierover het volgende opgemerkt: 'De wijziging van de grondslag van de ondertoezichtstelling beoogt niet te bereiken dat eerder of minder snel tot ondertoezichtstelling zou moeten worden overgegaan, maar, in

15. *Kamerstukken II 1990/91*, 21818, nr. 1-2, p. 24.

16. Rapport Commissie-Wiarda 1971.

17. Rapport Commissie-Vlieghart 1990, p. 10

18. Rapport Commissie-Vlieghart 1990, p. 10

19. *Kamerstukken II 1992/93*, 23003, nr. 3 (MvT), p. 2.

overeenstemming met het voorstel van de commissie Wiarda, de grondslag te verduidelijken.²⁰ Ten tweede wordt een extra vereiste aan de rechtsgrond toegevoegd. Een oordeel over de bedreigde ontwikkeling van de minderjarige alleen is niet meer voldoende. Voortaan moet ook worden beargumenteerd waarom andere middelen (*vrijwillige hulpverlening*) ter afwending van de ontwikkelingsbedreiging hebben gefaald, of naar verwachting zullen falen.²¹ Deze toevoeging geeft uitdrukking aan het idee van gedwongen overheidsingrijpen als *ultimum remedium*; het gezag van de ouders mag pas dan beperkt worden als de ontwikkelingsbedreiging van de minderjarige niet op minder ingrijpende wijze kan worden weggenomen.²² De parlementaire behandeling van het wetsvoorstel kenmerkt zich door een abstracte en sterk theoretisch georiënteerde discussie over de wenselijkheid van aanpassing van de wettelijke gronden van de ondertoezichtstelling. Er is nauwelijks aandacht voor de indicaties uit de rechtspraak over toepassing van de gronden tot dat moment, laat staan dat er empirische gegevens voorhanden zijn over de belangrijkste knelpunten in de besluitvormingspraktijk. Door dit gebrek is de onderbouwing van de wijzigingen door de wetgever ten dele weinig overtuigend en/of begrijpelijk. Dit bleek bijvoorbeeld toen toenmalig staatssecretaris Kosto moest uitleggen waarom in de voorgestelde grond werd gesproken over 'belangen' van de minderjarige en niet is gekozen voor de in de praktijk gangbare term 'ontwikkeling'. De staatssecretaris was van mening dat de typering 'belang' concreter dan 'ontwikkeling' aangaf in welke gevallen een ondertoezichtstelling kon worden uitgesproken.²³ Hij gaf als toelichting:

'Of een ernstige bedreiging van een ontwikkeling van de minderjarige tot ingrijpen van de overheid moet leiden, hangt immers af van welke ontwikkeling bedreigd wordt. Daarentegen is iedere bedreiging van een belang van het kind zorgwekkend. De in het wetsvoorstel gekozen formulering maakt het mogelijk een ondertoezichtstelling uit te spreken indien de ontwikkeling van de minderjarige zodanig bedreigd wordt, dat dit een bedreiging van zijn belangen betekent.'

Deze toelichting verduidelijkte op geen enkele manier welke gevolgen van de wetwijziging voor de toepassing van ondertoezichtstelling in de praktijk waren te verwachten. Daarnaast valt op dat aan de zijde van de wetgever geen gebruikgemaakt is van gedragswetenschappelijke inzichten bij de discussie over de rechtsgrond van de ondertoezichtstelling. Kern van de afweging over de noodzaak van een ondertoezichtstelling is een oordeel over de ontwikkelingsbedreiging (of belangen) van de minderjarige. Inhoudelijk gaat het dan om een oordeel over de

20. *Kamerstukken II 1992/93*, 23003, nr. 3 (MvT), p. 10.

21. *Kamerstukken II 1992/93*, 23003, nr. 3 (MvT), p. 11.

22. Deze wijziging was ook voorgesteld door de Commissie-Vliegthart. Zie hierover: Bruning 2001, p. 133.

23. *Kamerstukken II 1992/93*, 23003, nr. 3 (MvT), p. 11.

voor de minderjarige gewenste ontwikkelingsuitkomsten, waarbij pedagogische en/of ontwikkelingspsychologische inzichten onontbeerlijk zijn. In de toenmalige jeugdbeschermingspraktijk werden deze inzichten al gebruikt in de uitvoering van de ondertoezichtstelling, maar in het proces van wetgeving werd dit nog niet zichtbaar.

Uiteindelijk heeft dit geleid tot een situatie die kenmerkend is voor de jeugdbeschermingswetgeving: er heerste grote onvrede over het ontbreken van een duidelijk beeld waar de grens ligt tussen opvoedingsvrijheid en gedwongen overheidsingrijpen, maar verder dan deze vaststelling komt men niet in het politieke proces. Toenmalig staatssecretaris Kosto kon zich daarom beperken tot een oppervlakkige onderbouwing ten aanzien van de wijziging in de rechtsgrond van de ondertoezichtstelling. Gesteld werd dat de vraag wanneer sprake is van een ernstige bedreiging van de zedelijke of geestelijke belangen of gezondheid van de minderjarige moeilijk te beantwoorden is vanwege het casuïstische karakter. Het werd zonder verdere indicaties aan de uitvoeringspraktijk overgelaten om in iedere zaak afzonderlijk die afweging te maken op basis van de twee cumulatieve wettelijke vereisten die golden na inwerkingtreding van de wet in 1995: in de eerste plaats indien de minderjarige zodanig opgroeit dat hij ernstig in zijn zedelijke of geestelijke belangen of gezondheid wordt bedreigd. Ten tweede moesten andere middelen ter afwendings van deze bedreiging hebben gefaald of naar is te voorzien, falen (art. 1:254 lid 1 oud BW).

5.3 DE WET HERZIENING KINDERBESCHERMINGSMAATREGELEN IN 2015

De toepassing van de wettelijke gronden van de ondertoezichtstelling na de wettelijke herziening in 1995 leidde volgens de verschillende actoren in de jeugdbeschermingsketen niet tot grote knelpunten.²⁴ De onzekerheid over de vraag wanneer er in een concreet geval sprake is van een 'ernstige bedreiging van de zedelijke of geestelijke belangen of gezondheid van de minderjarige' was echter onverminderd aanwezig. In de besluitvorming kon men slechts terugvallen op de algemene gezichtspunten die in de rechtspraak sinds de introductie van de ondertoezichtstelling zijn geformuleerd. Daarin is geoordeeld dat het moment van ingrijpen ergens tussen een mogelijkheid op schade voor de ontwikkeling van de minderjarige en reeds aantoonbare schade in moet liggen.²⁵ Noodzakelijk is dat wordt aangetoond dat er sprake is van een reële dreiging van de ondergang van het kind.²⁶ Het ingrijpende karakter van de ondertoezichtstelling brengt met zich dat een bedreiging in de ontwikkeling van de minderjarige, zoals was opgenomen in artikel 1:254 lid 1 oud BW, zich slechts voordeed wanneer in de actuele situatie niet mis te verstan-

24. Dit bleek uit de evaluatie van de herziene OTS-wetgeving: De Savornin Lohman e.a. 2000.

25. HR 30 april 1928, ECLI:NL:HR:1928:37, NJ 1928, p. 1217 m.nt. P. Scholten.

26. HR 20 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0060.

aanwijzingen voor die bedreiging aan de dag treden.²⁷ Deze algemene gezichtspunten lieten nog steeds heel veel ruimte aan de praktijk om zelfstandig een afweging te maken over de ondertoezichtstelling, waardoor de maatregel in zeer uiteenlopende situaties werd ingezet: van kortdurend ingrijpen in een tijdelijk problematische gezinssituatie, maar ook voor trajecten die zich uitstrekten over vele jaren en waarbij het opvoedperspectief van de minderjarige niet meer thuis bij de ouders lag.

Relatief kort na de herziening van de ondertoezichtstelling in 1995 werd het initiatief genomen om te komen tot aanpassing van het wettelijk kader van jeugdbeschermingsmaatregelen.²⁸ In het kader van het beleidsprogramma Beter Beschermd werd een werkgroep ingesteld om te adviseren over het maatregelenpakket.²⁹ Het advies, uitgekomen in september 2006, heeft een belangrijke rol gespeeld bij de totstandkoming van het wetsvoorstel tot herziening van de kindbescherming. Interessant om te zien is dat in het advies een aantal pedagogische uitgangspunten wordt geformuleerd die de basis moeten vormen voor de wijzigingen die op juridisch vlak worden voorgesteld. Zo wordt het waarborgen van de ontwikkeling van de minderjarige als doel van de jeugdbescherming in algemene zin en meer specifiek als doel van de inzet van maatregelen benoemd. Dit houdt volgens het advies in dat zowel bij de overweging of het gedwongen kader moet worden ingezet als bij de keuze welke maatregel het meest passend is, het ontwikkelingsperspectief van de minderjarige centraal moet staan.³⁰ Voornoemde pedagogische uitgangspunten zijn ten dele terug te zien in de in 2015 ingevoerde Wet herziening kindbeschermingsmaatregelen. Het is een voorzichtig positieve ontwikkeling, maar de integratie van gedragswetenschappelijke inzichten in het wetgevingsproces is nog te gefragmenteerd en te oppervlakkig geweest. Daarnaast is in dit wetgevingsproces nog duidelijker dan in 1995 naar voren gekomen dat het gebrek aan empirische gegevens over de toepassing van de gronden van de ondertoezichtstelling problematisch is als moet worden beargumenteerd waarom bepaalde wijzigingen (voorzienbaar) bijdragen aan een effectievere jeugdbescherming. Beide elementen worden in het vervolg van deze bijdrage verder uitgewerkt. De Wet herziening kindbeschermingsmaatregelen is in materieel opzicht de meest ingrijpende wetswijziging geweest sinds de invoering van de jeugdbeschermingswetgeving in Nederland. De kern van de wetswijziging vormde volgens de wetgever een meer kindgerichte formulering van de wettelijke gronden en een verduidelijking van de grens tussen het vrijwillig kader en de gedwongen hulpverlening. Om dit bereiken is de rechtsgrond van de ondertoezichtstelling volledig aangepast en zijn de maatregelen van ontheffing en ontzetting uit het gezag vervangen door een gezagsbeëindigende maatregel. Na inwerkingtreding van de wet op

27. HR 20 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0060.

28. Voor een uitgebreide beschrijving van dit proces zie: Bruning & Kok 2008, p. 3 e.v.

29. Bruning & Kok 2008, p. 3-4.

30. Bruning & Kok 2008, p. 4.

1 januari 2015 gelden op basis van artikel 1:255 lid 1 BW drie cumulatieve vereisten waaraan moet zijn voldaan wil een ondertoezichtstelling gerechtvaardigd zijn:

1. de minderjarige wordt ernstig in zijn ontwikkeling bedreigd;
2. de noodzakelijke hulp om die bedreiging weg te nemen wordt door de minderjarige en/of zijn ouders niet, of onvoldoende geaccepteerd;
3. de verwachting is gerechtvaardigd dat de ouders binnen een gelet op de persoon en ontwikkeling van de minderjarige aanvaardbaar te achten termijn de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding kunnen dragen.

Hoewel alle gronden van de ondertoezichtstelling zijn aangepast, hebben niet alle veranderingen evenveel aandacht gekregen. Tijdens een substantieel deel van de parlementaire behandeling is gedebatteerd over de vraag waar de grens ligt tussen de vrijwillige hulpverlening en het gedwongen kader. Dit kwam voort uit het voorstel om het criterium voor de ondertoezichtstelling zoals opgenomen in artikel 1:254 lid 1 (oud) BW (de ernstige bedreiging van de zedelijke of geestelijke belangen of gezondheid), te wijzigen in het nog ruimer geformuleerde 'onbedreigd opgroeien'.³¹ Het schrappen van het woord 'ernstig' in de rechtsgrond had een duidelijk doel: het moest mogelijk worden eerder dan voorheen met dwang in te grijpen in de gezinssituatie.³² Maar wat nu echt de concrete gevolgen zouden zijn voor de toepassing van de ondertoezichtstelling in de praktijk bleek in ieder geval niet uit de memorie van toelichting.³³ Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel tot herziening van de kindbeschermingsmaatregelen werd duidelijk dat de Tweede Kamer ditmaal niet akkoord wenste te gaan zonder dat de grondslag op dit punt zou worden verhelderd. De meeste Kamerfracties gaven aan niet, althans moeizaam, een inschatting te kunnen maken van de voorgestelde wijziging en er werd gevreesd voor een toename van het aantal jeugdbeschermingsmaatregelen.³⁴ Het was aan toenmalig staatssecretaris Teeven om meer duidelijkheid te verschaffen. Wanneer kan worden gesproken van een bedreiging in de ontwikkeling van de minderjarige die ernstig genoeg is om een ondertoezichtstelling te rechtvaardigen? De staatssecretaris trachtte aan de hand van enkele voorbeelden te verduidelijken waar het onderscheid ligt tussen een ernstige ontwikkelingsbedreiging en 'slechts' een bedreiging in de ontwikkeling van de minderjarige. Bij gebrek aan een heldere beoordelingsmaatstaf was het voor de Tweede Kamer echter onmogelijk om vast te stellen welke gevallen in de toekomst onder de wettelijke norm van de ondertoezichtstelling zouden kunnen worden geschaard, indien de voorgestelde verruiming zou plaatsvinden.³⁵ Na een ronduit rommelig traject

31. *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 2.

32. Bruning 2011, p. 779-788.

33. *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 3 (MvT).

34. *Kamerstukken II* 2010/11, 32015, nr. 47, p. 71.

35. *Kamerstukken II* 2010/11, 32015, nrs. 47 en 49.

werd uiteindelijk besloten om het woord 'ernstig' in de rechtsgrond van de ondertoezichtstelling te handhaven.³⁶

De tweede wijziging in de rechtsgrond van de ondertoezichtstelling zorgde ervoor dat niet het (voorzienbaar) falen van vrijwillige hulpverlening maar de acceptatie van hulpverlening door kind en ouders centraal kwam te staan. Volgens de wetgever was deze wijziging nodig om te verduidelijken dat de grens tussen hulp in het vrijwillige of gedwongen kader ligt bij de acceptatie van hulp.³⁷ Op basis van welke gegevens tot deze vaststelling is gekomen werd door de wetgever niet onderbouwd. In de eerdere evaluatie van de jeugdbeschermingswetgeving hadden alle betrokken organisaties (de Raad voor de Kinderbescherming en de rechtspraak) laten weten het criterium 'falen van hulpverlening' als een belangrijk en goed functionerend onderdeel van de jeugdbeschermingswetgeving te zien.³⁸ Het heeft er alle schijn van dat voor het uitkomen van het wetsvoorstel niet goed is onderzocht en doordacht welke rol acceptatie van hulpverlening speelde in de besluitvorming, om zo een betere inschatting van de gevolgen voor de inhoudelijke besluitvorming te kunnen maken. Dit idee wordt versterkt door het feit dat pas na het uitkomen van het wetsvoorstel in opdracht van het WODC onderzoek is gedaan naar de mogelijke gevolgen van deze wetswijziging voor de praktijk.³⁹ In dit onderzoek werd bevestigd dat bij het uitkomen van het wetsvoorstel geen enkel zicht was op de mate waarin ouders en minderjarigen de noodzakelijke hulpverlening accepteerden, en derhalve ook geen gedegen inschatting kon worden gemaakt of deze wijziging zoals beoogd positief zou bijdragen aan een betere afbakening van de grens tussen het vrijwillige en gedwongen kader.⁴⁰ Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is vervolgens nauwelijks nog aandacht besteed aan deze wijziging, waardoor de rechtsgrond van de ondertoezichtstelling op dit punt gewijzigd is zoals voorgesteld.⁴¹

Na inwerkingtreding van de Wet herziening kindbeschermingsmaatregelen zijn diverse onderzoeken uitgevoerd waaruit blijkt dat ernstig moet worden betwijfeld of acceptatie als onderscheidend criterium daadwerkelijk zorgt voor een scherpere afbakening tussen het vrijwillig kader en het gedwongen kader van de ondertoezichtstelling. De wetgever lijkt te zijn uitgegaan van de veronderstelling dat de ondertoezichtstelling alleen bestemd is of moet zijn voor ouders (en kinderen) die niet meewerken met de jeugdbeschermingsinstanties. Op basis van door mij uitgevoerd dossieronderzoek blijkt dit in de praktijk in opvallend veel zaken niet het geval. In ruim 30% van de onderzochte zaken wordt door de Raad voor de Kinderbescherming een verzoek tot ondertoezichtstelling ingediend ondanks de bereid-

36. Zie over de moeizame gang van zaken tijdens de parlementaire behandeling: Forder 2012, p. 71 e.v.

37. *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 3 (MvT), p. 22.

38. De Savornin Lohman e.a. 2000, p. 67.

39. Buysse e.a. 2010.

40. Buysse e.a. 2010, p. 4.

41. Huijjer 2015.

heid van alle betrokkenen om de noodzakelijke hulp te accepteren.⁴² Enkele andere onderzoeken, waaronder de in 2018 uitgekomen tussenevaluatie van de jeugdbeschermingswetgeving, bevestigen dit beeld.⁴³ Het verzoeken van een ondertoezichtstelling terwijl er wel sprake is van acceptatie lijkt duidelijk te conflicteren met de wettelijke grond zoals opgenomen in artikel 1:255 lid 1 BW. In de praktijk is dan ook zichtbaar dat het begrip acceptatie heel wisselend wordt ingevuld door de betrokken professionals en dat door rechters meer strijd wordt ervaren in de rechtszaal.⁴⁴ In de wetenschap en de praktijk is inmiddels diverse malen aangegeven dat dit deel van de rechtsgrond van de ondertoezichtstelling geen optimale afweging over de noodzaak van de maatregel mogelijk maakt. De oude grond ‘het falen van hulpverlening’ gaf, zo wordt aangegeven, meer mogelijkheden om een goede afweging te maken in de praktijk.⁴⁵ In de huidige situatie lijkt het recht van ouders op een onderbouwing ten aanzien van de vraag of minder ingrijpende middelen passend en beschikbaar zijn zo meer verworpen tot een plicht om mee te werken met de instanties.⁴⁶ Een bijkomend nadeel hiervan is dat dit mogelijk ook een negatieve uitwerking heeft op de samenwerking in de uitvoering en daarmee de effectiviteit van de maatregel. Voormalig minister Dekker (Rechtsbescherming) heeft in een reactie laten weten dat bij de eindevaluatie in 2022 van de jeugdbeschermingswetgeving nadrukkelijk moet worden gezien of wijziging van de rechtsgrond van ondertoezichtstelling op dit punt noodzakelijk is.⁴⁷

Naast twee gewijzigde gronden is met de Wet herziening kindbeschermingsmaatregelen ook een geheel nieuwe, derde grond aan artikel 1:255 lid 1 BW toegevoegd. Naast de twee besproken gronden moet de verwachting gerechtvaardigd zijn dat de ouder(s) met gezag binnen een gelet op de persoon en ontwikkeling van de minderjarige aanvaardbaar te achten termijn, de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding in staat is/zijn te dragen. In de praktijk doorgaans omschreven als ‘de aanvaardbare termijn’ of ‘het aanvaardbaretermijncriterium’. Het doel van deze nieuw geïntroduceerde grond was een einde te maken aan ondertoezichtstellingen die vele malen werden verlengd, ook in situaties waarin het duidelijk was dat de ouders niet in staat zouden zijn de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding te dragen en het opvoedperspectief van de minderjarige daarom elders lag. De ouders met gezag mochten op basis van de wettelijke doelstelling van de ondertoezichtstelling en machtiging uithuisplaatsing verwachten dat nog steeds werd gewerkt aan een terugkeer van het kind naar huis. Dat idee werd versterkt door het feit dat de ouders met gezag in beginsel nog steeds belangrijke beslissingen inzake de verzorging en opvoeding van de minder-

42. Huijjer 2015, par. 3.

43. Lünemann e.a. 2018.

44. Lünemann e.a. 2018, p. 24.

45. Zie bijv. Van den Bosch & Rijbroek 2020, p. 20.

46. Van der Zon 2020.

47. *Kamerstukken II* 2020/21, 31839, nr. 724.

jarige namen. Voor de minderjarige werd deze situatie als potentieel schadelijk voor zijn ontwikkeling aangemerkt gezien de onzekerheid die hij kon ervaren over de vraag waar hij mocht opgroeien en de daaruit voortkomende loyaliteitsproblemen ten aanzien van de ouders en pleegouders. Zeker waar het jonge kinderen betreft, is in het belang van het opbouwen van een gehechtheidsrelatie met de opvoeder een stabiele opvoedrelatie, waarin de opvoeder duurzaam emotioneel beschikbaar is, noodzakelijk.⁴⁸ Frequent wisselingen in de opvoedsituatie of onzekerheid omtrent de hechttingspersoon kunnen de ontwikkeling van de minderjarige schaden.⁴⁹

Voor het eerst sinds de introductie van de jeugdbeschermingswetgeving maakt de wetgever hier expliciet gebruik van gedragswetenschappelijke inzichten om te komen tot aanpassing van het juridisch kader. Dat is een positief gegeven, maar tegelijkertijd is er op dit vlak nog veel te winnen. Zo wordt onder meer gewezen op het belang van stabiliteit en continuïteit in de opvoeding voor de ontwikkeling van de minderjarige en het daarmee samenhangende belang van een veilige gehechtheid. In de praktijk betekent dit dat als de minderjarige uit huis wordt geplaatst de professional moet stilstaan bij de vraag hoe lang het specifieke kind in onzekerheid kan blijven ten aanzien van de vraag waar het opgroeit en daarnaast of de verwachting gerechtvaardigd is dat de ouders met gezag binnen die termijn in staat zijn weer (thuis) voor de minderjarige te zorgen. De vraag wat voor een kind een aanvaardbare termijn is, is een pedagogische afweging waarin naast leeftijd, factoren als persoonlijke kenmerken, de draagkracht van het kind en specifieke opvoedingssituatie moet worden meegewogen. Leeftijd wordt door de wetgever expliciet aangemerkt als belangrijke factor bij het bepalen van de aanvaardbare termijn. Hoe jonger het kind is, hoe korter de aanvaardbare termijn doorgaans zal zijn.⁵⁰ Veel meer indicaties zijn echter niet verstrekt. De wetgever heeft nagelaten echt dieper in te gaan op deze begrippen, terwijl het zeker voor de juridische professionals die de beslissingen nemen in jeugdbeschermingszaken belangrijk is om kennis te nemen van de manier waarop deze gedragswetenschappelijke begrippen moeten worden geïnterpreteerd. Dit heeft onder meer tot gevolg gehad dat het belang van stabiliteit en continuïteit in de praktijk soms te eenzijdig is geïnterpreteerd. De nadruk komt hierdoor soms te veel te liggen op het belang van het kind om in het pleeggezin te blijven (stabiliteit). Nog los van het feit dat de gewenste stabiliteit in pleeggezinnen met regelmaat niet wordt bereikt omdat de pleeggezinplaatsing voortijdig wordt afgebroken, is het duidelijk dat het belang van contact en omgang met de ouder(s) voor de ontwikkeling van de minderjarige (continuïteit) van ondergeschikt belang is geworden. In een eerdere bijdrage heb ik hier de risico's van beschreven: het systeem van jeugdbeschermingsmaatregelen lijkt te

48. Van IJzendoorn 2008.

49. Juffer, p. 22.

50. *Kamerstukken II 2008/09*, 32015, nr. 3 (MvT), p. 11.

fungeren als een trechter, waarbij na uithuisplaatsing, na een zeker verloop van tijd, beëindiging van het gezag van de ouders de enige voor hand liggende optie is. Ten aanzien van de aanvaardbare termijn speelt echter nog een probleem van heel andere aard. De wetgever heeft de keuze gemaakt de aanvaardbare termijn expliciet te koppelen aan de ondertoezichtstelling. De aanvaardbare termijn is immers als derde cumulatieve voorwaarde in de rechtsgrond van de ondertoezichtstelling (art. 1:255 lid 1 onder b BW) opgenomen. Dit suggereert dat de inhoudelijke invulling van de aanvaardbare termijn ook moet plaatsvinden binnen de context van de ondertoezichtstelling. De definitie van de aanvaardbare termijn in de memorie van toelichting wijst alleen een andere kant op. De aanvaardbare termijn wordt omschreven als ‘de periode van onzekerheid over de vraag in welk gezin hij zal opgroeien, die het kind kan overbruggen zonder verdergaand ernstige schade voor zijn ontwikkeling op te lopen’.⁵¹ De aanvaardbare termijn en de daaraan verbonden afweging omtrent het opvoedperspectief van de minderjarige vereist blijkens deze omschrijving dat het opvoedperspectief onzeker is. Dat is alleen het geval als de minderjarige in het kader van een ondertoezichtstelling uit huis is geplaatst. Als alleen een ondertoezichtstelling wordt opgelegd behouden de ouders het gezag, zijn zij aldus verantwoordelijk voor de verzorging en opvoeding en verblijft de minderjarige (in de regel) thuis. Het is niet ondenkbaar dat op een zeker moment het opvoedperspectief van de minderjarige onzeker wordt, maar zonder dat de minderjarige uit huis wordt geplaatst speelt die afweging nog niet. Dit betekent ook dat als het kind thuis verblijft, het geen onzekerheid ervaart over zijn opvoedperspectief. De wetgever bevestigt dit zelf ook:

‘Indien een kind bij zijn ouders woont en er geen noodzaak is tot uithuisplaatsing is per definitie aan het tweede vereiste (*de aanvaardbare termijn*, curs. JH) voldaan omdat de ouders in deze situatie hun kind verzorgen en opvoeden. Een ondertoezichtstelling kan in die gevallen blijven doorlopen totdat het kind meerderjarig wordt.’⁵²

In dit geval is in het wetgevingsproces de gedragswetenschappelijke kennis over de ontwikkeling van minderjarigen gebruikt om tot een effectiever functionerend systeem van jeugdbescherming te komen, maar lijkt het mis te zijn gegaan bij de juridische vertaalslag. De afweging over de aanvaardbare termijn hoort gemaakt te worden in het kader van de uithuisplaatsing, waarmee de inhoudelijke waarde van deze grond voor de afweging over de ondertoezichtstelling wordt gereduceerd tot praktisch nul. Dit wordt ook bevestigd door professionals in de jeugdbeschermingspraktijk. In het kader van de afweging over de ondertoezichtstelling wordt, zo stellen zij, inhoudelijk geen invulling gegeven aan het aanvaardbaretermijncriterium.⁵³ Dit geeft te denken, gelet op het streven naar effectieve wetgeving. Vol-

51. *Kamerstukken II* 2009/10, 32015, nr. 3 (MvT), toelichting onder art. 1:255 BW.

52. *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 3 (MvT), p. 23.

53. Zie hierover: Huijjer 2020, p. 337.

gens de wetgever is hiervan sprake als de juridische gronden, gelet op het ontwikkelingsperspectief van de minderjarige, op het juiste moment de mogelijkheid bieden de juiste maatregel te treffen.⁵⁴ In het geval van de aanvaardbare termijn lijkt de wetgever een ongelukkige keuze gemaakt te hebben, hetgeen nog maar eens benadrukt dat de vertaling van inzichten uit andere disciplines – in dit geval de gedragswetenschappen – naar het recht verschillende uitdagingen met zich brengt.

5.4 TER AFSLUITING: HET HEDEN EN DE TOEKOMST

In deze bijdrage is beschreven hoe de maatregel van ondertoezichtstelling zich in materieel opzicht de afgelopen dertig jaar heeft ontwikkeld. Nadat de maatregel in 1922 werd geïntroduceerd, is er lange tijd niet veel aandacht geweest voor de interpretatie en toepassing van de wettelijke gronden zoals opgenomen in Boek 1 BW. Dat is op zijn minst opvallend te noemen voor een maatregel die jaar in, jaar uit duizenden malen wordt toegepast, met als gevolg dat het recht van de ouders en de minderjarige op familie- en gezinsleven wordt ingeperkt. De wettelijke gronden van de ondertoezichtstelling en machtiging uithuisplaatsing zoals neergelegd in het Burgerlijk Wetboek behoren een duidelijke grondslag op te leveren ten aanzien van de vraag in welke gevallen en op welke wijze gedwongen overheidsingrijpen in het gezinsleven gerechtvaardigd is. Uit de historische beschrijving is duidelijk geworden dat eigenlijk altijd is getwijfeld of de wettelijke vereisten van de ondertoezichtstelling aan dit uitgangspunt voldoen. De kritiek vanuit de wetenschap en de praktijk is dat het voor veel betrokken gezinnen onduidelijk is wanneer de concrete situatie ernstig genoeg is om een ondertoezichtstelling te rechtvaardigen. De wetgever heeft echter tot aan de wettelijke herziening van de ondertoezichtstelling in 1995 niet de noodzaak gezien aanpassingen te doen ten aanzien van de ondertoezichtstelling. Lange tijd is volstaan met slechts algemene gezichtspunten over de toepassing van de maatregel en de vaststelling dat het aan de praktijk is om in iedere zaak afzonderlijk af te wegen of de ernst van de situatie een ondertoezichtstelling rechtvaardigt.

In 2015 volgde een veel ingrijpendere wijziging van de maatregel van ondertoezichtstelling. De rechtsgrond werd op twee plaatsen gewijzigd en er werd een derde grond toegevoegd aan artikel 1:255 lid 1 BW. De conclusies ten aanzien van deze drie wijzigingen zijn nu, enkele jaren later, niet onverdeeld positief. Er is breed gedeelde kritiek op de wettelijke gronden. Ten eerste omdat nog steeds onvoldoende duidelijk is wanneer de situatie ernstig genoeg is om een ondertoezichtstelling te rechtvaardigen. Ten tweede omdat er inmiddels op basis van empirisch onderzoek duidelijke indicaties zijn dat de overige gronden geen optimale afweging over de noodzaak van een ondertoezichtstelling mogelijk maken. Voor een zo effectief mogelijk functionerend materieel jeugdbeschermingsrecht is het

54. *Kamerstukken II 2008/09, 32015, nr. 3 (MvT).*

belangrijk dat de wettelijke gronden aansluiten bij de afwegingen die in de praktijk gemaakt moeten worden om de minderjarige de noodzakelijke zorg en bescherming te bieden. Bij de wetswijzigingen in 1995 en 2015 heeft het ontbroken aan inzicht over de werking van het recht in de praktijk. Het is een tekortkoming die niet alleen is geconstateerd voor het jeugdbeschermingsrecht. Ook voor het bredere familierecht is vastgesteld dat er nog weinig zicht is op het functioneren van het recht in de praktijk.⁵⁵

Nu, in 2022, verkeert de jeugdbescherming in zwaar weer. Na een groot aantal kritische inspectierapporten, brandbrieven (van rechters) en wetenschappelijke onderzoeken, is er nu ook politieke consensus dat de jeugdbescherming ingrijpend gewijzigd moet worden. De problemen die zijn geconstateerd doen zich zowel voor aan de materiële kant (het Burgerlijk Wetboek), als in de uitvoeringspraktijk. Voor beide kanten geldt dat het verder doorzetten van de voorzichtige ontwikkeling naar een meer empirische en multidisciplinaire benadering van het jeugdbeschermingsrecht een cruciale bijdrage kan leveren aan de verbetering van het systeem van jeugdbescherming en jeugdhulp. Wat betreft de materiële kant is het ten eerste belangrijk dat de wijze waarop de wettelijke gronden in de praktijk worden toegepast, op bredere schaal en systematischer wordt geanalyseerd. Het is in dit licht verheugend om vast te stellen dat in de in september 2022 uitgekomen eind-evaluatie van de Wet herziening kinderbeschermingsmaatregelen veel royaler dan voorheen gebruikgemaakt is van empirische gegevens (dossieronderzoek en interviews) om te bepalen of de huidige wettelijke gronden een optimale bescherming van minderjarigen faciliteren. Hoewel de conclusies over de huidige wettelijke gronden niet louter positief zijn, is dit wel een belangrijke stap om in de toekomst concreter aan te kunnen geven wanneer de feiten en omstandigheden een onder-toezichtstelling rechtvaardigen. Uiteindelijk kan hierdoor de rechtsonzekerheid voor alle betrokkenen worden verkleind.

Ten tweede kan een verdere integratie van gedragswetenschappelijke inzichten ervoor zorgen dat het juridisch kader nog beter het ontwikkelingsperspectief van de minderjarige als centraal uitgangspunt neemt. Bij de wettelijke herziening van de jeugdbeschermingswetgeving in 2015 is het voor het eerst duidelijk gebruikgemaakt van deze inzichten, maar alleen waar het gaat om de bepaling van het opvoedperspectief van de minderjarige nadat een uithuisplaatsing heeft plaatsgevonden. Een meer diepgaande integratie van de gedragswetenschappen zou een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan de verdere ontwikkeling van wetgeving. In de eerste plaats moet dan worden gedacht aan het voor de ondertoezichtstelling noodzakelijke oordeel over de ernst van de bedreiging in de ontwikkeling van de minderjarige. Dit betreft een afweging over de ontwikkeling van de minderjarige die gedragswetenschappelijk van aard is. Het lijdt daarom geen twijfel dat de jurist die wordt geacht het gedragswetenschappelijke oordeel te vertalen naar de juridi-

55. Antokolskaia 2013, p. 171 e.v.

sche norm, hierbij zijn voordeel kan doen met inzichten uit deze discipline. Daarnaast kunnen de gedragswetenschappen een belangrijke bijdrage leveren bij het verder uitdiepen van de beslissing over het opvoedperspectief van de minderjarige, en in juridisch opzicht daarmee de keuze tussen de ondertoezichtstelling en de gezagsbeëindigende maatregel.

Ter afsluiting van deze bijdrage moeten nog twee elementen worden benoemd die niet direct gaan over de inhoud van de wettelijke gronden van de jeugdbeschermingsmaatregelen, maar die wel nu en in de nabije toekomst van grote invloed gaan zijn op de vraag of het materiële jeugdbeschermingsrecht goed functioneert. In de eerste plaats gaat het om de kwaliteit van het feitenonderzoek door de autoriteiten in jeugdbeschermingszaken. Ook ten aanzien van dit element is al jaren forse kritiek op de ondoorzichtigheid en onzorgvuldigheid waarmee door de verantwoordelijke organisaties⁵⁶ informatie wordt verzameld, geselecteerd en geïnterpreteerd ten behoeve van de besluitvorming.⁵⁷ Dit is zorgelijk, omdat het al dan niet correct toepassen van de wettelijke gronden voor een groot deel zijn waarde verliest indien de informatie op basis waarvan de juridische toets plaatsvindt onvolledig of incorrect is. Op dit vlak moet een nijpend tekort aan inzicht worden geconstateerd ten aanzien van de wijze waarop het feitenonderzoek door de autoriteiten wordt uitgevoerd. De enkele indicaties die er zijn bevestigen het zorgelijke beeld over de kwaliteit van de rapportages en, meer specifiek, het grote verschil in waardering van de feiten door de professionals die de beslissingen moeten nemen.⁵⁸ Dit alles vergroot nog eens de rechtsonzekerheid, bovenal voor de gezinnen die met het jeugdbeschermingskader worden geconfronteerd. Om de kwaliteit van het feitenonderzoek te verbeteren is het noodzakelijk meer zicht te krijgen op de wijze waarop onderzoeken en rapportages worden vormgegeven.

Tot slot is het noodzakelijk om te komen tot een verdere integratie van het materiële jeugdbeschermingsrecht en de wetgeving inzake de uitvoering van de jeugdbescherming en jeugdhulp (de Jeugdwet en aanverwante regelgeving). Tot op heden zijn dit twee grotendeels gescheiden werelden geweest, terwijl de wederzijdse invloed op het functioneren van beide elementen buitengewoon groot is. Een effectief functionerend systeem van vrijwillige jeugdhulp verkleint de kans dat de stap moet worden gezet naar het gedwongen kader van de jeugdbeschermingsmaatregelen. In tegenovergestelde zin geldt dat een slecht functionerend systeem van jeugdhulp de toepassing van het materiële jeugdbeschermingsrecht ernstig compliceert. Dit laatste blijkt onder meer uit de eidevaluatie van de Wet herziening kinderbeschermingsmaatregelen. De onderzoekers stellen vast dat er verschillende fundamentele knel- en aandachtspunten zijn die de uitvoering van de herziene wet

56. De kritiek richt zich met name op de Gecertificeerde Instellingen en de Raad voor de Kinderbescherming.

57. Van der Asdonk 2019.

58. Zie voor de achtergronden van de discussie over waarheidsvinding in de jeugdbescherming: Huijjer 2014, p. 834 e.v.

bemoeilijken, zoals de genoemde problemen ten gevolge van de introductie van de Jeugdwet. Deze ontwikkelingen zijn niet zozeer aan de doelen van de Wet herziening kinderbeschermingsmaatregelen te koppelen, maar leiden er wel toe dat deze wet onvoldoende tot zijn recht kan komen.⁵⁹ Dit laat nog maar eens zien dat de vraag wanneer overheidsingrijpen in het gezinsleven gerechtvaardigd is eigenlijk niet goed beantwoord kan worden zonder een goed beeld van wat de overheid aan de uitvoeringskant voor het kind en het gezin kan betekenen. Meer aandacht voor de effectiviteit op uitvoeringsniveau van de jeugdbeschermingsmaatregelen is daarom noodzakelijk, ook al omdat de enkele indicaties die er zijn, bepaald geen rooskleurig beeld laten zien.⁶⁰ Ook hier kunnen de gedragswetenschappen een belangrijke functie vervullen, aangezien de beoordeling van de effectiviteit van interventies een van de kernelementen van de forensische kant van dit vakgebied is.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Antokolskaia 2013

M. Antokolskaia, 'Van politiek gestuurde wetgeving naar evidence based wetgeving – perspectieven vanuit het familierecht', in: Van Boom, Giesen & Verheij (red.), *Capita Civilologie: handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Van der Asdonk e.a. 2019

S. van der Asdonk, S. van Berkel, R. de Haan, W. van IJzendoorn, H. Schuengel & L. Alink, 'Improving decision-making agreement in child protection cases by using information regarding parents' response to an intervention: A vignette study.' *Children and Youth Services Review*, 2019/107, 104501.

Bruning 2001

M.R. Bruning, *Rechtvaardiging van kinderbescherming: naar een nieuw maatregelenpakket na honderd jaar kinderbescherming* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2001.

Bruning & Kok 2008

M. Bruning & J. Kok (red.), *Herziening kinderbeschermingsmaatregelen. Commentaren op het voorontwerp van wet. FJR Congresbundel*, Deventer: Kluwer 2008.

Bruning 2011

M.R. Bruning, 'De ondertoezichtstelling herzien – snellere bemoeienis met meer rechtswaARBorgen', *AA* 2011, p. 779-788.

Bruning e.a. 2022

M.R. Bruning, K van der Zon, D. Smeets & H. van Boven., *Eindevaluatie Wet herziening kinderbeschermingsmaatregelen Nieuwe rechtsgronden in een haperend jeugdbeschermingsstelsel*, Den Haag: Boom juridisch 2022.

59. Bruning 2022, p. 20.

60. Goemans e.a. 2016, p. 198-217.

Buyse, Broeders & Hilhorst 2010

W. Buyse, A. Broeders & N. Hilhorst, *Gezinsbegeleiding in gedwongen en vrijwillig kader*, Amsterdam: DSP-groep, 2010.

Doek 2008

J. Doek, 'De herziening jeugdbescherming: IVRK-proof?', in: M.R. Bruning & J. Kok (red.), *Herziening kindbeschermingsmaatregelen. Commentaren op het voorontwerp van wet. FJR Congresbundel*, Deventer: Kluwer 2008.

Van den Bosch & Rijbroek 2020

H. van den Bosch & B. Rijbroek, *De wettelijke kaders van de jeugdbescherming. Inventariserende studie naar de heersende opvattingen over aanscherping van de rechtsgronden voor kindbeschermingsmaatregelen*, Nederlands Jeugdinstuut 2020.

Forder 2012

C. Forder, 'Besluitvorming kinderrechter in kindbeschermingszaken. Te veel vertrouwen, te weinig compassie', in: I. Weijers, *Parens Patriae en prudentie. Grondslagen van jeugdbescherming* (oratie Utrecht), Amsterdam: SWP Uitgeverij 2012.

Goemans e.a. 2016

A. Goemans, M. van Geel, M. van Beem & P. Vedder, 'Developmental Outcomes of Foster Children: A Meta-Analytic Comparison With Children From the General Population and Children at Risk Who Remained at Home', *Child Maltreatment*, 21, 198-217. DOI: 10.1177/1077559516657637.

Huijer 2014

J. Huijer, 'Waarheidsvinding in de jeugdbescherming: een juridisch perspectief', *NJB* 2014/673.

Huijer 2015

Huijer, 'Herziening kindbeschermingsmaatregelen: naar een nieuwe ondertoezichtstelling', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 2015/8.

Huijer 2020

J. Huijer, *Leren van het verleden voor het heden. Een dossierstudie naar de rechtvaardiging van jeugdbescherming in de praktijk* (diss. UU) 2020, p. 337.

Van IJzendoorn 2008

M. van IJzendoorn, *Opvoeden over de grens. Gehechtheid, trauma en veerkracht*. Amsterdam: Boom 2008.

Juffer 2010

F. Juffer, 'Beslissingen over kinderen in problematische opvoedingssituaties. Inzichten uit gehechtheidsonderzoek', *Research Memoranda*, Sdu Uitgevers, 2010/6, p. 22.

Koens 1994

M. Koens, *Jeugdigen in de knel. Maatregelen van jeugdbescherming in de toekomst* (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer 1994.

Lünnemann e.a. 2018

K. Lünnemann, J. Huijjer, K. Bel & M. Lünnemann, *Tussenevaluatie Wet herziening kinderschermingsmaatregelen*, WODC 2018.

De Ruyter 1993

D. de Ruyter, *Met recht ingrijpend – een pedagogisch criterium voor hulp* (diss. VU Amsterdam) 1993.

De Savornin Lohman e.a. 2000

J. de Savornin Lohman, M.R. Bruning, M. Goderie, S. Nieborg, M. Steketee, P. de Graaf (medew.) & K. Huntjens (medew.), *Met recht onder toezicht gesteld. Evaluatie herziene OTS-wetgeving*, WODC 2000.

Commissie-Vliegenthart 1990

Rapport van de subcommissie Kinderbescherming (Commissie-Vliegenthart), *Rechtzetten, Kamerstukken II 1990/91, 21818, nr. 2.*

Commissie-Wiarda 1971

Commissie herziening kinderschermingsrecht. *Commissie voor de herziening van het kinderschermingsrecht (Commissie-Wiarda), Jeugdbeschermingsrecht*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1971.

Van Wijk 1999

H. van Wijk, *Hoezo noodzakelijk. Rechtsgronden voor kinderschermingsmaatregelen*, Amsterdam: THELA THESIS 1999.

Van der Zon 2020

K. van der Zon, *Pleegrechten voor kinderen: een onderzoek naar het realiseren van rechten voor kinderen die in het kader van een ondertoezichtstelling in een pleeggezin zijn geplaatst* (diss. Universiteit Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020.

DEEL III

TECHNIEK EN DERTIG JAAR OUDE REGELS:
STILL GOING STRONG?

HET CONSUMENTENRECHT EN HET GEGEVENS BESCHERMINGSRECHT

Waar het complementeert en waar het schuurt

Anna Berlee en Daniëlle Op Heij

6.1 INLEIDING*

De eerste e-mail werd in 1971 en daarmee al circa twintig jaar vóór de invoering van het NBW in 1992 verstuurd. Het wereldwijde web, zoals we dat heden ten dage in de kern kennen, kwam echter pas in 1991 op gang. De allereerste 'App Store' was net ontwikkeld, maar nog niet getoond aan het grote publiek en het zou nog tot 2008 duren voordat Apple's *App Store* en Google's *Android Market* – de voorloper van *Google Play* – werden geïntroduceerd. Het is dan ook niet verwonderlijk dat in de parlementaire geschiedenis van het NBW geen aandacht uitging naar digitale inhoud of digitale diensten, zoals apps, software en gestreamde films, laat staan de levering daarvan in ruil voor persoonsgegevens. In 1992 stond zowel het consumentenrecht als het gegevensbeschermingsrecht nog in de (Europese) kinderschoenen.

Vanaf 1995 kwam er EU-regelgeving die de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens regelde (Richtlijn 95/46/EG). Deze werd opgevolgd in mei 2018 met het van toepassing worden van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG). Anderzijds zit de Uniewetgever ook niet stil op het gebied van het consumentenrecht; zo ging de laatste jaren veel aandacht uit naar overeenkomsten over digitale inhoud. De toename van het gebruik van digitale inhoud en digitale diensten door consumenten heeft invloed op de bescherming die consumenten nodig hebben, niet alleen op het terrein van het consumentenrecht, maar ook vanuit het gegevensbeschermingsrecht. De afname van digitale inhoud en digitale diensten gaat immers veelal gepaard met de verzameling van persoonsgegevens. Harmonisering door de EU vindt voor zowel het consumentenrecht als het gegevensbeschermingsrecht middels richtlijnen en verordeningen afzonderlijk

* Met dank aan Simone Huting en Astrid van Duijn voor commentaar op een eerdere versie van het stuk.

plaats. Wel wordt bijvoorbeeld in de consumentenrechtelijke Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (Richtlijn (EU) 2019/770) expliciet verwezen naar de regels over het gegevensbeschermingsrecht¹ en vice versa.²

In de loop der jaren zijn het consumentenrecht en het gegevensbeschermingsrecht nauw met elkaar verbonden geraakt, met name door de grootschalige ontwikkelingen in de informatietechnologie. Hoewel de rechtsgebieden een andere soort bescherming voorstaan, bestaat belangrijke overlap tussen beide. Met overlap bedoelen wij dat er regels uit het gegevensbeschermingsrecht zijn met relevantie voor het consumentenrecht, dan wel regels uit het consumentenrecht die relevant zijn voor het gegevensbeschermingsrecht. De wisselwerking tussen deze rechtsgebieden brengt overlap tussen de toepasselijke regels met zich wanneer bijvoorbeeld een consument betaalt voor digitale inhoud of digitale diensten in de vorm van persoonsgegevens. Wij zullen ons in deze bijdrage concentreren op twee onderdelen waar zich overlap voordoet, namelijk (i) informatieplichten (par. 6.2) en (ii) digitale inhoud en digitale diensten in ruil voor persoonsgegevens (par. 6.3). Onze bijdrage wordt afgesloten in paragraaf 6.4.

6.2 INFORMATIEPLICHTEN IN HET CONSUMENTEN- EN GEGEVENSBESCHERMINGSRECHT

Op het gebied van informatieverplichtingen is de overlap tussen het consumentenrecht en het gegevensbeschermingsrecht heel duidelijk zichtbaar. Zoals Helberger e.a. treffend verwoorden is een kenmerk dat het consumentenrecht en het gegevensbeschermingsrecht verenigt de centrale rol van informatie als middel om informatieasymmetrieën te beperken en het individu mondiger te maken.³ Dat in het gegevensbeschermingsrecht boetes van grote omvang kunnen worden opgelegd wanneer informatie over privacy niet goed te begrijpen is,⁴ kan onzes inziens een prikkel vormen voor bedrijven om ook informatieplichten voortvloeiend uit het consumentenrecht beter na te leven en vice versa. Wij betogen dan ook dat de wisselwerking tussen informatieplichten in het consumenten- en gegevensbeschermingsrecht gunstig kan zijn voor de ontwikkeling van beide rechtsgebieden. Achtereenvolgens bespreken wij vanuit het perspectief van de consument die digitale

-
1. Considerans, overweging 37 Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten.
 2. Considerans, overweging 42 AVG waar expliciet naar Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten wordt verwezen.
 3. Helberger, Zuiderveen-Borgesius & Reyna, *CMLR* 2017, p. 1427-1465.
 4. Zie ter illustratie de boete aan TikTok voor het schenden van de informatieverplichtingen jegens kinderen. Boetebesluit Autoriteit Persoonsgegevens, 9 april 2021: <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/boete-tiktok-vanwege-schenden-privacy-kinderen> (laatst geraadpleegd op 14 oktober 2022).

inhoud of digitale diensten afneemt belangrijke informatieplichten in het consumentenrecht en het gegevensbeschermingsrecht.

Informatieplichten in het consumentenrecht

Wanneer digitale inhoud of digitale diensten in ruil voor persoonsgegevens worden verstrekt, gelden er informatieplichten die voortvloeien uit consumentenrechtelijke regelgeving. De meest actuele richtlijn die regels geeft op (onder meer) dit terrein is de Moderniseringsrichtlijn (2019/2161).⁵ Het toepassingsbereik van bestaande regels is middels deze richtlijn uitgebreid. Artikel 6:230h lid 1 BW luidde voor de wijziging enkel dat de afdeling met bepalingen voor overeenkomsten tussen handelaren en consumenten van toepassing is op overeenkomsten tussen een handelaar en een consument. In het aangepaste artikel 6:230h lid 1 (onder a en b) BW is aangevuld dat een dergelijke overeenkomst zowel ziet op het geval waarin de consument een prijs betaalt als het geval waarin digitale inhoud niet wordt geleverd op een materiële drager of een digitale dienst verricht wordt in ruil voor persoonsgegevens.⁶ Enige onduidelijkheid over of, en zo ja de mate waarin, het dwingende consumentenrecht uit Boek 6 BW van toepassing is op overeenkomsten waarbij het gaat om (enkel) digitale diensten of waarbij het een 'gratis' dienst betreft maar toestemming voor gegevensverwerking wordt gegeven, is daarmee weggenomen.⁷

Daarnaast zijn op basis van de Moderniseringsrichtlijn wijzigingen aangebracht in artikel 6:230m BW. Dit artikel ziet op de informatie die aan de consument op een duidelijke en begrijpelijke wijze dient te worden verstrekt, voordat hij gebonden is aan een overeenkomst op afstand of buiten de verkooppriimte. Artikel 6:230m BW bevatte reeds voor implementatie van de Moderniseringsrichtlijn twee categorieën die specifiek zien op digitale inhoud, namelijk 'de functionaliteit van digitale inhoud met inbegrip van toepasselijke technische beveiligingsvoorzieningen' (onder r) en 'de relevante interoperabiliteit van digitale inhoud met hardware en software waarvan de handelaar op de hoogte is of redelijkerwijs kan worden verondersteld op de hoogte te zijn' (onder s). Deze zijn naar aanleiding van de implementatie van de Moderniseringsrichtlijn van toepassing op zowel een zaak met digitale elementen (embedded software⁸), digitale inhoud (zoals apps) als een digi-

5. Zie onder meer hierover: Loos, *NtEr* 2018, p. 153. Zie ook Den Butter, *Juridisch up to Date* 2020.

6. Dit is slechts anders wanneer de verstrekte persoonsgegevens enkel worden verwerkt voor het leveren van de digitale inhoud of de digitale dienst of om de handelaar in staat te stellen te voldoen aan de wettelijke vereisten en de gegevens voor geen ander doel worden verwerkt.

7. Let wel op de uitzondering in art. 6:230h lid 1 onder b BW: '(...) tenzij de door de consument verstrekte persoonsgegevens uitsluitend worden verwerkt door de handelaar voor het leveren van de digitale inhoud die niet op een materiële drager wordt geleverd of voor het verrichten van de digitale dienst of om de handelaar in staat te stellen te voldoen aan de op hem van toepassing zijnde wettelijke vereisten, en de handelaar die gegevens voor geen ander doel verwerkt'.

8. Een voorbeeld is een wasmachine met ingebouwde software.

tale dienst (toegang tot een gestreamde film). Er zijn ook specifieke informatieplichten opgenomen indien het een overeenkomst op afstand of een overeenstemmend aanbod op een onlinemarktplaats⁹ betreft.¹⁰ Voorbeelden zijn informatie over de belangrijkste rangschikking van aanbiedingen¹¹ en de vraag of de derde die de zaken, diensten of digitale inhoud aanbiedt wel of geen handelaar is¹² en of dus het EU-consumentenbeschermingsrecht van toepassing is. Het niet verstrekken van deze informatie leidt tot een misleidende omissie en dus een oneerlijke handelspraktijk.¹³ Ook essentieel is informatie over of en hoe de handelaar verzekert dat de gepubliceerde beoordelingen (reviews) afkomstig zijn van consumenten die het product daadwerkelijk hebben gebruikt of aangekocht (in de zin van art. 6:193d lid 2 BW).¹⁴ Deze wijziging betreft een belangrijke vernieuwing die gehoor geeft aan het belang van (eerlijke) reviews voor consumenten in de hedendaagse maatschappij.

Informatieplichten in het gegevensbeschermingsrecht

Een van de kernbeginselen van de AVG is dat persoonsgegevens moeten worden verwerkt op een wijze die ten aanzien van de betrokkene rechtmatig, behoorlijk en transparant is.¹⁵ Het transparantiebeginsel roert zich op drie kerngebieden:¹⁶

1. de verstrekking van informatie aan betrokkenen in verband met een behoorlijke verwerking;
2. de wijze waarop verwerkingsverantwoordelijken communiceren met betrokkenen over hun rechten uit hoofde van de AVG; en
3. de wijze waarop verwerkingsverantwoordelijken betrokkenen helpen om hun rechten uit te oefenen.

Hier wordt uitwerking aan gegeven in met name de artikelen 12 t/m 14 AVG die zien op de informatieverstrekking aan de betrokkene en in artikelen 15 t/m 22 AVG ten aanzien van de communicatie over de rechten van betrokkenen en in artikel 34 AVG betreffende de melding van een datalek aan betrokkene.¹⁷ We concentreren ons op de informatieverplichtingen die de verwerkingsverantwoordelijke

9. De definitie van onlinemarktplaats is opgenomen in art. 6:230g lid 1 onder u BW: 'dienst die gebruikmaakt van software, waaronder een website, een deel van een website of een door of namens de handelaar beheerde applicatie, die consumenten in staat stelt een overeenkomst op afstand te sluiten met andere handelaren of consumenten'.

10. Aanvulling art. 6bis in de Richtlijn consumentenrechten (2011/83/EU).

11. Art. 6:193e lid 2 BW.

12. Art. 6:193e lid 1 onder f BW.

13. Loos, *NtEr* 2019, p. 141.

14. Art. 6:193e lid 3 BW.

15. Art. 5, lid 1, onder a) AVG.

16. WP29 Groep, Richtsnoeren inzake transparantie overeenkomstig Verordening (EU) 2016/679, p. 4.

17. Voor de vereisten met betrekking tot de melding aan de toezichthouder, zie art. 33 AVG.

(lees: de verkoper of dienstverlener) heeft in het geval van de verkoop van digitale inhoud of een digitale dienst waarbij deze persoonsgegevens verwerkt.¹⁸

De verwerkingsverantwoordelijke moet passende maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat de consument de noodzakelijke informatie in ‘een beknopte, transparante, begrijpelijke en gemakkelijk toegankelijke vorm en in duidelijke en eenvoudige taal ontvangt, in het bijzonder wanneer de informatie specifiek voor een kind bestemd is’.¹⁹ Kinderen worden namelijk als een kwetsbare groep gezien in de AVG.²⁰ Dit heeft ook gevolgen voor de uitleg van wat dient te worden verstaan onder het in begrijpelijke taal informeren van de betrokkene. Zo legde de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) in 2021 nog een bestuurlijke boete op aan TikTok voor het schenden van de informatieverplichtingen uit de AVG.²¹ Onder ‘begrijpelijk’ wordt verstaan dat de informatie begrepen moet kunnen worden door een gemiddeld lid van het beoogde publiek.²² Hierbij wordt aangesloten bij de uitleg die aan begrijpelijke taal moet worden gegeven in het consumentenrecht.²³ Ook het vereiste van ‘duidelijke en eenvoudige taal’ is het consumentenrecht niet vreemd.²⁴

De specifieke gegevens die moeten worden verstrekt aan de consument die in ruil voor persoonsgegevens een overeenkomst voor digitale inhoud of een digitale dienst aangaat, zien (in de vorm van een privacybeleid / privacy policy²⁵) onder meer op de informatie met betrekking tot de identiteit en contactgegevens van de verwerkingsverantwoordelijke,²⁶ de doeleinden van de verwerking²⁷ en de rechtsgrond van de verwerking.²⁸ Hierbij moet duidelijk worden gemaakt dat de doeleinden van de verwerking, wanneer het gaat om de verwerking van persoonsgegevens in ruil voor een dienst of digitale inhoud, verschillen van de doeleinden van

18. Al dan niet in de vorm van verwerking als tegenprestatie.

19. Art. 12 lid 1 AVG.

20. Considerans, overweging 75 AVG.

21. Autoriteit Persoonsgegevens, Boetebesluit TikTok, 9 april 2021. De boete van € 750.000 werd opgelegd omdat TikTok twee jaar lang kinderen niet in begrijpelijke taal informeerde over de verwerking van hun persoonsgegevens. Het privacybeleid van TikTok was gedurende die twee jaar alleen beschikbaar in het Engels en niet in het Nederlands.

22. WP29 Groep, Richtsnoeren inzake transparantie overeenkomstig Verordening (EU) 2016/679, p. 8. Overweging 60 AVG spreekt over dat rekening moet worden gehouden met de ‘specifieke omstandigheden en de context waarin de persoonsgegevens worden verwerkt’.

23. Dit wordt nog bevestigd door de richtsnoeren van de WP29 Groep waarin staat dat als een verwerkingsverantwoordelijke onzeker is over de mate van begrijpelijkheid hij of zij dit kan testen met behulp van ‘bijvoorbeeld (...) consumentenorganisaties’.

24. Zie bijvoorbeeld art. 5 Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (geconsolideerde versie).

25. Ook deze mag geen oneerlijke bedingen inhouden. In de AVG wordt daarvoor nog expliciet verwezen naar de Richtlijn oneerlijke bedingen, zie Considerans, overweging 42 AVG.

26. En in voorkomend geval de vertegenwoordiger daarvan. Art. 13 lid 1 onder a jo. art. 14 lid 1 onder a AVG.

27. Art. 13 lid 1 onder c jo. art. 14 lid 1 onder c AVG.

28. Art. 13 lid 1 onder c jo. art. 14 lid 1 onder c AVG. Wanneer de rechtsgrond het gerechtvaardigd belang van de verwerkingsverantwoordelijke of een derde is, dan een specificatie van de desbetreffende gerechtvaardigde belangen (art. 13 lid 1 onder d jo. art. 14 lid 2 onder b AVG).

de verwerking van persoonsgegevens die nodig zijn ter uitvoering van de overeenkomst die wordt aangegaan tussen consument en wederpartij. Het zal in voorkomend geval ook gaan om andere persoonsgegevens dan die worden verwerkt ter uitvoering van de overeenkomst.²⁹

Met betrekking tot de vorm waarin de informatie wordt weergegeven wordt in de AVG overwogen dat gebruik kan worden gemaakt van gestandaardiseerde icoontjes.³⁰ Een voorbeeld is de door Apple eind 2020 toegevoegde icoontjes en informatie in zijn App Store waarin informatie over het gebruik van persoonsgegevens inzichtelijk wordt gemaakt. Hiermee kwam Apple tegemoet aan de oproep van 27 internationale consumententoezichthouders, waaronder de Autoriteit Consument & Markt (ACM).³¹ Wanneer deze icoontjes elektronisch weergegeven worden, moeten ze ook machineleesbaar zijn.³² In voorkomend geval kunnen aanvullend visualisaties worden gebruikt om een en ander duidelijker te maken.³³ De verstrekking van de informatie die bijvoorbeeld tot het publiek is gericht mag via een website worden weergegeven.³⁴

Zowel het consumentenrecht als het gegevensbeschermingsrecht kennen informatieverplichtingen voor de aanbieder respectievelijk verwerkingsverantwoordelijke. De inhoud van de bepalingen komt in grote mate overeen, waardoor de maatstaf die moet worden aangelegd in beide gevallen gelijk is. Of het nu gaat om essentiële informatie uit hoofde van het consumentenrecht of gegevens betreffende de verwerking van persoonsgegevens: de informatie moet voor de consument/betrokkene in duidelijke en eenvoudige bewoordingen worden verstrekt. Deze overlap maakt het mogelijk dat voor de interpretatie van deze bepalingen ook de afbake-

29. De meest passende grondslag voor die verwerking is immers art. 6 lid 1 onder b AVG ('de verwerking is noodzakelijk voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is, of om op verzoek van de betrokkene vóór de sluiting van een overeenkomst maatregelen te nemen;') en niet toestemming van de betrokkene (art. 6 lid 1 onder a) AVG). Zie ook Richtsnoeren 2/2019 betreffende de verwerking van persoonsgegevens op grond van art. 6 lid 1 onder b AVG in het kader van de verlening van onlinediensten aan betrokkenen.

30. Zie ook Considerans, overweging 166 AVG. ('teneinde op goed zichtbare, begrijpelijke en duidelijk leesbare wijze de zin van de voorgenomen verwerking weer te geven.')

31. De International Consumer Protection and Enforcement Network (ICPEN), zie <https://icpen.org/news/1129> (laatst geraadpleegd op 14 oktober 2022).

32. Considerans, overweging 60 AVG.

33. Considerans, overweging 58 AVG.

34. Ibid. 'Dit geldt in het bijzonder voor situaties waarin het vanwege zowel het grote aantal actoren als de technologische complexiteit van de praktijk voor een betrokkene moeilijk is te weten en te begrijpen of, door wie en met welk doel zijn persoonsgegevens worden verzameld, zoals bij onlineadvertenties.'

ning en uitleg zoals gegeven aan die bepalingen uit het andere rechtsgebied relevant kunnen zijn.³⁵

6.3 DIGITALE INHOUD EN DIENSTEN IN RUIL VOOR PERSOONSGEGEVENS

Steeds vaker worden digitale inhoud en digitale diensten aan consumenten ‘gratis’ aangeboden. Gratis betekent dat er geen geldelijke tegensprestatie tegenover staat. Bij de levering van deze ‘gratis’ digitale inhoud of diensten wordt aan de consument om toestemming voor de verwerking van diens persoonsgegevens gevraagd. Het gaat dan niet om de persoonsgegevens die nodig zijn om te worden verwerkt ter uitvoering of totstandkoming van de overeenkomst,³⁶ maar om de toestemming voor de verwerking van diezelfde of andere persoonsgegevens ten behoeve van een ander (commercieel) doel van de aanbieder.³⁷ De verwerking van de persoonsgegevens van de consument is daarmee de tegenprestatie voor de digitale inhoud of digitale dienst geworden.³⁸ De verwerking van (die) persoonsgegevens is dus *niet nodig* voor het functioneren van de digitale inhoud of levering van de dienst.³⁹ Een voorbeeld is de zaklamp-app die toestemming vraagt om uw locatie bij te hou-

-
35. Zie in dit kader ook de ontwikkelingen op basis van een rapport van BEUC waarna een klacht bij de Europese Commissie volgde inzake de veranderingen van het privacy policy van Whatsapp die volgens BEUC ook het consumentenrecht raken, maar overduidelijk ook een gegevensbeschermingsrechtelijke component hebben. Zie BEUC, ‘What’s up with WhatsApp? An assessment of WhatsApp’s practices in the light of EU consumer protection rules’, BEUC-PR-2021-026 (juli 2021), De stand van zaken op het moment van afronden van deze bijdrage is te vinden via <https://perma.cc/S6TZ-7EWM> (laatst geraadpleegd op 28 oktober 2022).
 36. Deze verwerking is gerechtvaardigd zonder toestemming van de betrokkene, namelijk op basis van art. 6 lid 1 onder b AVG. In dit geval valt deze verwerking ook buiten de werkingssfeer van de Richtlijn consumentenrechten, zie *Kamerstukken II 2021/22*, 35940, nr. 3 (MvT), p. 14.
 37. Voorbeelden zijn het bundelen van persoonsgegevens die worden verzameld om te worden doorverkocht (Helberger, Zuiderveen-Borgesius & Reyna, *CMLR 2017*, p. 1427-1465) of gebruikt om de interactie met de digitale dienst te verbeteren of te intensiveren (‘misschien vind je dit ook interessant’) of de verwerking ten behoeve van het gericht reclame maken voor eigen soortgelijke diensten en producten (Helberger e.a., p. 4). In dit geval past de b-grondslag niet, zie ook EDPB, *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects*, p. 14 e.v.
 38. Zie hierover: Prins, *NJB 2016/339*. Voor een uitgebreidere weergave van de verschillende standpunten ten aanzien van de vraag of persoonsgegevens als handelswaar mogen of moeten worden gezien en of andersoortige bescherming nodig is, waarbij ook specifiek aandacht is voor de discussie zoals gevoerd in Nederland, zie Olsthoorn 2021.
 39. Dit kan in sommige gevallen problematisch zijn; zo is de toestemming niet vrijelijk verleend indien de uitvoering van de overeenkomst, daaronder begrepen het verlenen van een dienst, afhankelijk is van de toestemming ondanks het feit dat dergelijke toestemming niet noodzakelijk is voor die uitvoering, het zogenoemde ‘koppelverbod’, van art. 7 lid 4 AVG en uitgelegd in Considerans, overweging 43 AVG. Zie uitgebreider over het koppelverbod Kostić & Vargas Penagos, *Computerrecht 2017/153*, p. 217-222.

den en te verwerken.⁴⁰ Een zekere juridische erkenning van deze praktijk heeft al plaatsgevonden in ons BW via het consumentenrecht. In het bijzonder kan dan worden gedacht aan de implementatiewetgeving betreffende de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (Richtlijn (EU) 2019/770)⁴¹ en de reeds aangehaalde Moderniseringsrichtlijn (Richtlijn (EU) 2019/2161).⁴²

Vóór de implementatie van de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten werden bestaande bepalingen in het BW toegepast op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud. Het toepassen van bestaande bepalingen in het BW op nieuwe technologieën heeft zowel voor- als nadelen. Een voordeel is dat de bepalingen reeds bekend zijn bij praktijkjuristen en dus rechtspraak voorhanden is die mogelijk analoog kan worden toegepast op nieuwe technologische innovaties. Anderzijds is er de vraag of een analoge toepassing niet tot te veel interpretatievraagstukken kan leiden. Er kan onzekerheid ontstaan in de toepassing van bestaand recht naar aanleiding van nieuwe technologische ontwikkelingen.⁴³ Op de periode waarin enkel bestaande regels uit het BW werden toegepast op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud wordt hierna ingegaan. Daaropvolgend worden de regels uit de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten besproken. Vervolgens wordt gekeken naar de wijze waarop het gegevensbeschermingsrecht de praktijk van ‘betalen met persoonsgegevens’ met moeite lijkt te accepteren. In het bijzonder de toezichthouders op Europees en nationaal niveau hebben moeite met het omarmen van het betalen met persoonsgegevens, en zoeken – op eigen wijze – naar de inbedding daarvan in het gegevensbeschermingsrecht.

Vorstadium: introductie digitale inhoud in het BW

Met de inwerkingtreding van de implementatiewet Richtlijn consumentenrechten (2011/83/EU) op 13 juni 2014 werd het begrip ‘digitale inhoud’ in het BW geïntroduceerd. De definitie van digitale inhoud is neergelegd in artikel 6:230g lid 1 onder

40. Het enkele vragen om toestemming voor een verwerking ontslaat een verwerkingsverantwoordelijke er niet van om de overige vereisten die voortvloeien uit de AVG na te leven, zoals het hebben van een gerechtvaardigd doeleinde voor de verwerking en het toetsen van de proportionaliteit van de verwerking. Zie ook EDPB, *Guidelines 05/2000 on consent under Regulation 2016/679*, p. 5. Indien de gegevensverwerking heimelijk plaatsvindt, zonder voorafgaande toestemming van de gebruiker (of een van de andere grondslagen) is deze hoe dan ook onrechtmatig. Zie voor een Amerikaans voorbeeld bijv. www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2013/12/android-flashlight-app-developer-settles-ftc-charges-it-deceived-consumers (laatst geraadpleegd op 1 december 2022).

41. Hoewel in overweging 24 van de considerans expliciet is opgenomen: ‘Hoewel deze richtlijn volledig onderkent dat de bescherming van persoonsgegevens een grondrecht is en dat persoonsgegevens dan ook niet kunnen worden beschouwd als een goed, moet deze richtlijn waarborgen dat consumenten bij zulke bedrijfsmodellen recht hebben op contractuele remedies.’ Zie Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (Richtlijn (EU) 2019/770). *Stb.* 2022, 164 (gepubliceerd op 26 april 2022)

42. Implementatiewet richtlijn modernisering consumentenbescherming, *Stb.* 2022, 157.

43. Vgl. Bennett Moses, *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy* 2007, p. 250.

i BW: 'gegevens die in digitale vorm geproduceerd en geleverd worden'.⁴⁴ Er is toen ook aandacht besteed aan de vormgeving van artikel 7:5 lid 5 BW, op basis waarvan de consumentenkooptitel uit Boek 7 BW van toepassing werd verklaard op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud.⁴⁵ In eerste instantie werd de passage over digitale inhoud in artikel 7:5 lid 5 BW zodanig geformuleerd dat hieronder ook gestreamde digitale inhoud (zoals films via Netflix of muziek via Spotify) zou vallen. Er wordt dan enkel toegang verschaft tot de gestreamde digitale inhoud. De toepasselijkheid van de consumentenkooptitel uit Boek 7 BW op gestreamde digitale inhoud werd kritisch ontvangen.⁴⁶ Uiteindelijk heeft de regering op 10 november 2014 een voorstel voor een reparatiewet van artikel 7:5 lid 5 BW ingediend.⁴⁷ Op basis van de aangepaste tekst viel nog enkel digitale inhoud die niet op een materiële drager wordt geleverd onder de consumentenkooptitel wanneer deze (i) is geïndividualiseerd en (ii) er feitelijke macht over kan worden uitgeoefend.⁴⁸ Deze vereisten sloten aan bij het arrest *Beeldbrigade* uit 2012 waarin standaardsoftware (die geïndividualiseerd was en waarover feitelijke macht kon worden uitgeoefend) onder de kooptitel werd gebracht.⁴⁹ De aanscherping van artikel 7:5 lid 5 BW had tot gevolg dat de consument die gebruikmaakte van gestreamde digitale inhoud niet werd beschermd door het dwingende consumentenkooprecht. Hij viel terug op de regels uit Boek 6 BW.⁵⁰

Regels uit de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (Richtlijn (EU) 2019/770) en de implementatie in de nieuwe titel 7.1AA BW

Het toepassen van bestaande bepalingen uit Boek 6 en 7 BW op overeenkomsten over digitale inhoud en digitale diensten is recent gewijzigd naar aanleiding van de implementatie van de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (Richtlijn (EU) 2019/770). De richtlijn is samen met de Richtlijn verkoop goederen (Richtlijn (EU) 2019/771) in werking getreden op 11 juni 2019.⁵¹ De datum waarop de regels in de nationale wetgeving moesten zijn geïmplementeerd was 1 juli 2021.⁵² In

44. Ter implementatie van art. 2 onderdeel 11 Richtlijn consumentenrechten (2011/83/EU).

45. *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, nr. 3, p. 57.

46. Jeloschek & Van Druenen, *IR* 2013 p. 41; E. Neppelenbroek, *NJB* 2013/201; M.B.M. Loos, *NJB* 2013/2255, p. 2684-2685.

47. *Kamerstukken II* 2014/15, 34071, 2.

48. Op Heij, *TvC* 2015, p. 57.

49. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301, *TvC* 2013, afl. 1, p. 49 m.nt. M.Y. Schaub, r.o. 3.5.

50. *Handelingen I* 2013/14, nr. 22, item 4, p. 2.

51. www.eumonitor.nl/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vkyq6dewm5xw (laatst geraadpleegd op 1 december 2022).

Zie over de verhouding tussen de richtlijn en de AVG: Spierings, *MvV* 2019.

52. www.eumonitor.nl/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vkyq6dewm5xw (laatst geraadpleegd op 1 december 2022).

Nederland is deze datum niet gehaald. De regels zijn op 26 april 2022 in het *Staatsblad* gepubliceerd.⁵³

De Richtlijn digitale inhoud bevat belangrijke regels over non-conformiteit en remedies in geval van gebrekkige digitale inhoud en digitale diensten en vult een juridische leemte zoals hierboven geschetst.⁵⁴ Gestreamde muziek en films, die niet onder de bescherming van de consumentenkooptitel van Boek 7 BW vielen, vallen daar nu wel onder. Zij worden gekwalificeerd als digitale diensten. Voor zowel digitale inhoud als digitale diensten geldt hetzelfde regime. Omdat een dienst geen goed is en digitale inhoud en digitale diensten ook in ruil voor persoonsgegevens kunnen worden verkregen, zijn de regels uit de richtlijn geïmplementeerd in een nieuwe titel (7.1AA) van het BW.⁵⁵

Het toepassingsbereik van de regels uit de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (Richtlijn (EU) 2019/770) is daarmee breed. De regels uit de richtlijn zijn dus niet alleen van toepassing wanneer een prijs in geld is betaald, maar ook wanneer de consument in ruil voor de digitale inhoud persoonsgegevens verstrekt.⁵⁶ Dit is een belangrijke vernieuwing ten opzichte van het huidige BW waarin koop volgens de wettekst van artikel 7:1 BW de overeenkomst is waarbij de een zich verbindt een zaak te geven en de ander om daarvoor een prijs in geld te betalen. Hoewel op basis van de bestaande wetsartikelen in Boek 7 BW geredeneerd kon worden dat ook 'gratis' digitale inhoud onder de kooptitel kon worden geschaard,⁵⁷ wordt de toepasselijkheid van dwingende regels in geval van digitale inhoud en digitale diensten in ruil voor persoonsgegevens nu geëxpliciteerd.⁵⁸ De consument heeft dus ook wanneer in ruil voor persoonsgegevens digitale inhoud of een digitale dienst wordt verkregen recht op een deugdelijk product en hij moet aanspraak kunnen maken op rechtsmiddelen.⁵⁹ Die verduidelijking komt ten goede aan de rechtspositie van de consument. De toezichthouders op de naleving van het gege-

53. *Stb.* 2022, 164.

54. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 3.

55. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 6.

56. Art. 3 lid 1 Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (Richtlijn (EU) 2019/770).

57. Op basis van art. 7:49 en 7:50 BW. Zie Loos, *NTBR* 2011/81, par. 3.2.

58. Art. 50ab lid 1 onder b van de nieuwe titel 7.1AA BW.

59. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 10.

vensbeschermingsrecht⁶⁰ zijn echter minder enthousiast, zoals nader wordt besproken in de volgende paragraaf.

De kritische Europese en nationale toezichthouder

Met de Richtlijn digitale inhoud is vastgelegd dat de verwerking van persoonsgegevens van de consument, tevens betrokkene,⁶¹ als tegenprestatie voor de levering van digitale inhoud of diensten kan gelden. Dit gaat in tegen het advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming (EDPS) die adviseerde deze stap niet te zetten in zijn advies op de richtlijn.⁶² De 'commodificatie' van het fundamentele recht op de bescherming van persoonsgegevens leverde principiële bezwaren op vanuit het gegevensbeschermingsrecht. De bescherming van persoonsgegevens is een fundamenteel recht, en dat valt niet te vergelijken met geld of een geldelijke tegenprestatie, aldus de EDPS. Het enkele feit dat er een markt is gekomen voor persoonsgegevens betekent nog niet dat deze markt gelegitimeerd moet worden met regelgeving. Er bestaat immers ook een markt voor orgaandonatie.⁶³ Voorts wordt daarmee, zo stelt de Autoriteit Persoonsgegevens, de keuze voor de consument of deze zijn of haar geld wil besteden of een inbreuk op diens grondrechten toestaat. Daarmee ontstaat het risico dat mensen met minder geld onder druk komen te staan om de bescherming van hun persoonsgegevens op te

60. De Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming (EDPS) ziet toe op de naleving van Verordening (EU) 2018/1725 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2018 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door de instellingen, organen en instanties van de Unie en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 45/2001 en Besluit nr. 1247/2002/EG. De Autoriteit Persoonsgegevens ziet onder andere toe op de naleving van Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (AVG) en de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (UAVG), *Stb.* 2018, 144. De verschillende nationale toezichthouders en de EDPS zijn verenigd in Europees verband in het Europees Comité voor gegevensbescherming (European Data Protection Board – EDPB).

61. De betrokkene is de natuurlijke persoon waarvan de persoonsgegevens worden verwerkt. Zie art. 4 onder a AVG.

62. EDPS Opinion 4/2017, p. 7. Zie in gelijke zin EDPB Statement 05/2021 on the Data Governance Act in light of the legislative developments (19 mei 2021), p. 4. EDPB-EDPS Joint Opinion 2/2022 on the Proposal of the European Parliament and of the Council on harmonized rules on fair access to and use of data (Data Act) (4 mei 2022), punt 15. EDPS Opinion 4/2017, p. 9. Hoewel de EDPS aanzienlijk positiever was over de moderniseringsrichtlijn aangezien deze de bescherming zoals die bestond onder de richtlijn digitale inhoud doortrok naar de levering van digitale diensten in ruil voor persoonsgegevens. Zie EDPS Opinion 8/2018 on the legislative package 'A New Deal for Consumers', punt 21.

63. EDPS Opinion 4/2017, p. 7.

geven.⁶⁴ Daarnaast weet de consument die betaalt met geld precies wat hij of zij geeft, maar hetzelfde kan niet worden gezegd over de consument die betaalt met persoonsgegevens.⁶⁵ Hij krijgt met de algemene voorwaarden en privacyvoorwaarden niet altijd een volledig beeld van wat er precies voor persoonsgegevens worden verzameld en wat daarmee verder gebeurt, althans niet zonder daar eens goed voor te gaan zitten. Laatstelijk kan geld maar één keer worden uitgegeven, terwijl persoonsgegevens in potentie oneindig vaak kunnen worden vermenigvuldigd en verwerkt.⁶⁶ Geld en persoonsgegevens zijn aldus niet hetzelfde en doen alsof dit wel zo is, kan de consument op het verkeerde been zetten.⁶⁷

De Autoriteit Persoonsgegevens adviseert dat als consumentenbescherming wordt uitgebreid naar overeenkomsten waarbij de tegenprestatie in de praktijk de levering van persoonsgegevens inhoudt, deze erkenning van de praktijk ook in het consumentenrecht dient te worden opgevangen en op dit punt extra bescherming moet worden geboden. Het uitgangspunt van het consumentenrecht is dat de consument bescherming verdient als zwakkere partij.⁶⁸ Wanneer persoonsgegevens over de consument worden verwerkt en het dwingende consumentenrecht van toepassing is, dan is de betrokkene niet 'zomaar' een betrokkene, maar een betrokkene *tevens* consument. Dat betekent dat, zo begrijpen wij de redenering van de AP, er wettelijke regels zouden moeten komen die verder (kunnen en moeten) gaan dan het gegevensbeschermingsrecht zou vereisen, omdat de positie van de betrokkene als consument dit vereist. Deze verdere bescherming moet dan worden geboden in het consumentenrecht.

Onredelijk bezwarende privacybedingen

Een vorm van dergelijke extra bescherming zou volgens de AP moeten worden gevonden in het opstellen van een lijst van onredelijk bezwarende privacybedin-

64. Autoriteit Persoonsgegevens, Advies wetsvoorstel Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud, z2020-00162, p. 4. Met dien verstande dat dit risico met name bestaat als het gaat om een dienst of informatie die 'naar huidige maatstaven normaal gesproken beschikbaar is'. In dat geval zou eventueel het 'vrijelijke' karakter van de toestemming ook onder druk kunnen komen te staan, wanneer er geen alternatief wordt gegeven.

65. EDPS Opinion 4/2017, p. 9.

66. Zie over het punt van de oneindige vermenigvuldigingsmogelijkheid en de kwalificatie van persoonsgegevens in het recht ook Dommering, die daarom de discussie over eigendom over persoonsgegevens liever ziet gaan over *intellectuele* eigendom over persoonsgegevens. Zie onder andere Dommering, *MvV*, 2012, p. 22-26.

67. Zie ook Friedman, *New Mexico Law Review* 2008, afl. 1, p. 49-94. EDPS Preliminary Opinion on Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy, punt 80. EDPS Opinion 4/2017, p. 9-10; Zie Autoriteit Persoonsgegevens, Advies wetsvoorstel Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud, z2020-00162, p. 5.

68. Zie ook hierover Rinkes, *AA* 2009, p. 380-386.

gen die de toestemming aantasten.⁶⁹ De AP is van oordeel dat het 'dringend gewenst is om vormen van toestemming als tegenprestatie te formuleren die vermoed worden onaanvaardbaar te zijn', in de zin van artikel 6:248 BW.⁷⁰ Een dergelijke invulling zou vernietigbaarheid van de toestemming/overeenkomst met zich meebrengen, wat, volgens de AP, een hogere mate van bescherming biedt dan alleen de mogelijkheid de toestemming in te trekken, de mogelijkheid die bestaat in het gegevensbeschermingsrecht (art. 7 lid 3 AVG).⁷¹ Het intrekken van de toestemming laat immers de rechtmatigheid van de verwerking op basis van toestemming tot het moment van intrekken in stand,⁷² in tegenstelling tot het inroepen van de vernietigbaarheid, aldus de AP.⁷³

Het voorstel van de AP raakt aan een van de weinige punten op het gebied van persoonsgegevensbescherming dat bij de totstandkoming van het NBW kort overwogen is, namelijk of een beding dat 'inbreuk maakt op het gebruiksrecht en/of de privacy van de consument' niet ook zou moeten worden toegevoegd aan de zwarte en/of grijze lijst.⁷⁴ Dit voorstel kwam destijds van de Consumentenbond en Stichting Konsumenten Kontakt, maar is afgewezen omdat van zodanige bedingen niet in het algemeen gezegd kan worden 'dat zij steeds of behoudens tegenbewijs onredelijk bezwarend zouden zijn'.⁷⁵

Het antwoord van de regering, ditmaal op het voorstel van de Autoriteit Persoonsgegevens, is in wezen niet anders. De regering stelt dat dit voorstel van de AP 'afbreuk [doet] aan andere overeenkomsten waarbij die toestemming als grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens geldt. Hiermee worden overeenkomsten bedoeld, waarvoor een gratis dienst of goed wordt geleverd in ruil voor het verstrekken van persoonsgegevens. Voorbeelden hiervan zijn het leveren van een

69. Specifiek zegt de AP: 'In het burgerlijk recht geldt als hoofdregel dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is, "voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn". Er zijn vormen van toestemming waarvan naar het oordeel van de AP op voorhand gesteld kan worden dat deze waarschijnlijk onaanvaardbaar zijn.' Autoriteit Persoonsgegevens, Advies wetsvoorstel Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud, z2020-00162, p. 6.

70. De AP geeft meteen ook een lijst van vormen van toestemming die wellicht als onredelijk bezwarend kunnen worden gezien of vermoed: toestemming voor verwerkingen zonder duidelijke doelbeperking; toestemming voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens; toestemming die doorgifte aan derden niet begrenst in aantal en/of soort partijen; toestemming die doorgiften mogelijk maakt naar landen waar geen passend beschermingsniveau is; toestemming voor verwerkingen die niet of nauwelijks in de tijd zijn begrensd; toestemming waarbij de aard en omvang van de verwerkingen of van de daarbij betrokken derden onvoldoende duidelijk is gedefinieerd; en toestemming voor verwerking van bovenmatig veel persoonsgegevens, zie Autoriteit Persoonsgegevens, Advies wetsvoorstel Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud, z2020-00162, p. 6-7.

71. Autoriteit Persoonsgegevens, Advies wetsvoorstel Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud, z2020-00162, p. 6.

72. Art. 7 lid 3 AVG.

73. Die terugwerkende kracht heeft op grond van art. 3:53 BW.

74. Parl. Gesch. BW (Inv. 3, 5 en 6) Boek 6 1990, p. 1652.

75. Parl. Gesch. BW (Inv. 3, 5 en 6) Boek 6 1990, p. 1654.

“gratis” speelgoedauto, tennisballen of een zwangerschapsbox in ruil voor toestemming voor het verwerken van persoonsgegevens’.⁷⁶ Loos is, terecht, kritisch en vindt dat de regering daarbij het risico van de kans op misbruik bij digitale inhoud en dienstverlening ten opzichte van zwangerschapsboxen en tennisballen onderschat,⁷⁷ al was het maar vanwege het enorme verschil in de afnamemarkt voor digitale inhoud of diensten versus die voor zwangerschapsboxen en tennisballen.⁷⁸ Wij merken daarnaast op dat digitale inhoud en dienstverlening ook veelal het karakter draagt van een continue relatie tussen consument en aanbieder en niet enkel een eenmalige (en daarmee statische) verzameling van persoonsgegevens met zich meebrengt.⁷⁹ Een eenmalige verzameling kan weliswaar tot verwerkingen jaren daarna leiden,⁸⁰ maar is wezenlijk anders dan een stelselmatige verzameling en verwerking van persoonsgegevens die de verwerking van persoonsgegevens in het kader van digitale inhoud en diensten met zich mee kan brengen.⁸¹ Het potentiële risico is daarmee aanzienlijk groter in het kader van de levering van digitale inhoud dan bij de levering van fysieke goederen. Het antwoord van dertig jaar geleden herhalen voldoet heden ten dage dus wellicht niet meer. Wij zijn het met Loos eens dat de kans op misbruik bij digitale inhoud en dienstverlening niet moet worden onderschat.

Wij menen echter dat de suggestie van de AP om op voorhand vormen van toestemming vast te leggen in de wet die waarschijnlijk onaanvaardbaar zijn in de zin

76. *Kamerstukken II 2020/21*, 35734, nr. 3, p. 14. Zie ook *Kamerstukken II 2021/22*, 35940, nr. 3, p. 18.

77. Los van het punt dat het bij de verwerking van persoonsgegevens voor zwangerschapsboxen ook gaat om de verwerking van gezondheidsgegevens, een categorie van persoonsgegevens die als bijzonder wordt aangemerkt en in beginsel verboden is, zie art. 9 lid 1 AVG. De uitzondering op dit verbod zal overigens (in veel gevallen) worden gevonden in de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene, zie art. 9 lid 2 onder a AVG.

78. Loos, *TvC 2021/4*, p. 225.

79. Zoals bij een zwangerschapsbox de verzameling van NAW-gegevens, e-mailadres en uitgerende datum en/of geslacht van de spruit; of in het geval van tennisballen, de NAW-gegevens, e-mailadres en de tennisclub waarbij men is aangesloten en op welk niveau men speelt. Er moet echter wel een onderscheid worden gemaakt tussen de verzameling van NAW-gegevens die nodig zijn om uitvoering te geven aan de overeenkomst en andere gegevens die niet noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de overeenkomst. Voor de eerste categorie is namelijk de grondslag niet toestemming ex art. 6 lid 1 onder a AVG maar art. 6 lid 1 onder b AVG: ‘de verwerking is noodzakelijk voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is, of om op verzoek van de betrokkene vóór de sluiting van een overeenkomst maatregelen te nemen’.

80. Denk aan het voorbeeld van het ontvangen van een gratis boterhammentrommel wanneer het kind vier jaar is geworden op basis van persoonsgegevens verwerkt in het kader van het aanvragen van een zwangerschapsbox, zie ‘Hoe een broodtrommel van Blue Band tot een bureaucratisch gevecht leidt over privacy’, *NRC* 29 mei 2020.

81. Waaronder ook het gebruik van de app, streamingsdienst en in sommige gevallen ook het gebruik van de rest van de telefoon/computer etc. Hierbij worden bij aanvang persoonsgegevens verzameld, maar ook tijdens het gebruik van de digitale inhoud of dienst. Ook hierbij dient weer een onderscheid te worden gemaakt naar persoonsgegevens die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de overeenkomst en persoonsgegevens die mogen worden verwerkt op grond van toestemming van de betrokkene.

van artikel 6:248 lid 2 BW niet het gewenste effect heeft.⁸² Allereerst is het gevolg van een dergelijk onaanvaardbaar beding in de zin van artikel 6:248 lid 2 BW dat het niet van toepassing is, en dus niet vernietigbaar zoals de AP meent.⁸³ Een dergelijk beroep zal ook niet snel slagen, omdat dit op gespannen voet staat met de contractsvrijheid van partijen.⁸⁴ Daarnaast is het wellicht niet het meest voor de hand liggende artikel om zich op te beroepen, omdat een dergelijk beding veelal is opgenomen in de algemene (privacy)voorwaarden. Daarom is onzes inziens artikel 6:233 onder a BW logischer. Het rechtsgevolg van een geslaagd beroep op dat artikel is dat het beding vernietigbaar is.⁸⁵ Vernietigbaarheid heeft echter volgens ons niet het door de AP gewenste effect. Het probleem is dat de vernietiging van de overeenkomst niet met zich mee kán brengen dat de toestemming in de zin van de AVG ook wordt vernietigd. De toestemming gegeven in het kader van de AVG kan niet worden vernietigd, enkel ingetrokken.⁸⁶ Het aansluiten bij de rechtsgevolgen in het burgerlijk recht zal dus enkel gevolgen hebben voor de overeenkomst, maar niet voor de grondslag voor de verwerking van de persoonsgegevens;⁸⁷ de toestemming van de betrokkene ex artikel 6 lid 1 onder a AVG. Het is belangrijk om in de gaten te houden dat het geven van toestemming voor een verwerking en een handtekening onder een overeenkomst zetten twee verschillende rechtshandelingen betreft met zelfstandig rechtsgevolg.⁸⁸ Het inroepen van vernietigbaarheid van de overeenkomst kan onzes inziens wel worden geïnterpreteerd als een intrekking van de toestemming.⁸⁹ De terugwerkende kracht kan echter niet worden bewerkstelligd. Het dwingende consumentenrecht kan daarmee dus maar beperkt

82. Los van de vraag of dit wel op lidstatelijk niveau geregeld kan worden. De regering toont zich echter bereid om de zorgen van de AP in Europa onder de aandacht te brengen. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 16.

83. Zoals volgt uit art. 6:248 lid 2 BW en HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, r.o. 3.7.

84. Art. 6:248 lid 2 BW dient terughoudend te worden toegepast, zie recent: HR 29 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:153, r.o. 3.2.1.

85. Het lijkt erop dat de AP daar op doelde, aangezien de AP de vernietigbaarheid van de overeenkomst en het beding noemt in het kader van een onaanvaardbare toestemming.

86. Daar lijkt wellicht wel ruimte voor in het kader van de overeenkomst gesloten met een kind voor een dienst in de informatiemaatschappij, ex art. 8 lid 3 AVG, waarin expliciet is opgenomen dat de bepalingen in de AVG het algemene overeenkomstenrecht van de lidstaat zoals de regels inzake de geldigheid, de totstandkoming of de gevolgen van overeenkomsten ten opzichte van kinderen, onverlet laat. Een dergelijke bepaling bestaat niet inzake toestemming in de zin van art. 7 AVG.

87. Dit kan evenwel anders zijn in het geval dat de verwerking is gebaseerd op de grondslag van art. 6 lid 1 onder b AVG: 'de verwerking is noodzakelijk voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is, of om op verzoek van de betrokkene vóór de sluiting van een overeenkomst maatregelen te nemen'. Deze grondslag wordt wel aangetast indien de overeenkomst wordt vernietigd.

88. Zie ook EDPB, *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects*, p. 7.

89. Net als in het geval van het ontbinden van de overeenkomst.

een bijdrage leveren aan het gegevensbeschermingsrecht.⁹⁰ Daarmee kan een uitbreiding van de grijze en zwarte lijst *de consument* extra beschermen, maar dus niet *de betrokkene* die toestemming heeft gegeven voor de verwerking van persoonsgegevens als tegenprestatie, ook al zijn dit een en dezelfde persoon. De gevolgen voor de verwerking van persoonsgegevens zijn dus beperkt. Dit zou alleen anders kunnen zijn wanneer de lijst van gevallen waarin toestemming wellicht als onredelijk bezwarend kan worden gezien *eveneens* in de sleutel van de AVG geplaatst kan worden, en deze gevallen tevens het geven van rechtsgeldige toestemming in de zin van de AVG aantasten. De AVG definieert toestemming als 'elke vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting waarmee de betrokkene door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling hem betreffende verwerking van persoonsgegevens aanvaardt'.⁹¹

Het is dan ook de vraag of de voorstellen van de AP zien op enig element van toestemming. Wij zien daar slechts beperkte overlap. Zo geeft de AP in overweging dat toestemming voor verwerkingen 'zonder duidelijke doelbeperking' mogelijk onredelijk bezwarend kan zijn voor de consument-betrokkene. Het ontbreken van een duidelijke doelbeperking tast ook de rechtsgeldigheid van de gegeven toestemming aan, omdat de toestemming 'specifiek' moet zijn.⁹² De AP geeft echter ook als voorbeeld de toestemming voor verwerkingen van bijzondere persoonsgegevens,⁹³ zoals persoonsgegevens over iemands gezondheid, religie of seksuele gerichtheid.⁹⁴ Deze zeer gevoelige persoonsgegevens hebben een aparte plaats in de AVG en mogen in beginsel niet worden verwerkt.⁹⁵ Het verwerkingsverbod kan evenwel worden doorbroken door de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene.⁹⁶ Het enkele feit dat toestemming voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens wordt gevraagd als tegenprestatie kan onzes inziens weliswaar wellicht onredelijk bezwarend zijn voor de consument, maar tast nog niet de rechtsgeldigheid van de gegeven toestemming zelf aan en zal daarmee dus gevolgen kunnen heb-

90. En wordt gereduceerd tot het vergemakkelijken van de al bestaande mogelijkheid om te allen tijde de toestemming in te trekken voor de verwerking, ex art. 7 lid 3 AVG, en het doen ontvallen van de grondslag van art. 6 lid 1 onder b AVG. Zie voetnoot 81.

91. Art. 4, punt 11 jo. overweging 32 considerans AVG.

92. Ook het doelbindingsbeginsel vereist een specifiek doel waarvoor de persoonsgegevens worden verwerkt; art. 5 lid 1 onder b AVG. Zie voorts EDPB, *Guidelines 05/2000 on consent under Regulation 2016/679*, p. 14.

93. Autoriteit Persoonsgegevens, Advies wetsvoorstel Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud, z2020-00162, p. 6.

94. Art. 9 lid 1 AVG geeft een limitatieve opsomming van deze categorie persoonsgegevens.

95. Art. 9 lid 1 AVG.

96. Art. 9 lid 2 onder a AVG.

ben voor het consumentenrecht maar niet direct voor het gegevensbeschermingsrecht.⁹⁷

De door de AP gesignaleerde lijst van mogelijk problematische toestemmingen kan echter wel worden gezien als een stap tot nadere concretisering van wat 'vrijelijk' gegeven toestemming inhoudt tussen consument en wederpartij indien deze toestemming wordt gegeven als tegenprestatie. Zo kan in het algemeen worden gezegd dat toestemming niet wordt geacht vrijelijk te zijn gegeven indien er in een specifiek geval sprake is van een duidelijke wanverhouding tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke en dit het onwaarschijnlijk maakt dat de toestemming in alle omstandigheden van die specifieke situatie vrijelijk is verleend.⁹⁸ Een dergelijke wanverhouding bestaat bijvoorbeeld in de arbeidsrelatie en verhindert daarmee veelal de werkgever om een werknemer om toestemming te vragen voor de verwerking van persoonsgegevens.⁹⁹ Het uitgangspunt dat de consument de zwakkere partij is ten opzichte van de wederpartij is onvoldoende om te spreken van een duidelijke wanverhouding. De specifieke situatie dat het gaat om de verwerking van persoonsgegevens als tegenprestatie voor de levering van digitale inhoud of dienst kan wellicht een indicatie zijn voor het bestaan van een dergelijke wanverhouding, maar dit kan niet in het algemeen worden gezegd. De lijst van de AP kan daarnaast worden gebruikt om te bepalen of er een verdere indicatie bestaat dat er wellicht sprake is van een situatie die het onwaarschijnlijk maakt dat de toestemming in die specifieke situatie vrijelijk is gegeven. De lijst kan echter niet, indien opgenomen in nationaal recht, vastleggen dat bepaalde verwerkingen bij voorbaat categorisch en algemeen worden uitgesloten.¹⁰⁰

Kortom, de suggestie van de Consumentenbond bij de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek om een beding dat inbreuk maakt op het privacyrecht van de consument als onredelijk bezwarend te zien en de variant op dat idee van de Autoriteit Persoonsgegevens om de toestemming voor de verwerking van persoonsgegevens als onaanvaardbaar te zien in bepaalde gevallen kan een aanvulling van de bescherming van de *consument* met zich meebrengen, maar zal slechts beperkte invloed hebben op de rechtsgeldige verwerking van persoonsgegevens van de consument. Deze kan volgens ons alleen aanwezig zijn indien onredelijk bezwarende bedingen eveneens de geldigheid van de gegeven toestemming aantasten op grond van de AVG. De onredelijke bezwarendheid van een beding kan een indicatie zijn

97. Het *enkele feit* dat voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens die niet noodzakelijk zijn voor de levering van de dienst of digitale inhoud toestemming wordt gevraagd betekent nog niet dat de toestemming niet rechtsgeldig kan worden gegeven. De toestemming kan dus wel, omdat de toestemming niet vrijelijk is gegeven of onvoldoende specifiek is, maar de aard van de gegevens kan niet zelfstandig de rechtsgeldigheid van de toestemming aantasten.

98. Considerans, overweging 43 AVG.

99. EDPB, *Guidelines 05/2000 on consent under Regulation 2016/679*, p. 9. Dit hoeft niet in alle gevallen zo te zijn.

100. Zie in dat kader HvJ EU 24 november 2011, in gevoegde zaken C-468/10 en C-469/10, ECLI:EU:C:2011:777 (ASNEF).

dat de toestemming wellicht niet ‘vrijelijk’ is gegeven, maar loopt daarmee niet altijd gelijk op.

6.4 AFSLUITING

Wij hebben ons in deze bijdrage geconcentreerd op twee onderdelen waar het consumentenrecht en het gegevensbeschermingsrecht elkaar raken, namelijk (i) informatieplichten en (ii) digitale inhoud en digitale diensten in ruil voor persoonsgegevens. Ten aanzien van de informatieplichten geldt dat deze niet alleen aan de verkoper of dienstverlener ten behoeve van de consument worden opgelegd, maar ook aan de verwerkingsverantwoordelijke ten behoeve van de betrokkene wiens persoonsgegevens worden verwerkt. De consument neemt veel digitale inhoud en diensten af en hoeft dan niet alleen consumentenrechtelijk te worden beschermd (bijvoorbeeld ten aanzien van de kwaliteit), maar behoeft ook bescherming op het terrein van de gegevensbescherming. Op dit punt zien wij duidelijk overlap tussen het consumentenrecht en het gegevensbeschermingsrecht. Toch wil het ook nog wel eens ‘schuren’. Dit zien we met name terug in het geval van de onredelijk bezwarende bedingen en de toestemming van betrokkene als grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens als tegenprestatie voor de levering van digitale inhoud. Zo hebben wij beargumenteerd dat de mogelijke uitbreiding van de grijze en/of zwarte lijst van onredelijk bezwarende bedingen, dan wel het invoeren van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW, slechts geringe betekenis kan hebben in relatie tot de toestemming voor de verwerking van persoonsgegevens als tegenprestatie voor de levering van digitale inhoud. Al met al is de overlap tussen het consumenten- en gegevensbeschermingsrecht duidelijk aanwezig, maar wijken deze wel degelijk af van elkaar.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Bennett Moses, *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy* 2007

L. Bennett Moses, ‘Recurring dilemmas: the law’s race to keep up with technological change’, *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy* 2007, afl. 2, p. 239-285.

Den Butter, *Juridisch up to Date* 2020

L.E. den Butter, ‘Modernisering, aanscherping en handhaving – de implementatie van de Richtlijn modernisering consumentenbescherming’, *Juridisch up to Date* 2020, afl. 12, p. 8-12.

Dommering, *MvV* 2012

E.J. Dommering, ‘Property Rights in Personal Data: A European Perspective’, *MvV* 2012, afl. 1, p. 22-26.

Friedman, *New Mexico Law Review* 2008

D.A. Friedman, ‘Free Offers: A New Look’, *New Mexico Law Review* 2008, afl. 1, p. 49-94.

Op Heij, *TvC* 2015

D.J.B. Op Heij, "'Nakoming': Een geschikte remedie voor overeenkomsten tot levering van digitale inhoud?', *TvC* 2015, nr. 2, p. 55-62.

Helberger, Zuiderveen-Borgesius & Reyna, *CMLR* 2017

N. Helberger, F.J. Zuiderveen-Borgesius & A. Reyna, 'The perfect match? A closer look at the relationship between EU consumer law and data protection law', *CMLR* 2017, afl. 5, p. 1427-1465.

Jeloschek & Van Druenen, *IR* 2013

C. Jeloschek & V. van Druenen, 'De implementatie van het nieuwe regime voor overeenkomsten op afstand', *IR* 2013, afl. 2, p. 36-44.

Loos, *NTBR* 2011/81

M.B.M. Loos, 'Overeenkomsten over digitale inhoud', *NTBR* 2011/81.

Loos, *NJB* 2013/225

M.B.M. Loos, 'Onvolkomenheden bij de implementatie van de richtlijn consumentenrecht', *NJB* 2013/2255, afl. 38, p. 2684-2685.

Loos, *NtEr* 2018

M.B.M. Loos, 'Oude wijn in nieuwe zakken? Modernisering van het Europese consumentenrecht (I)', *NtEr* 2018, p. 150-156.

Loos, *NtEr* 2019

M.B.M. Loos, 'Modernisering van het Europese consumentenrecht: meer vlees op het bot (I)', *NtEr* 2019, nr. 5/6, p. 137-141.

Loos, *TvC* 2021/4

M.B.M. Loos, 'De (voorgestelde) omzetting van de Richtlijnen verkoop goederen en digitale inhoud', *TvC* 2021/4, p. 216-228.

Neppelenbroek, *NJB* 2013/201

E. Neppelenbroek, 'Stop het consumentenkooprecht voor digitale inhoud!', *NJB* 2013/201.

Olsthoorn 2021

P.J.C. Olsthoorn, *Baas over eigen data. Zelfbeschikking in bescherming van persoonsgegevens* (diss. VU), Den Haag: Boom juridisch 2021.

Prins, *NJB* 2016/339

C. Prins, 'Vooraf: Je geld of je gegevens', *NJB* 2016/339.

Rinkes, *AA* 2009

J.G.J. Rinkes, 'De consument als zwakke partij', *AA* 2009, p. 380-386.

Spierings, *MvV* 2019

C. Spierings, 'Het nieuwe goud: betalen met data', *MvV* 2019, afl. 6, p. 207-214.

CONTRACTEN TUSSEN SOCIALMEDIAPLATFORMS EN GEBRUIKERS

Biedt het BW evenwicht?

Bram Duivenvoorde en Catalina Goanta

7.1 INLEIDING

Contracten tussen socialmediaplatforms en hun gebruikers worden gekenmerkt door een grote mate van onevenwichtigheid. Zo maken gebruikers ‘gratis’ gebruik van een platform, maar geven ze ook allerlei toestemmingen op basis waarvan platforms geld kunnen verdienen aan hun gebruikers. Deze bijzondere en relatief nieuwe verhouding roept vragen op in relatie tot het Burgerlijk Wetboek (BW). Hoe worden de contracten tussen socialmediaplatforms en hun gebruikers gekwalificeerd volgens het BW? In hoeverre is het BW in staat evenwicht te bieden in de relatie tussen socialmediaplatforms en gebruikers?

Deze vragen komen aan de orde in deze bijdrage. Eerst bespreken we de typische eigenschappen van contracten tussen socialmediaplatforms en gebruikers die kunnen leiden tot onevenwichtigheid tussen het platform en de gebruiker (par. 7.2). Vervolgens bespreken we kort hoe socialmediacontracten te kwalificeren zijn volgens het BW en, daarmee samenhangend, hoe de geldende regels kunnen helpen om onevenwichtigheden tussen platforms en gebruikers weg te nemen (par. 7.3). Vervolgens nemen we twee specifieke knelpunten in socialmediacontracten onder de loep: de vaak zeer ruim geformuleerde licentie ten aanzien van de door de gebruiker geüploade content (par. 7.4) en de moeilijkheid om in de relatie tussen platform en gebruiker vast te stellen wat de gebruiker mag verwachten van het platform (par. 7.5). We sluiten af met een conclusie (par. 7.6).

7.2 ONEVENWICHTIGHEID IN SOCIALMEDIACONTRACTEN

Socialmediaplatforms hebben zich ontwikkeld als platforms die het internet ‘sociaal’ hebben gemaakt en menselijke connecties hebben gedigitaliseerd.¹ De term

1. Van Dijck 2013, p. 10.

‘social media’ zou voor het eerst zijn opgedoken in het begin van de jaren negentig, maar kreeg pas een vastomlijnde betekenis in het midden van de jaren 2000² met de opkomst van platforms zoals Facebook (2004). De bemiddeling van menselijke interacties door deze bedrijven betekende een verschuiving in de aard van het internet: van de passiviteit van Web 1.0 (gericht op het eenzijdig leveren van informatie) naar de participatieve aard van Web 2.0 (gericht op *peer-to-peer*-interactie, waarbij gebruikers vaak informatie delen over zichzelf).³

Socialmediaomgevingen zijn zeer divers en dynamisch. In 2013 identificeerde Van Dijck vier verschillende soorten social media:⁴

- i. sociale netwerksites gewijd aan interpersoonlijk contact (bijv. Facebook, Twitter, LinkedIn);
- ii. door gebruikers gegenereerde inhoud ter ondersteuning van creativiteit en culturele activiteit (bijv. YouTube, Wikipedia, MySpace);
- iii. handels- en marketingsites gericht op commerciële verkoop- of ruiltransacties (bijv. Amazon, eBay, Craigslist); en
- iv. spelomgevingen die menselijke interactie ‘gamificeren’ (bijv. WordFeud, FarmVille).

Sinds 2013 is de complexiteit van social media toegenomen, met name door nieuwe mogelijkheden, zoals *content monetization* en *social commerce*,⁵ waardoor eerdere taxonomieën moeilijk toepasbaar zijn geworden. Anno 2022 is Instagram bijvoorbeeld een sociaal netwerk dat interpersoonlijk contact ondersteunt via zijn instant-messagingdienst, maar ook via gedeelde posts en commentaren. De afgelopen jaren is Instagram eveneens bekend geworden als platform voor talloze *social media influencers*, dat wil zeggen gebruikers die content genereren met het doel daar geld mee te verdienen. Om de zaken nog ingewikkelder te maken, stelt de in 2019 door Instagram geïntroduceerde *checkout*-knop gebruikers in staat om goederen en diensten direct aan te schaffen, zonder het platform te hoeven verlaten.⁶

Deze ontwikkelingen hebben social media gemaakt tot omgevingen waarin geen duidelijk onderscheid geldt tussen commercie, politiek en sociale interacties. Dit roept belangrijke vragen op. Wat zijn in deze relatief nieuwe context bijvoorbeeld de precieze verplichtingen van het platform en de gebruiker? Hoe is de macht verdeeld in deze contractuele relaties?⁷ Om de relatie tussen het platform en de gebruiker beter te begrijpen identificeren wij, op basis van literatuur binnen de

2. Ortner, Sinner & Jadin 2018, p. 373. Zie ook Boyd & Ellison 2007.

3. Van Dijck 2013, p. 11.

4. Van Dijck 2013, p. 8.

5. Riefa 2000.

6. *Instagram Checkout Button*, <https://about.instagram.com/blog/announcements/introducing-instagram-checkout> (laatst geraadpleegd: 2 augustus 2022).

7. Voor een meer algemeen begrip van privaatrecht voor het digitale domein, zie Tjong Tjin Tai 2016.

mediawetenschappen, vier specifieke kenmerken in de contracten tussen platforms en gebruikers.

Ten eerste: contracten tussen gebruikers en socialmediaplatforms zijn schijnbaar gratis voor de gebruiker,⁸ in de zin dat de gebruiker geen geld betaalt voor toegang tot het platform en de daarop beschikbare content. Dit is een van de meest bediscussieerde kenmerken in de consumentenrechtelijke literatuur,⁹ vanwege de relevantie ervan voor het debat over de verstrekking van gegevens als tegenprestatie, dat werd gevoerd in de context van de goedkeuring van de Richtlijn digitale inhoud.¹⁰ Het gratis karakter houdt in dat platforms aan gebruikers toegang verschaffen tot het platform zonder dat gebruikers daarvoor hoeven te betalen. Bijgevolg is de voornaamste verplichting van de gebruiker om het platform toe te staan zijn persoonsgegevens te gebruiken.¹¹

Ten tweede gaat het bij contracten tussen platforms en gebruikers om duurovereenkomsten die continu worden gewijzigd door de socialmediaplatforms. Aan de platformzijde veranderen de bedrijfsmodellen voortdurend. Het hoge innovatietempo op de digitale markten zet de platforms onder druk om nieuwe producten te ontwikkelen. Het beste voorbeeld in dit verband is de *rebranding* van Facebook naar Meta en het streven van Facebook om zich om te vormen tot een *metaverse*-platform.¹² Het platform probeert de continue veranderingen op twee manieren te ondervangen, namelijk door brede contractvoorwaarden met verstrekkende gevolgen vast te stellen en door zijn voorwaarden zeer regelmatig te wijzigen. De gebruiker heeft geen invloed op de wijziging van de algemene voorwaarden, hetgeen resulteert in een *take it or leave it*-situatie.

Ten derde hangen de waarde en functies van het platform af van de manier waarop platforms content selecteren voor individuele gebruikers en op de actieve deelname van gebruikers aan het netwerk, aangezien socialmediaplatforms zelf geen inhoud genereren. De bijdrage van socialmediaplatforms aan het online-ecosysteem bestaat onder meer uit het rangschikken en matchen van content, bijvoorbeeld via *recommender systems*.¹³ Complexe techno-sociale algoritmes creëren in dat

8. Sommige platforms zijn begonnen met het aanbieden van betaalde lidmaatschappen, bijv. YouTube Premium of TikTok geschenkmunten; Van Dijck, p. 40; voor een begrip van hoe het internet een 'gratis cultuur' creëerde, zie ook Mandiberg 2012, p. 178.

9. Narciso 2017. Zie hierover ook Op Heij 2021, p. 47; Loos 2011 en Op Heij 2017, p. 163.

10. Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten [2019] OJ L 136. Zie ook Custers & Malgieri 2022 en Spierings 2019.

11. 'Instead of paying to use Instagram, by using the Service covered by these Terms, you acknowledge that we can show you ads that businesses and organisations pay us to promote on and off the Meta Company Products. We use your personal data, such as information about your activity and interests, to show you ads that are more relevant to you', Instagram Terms of Service, <https://help.instagram.com/581066165581870>, (laatst geraadpleegd: 2 augustus 2022).

12. 'Mark Zuckerberg is spending billions on the metaverse. Wall Street wants him to fix Facebook and Instagram first', *Fortune*, 28 april 2022, <https://fortune.com/2022/04/28/meta-earnings-metaverse-facebook-instagram-zuckerberg/>, (laatst geraadpleegd: 2 augustus 2022).

13. Anandhan c.s. 2018.

kader gepersonaliseerde gebruikerservaringen. Daarbij vindt een verschuiving plaats van *recommender systems* op basis van content uit het eigen sociale netwerk van de gebruiker¹⁴ naar *recommender systems* op basis van *machine learning* en profilering van gebruikersvoorkeuren. De resulterende personalisering van de social-media-ervaring maakt dat deze sterk verschilt van gebruiker tot gebruiker.

Ten vierde maakt de relatie tussen gebruikers en socialmediaplatforms deel uit van een complex en ondoorzichtig netwerk van contracten,¹⁵ waarbij verschillende soorten partijen onderworpen zijn aan verschillende voorwaarden. Zo maken individuele *web developers* gebruik van de *Meta Graph Application Programming Interface* (API) om apps te ontwikkelen die relevant kunnen zijn voor het Meta-ecosysteem.¹⁶ De API is de *data funnel* van een platform, een *developer interface* die op industrieel niveau toegang biedt tot persoonlijke informatie.¹⁷ Voor de API zullen specifieke voorwaarden van toepassing zijn. Op dezelfde manier sluiten platforms ook contracten met andere rechtspersonen (bijv. voor toegang tot advertentieproducten). Al deze contracten hangen met elkaar samen, maar zijn tegelijkertijd onzichtbaar voor gewone gebruikers.¹⁸

Nu we de specifieke kenmerken van de relatie tussen platforms en gebruikers hebben vastgesteld, richten we onze aandacht op de juridische kwalificatie van dergelijke contracten. Welke regels zijn van toepassing en wat hebben die te bieden aan gebruikers?

7.3 KWALIFICATIE VAN SOCIALMEDIACONTRACTEN: WELKE REGELS ZIJN VAN TOEPASSING?

De discussie over de juridische verplichtingen van socialmediaplatforms heeft zich tot nu toe vooral toegespitst op de (vrijstelling van) aansprakelijkheid van socialmediaplatforms als onlinetussenpersonen en de rol van socialmediaplatforms ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting.¹⁹ Tot nu toe is verrassend weinig aandacht besteed aan consumentenbeschermingsregels.²⁰ Ook platforms zelf proberen zich afzijdig te houden van het consumentenrecht. Zo blijkt uit recent onderzoek dat socialmediaplatforms Twitch, Facebook, Twitter en TikTok bijvoorbeeld geen meldingsmechanismen hebben voor content die in strijd is met consumentenbeschermingsregels, zoals socialmedia-accounts waarop reclame niet als zodanig her-

14. Op Heij 2021, p. 48-49.

15. Elkin-Koren, De Gregorio & Perel 2022.

16. Van der Vlist c.s. 2022.

17. Goanta & Mulders 2019, p. 137. Zie ook 'The Graph API: Key Points in the Facebook and Cambridge Analytica Debacle', Medium, 20 maart 2018, <https://medium.com/tow-center/the-graph-api-key-points-in-the-facebook-and-cam-bridge-analytica-debacle-b69fe692d747>, (laatst geraadpleegd: 2 augustus 2022).

18. Elkin-Koren, De Gregorio & Perel 2022, p. 987.

19. Ortolani & Goanta 2021.

20. Zie voor uitzonderingen hierop: Van den Hoven van Genderen 2010; Riefa 2000.

kenbaar is of waarop consumentenrechtelijke informatieplichten niet worden nageleefd.²¹ Ook worden contractuele praktijken van socialmediaplatforms, zoals de praktijken die door het Cambridge Analytica-schandaal aan het licht zijn gekomen, vaak alleen bestempeld als inbreuk op privacywetgeving en niet als oneerlijke handelspraktijken.²²

Toch biedt het BW een heel scala aan regels die de gebruiker kunnen beschermen in zijn contractuele relatie tot een socialmediaplatform. Een contract tussen een socialmediaplatform en een gebruiker is in de eerste plaats een overeenkomst in de zin van artikel 6:213 BW. Dat de gebruiker geen geld betaalt voor de diensten van het platform doet hieraan niet af: voldoende voor kwalificatie als overeenkomst in het BW is wanneer partijen een verbintenis aangaan.²³ Bij een socialmediacontract bestaat die verbintenis onder meer uit het beschikbaar stellen van de functionaliteiten van het platform door het platform en het delen van data en het geven van bepaalde toestemmingen door de gebruiker. Als gevolg van deze kwalificatie zijn de regels uit titel 5 van Boek 6 BW van toepassing. Een aantal van die regels kan bijdragen aan het brengen van evenwicht in de relatie tussen platform en gebruiker. Denk bijvoorbeeld aan regels ten aanzien van aanbod en aanvaarding (art. 6:227 BW), dwaling (art. 6:228 BW) en de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW).

Op de algemene voorwaarden die door het platform ten opzichte van de gebruiker worden gehanteerd is ook de regeling over algemene voorwaarden van toepassing (afdeling 3 van Boek 6 BW), inclusief de bepalingen die specifiek strekken tot bescherming van de consument. Deze regeling is deels afkomstig uit Europa: Nederland kende al een regeling voor algemene voorwaarden, die op details is aangepast aan de hand van de Europese Richtlijn oneerlijke bedingen.²⁴ De regeling ten aanzien van algemene voorwaarden kan bijdragen tot het bereiken van meer evenwicht, met name door de eis dat algemene voorwaarden duidelijk en begrijpelijk moeten zijn opgesteld (art. 6:238 lid 2 BW), uitleg *contra proferentem* van onduidelijke bedingen (art. 6:238 lid 2 BW) en de ongeldigheid van onredelijk bezwarende bedingen (art. 6:233 onder a BW). Daarnaast kan ook de van oorsprong Europese regeling omtrent oneerlijke handelspraktijken bijdragen tot meer evenwicht, mits sprake is van een misleidende, agressieve of anderszins oneerlijke handelspraktijk (art. 6:193a BW e.v.). Overigens kunnen de diensten die worden geleverd door een socialmediaplatform ook worden gekwalificeerd als een 'dienst van de informatiemaatschappij' in de zin van artikel 3:15d lid 3 BW en Richtlijn

21. Ortolani & Goanta 2021.

22. Goanta & Mulders 2019, p. 145.

23. Zie vanuit Europees perspectief ook Mak 2020, p. 76-77.

24. Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Zie over de verhouding tussen het Nederlandse en het Europese recht Hijma 2016, nr. 8.

2000/31/EG (Richtlijn elektronische handel) en als ‘dienst’ in de zin van artikel 6:230b BW en Richtlijn 2006/123/EG (Dienstenrichtlijn).²⁵

Daarnaast kent het BW sinds 2022 specifieke regels voor digitale inhoud en diensten, afkomstig uit de Richtlijn digitale inhoud.²⁶ Deze richtlijn is van toepassing op een breed spectrum van verschillende soorten digitale inhoud, digitale diensten en de levering daarvan.²⁷ De Preambule bij de richtlijn maakt duidelijk dat de regels niet alleen traditionele digitale producten omvat (zoals computerprogramma’s, applicaties, videobestanden, audiobestanden, muziekbestanden en digitale spellen),²⁸ maar ook van toepassing is op de diensten van socialmediaplatforms.²⁹ Ook worden de diensten van socialmediaplatforms genoemd als voorbeeld van ‘continue levering’ van digitale inhoud.³⁰ Daarbij is van belang dat de Richtlijn digitale inhoud niet alleen van toepassing is op betaalde digitale inhoud en diensten, maar ook op digitale inhoud en diensten waarvoor de consument ‘betaalt’ door het delen van zijn persoonsgegevens.³¹ Diensten van socialmediaplatforms zijn daarvan een typisch voorbeeld. Op basis van de richtlijn is dus duidelijk dat de daarin opgenomen regels ook van toepassing zijn op diensten van socialmediaplatforms.

De vraag hoe de Richtlijn digitale inhoud het beste geïmplementeerd kon worden in het BW heeft tot de nodige discussie geleid.³² Uiteindelijk is ervoor gekozen om overeenkomsten inzake digitale inhoud en diensten te regelen als een nieuwe bijzondere overeenkomst in titel 1aa van Boek 7 (art. 7:50aa t/m 7:50ap BW). De Richtlijn digitale inhoud heeft nieuwe verplichtingen voor handelaren en remedies voor consumenten gebracht. Zo moeten handelaren (zoals socialmediaplatforms) zonder onnodige vertraging toegang verlenen tot de digitale inhoud (art. 7:50ac BW) en zijn zij verplicht digitale inhoud te leveren in overeenstemming met de overeenkomst (Arts. 7:50ad-af BW). Bij non-conformiteit heeft de consument de beschikking over remedies zoals nakoming, prijsvermindering of ontbinding (art. 7:50ai BW).

25. Deze kwalificaties zijn echter van ondergeschikt belang in het brengen van evenwicht tussen platform en gebruiker en zullen daarom in deze bijdrage buiten beschouwing worden gelaten. Zie voor de kwalificatie van socialmediaplatform Facebook als ‘dienst van de informatiemaatschappij’ bijvoorbeeld Vزر. Rb. Amsterdam 11 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8415 (*John de Mol/Facebook*), r.o. 4.14.

26. Zie ook Schaub 2019.

27. Beale 2021. Zie ook Sein & Spindler 2019; Schulze, Staudenmayer & Losse 2017; Lehmann 2016; Vanherpe 2020; Wolters 2019.

28. Zie overweging 19. Dit zijn categorieën die zo kunnen worden uitgelegd dat zij vallen onder de levering van gestandaardiseerde software, waarvoor de Hoge Raad heeft erkend dat het recht inzake consumentenkoop van overeenkomstige toepassing is; zie Loos 2021.

29. Zie overweging 24.

30. Zie overweging 57.

31. Art. 3 lid 1 Richtlijn digitale inhoud en art. 7:50ab lid 1 BW.

32. Deze discussie volgde op een bestaand debat ten aanzien van de analoge toepassing van het consumentenkooprecht op overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud, zie Loos 2021. Zie ook Beek & Schelhaas 2019.

7.4 KNELPUNT ONDER DE LOEP: RUIME GEBRUIKERSCONTENTLICENTIES

Een specifiek knelpunt in de contracten tussen socialmediaplatforms en hun gebruikers betreft de vaak zeer ruime licentie die de gebruiker verleent aan het platform ten aanzien van de door hem geüploade content.³³ Denk bijvoorbeeld aan de door gebruikers gemaakte en geüploade video's, die op basis van de door de gebruiker geaccepteerde voorwaarden regelmatig vrijwel ongelimiteerd mogen worden gebruikt door het socialmediaplatform (zie concrete voorbeelden van gebruikersvoorwaarden hieronder). In dit knelpunt zien we de vier in par. 7.2 besproken typische kenmerken in de relatie tussen platform en gebruiker (in meer of mindere mate) terugkomen. Zo is de ruime gebruikerscontentlicentie een uitvloeisel van de wijze waarop de gebruiker 'betaalt' voor het 'gratis' product dat hij ontvangt: hij geeft toestemmingen in ruil voor het gebruikmaken van het socialmediaplatform (zie het eerste en het derde kenmerk). Daarnaast vormt de ruime gebruikerscontentlicentie een knelpunt, mede doordat het platform waarvoor de content gebruikt kan worden continu aan verandering onderhevig is (zie het tweede kenmerk): waarvoor geeft de gebruiker dan precies toestemming? Tot slot vormt de ruime gebruikerscontentlicentie een knelpunt doordat die vaak niet alleen is opgesteld ten behoeve van de platforms zelf, maar ook ten aanzien van het complexe en ondoorzichtige netwerk van partners (zie het vierde kenmerk).

Hoe zien de uitgebreide gebruikerscontentlicenties er dan concreet uit? De gebruikersvoorwaarden van TikTok bepalen bijvoorbeeld dat de gebruiker aan TikTok, zijn partners en aan TikTok gelieerde bedrijven een onvoorwaardelijke, niet-exclusieve, royaltyvrije, volledig overdraagbare en eeuwigdurende wereldwijde licentie geven om alle door de gebruiker geüploade content (en alle elementen daarin, inclusief bijvoorbeeld muziek) te gebruiken, aan te passen, er afgeleide werken mee te maken, te publiceren (waar dan ook en met welk doel dan ook), over te dragen, enzovoorts.³⁴ Kortom: TikTok en zijn partners kunnen doen met de content wat ze maar willen, waar ze maar willen en voor hoe lang ze maar willen. Daarbij doet de gebruiker ook nog eens expliciet afstand van 'alle rechten op voorafgaande goedkeuring van marketing- of promotiematerialen' ten aanzien van de door de gebruiker geüploade content en omvat de toestemming uitdrukkelijk ook eventuele muziek die onderdeel vormt van de gebruikerscontent. Deze toestemming gaat vanzelfsprekend veel verder dan wat nodig is voor publicatie van de gebruikerscontent via het TikTok-platform. Deze zeer uitgebreide licentie blijkt overigens geen dode letter: TikTok is in het verleden bekritiseerd voor het gebruiken van

33. Zie hierover – in een voor socialmediabegrippen ver verleden – ook Van den Hoven van Gendren 2010. Zie meer recent de klacht die de Europese consumentenorganisatie BEUC bij de Europese Commissie indiende tegen TikTok. Hierin stelt BEUC onder meer dat de ruime gebruikerslicentie van TikTok een oneerlijk beding is. Zie www.beuc.eu/publications/beuc-files-complaint-against-tiktok-multiple-eu-consumer-law-breaches/html (laatst geraadpleegd: 1 december 2022).

34. www.tiktok.com/legal/terms-of-service-eea?lang=nl (laatst geraadpleegd: 1 december 2022).

gebruikerscontent in reclamecampagnes voor TikTok, zonder dat de gebruikers in kwestie (buiten de gebruikersvoorwaarden om) toestemming hadden gegeven voor dit gebruik. Verraste gebruikers deden hierover hun beklag.³⁵

Ook de voorwaarden van Snapchat voorzien in een zeer ruime gebruikerscontentlicentie.³⁶ Ook hier zien we behalve een ruime licentie ten aanzien van de content zelf een zeer uitgebreide toestemming voor het gebruik van onder andere de naam, het portret en de stem van de gebruiker door Snapchat en zijn partners voor zowel commerciële als niet-commerciële doeleinden. Ook Snapchat dwingt dus een licentie af die veel verder gaat dan nodig is voor publicatie van de gebruikerscontent via het platform.

De Instagram-voorwaarden gaan minder ver.³⁷ Zo is de licentie ten aanzien van de gebruikerscontent in essentie beperkt tot gebruik op het platform zelf en eindigt deze licentie zodra de gebruiker de content verwijdert van het platform. Ook het gebruik van bijvoorbeeld de naam en het portret van de gebruiker is beperkt tot de dienstverlening van Instagram. De licentie omvat dus bijvoorbeeld niet het gebruik in reclame voor het platform zelf.

Wat heeft het BW te bieden in dergelijke situaties? Allereerst: dat consumenten de algemene voorwaarden van socialmediaplatforms in de regel niet zullen lezen helpt de consument niet, ook al zijn socialmediaplatforms zich hiervan ongetwijfeld bewust. In de regel is sprake van aanbod en aanvaarding, ook al zijn de voorwaarden niet gelezen.³⁸ In die zin helpt het BW de gebruiker niet.

Een in de algemene voorwaarden opgenomen licentie op gebruikerscontent kan mogelijk wél succesvol worden aangevallen wanneer deze valt te kwalificeren als ‘verrassend beding’ en daarmee onredelijk bezwarend in de zin van artikel 6:233 onder a BW.³⁹ Dat zal in het bijzonder het geval kunnen zijn wanneer de licentie zo breed is geformuleerd dat deze bijvoorbeeld ook het gebruik van gebruikerscontent in reclame voor het socialmediaplatform omvat.⁴⁰ Hieraan doet onzes inziens niet af dat verschillende socialmediaplatforms dit verrassende beding hanteren; dat een onredelijk beding veel voorkomt in een bepaalde branche betekent immers

35. Zie www.socialmediatoday.com/news/tiktoks-turning-user-submitted-content-into-ads-without-user-knowledge/564518/ en <https://adage.com/article/digital/tiktok-users-are-surprised-find-themselves-ads-app/2204996> (beide bronnen laatst geraadpleegd op 1 december 2022).

36. Art. 3 van de voorwaarden van Snapchat. Zie <https://snap.com/nl-NL/terms#terms-row> (laatst geraadpleegd op 1 december 2022).

37. Zie <https://help.instagram.com/581066165581870> (laatst geraadpleegd 1 december 2022).

38. Zie ook Jongeneel 2019, p. 82 en Hijma 2016, nr. 19. De gebondenheid aan de algemene voorwaarden volgt ook uit art. 6:232 BW.

39. Zie over verrassende bedingen o.a. Pavillon 2017 en Jongeneel 2019, p. 82.

40. Zie in deze zin ook de klacht van BEUC bij de Europese Commissie ten aanzien van de TikTok-voorwaarden. Zie www.beuc.eu/publications/beuc-files-complaint-against-tiktok-multiple-eu-consumer-law-breaches/html (laatst geraadpleegd: 1 december 2022).

nog niet dat het beding daardoor niet als onredelijk bezwarend kan gelden.⁴¹ Daarmee is overigens niet gezegd dat een gebruikerscontentlicentie op zichzelf een verrassend en daarmee onredelijk beding is: het verlenen van gebruikerslicenties via algemene voorwaarden is niet ongebruikelijk en is in veel gevallen – zo ook in de relatie tussen socialmediaplatform en gebruiker – logisch in het kader van de verichte diensten.⁴² De aantastbaarheid van de voorwaarden zal dus vooral gezocht moeten worden in de het feit dat de licentie aanzienlijk ruimer is dan nodig voor de dienstverlening van het platform. Bij een algemeen geformuleerde ruime licentie (zoals we die tegenkomen in de voorwaarden van Snapchat) wordt de gebruiker mogelijk nog gesteund door het oordeel van het HvJ EU in *Kásler*.⁴³ In die uitspraak maakt het Hof duidelijk dat voor het vaststellen of een beding ‘duidelijk en begrijpelijk’ is in de zin van artikel 5 van de Richtlijn oneerlijke bedingen (geïmplementeerd in art. 6:238 lid 2 BW) bepalend is of de gemiddelde consument in de gegeven omstandigheden het beding kan begrijpen en de economische gevolgen daarvan kan inzien.⁴⁴ Een vaag geformuleerde brede gebruikerscontentlicentie is vanuit dat perspectief mogelijk vernietigbaar, of dient op grond van de *contra proferentem*-regel beperkt worden uitgelegd.⁴⁵

-
41. Pavillon 2017, p. 54-55. Daarbij merkt Pavillon op dat – anders dan tussen professionele partijen onderling – tussen consument en professionele partij doorgaans geen vaste (handels)gebruiken gelden.
 42. Ook buiten de context van de relatie tussen socialmediaplatform en gebruiker worden licenties met regelmaat verleend via algemene voorwaarden. Zie ten aanzien van de culturele sector bijvoorbeeld Schieveld & De Jonge 2018, par. 1a.6.
 43. HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (*Kásler*). Zie over *Kásler* ook Jongeneel 2019, p. 80.
 44. Zie voor de toepassing ten aanzien van deze uitspraak op overeenkomsten van digitale inhoud ook Op Heij 2021, p. 56.
 45. Over de vraag welke sanctie rust op overtreding van de regel dat algemene voorwaarden duidelijk en begrijpelijk moeten zijn bestaat discussie. Loos wijst er onder verwijzing naar HvJ EU 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 (*Verein für Konsumenteninformation/Amazon*) op dat het Europees Hof van Justitie het transparantievereiste lijkt te zien in de beoordeling van de oneerlijkheid van het beding. Zie Loos 2018, nr. 242. Zie ook HvJ EU 7 november 2019, C-419/18 en 483/18, ECLI:EU:C:2019:930 (*Profi Credit Polska*), waarin het Europees Hof in het kader van de oneerlijkheidstoets stelt dat het ‘*van doorslaggevend belang [is] of het betrokken contractuele beding duidelijk en begrijpelijk is opgesteld en of de consument daadwerkelijk gelegenheid heeft gehad om kennis te nemen van de inhoud ervan*’. Dit pleit ervoor om de onduidelijkheid en/of onbegrijpelijkheid mee te nemen in de oneerlijkheidstoets, met als mogelijk gevolg vernietiging. Wanneer geen sprake is van een onredelijk bezwarend beding, kan de onduidelijkheid en/of onbegrijpelijkheid mogelijk alsnog leiden tot toepassing van de sanctie van *contra proferentem*-uitleg van het beding. Zie eerder in de literatuur Hijma 2016, nr. 23a en Pavillon 2017, p. 57. Zie over het meewegen van de (on)duidelijkheid van een beding in de toetsing van de onredelijkheid van een beding ook HR 7 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1388.

Een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid biedt mogelijk vergelijkbare resultaten,⁴⁶ maar biedt in bovengenoemde gevallen weinig meerwaarde ten opzichte van de regeling voor algemene voorwaarden. Verder ligt een beroep op dwaling of oneerlijke handelspraktijken in bovengenoemde gevallen minder voor de hand. Dit kan uiteraard anders zijn wanneer de algemene voorwaarden een onjuist beeld geven ten opzichte van het daadwerkelijke gebruik door een platform van de door de gebruiker geüploade content. Dan zal al snel sprake zijn van een misleidende handelspraktijk (art. 6:193c BW) of dwaling (art. 6:228 BW).⁴⁷

7.5 KNELPUNT ONDER DE LOEP: DE REDELIJKE VERWACHTINGEN VAN GEBRUIKERS TEN AANZIEN VAN SOCIALMEDIADIENSTEN

Een ander knelpunt betreft de moeilijkheid om vast te stellen wat gebruikers redelijkerwijs mogen verwachten van socialmediaplatforms. Dit knelpunt speelt specifiek ten aanzien van de conformiteitsvraag in de Richtlijn digitale inhoud en de implementatie daarvan in het BW. In potentie zou de eis dat socialmediadiensten moeten voldoen aan de verwachtingen van de consument (zie art. 50ad BW) een belangrijk middel kunnen zijn om socialmediaplatforms te dwingen een goed werkend product te leveren, net als de conformiteitsregels in het kader van de consumentenkoop dat ook doen voor roerende zaken (denk bijvoorbeeld aan de koop van een mountainbike, waarbij de consument onder andere redelijkerwijs mag verwachten dat de fiets beschikt over goede remmen, een sterk frame en soepel schakelende versnellingen).⁴⁸ Maar wat mag de consument verwachten ten aanzien van socialmediadiensten?

Hier is het probleem dat de werking en functionaliteit van socialmediaplatforms bijzonder moeilijk is te voorzien voor consumenten. Daarin zien we meerdere van de in par. 7.2 besproken typische kenmerken in de relatie tussen platform en gebruiker terugkomen. Zo vloeit de moeilijkheid om vast te stellen wat gebruikers redelijkerwijs mogen verwachten van socialmediaplatforms mede voort uit de continu veranderende bedrijfsmodellen en het hoge innovatietempo van socialmediaplatforms (zie het tweede kenmerk). Ook speelt hier een rol dat de toegevoegde waarde van socialmediaplatforms met name ligt in de complexe werking van

46. De Hoge Raad heeft bepaald dat een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ten aanzien van algemene voorwaarden mogelijk is, zie HR 14 juni 2002, NJ 2003/112 m.nt. Hijma (*Bramer/Colpro*). De Hoge Raad week hiermee af van de stelling in de memorie van toelichting bij de invoering van Boek 6 BW dat de regeling voor algemene voorwaarden als *lex specialis* zou hebben te gelden ten opzichte van art. 6:248 lid 2 BW.

47. Zie over de mogelijkheid tot het aanwenden van dwaling en de regels over oneerlijke handelspraktijken naast de regeling voor algemene voorwaarden Hijma 2016, nr. 52. Zie over de toepassing van de regels omtrent dwaling en oneerlijke handelspraktijken bij de levering van digitale inhoud en diensten Op Heij 2021, p. 60-64.

48. Zie voor de vaststelling van (non-)conformiteit de koop van roerende zaken met name art. 7:17 en 7:18 BW.

gepersonaliseerde contentselectie (zie het derde kenmerk) en dat socialmediaplatforms deel uitmaken van een complex en ondoorzichtig netwerk van contracten (zie het vierde kenmerk).

De conformiteit van digitale inhoud en diensten wordt op grond van artikel 7:50ae BW, net als bij consumentenkoop, vastgesteld op basis van objectieve en subjectieve criteria. Hierbij is onder meer van belang dat de digitale inhoud of dienst de kwaliteiten moet hebben die de consument gezien de aard van de digitale inhoud of digitale dienst redelijkerwijs mag verwachten.⁴⁹ Zoals in paragraaf 7.2 naar voren is gekomen zijn socialmediadiensten echter zeer veranderlijk. Daardoor is het moeilijk te bepalen wat de consument redelijkerwijs van de socialmediadiensten mag verwachten. Waarschijnlijk heeft de gebruiker gezien de complexe achterliggende werking van socialmediadiensten ten aanzien van veel aspecten van socialmediadiensten überhaupt weinig concrete verwachtingen. De algemene voorwaarden van socialmediaplatforms helpen de gebruiker wat dat betreft ook niet: afgezien van een zeer generieke beschrijving van de diensten doen platforms weinig tot geen concrete toezeggingen over het functioneren daarvan.⁵⁰

Ter illustratie een voorbeeld ten aanzien van de *recommender systems* van socialmediaplatforms. Consumenten hebben er belang bij dat zij alleen advertenties te zien krijgen van legitieme ondernemingen en niet worden geconfronteerd met advertenties van oplichters. Via de *recommender systems* van socialmediaplatforms wordt reclame van oplichters vaak gefilterd. Maar wat als het algoritme van een specifiek platform niet goed functioneert – is dan sprake van non-conformiteit? Heeft de consument überhaupt verwachtingen ten aanzien van de werking van de *recommender systems* op dit vlak? En zo ja: wat mag de consument dan redelijkerwijs verwachten van het platform? Een bijkomend probleem is overigens dat het in de praktijk, ook al kunnen bepaalde redelijke verwachtingen worden vastgesteld, zeer moeilijk zal zijn voor de gebruiker om de non-conformiteit van de diensten van het socialmediaplatform vast te stellen. De non-conformiteit van een mountainbike kan vaak gemakkelijk worden vastgesteld door de consument zelf, doordat hij merkt dat de remmen niet goed werken of het versnellingsysteem niet soepel werkt. Voor een *recommender system* is dat veel lastiger te bepalen. Hiervoor is immers inzicht nodig in de werking van het betreffende algoritme. Socialmediaplatforms verrichten weliswaar audits die de effectiviteit van dit soort algoritmes meten, maar maken die niet openbaar.

49. Art. 7:50ae lid 2 BW.

50. Zie bijvoorbeeld de voorwaarden van Snapchat (<https://snap.com/nl-NL/terms#terms-row>; laatst geraadpleegd: 1 december 2022) en TikTok (<https://www.tiktok.com/legal/terms-of-service-eea?lang=nl>; laatst geraadpleegd: 1 december 2022).

7.6 CONCLUSIE

Technologische innovaties stellen het juridisch kader voortdurend ter discussie. Socialmediaplatforms bestaan inmiddels al twee decennia. In die tijd zijn hun bedrijfsmodellen fundamenteel veranderd. Ondanks een steeds ontwikkelend regime van consumentenbeschermingsregels op Europees niveau, blijft de relatie tussen platform en gebruiker zich kenmerken door een grote mate van onevenwichtigheid. Dit komt mede door de hoge complexiteit van de werking van socialmediaplatforms, die ondoorzichtig blijft voor zowel de wetgever als de gebruiker. Deze bijdrage heeft laten zien dat het BW de gebruikers weliswaar handvatten geeft om onevenwichtigheden in hun relatie tot socialmediaplatforms aan te pakken, maar dat de toepassing van de betreffende regels in het BW ook leidt tot complexe vragen. Een bijkomend probleem is bovendien dat gebruikers zich vaak niet bewust zullen zijn van hun kwetsbaarheden ten opzichte van platforms. Waar dat wel zo is en de gebruiker actie wil ondernemen helpt het de gebruiker niet dat hij veelal een beroep zal moeten doen op algemene regels, die geen duidelijk antwoord geven ten aanzien van de specifieke problematiek tussen platform en gebruiker.

Hier ligt mogelijk alsnog een taak voor de wetgever – al zal een antwoord gezien de dominante rol op het gebied van zowel consumentenbescherming als digitalisering eerder uit Europa komen dan uit Nederland. Daarbij denken wij bijvoorbeeld aan een aanpassing van de Richtlijn digitale inhoud, waarin een verdere invulling gegeven zou kunnen worden aan de redelijke verwachtingen van de consument ten aanzien van socialmediaplatforms. Daarnaast zouden specifieke knelpunten ten aanzien van de gebruikersvoorwaarden van socialmediaplatforms als (vermoedelijk) onredelijk bezwarend kunnen worden aangemerkt. Omdat digitalisering overwegend op EU-niveau wordt gereguleerd, ligt ook hier voor de hand dat de Europese wetgever (via aanpassing van de Richtlijn oneerlijke bedingen) actie zou ondernemen.⁵¹

De in mei 2022 door de Europese Commissie aangekondigde 'fairness fitness check' van het consumentenrecht biedt hiervoor een concrete ingang.⁵² Via deze fitness check wordt onderzocht in hoeverre het nodig is om consumenten online beter te beschermen. Daarbij ligt de nadruk op de Richtlijn oneerlijke bedingen, de Richtlijn consumentenrechten en de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Hoewel de fitness check geen betrekking heeft op de Richtlijn digitale inhoud, zal deze wel ingaan op kwesties van machtsonevenwichtigheid en biedt deze de mogelijkheid tot het (vermoedelijk) onredelijk bezwarend aanmerken van specifieke gebruikers-

51. Door toevoeging van bepaalde voorwaarden aan de 'blauwe lijst' bij de Richtlijn oneerlijke bedingen. Zie art. 3 lid 3 Richtlijn oneerlijke bedingen en de bij die richtlijn horende bijlage.

52. European Commission, 'Fairness Fitness check', https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13413-Digital-fairness-fitness-check-on-EU-consumer-law_en (laatst geraadpleegd: 2 augustus 2022).

voorwaarden van socialmediaplatforms. Gezien het minimumharmonisatiekarakter van de Richtlijn oneerlijke bedingen zou echter ook de Nederlandse wetgever actie kunnen ondernemen, met name door bepaalde praktijken (zoals de in par. 7.4 besproken zeer ruim geformuleerde gebruikerscontentlicenties) toe te voegen aan de grijze of zwarte lijst.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Anandhan c.s. 2018

A. Anandhan, L. Shuib, M.A. Ismail & G. Mujtaba, 'Social Media Recommender Systems: Review and Open Research Issues', *IEEE Access* 2018, p. 15608-15628.

Beale 2021

H. Beale, 'Digital Content Directive and Rules for Contracts on Continuous Supply', *Journal of Intellectual Property, Information Technology & Electronic Commerce Law* 2021, afl. 2, p. 96-110.

Beek & Schelhaas 2019

S. van Beek & H.N. Schelhaas, 'De invloed van het EU-recht op het Nederlandse consumentenkooprecht', *Maandblad voor vermogensrecht* 2019, afl. 7-8, p. 270-278.

Boyd & Ellison 2007

D. Boyd & N. Ellison, 'Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship', *Journal of Computer-Mediated Communication*, 2007, afl. 1, p. 210-230.

Custers & Malgieri 2022

B. Custers & G. Malgieri, 'Priceless data: why the EU fundamental right to data protection is at odds with trade in personal data', *Computer Law & Security Review*, 2022, 105683.

Van Dijck 2013

J. van Dijck, *A History of Connectivity*, New York: Oxford University Press 2013.

Goanta & Mulders 2019

C. Goanta & S. Mulders, "'Move fast and break things": Unfair commercial practices and consent on Social Media', *Journal of European Consumer and Market Law* 2019, afl. 4, p. 136-146.

Hijma 2016

J. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Monografieën BW nr. B55), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van den Hoven van Genderen 2010

R. van den Hoven van Genderen, 'Sociale netwerken: vloek of zegen? Algemene voorwaarden tot het gebruik van persoonlijke informatie', *Computerrecht* 2010/71.

Jongeneel 2019

R.H.C. Jongeneel, 'Begrijpt u wat u niet leest?', *TvC* 2019, afl. 2, p. 80-84.

Lehmann 2016

M. Lehmann, 'A Question of Coherence: The Proposals on EU Contract Law Rules on Digital Content and Online Sales', *Maastricht Journal of European & Comparative Law* 2016, afl. 5, p. 752-774.

Loos 2011

M. Loos, 'Overeenkomsten tot levering van digitale inhoud', *NTBR* 2011/81.

Loos 2018

Marco B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

Loos 2021

Marco B. M. Loos, 'The (Proposed) Transposition of the Digital Content Directive in the Netherlands', *12 Journal of Intellectual Property, Information Technology & Electronic Commerce Law* 2021, afl. 2, p. 229-240.

Mak 2020

V. Mak, 'Challenges for digitalisation for consumer contracts', *Annuario Di Diritto Comparato E Di Studi Legislativi* 2020, p. 63-84.

Mandiberg 2012

M. Mandiberg, *The Social Media Reader*, New York: NYU Press 2012.

Narciso 2017

M. Narciso, '"Gratuitous" Digital Content Contracts in EU Consumer Law', *Journal of European Consumer and Market Law* 2017, afl. 5, p. 198-206.

Op Heij 2017

D. Op Heij, 'De gebruiksfunctie voor de consument als uitgangspunt bij de definiëring van het begrip "digitale inhoud"', *TvC* 2017, afl. 4, p. 157-165.

Op Heij 2021

D. Op Heij, *De overeenkomst over digitale inhoud in een B2C-rechtsverhouding: een onderzoek naar het juridisch kader ter bescherming van de consument*, Zutphen: Paris 2021.

Ortner, Sinner & Jadin 2018

C. Ortner, P. Sinner & T. Jadin, 'The History of Online Social Media', in: N. Brugger en I. Milligan (red.), *The SAGE Handbook of Web History*, London: Sage 2018, p. 372-384.

Ortolani & Goanta 2021

P. Ortolani & C. Goanta, 'Content moderation als digitale conflictoplossing. Zijn socialemediaplatforms de rechtbanken van het internet?', in: P.T.J. Wolters & R. Hermans (red.), *Digitalisering en Conflictoplossing*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 171-188.

Pavillon 2017

C.M.D.S. Pavillon, 'De aanpak van verrassende bedingen onder het nieuw BW: de mazen van afdeling 6.5.3 inzake algemene voorwaarden', *WPNR* 2017/7133, p. 53-60.

Elkin-Koren, De Gregorio & Perel 2022

N. Elkin-Koren, G. De Gregorio & M. Perel, 'Social Media as Contractual Networks: A Bottom up Check on Content Moderation', *Iowa Law Review* 2022, afl. 3, p. 987-1049.

Riefa 2000

C. Riefa, 'Consumer Protection on Social Media Platforms: Tackling the Challenges of Social Commerce', in: T. Synodinou, Ph. Jougleux, C. Markou & Th. Prastitou (red.), *EU Internet Law in the Digital Era*, Cham: Springer 2000, p. 321-345.

Schaub 2019

M.Y. Schaub, 'Nieuwe regels voor de consumentenkoop en overeenkomsten met betrekking tot digitale inhoud', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2019, afl. 9-10, p. 243-249.

Schieveld & De Jonge 2018

E.M.M. Schievelde & P.E. de Jonge, *Handboek recht voor de culturele sector*, Deventer: Kluwer 2018.

Schulze, Staudenmayer & Losse 2017

R. Schulze, D. Staudenmayer & S. Losse, *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, London: Hart 2017.

Sein & Spindler 2019

K. Sein & G. Spindler, 'The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1', *European Review of Contract Law* 2019, afl. 3, p. 257-279.

Spierings 2019

C. Spierings, 'Het nieuwe goud: betalen met data', *MvV* 2019, afl. 6, p. 207-214.

Tjong Tjin Tai 2016

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Privaatrecht voor de homo digitalis: eigendom, gebruik en handhaving', voor de Jaarvergadering van de Nederlandse Juristen-Vereeniging, 10 juni 2016 te Haarlem, *Handelingen NJV*, 146e jaargang/2016-1, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 241-306.

Vanherpe 2020

J. Vanherpe, 'White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content', *European Review of Private Law* 2020, afl. 2, p. 251-274.

Van der Vlist c.s. 2022

F.N. van der Vlist, A. Helmond, M. Burkhardt & T. Seitz, 'API Governance: The Case of Facebook's Evolution', *Social Media + Society* 2022, afl. 2, p. 1-24.

Wolters 2019

P.T.J. Wolters, 'Valt een "gewone" website onder de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten?', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2019, afl. 6, p. 254-256.

DEEL IV

EEN DUURZAAM BW

Met de toevoeging van een nieuwe dimensie weer dertig jaar vooruit

Jacques Vos en Arnaud Wilod Versprille

8.1 INLEIDING

Steeds vaker lopen we tegen de grenzen van het huidige BW aan en moeten notarissen zich in bochten wringen om de gebouwde werkelijkheid van een goed juridisch kader te voorzien. De bewaarder heeft vervolgens de taak om dit op een zodanige wijze vast te leggen dat dit niet alleen past binnen het kader van het BW, maar ook binnen het kader van de Kadasterwet.

Reeds in 2016 werd in een preadvies van de KNB stilgestaan bij een aantal beklemmende rechtsvormen.¹ Daarbij werd de vraag gesteld welke verbeteringen er mogelijk en aan te bevelen zijn om ook in de 21e eeuw beter vorm te geven aan de gebouwde omgeving. Helaas is dit preadvies ergens in een bureaula op het Ministerie van Justitie en Veiligheid verdwenen, terwijl er veel goede ideeën in zijn opgenomen die redelijk eenvoudig in de wet kunnen worden verwerkt.

In deze bijdrage signaleren wij problemen in de gebouwde omgeving nu verduurzamingsthema's een steeds belangrijker rol spelen. Daarbij wordt dezelfde grond door vele partijen gebruikt, met steeds wisselende functies. Onderzocht wordt welke instrumenten daar thans voor beschikbaar zijn en welke nadelen daaraan verbonden zijn. Daarbij wordt nagedacht over mogelijke oplossingen om deze knelpunten op te lossen. Wij willen niet alleen aandacht geven aan de juridische vormen, maar ook aan de wijze van registratie en aan de kenbaarheid voor derden.

8.2 HET NBW EN TALRIJKE VERANDERINGEN

Het is inmiddels dertig jaar geleden dat het Nieuw Burgerlijk Wetboek het levenslicht zag; een wetboek dat destijds na veel vertraging uiteindelijk werd ingevoerd en de nodige verbeteringen bracht. De gelaagdheid van het NBW gaf een duidelijke structuur en veel rechtspraak werd gecodificeerd. In het registergoederenrecht

1. Verstappen e.a. 2016.

werden talrijke veranderingen doorgevoerd. De samenwerking tussen notaris en bewaarder werd van een duidelijker wettelijk kader voorzien. Dit leidde tot praktische aanpassingen die duidelijker de derdenbescherming,² de verplichting tot het vermelden van het tijdstip van het ondertekenen van een notariële akte,³ het vermelden van het tijdstip van ontvangst van een ter inschrijving aangeboden stuk⁴ en de rangorde met betrekking tot de inschrijvingen van twee (of meer) met elkaar colliderende en gelijktijdig ingeschreven rechten⁵ regelen. Uitgangspunt is dat in principe rechten en plichten slechts dan een zakenrechtelijk karakter jegens derden hebben als de akte waarin deze rechten en plichten zijn opgenomen, is ingeschreven in de openbare registers die worden gehouden door de dienst voor het kadaster en de openbare registers (hierna: het Kadaster). Verder werd er aan de terminologie gesleuteld⁶ en vonden er duidelijke begripsafbakening plaats. De actieve novatie in de bron der verbintenis kwam te vervallen, hetgeen tot veel hoofdbreken bij het notariaat leidde en tot onbegrijpelijke teksten in notariële akten.⁷

8.3 HET NBW EN DE CONSTRUCTIE BEEKHUIS

Toch bleef er vooral ook veel hetzelfde. De numerus clausus bleef, zoals dat ook in veel andere goederenrechtelijke stelsels als beginsel geldt, in Nederland gehandhaafd.⁸ Achteraf bezien was de meest ingrijpende verandering misschien wel dat in Boek 5 alleen rechten staan vermeld die op zaken kunnen worden gevestigd. Dit leverde problemen op met de stapeling van zakelijke rechten. Hoe kan een ondererfpachtrecht gevestigd worden op een recht van erfpacht? Een recht van erfpacht is immers geen zaak maar een goed.

Gedurende de parlementaire behandeling werd duidelijk dat er in de praktijk behoefte bestaat aan een regeling omtrent ondererfpacht, hoewel het Ontwerp Meijers hierin niet voorzag. Het vestigen van een recht van (onder)erfpacht op een recht van erfpacht druiste in tegen de door Meijers bedachte systematiek van Boek 5. Daarmee zag de constructie Beekhuis het levenslicht. Deze constructie resulteerde in de invoering van artikel 5:93 BW, waarmee het mogelijk werd een recht van ondererfpacht te vestigen. Hoewel de term ondererfpacht doet vermoeden dat dit recht rust op het 'bovenliggende' erfpachtrecht, rust het eerstgenoemde recht op de onroerende zaak zelf. Met deze constructie werd voorkomen dat het onder-

2. Art.3:24-3:26 BW en 3:86 en 3:88 BW.

3. Art. 40 lid 3 Wet op het notarisambt.

4. Art. 3:18 BW.

5. Art. 3:21 BW.

6. Een zaak werd een goed en omgekeerd, hetgeen tot op de dag van vandaag tot spraakverwarring leidt. Onroerend goed en onroerende zaak worden als termen door elkaar gebruikt.

7. De huidige oplossing is gelegen in het om baat afstand doen van een vordering (bijvoorbeeld tot betaling van de koopsom) tegen het gelijktijdig aangaan van een nieuwe vordering (meestal met de titel geldlening).

8. Zie Akkermans 2008 en Struycken 2007.

erfpacht zou komen te rusten op een vermogensrecht (het erfpachtrecht), waardoor het recht van erfpacht geen zakelijk recht meer zou zijn en een regeling in Boek 3 noodzakelijk zou zijn geworden. Met de constructie Beekhuis is met andere woorden een fictie ingevoerd: het ondererfpachtrecht rust op de onroerende zaak; dogmatisch gezien een mooie vondst die tegelijkertijd bevestigt dat de gelaagdheid van het NBW ervan uitgaat dat elk zakelijk recht een directe relatie heeft met de onroerende zaak, de grond zelf.

8.4 GROND-GERELATEERDE BELANGEN EN VERDUURZAMING

In de afgelopen dertig jaar is er in de gebouwde omgeving veel veranderd. Met name de toegenomen verstedelijking leidt ertoe dat er projecten zijn gerealiseerd waar vele partijen een belang hebben dat gerelateerd is aan de grond. Schoolvoorbeeld is al sinds jaar en dag het station Utrecht en Hoog Catharijne, waar wegen, spoorlijnen, winkels, bedrijven en woningen naast en boven elkaar zijn gebouwd. Dit leidt tot complexe situaties, maar dat is niet geheel nieuw. Hoog Catharijne is immers al voor de invoering van het NBW gebouwd.⁹ In de literatuur is eerder al opgemerkt dat recente technologische ontwikkelingen¹⁰ en nieuwe bouwtechnieken¹¹ het werk van de (notariële) vastgoedjurist in grote mate beïnvloeden.

In de meer recente jaren is er echter nóg een dimensie bijgekomen: (de versnelling van het antwoord op) het vraagstuk van de verduurzaming en circulariteit. Met de vraag om verduurzaming van de gebouwde omgeving is het opwekken, opslaan en distribueren van warmte/koude en elektriciteit inmiddels onderdeel geworden van de gebouwde omgeving. Daarnaast is het faciliteren van het (even hoogwaardig) hergebruik van grondstoffen, oftewel het creëren van circulaire afvalnetwerken, van wezenlijk belang.¹² Het is niet merkwaardig om te veronderstellen dat er met de druk op verdere verduurzaming en de noodzaak tot hergebruik van bestanddelen van de gebouwde omgeving nieuwe technologische ontwikkelingen worden gevoegd bij de reeds bestaande mogelijkheden. Het juridisch orkestreren van de toepassing van deze technologische ontwikkelingen is geen sinecure, vooral niet omdat het onroerendzakenrecht de verduurzaming belemmert¹³ en het huidige contractenrecht geen circulaire verhoudingen kent.¹⁴ De veranderende rol van de gebouweigenaar naar een gebruiker of afnemer van diensten is onderkend doordacht.¹⁵

9. Hoog Catharijne werd in 1973 geopend.

10. Zie ook De Vey Mestdagh, *WPNR* 2014/7029, p. 735-741.

11. Aldus ook Ploeger, *WPNR* 2009/6781, p. 14-17.

12. Hoops, Wever en Wilod Versprille, *WPNR* 2022/7383, p. 605-614.

13. Hoops, *NTBR* 2020, 298-311, 300-301.

14. Westrik, *WPNR* 2022/7354, p. 21-28, met een verwijzing in voetnoot 10 naar een meer uitgebreid literatuuroverzicht.

15. Zie bijv. Terry n.e.a., 2019, p. 69-98; Van Gulijk, *WPNR* 2021/7326, p. 409-415.

8.5 HET APPARTEMENTSRECHT NADER BESCHOUWD

Als we nadenken over een bestaande wettelijke regeling omtrent gemeenschappelijk gebruik van grond, is het logisch om titel 9 van Boek 5 over Appartementsrechten te beschouwen. Deze regeling gaat immers uit van het principe dat meerdere gerechtigden tezamen een belang hebben bij de grond en het daarop (of -onder) gerealiseerde bouwwerk. Deze gerechtigden kunnen dan vervolgens in de akte van splitsing met bijbehorend reglement regels formuleren omtrent ieders recht en medegebruik. Tevens kan in de splitsingsakte met het reglement worden bepaald wie over welke aangelegenheden kan beschikken en wie kan meebeslissen en hoe bestaande bouwwerken en het gebruik daarvan kunnen worden gewijzigd. Ook kunnen in de splitsingsakten regels worden gesteld omtrent de aard van het gebruik.

8.6 HET PROBLEEM VAN HET UITSLUITEND GEBRUIK

Toch ontstaan er in de huidige formulering een aantal problemen. Allereerst gaat de splitsing in appartementsrechten ervan uit dat alleen gerechtigden tot een appartementsrecht direct rechten ontlenen aan de splitsingsakte. Een appartementsrecht wordt immers gedefinieerd als 'een aandeel in de goederen die in de splitsing zijn betrokken, dat de bevoegdheid omvat tot het uitsluitend gebruik van bepaalde gedeelten van het gebouw die blijkens hun inrichting bestemd zijn of worden om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt'.¹⁶

Uit de omschrijving blijkt dat er een locatie in het gebouw moet zijn die als afzonderlijk geheel wordt gebruikt. Echter, voor duurzame voorzieningen hoeft er helemaal geen ruimte te zijn die als afzonderlijk geheel wordt gebruikt. Bronnen in de grond en kabels en leidingen die grondwater transporteren zijn nergens aan te duiden als een afzonderlijk geheel. Toch zijn deze steeds vaker in eigendom bij een derde. Die derde noemen wij hierna de Technisch Eigenaar.

Indien elke woon- of bedrijfsunit met een eigen warmtepomp het water verwarmt, kan de gerechtigdheid tot deze bronnen, leidingen en technische voorzieningen dus niet als apart appartementsrecht worden aangemerkt. De Technisch Eigenaar zal dus een ander juridisch recht moeten krijgen. In het kader van de financiering is het van belang dat dit een zakelijk recht is dat als onderpand kan dienen. Een stevige zekerheid reduceert immers het risico van de financier, waarmee de rentekosten van de financiering voor de Technisch Eigenaar worden gedrukt.

Soms wordt een afzonderlijke ruimte gebruikt voor een technische voorziening. In dat geval kan in de splitsingsakte en het bijbehorende reglement daaraan een appartementsrecht worden toegekend inclusief bepalingen omtrent gerechtigdheid tot bronnen, kabels en leidingen die met deze ruimte zijn verbonden. Dit apparte-

16. Art. 5:106 lid 4 BW.

mentsrecht kan toekomen aan de Technisch Eigenaar. Een groot nadeel bij kabels, leidingen, bronnen en andere bij technische voorzieningen behorende onderdelen is dat deze niet zichtbaar worden gemaakt op de splitsingstekening. Deze vermeldt immers, naast de overige gedeelten van de gebouwen en de grond, slechts de gedeelten die bestemd zijn voor afzonderlijk gebruik.¹⁷

Waar de duurzame voorziening kan worden gezien als een zelfstandige functionele eenheid en daarmee een netwerk betreft, biedt artikel 5:20 lid 2 BW een uitweg voor de bevoegde aanlegger of diens rechtsopvolger. Immers, de bevoegde aanlegger is daar van rechtswege eigenaar van. Daarmee is echter nog niet altijd duidelijk waar het net begint en eindigt. Bovendien is er omtrent onderhoud en installatie geen eenduidige regeling.¹⁸ Hoewel de Hoge Raad op 3 december 2021¹⁹ oordeelde dat een WKO-voorziening een netwerk vormt in fiscale zin, wordt ook daar verwezen naar leidingen, installaties en hulpmiddelen voor toe- of afvoer van warmte. De voorziening waarmee energie wordt opgewekt is hieronder blijkbaar niet begrepen, terwijl dit juist een essentieel onderdeel is van een duurzame voorziening.²⁰

8.7 HET PROBLEEM VAN SNELLE TECHNISCHE VERNIEUWING

Technische oplossingen hebben de neiging om snel te wijzigen. Waar nu gekozen wordt voor een verwarming door bronnen met een warmtepomp, kan het goed zijn dat over vijftien jaar voor een compleet andere duurzame technische voorziening wordt gekozen, bijvoorbeeld op basis van fotovoltäische thermische panelen, windturbines of waterstof. Indien de Technisch Eigenaar met betrekking tot die nieuwe voorziening ook als rechthebbende geregistreerd wil staan, moet de splitsingsakte duidelijkheid geven omtrent de gerechtigdheid daarvan. Eenzelfde probleem doet zich voor bij een bestanddeel van een gebouw dat 'een voldoende mate van zelfstandigheid' heeft, zoals bijvoorbeeld een relatief eenvoudig weg te nemen en te vervangen gevel.^{21,22} Alleen artikel 5:108 BW verplicht de Technisch Eigenaar om de inrichting in stand te houden in overeenstemming met het in de akte van splitsing bepaalde. Een substantiële wijziging in de (duurzame) technische voorziening moet dan gevolgd worden door een wijziging van de splitsingsakte, met alle consequenties van dien. Hierdoor is het nu niet logisch om de rechten en plichten van de Technisch Eigenaar te beschrijven in de splitsingsakte.

17. Art. 5:109 lid 2 BW, art. 20 Kadasterwet en art. 6 Uitvoeringsregeling Kadasterwet 1994.

18. Zie over de problematiek van netwerken: Verstappen e.a. 2016, p. 145-216, 194 en 202.

19. HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1813.

20. Vonck in: *Groene Serie Zakelijke rechten*, par. 8.4.4.

21. Van der Plank & De Jong, *WPNR* 2019/7224, p. 64-70.

22. In deze bijdrage scharen wij het (duurzame of circulaire) bestanddeel met een voldoende mate van zelfstandigheid eveneens onder de term 'duurzame technische voorziening'.

8.8 HET PROBLEEM VAN OPSTALRECHTEN OP GEMEENSCHAPPELIJKE RUITEN

Daarom wordt thans veelal een recht van opstal voor het mogen hebben en houden van de technische voorziening ten behoeve van de Technisch Eigenaar gevestigd. Dit lijkt een eenvoudige oplossing. De Technisch Eigenaar heeft een eigen zakelijk recht en kan dit met zekerheidsrechten belasten. Bovendien kan het opstalrecht zo worden ingekleed dat de voorziening door de Technisch Eigenaar kan worden aangepast. Daarbij kunnen ook de belangen van de rechthebbenden op de appartementsrechten worden meegenomen door bijvoorbeeld in de opstalakte te bepalen dat voor wijziging de toestemming van deze rechthebbenden nodig is. Na splitsing in appartementsrechten kan dit een lastige klus zijn, omdat alle appartementsgerechtigden daarover moeten meebeslissen. Vandaar dat vaak de bevoegdheid tot het verlenen van toestemming in de opstalakte wordt gedelegeerd aan het bestuur van de VvE.

De vraag dient te worden beantwoord of de technische voorziening een bestanddeel van de onroerende zaak is of slechts onroerend omdat deze bestemd is de onroerende zaak duurzaam te dienen.²³ Zo kan aan een gevel een zekere mate van zelfstandigheid dan wel individualiseerbaarheid worden toegekend en wordt bepleit dat een recht van erfpacht kan worden gevestigd op een bestanddeel van een gebouw waarbij het genot van de erfpachter beperkt blijft tot dat bestanddeel.²⁴ Tegelijkertijd bestaat discussie in de literatuur over het antwoord op de vraag of de natrekking kan worden doorbroken als het gaat om zaken die een bestanddeel vormen op grond van artikel 3:4 BW.²⁵

Bovendien lopen we tegen een paar praktische problemen aan. Zo is het niet mogelijk om, nadat een splitsing in appartementsrechten heeft plaatsgevonden, een opstalrecht te vestigen op gemeenschappelijke ruimten; een probleem dat snel moet worden opgelost en al eerder is gesignaleerd.²⁶ Daarnaast exploiteert de Technisch Eigenaar de technische voorziening mogelijk enkel voor bepaalde tijd: de exploitatieperiode. Zodra deze periode is verlopen zal de technische voorziening door een andere partij moeten worden geëxploiteerd of dient een nieuwe technische voorziening te worden aangebracht. Indien het opstalrecht voor bepaalde tijd wordt gevestigd, komt het door verloop van tijd van rechtswege te vervallen. De eigendom van de voorziening komt dan toe aan de gezamenlijke appartementseigenaren krachtens natrekking.

23. Verstappen & Vonck 2019, p. 57.

24. Van der Plank & De Jong, *WPNR* 2019/7224, p. 64-70.

25. Zie voor een uitgebreid overzicht met verwijzingen naar voor- en tegenstanders van het doorbreken van natrekking bij bestanddelen Van der Plank & De Jong, *WPNR* 2019/7224, p. 64-70, voetnoten 6 en 7.

26. Verstappen e.a. 2016, p. 351-434, p. 395.

Ook voor dit probleem is er een oplossing in de praktijk. Er wordt een opstalrecht voor onbepaalde tijd gevestigd bij een partij. Dit opstalrecht is breed van aard, wordt ruim geformuleerd en omvat huidige en toekomstige voorzieningen.²⁷ De opstaller is bevoegd onderopstalrechten te verlenen, al dan niet met toestemming van het bestuur van de Vereniging van Eigenaren (VvE) namens de grondeigenaar. Vervolgens wordt de eigendom, belast met het recht van opstal, gesplitst in appartementsrechten en ontstaat de VvE. Het opstalrecht wordt vervolgens overgedragen aan de VvE, waarna de VvE vervolgens onderopstalrechten kan uitgeven aan nieuwe exploitanten, al dan niet voor bepaalde tijd. Voor het geval de voorziening als netwerk kwalificeert, is ook de overdracht van het netwerk en de koppeling met het opstalrecht nog een uitdaging. In dat geval kan ook voor een recht van erfpacht worden gekozen.²⁸

8.9 HET PROBLEEM VAN TEGENGESTELDE BELANGEN

En toch wringt het. Er is immers sprake van één bouwwerk dat een veelheid aan functies kan omvatten. Zo bestaan bij station Utrecht de functies uit openbaarvervoersvoorzieningen, parkeerdek, warmtebronnen, openbaar park, verschillende winkellagen, woontorens, zonnepanelen aan de gebouwen en boven op het dak naast de zonnepanelen ook nog zendmasten, diverse sensoren en kasten met windturbines en warmtepompen. Waarschijnlijk is deze opsomming niet eens volledig. Dit wordt nu opgelost met (onder)opstalrechten en hoofd- en ondersplitsingen. Er is een woud aan akten dat nauwelijks te ontwarren is. Weliswaar zijn al deze akten ingeschreven in de openbare registers, maar de registratie en ontsluiting van de informatie uit dit type akten vormt soms een ware uitdaging.

Alle partijen zijn weliswaar afhankelijk van hetzelfde gebouw, zij staan echter niet in een directe contractuele relatie tot elkaar. Als een gerechtigde tot een opstalrecht voor zonnepanelen op het gebouw A (een apart ondergesplitst appartementsrecht) last heeft van de schaduw van een nieuw geplaatste zendmast op het gebouw B (eveneens een apart ondergesplitst gebouw), zullen er nog wat hordes moeten worden genomen om deze bouwer van de zendmast aan te spreken, zelfs als vooraf was overeengekomen dat dit niet mocht. Het ontbreken van een directe relatie met elkaar breekt hier op.²⁹ Mocht er later over een voorziening worden geprocedeerd, dan worden in een procedure nooit de belangen van alle bij het gebouw betrokken partijen meegewogen, maar alleen van die partijen die in de procedure zijn betrokken. Dit kan tot een kluwen met tegengestelde belangen lei-

27. Zie over de wijziging van erfpachtvoorwaarden, de inschrijfplicht en de werking jegens derden Vonck, 2013, p. 201 en verder.

28. Van Loenhoud, *WPNR* 2019/7221, p. 2-8.

29. Verstappen e.a. 2016, p. 145-216, 194 en 202. Daarin wordt tevens gesproken over het toevoegen van erfdienstbaarheden, kwalitatieve verplichtingen en kettingbedingen om dit probleem te ondervangen.

den met steeds verschillende, elkaar tegensprekende, gerechtelijke uitspraken, waarbij het risico bestaat dat er in de loop van de jaren allerlei wijzigingen zijn aangebracht in de voorzieningen die niet bij alle partijen bekend zijn. Het is immers niet kenbaar welke verschillende technische voorzieningen waar precies zijn gelegen of gesitueerd. Deze technische voorzieningen zijn namelijk niet kenbaar uit de openbare registers, nu zij daar ook niet zijn ingeschreven. Eventuele wijzigingen in de aanleg van de technische voorzieningen bij opstalakten gaan (daarmee) buiten de openbare registers om. Dit is vragen om ongelukken en vormt zowel bij procedures als bij wijziging in de voorziening een zeer kostbare en omslachtige aangelegenheid.

8.10 EÉN AKTE VOOR DE JURIDISCHE RELATIES TUSSEN ALLE PARTIJEN

Het appartementsrecht was ooit ingevoerd om de belangen van alle partijen die bij een gebouw betrokken zijn te kunnen dienen, waarbij de redelijkheid en billijkheid bij de besluiten van de organen van de VvE een belangrijke rol spelen.^{30,31} Waarom is er niet één akte waarin de rechten en plichten van alle partijen die bij het gebouw betrokken zijn kunnen worden omschreven, die dan tevens alle in een directe juridische relatie tot elkaar staan? Ze zijn immers alle van elkaar afhankelijk.³² Bovendien is er dan één juridisch stuk waaruit alle rechten en plichten van partijen blijken. Het wijzigen van allerlei verschillende onderdelen los van elkaar is dan ook niet meer mogelijk. Daarbij past het om de (technische) tekening van het gebouw inclusief alle technische voorzieningen op één plaats te bewaren zodat ook daar geen ongelukken ontstaan.

Het stellen van de vraag is deze beantwoorden. Dan rest nog de vraag hoe we dat juridisch moeten inrichten. Er kunnen grote systeemwijzigingen worden doorgevoerd en mooie juridische vergezichten gebouwd met driedimensionale oplossingen³³ of de verdienstelijking van de gebouwde omgeving, maar de evolutionaire theorie waarbij kleine wijzigingen worden doorgevoerd in reeds bestaande kaders gaat vaak veel eenvoudiger en met minder problemen gepaard. Het bestaande wordt immers niet weggegooid maar aangepast, zodat bestaande jurisprudentie, modellen en gebruiken slechts beperkt hoeven te worden aangepast. Voorkomen wordt dat de eigenaar van een gebouw de gebruiker wordt en dat een veelheid aan contracten moet worden gesloten tussen deze gebruiker, het gebouw (met al zijn

30. Art. 2:8 BW.

31. Zie Vonck, 2013, p. 172-174, over de vraag of in de verhouding eigenaar/erfpachter de redelijkheid en billijkheid een rol spelen, inclusief de uitspraak HR 26 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2879, NJ 1999/446 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag c.s./s-Gravenhage*).

32. Ofwel de producent (in ons voorstel: de gerechtigde tot het appartementsrecht dat betrekking heeft op het uitsluitend gebruik van de technische voorziening) contracteert met alle kernspelers en de gebruiker(s). In de 'samenhang' in het gebouw is met de regeling van de splitsing in appartementsrechten meteen voorzien. Zie Westrik, *WPNR* 2022/7354, p. 21-28, p. 22.

33. Mes, *WPNR* 2014/7043 p. 1189-1199.

onderdelen) en de opvolgende gebruikers, zoals (ook) wordt beoogd te voorkomen met een wettelijke regeling voor de verdienstelijking van bouwwerken.³⁴

8.11 EEN KLEINE AANPASSING IN HET APPARTEMENTSRECHT

In dat kader pleiten wij voor een kleine aanpassing in de wettelijke regeling van het appartementsrecht. We stellen voor dat ook een specifieke voorziening een appartementsrecht kan zijn. Eerder verwezen we immers naar het toekennen van een zekere mate van zelfstandigheid dan wel individualiseerbaarheid aan een gevel en het kunnen vestigen van een recht van erfpacht op een bestanddeel van een gebouw.³⁵ Een recht van erfpacht kan in een splitsing in appartementsrechten worden betrokken. Indien dit wordt aangenomen lijkt het ons nog eenvoudiger om de technische voorziening als een zelfstandig appartementsrecht vorm te geven in plaats van het voorafgaand aan de splitsing vestigen van een recht van erfpacht ten behoeve van deze voorziening. Om dit mogelijk te maken worden in artikel 5:106 lid 4 enkele woorden (hierna vetgedrukt weergegeven) ingevoegd, waardoor het artikel zou kunnen komen te luiden als volgt:

‘Onder appartementsrecht wordt verstaan een aandeel in de goederen die in de splitsing zijn betrokken, dat de bevoegdheid omvat tot het gebruik van bepaalde gedeelten **of duurzame voorzieningen** van het gebouw, die blijkens hun inrichting bestemd zijn of worden om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt.’

Ook overige wetsartikelen waarin gesproken wordt over gedeelten worden de woorden ‘of duurzamevoorzieningen’ toegevoegd.

Die voorziening moet dan wel, net als de appartementsrechten die recht geven op een afzonderlijk gedeelte, op een duidelijke wijze raadpleegbaar worden gemaakt na inschrijving in de openbare registers, gehouden door het Kadaster.³⁶ Vastlegging bij notariële akte en inschrijving in de openbare registers zorgen immers voor de vereiste kenbaarheid voor derden. Ten behoeve van de duidelijkheid naar derden dient de inschrijving van de notariële akte gepaard te gaan met de vooraf door de bewaarder goedgekeurde splitsingstekening.³⁷

Gezien de toenemende complexiteit van de gebouwde omgeving en het feit dat deze tekening een tweedimensionale, schetsmatige weergave betreft van het gebouwde of te bouwen object van splitsing, is gesteld dat nader onderzoek naar de inschrijving van een driedimensionale weergave noodzakelijk is.³⁸ Ten tijde van

34. Zie bijv. Van Gulijk, 2019; Van Gulijk, *NJB* 2019/42; Terryn e.a. 2019, p. 69-98; Van Gulijk, *WPNR* 2021/7326, p. 409-415.

35. Van der Plank & De Jong, *WPNR* 2019/7224, p. 64-70.

36. Daarvoor moet de Kadasterwet en overige wetgeving nog worden aangepast.

37. Art. 5:109 lid 2 BW.

38. Mes, *WPNR* 2012/6951, p. 812-818.

het schrijven van deze bijdrage wordt een haalbaarheidsonderzoek³⁹ uitgevoerd door de (in oprichting zijnde) Stichting BIM Legal en het Kadaster.

Onderzocht wordt de haalbaarheid van de inschrijving en informatieverstrekking van een driedimensionale weergave van één of meerdere in appartementsrechten gesplitste objecten.⁴⁰ Deze weergave dient als middel om (rechten met betrekking tot) voorzieningen (beter) zichtbaar te maken en daarmee derden over de verschillende rechten met betrekking tot het gebouw⁴¹ te kunnen informeren. Een Bouw Informatie Model (BIM-model) is een digitale weergave van de functionele en/of fysieke eigenschappen van een bouwwerk, gebouw, infrastructuur of onderdelen daarvan in al zijn verschijningsvormen.⁴² Een BIM-model kan een veelheid aan gegevens en productspecificaties van het bouwwerk bevatten, bijvoorbeeld ten aanzien van de kosten van onderhoud en de levensduur van onderdelen van het gebouw.⁴³ Daarmee kan het ontwerp- en bouwproces (verder) worden gedigitaliseerd en kan de uitwisseling en samenwerking tussen partijen worden verbeterd. Aan een BIM-model kan (dus) ook informatie worden toegevoegd met betrekking tot de juridische rechten en plichten bij elk van de betreffende onderdelen van het gebouw, de (samenhang tussen de) bestanddelen van het gebouw en de omgeving van het bouwwerk. Vanwege de toevoeging van juridische informatie wordt de term BIMLegal gebruikt.

Uit het lopende onderzoek blijkt reeds ten tijde van het schrijven van deze bijdrage dat bij de totstandkoming van het ontwerp van een dergelijke driedimensionale weergave van het object de notaris en de bewaarder al in vroeg stadium betrokken dienen te worden. Zo zal de notaris reeds bij het voorlopig ontwerp van de te realiseren splitsing de juridische voetangels en klemmen dienen te onderkennen en deze tekstueel dienen te beschrijven in zowel de akte van splitsing als in de tekst die onderdeel uitmaakt van de driedimensionale weergave. Aldus ontstaat een BIMLegal-bestand.

Dit bestand zal na afronding van een succesvol onderzoek waarschijnlijk (in eerste instantie) naast de splitsingsakte en de bijbehorende splitsingstekening mede worden ingeschreven in de openbare registers. Voorafgaand aan die inschrijving moeten de tekening en het additionele bestand in depot worden gegeven. Het bestand heeft te gelden als een extra document met een uitsluitend informatief karakter. Aan de inhoud van het bestand kunnen dan ook geen rechten worden ontleend; de

39. Zie 'Online 3d visualisatie van juridische informatie', Kadaster, 19 januari 2022, [kadaster.nl](https://www.kadaster.nl).

40. Het object van splitsing kan bestaan uit een veelvoud van objecten, onderliggende percelen en betrokken zakelijke rechten.

41. Het haalbaarheidsonderzoek richt zich, gezien de thans beperkte mogelijkheden van een duidelijke representatie van het gesplitste object en de betrokken rechten, (voornamelijk) op de splitsing in appartementsrechten. Niettemin kan BIMLegal in potentie ook ingezet worden voor een visuele representatie of verduidelijking van de rechten met betrekking tot en verbonden aan grondgebonden woningen in een nieuwbouwproject.

42. Bruggeman 2020, hoofdstuk 2; Adriaanse e.a. 2020 hoofdstuk 2.

43. Bruggeman 2020, p. 15.

splitsingstekening is in deze fase leidend. Inschrijving van zo'n BIMLegal-bestand zal eerst mogelijk zijn na enkele in omvang relatief beperkte wijzigingen in wettelijke regelingen.⁴⁴

De bewaarder beoordeelt de (thans gewone) splitsingstekening en de driedimensionale weergave van het te splitsen object op een aantal voorgeschreven kenmerken en zal, ten behoeve van een ophanden zijnde inschrijving van een splitsingsakte, beide bestanden na goedkeuring vervolgens in depot nemen. Beide juristen, notaris en bewaarder, verworden daarmee steeds meer tot 'juritect' zoals reeds eerder onderkend.⁴⁵

Op termijn, in fase 2 van het haalbaarheidsonderzoek, is het niet ondenkbaar dat de thans gebruikelijke splitsingstekening – na wijziging van de wet – kan worden vervangen door een driedimensionale weergave van het object van splitsing. De tekst van de akte en/of een uitleg in minder juridische bewoordingen kan onderdeel uitmaken van het BIMLegal-bestand.

In een verdergaande visie zou, in fase 3, zelfs kunnen worden overwogen om te bezien in welke mate de akte van splitsing kan worden vormgegeven in de hiervoor bedoelde driedimensionale weergave van het te splitsen object. De akte van splitsing zou komen te vervallen en maakt in dat vergezicht onderdeel uit van het BIMLegal-bestand waarin zowel visueel als woordelijk de inhoud van de splitsing in appartementen wordt weergegeven. Ook met de gevolgen van dit vergezicht zou rekening kunnen worden gehouden bij de totstandkoming van een digitale notariële akte, waarbij in het kader van het vennootschapsrecht ten tijde van het schrijven van deze bijdrage een wetsvoorstel aanhangig is.⁴⁶ Voorlopig richt het onderzoek zich echter op de (on)mogelijkheden om de juridische rechten en plichten met betrekking tot de (betreffende onderdelen van) het gebouw en zijn omgeving toe te voegen aan de driedimensionale (technische) weergave van het BIMLegal-model.

Onderdeel van het vervolgonderzoek is de wijze waarop een dergelijk BIMLegal-bestand kan worden ondertekend, ingeschreven en gepubliceerd in (of bij) de openbare registers. De openbare registers geven de juridische status van een object met betrekking tot de daarop gevestigde zakelijke rechten weer. De openbare registers bevatten geen actualisatie anders dan via een brondocument. Een brondocument mag mede om die reden dan ook geen data-connectie bevatten met een ander document of object. De basisregistratie kadaster wordt bijgewerkt conform

44. Naast art. 5:109 lid 2 BW en art. 6 Uitvoeringsregeling Kadasterwet 1994 valt te denken aan de Wet op het Notarisambt, waar aansluiting kan worden gevonden bij de wijziging van Boek 2 BW en de Wet op het Notarisambt met betrekking tot het gebruik van digitale instrumenten en processen in het kader van het vennootschapsrecht (*Kamerstukken II 2021/22*, 36085 nr. 2).

In verband met de verdergaande digitalisering en het voornemen om een digitale notariële akte tot stand te brengen, lijkt het raadzaam de (ontwikkeling in verband met de verdergaande) visualisatie van complexe situaties hiervan onderdeel te laten zijn.

45. Ploeger, *WPNR* 2009/6781.

46. *Kamerstukken II 2021/22*, 36085, nr. 2.

het brondocument en niet conform wijzigingen die mogelijk nadien zijn aangebracht of ontstaan met betrekking tot het in de akte vermelde object. Nu een digital twin een data-connectie kan vormen met zijn fysieke evenknie⁴⁷ is gekozen voor het gebruik van een BIMLegal-model in plaats van een digital twin.

8.12 AFHANKELIJKHEID GEBOUW EN VOORZIENING

In veel gevallen zijn de Technisch Eigenaar en de gebruikers van een gebouw van elkaar afhankelijk. Een niet werkende WKO-voorziening of een WKO-voorziening waarvan de gebruikers geen warmte of koude kunnen afnemen, levert voor de gebruikers van het gebouw serieuze problemen op. De WKO-voorziening levert dan geen inkomsten op maar heeft wel veel geld gekost.⁴⁸ Met het toekennen van een appartementsrecht aan een specifieke voorziening worden alle problemen en vragen in één klap opgelost. Alle gerechtigden, zowel tot ruimten als tot voorzieningen, moeten zich redelijk en billijk naar elkaar gedragen en er is één document dat alle partijen bindt. De voorgestelde wettelijke aanpassing zet contractenrechtelijk én wettelijk alle partijen aan dezelfde tafel.

De procedure voor aanpassing van de voorziening kan in de splitsingsakte beschreven worden. Een aanpassing in de voorziening moet vervolgens in de openbare registers worden ingeschreven. Om aanpassingen in de technische voorziening eenvoudig mogelijk te maken en tevens een regeling te hebben die ook in wijziging voorziet indien dit niet in het reglement is voorzien, stellen wij voor artikel 5:119 BW aan te passen. Artikel 5:119 lid 1 BW (inclusief de voorgestelde wijzigingen vetgedrukt weergegeven) zou dan als volgt kunnen luiden:

'Een appartementseigenaar mag zonder toestemming van de overige appartementseigenaars in een gedeelte dat of ten behoeve van een duurzame voorziening die bestemd is om als afzonderlijke geheel door hem te worden gebruikt, veranderingen aanbrengen, mits deze geen nadeel aan een ander gedeelte of een andere duurzame voorziening toebrengen. Voor het geval wel nadeel wordt toegebracht aan een gedeelte of andere duurzame voorziening mag dit slechts met schriftelijke toestemming van de rechthebbenden op dit gedeelte of deze duurzame voorziening.'

Daarmee is ook als het reglement hierin niet voorziet een wettelijke regeling voorhanden.

Het huidige appartementsrecht kent al de mogelijkheid om bij niet-nakoming van de verplichtingen het gebruiksrecht te beëindigen. Deze regel kan prima worden toegepast indien een exploitant van een technische voorziening zijn verplichtingen jegens de overige appartementseigenaren niet nakomt. Er kan dan een opzegging

47. Bruggeman & Hoogendoorn, *TBR* 2021/42.

48. Van Drunen, Bachasingh & Hoving, *WPNR* 2022/7373, p. 436-441.

van het gebruik plaatsvinden en een nieuwe partij worden aangewezen. Het verdient wel aanbeveling daarvoor enkele specifieke bepalingen op te nemen in de wet. De financiering van de duurzame technische voorziening kan plaatsvinden door een hypotheekrecht te vestigen op het appartementsrecht. De huidige *numerus clausus* kan worden gehandhaafd; een *Reallast*, waarbij het recht bij vervreemding in principe op de bezwaarde onroerende zaak blijft rusten, in verbinding met de gebouwgebonden financiering⁴⁹ is dan ook niet noodzakelijk en voorkomt potentiële onduidelijkheden in geval van zuivering en executie.

8.13 CONCLUSIE

Met een wijziging dat een appartementsrecht ook recht kan geven op een duurzame technische voorziening, waarbij onder zo'n voorziening een technische installatie en/of een zelfstandig identificeerbaar of individualiseerbaar duurzaam bestanddeel dient te worden verstaan, brengen we een geheel nieuwe dimensie aan in de wettelijke regeling van het appartementsrecht.

De gefaseerde implementatie van een driedimensionale weergave van het gebouwde of te bouwen object van splitsing resulteert in het eenvoudig inzichtelijk maken van technische voorzieningen voor alle contractspartijen en derden / raadgevers van de openbare registers. Daardoor blijven bestaande modellen en regelingen (zo veel mogelijk) intact maar kunnen we toch weer dertig jaar vooruit.

De notaris en de bewaarder kunnen in samenwerking en ieder op hun eigen vakgebied als juristen op een goede wijze de belangen, rechten en plichten van de belanghebbenden vastleggen in evenwichtige regelingen en deze vervolgens registreren en naar derden op een eenduidige wijze kenbaar maken.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Adriaanse 2020

A.M. Adriaanse, E.M. Bruggeman & J.T. Voordijk, *Digitale transformatie van het bouwproces en haar juridische en organisatorische aspecten*, Den Haag: IBR 2020.

Akkermans 2008

B. Akkermans, *The principle of numerus clausus in European property law* (oratie Maastricht), Maastricht: Maastricht University 2008.

Bruggeman 2020

E.M. Bruggeman, *Handboek juridische aspecten van werken met BIM*, Den Haag: IBR 2020.

Bruggeman & Hoogendoorn TBR 2021/42

E.M. Bruggeman & J.R. Hoogendoorn, 'Een eerste inventarisatie van juridische aandachtspunten bij het gebruik van digital twins: Twinning is winning', TBR 2021/142.

49. Staal, *WPNR* 2021/733, p. 501-510.

De Vey Mestdagh, *WPNR* 2014/7029

C.N.J. de Vey Mestdagh, 'Vertrouwen in de toekomst: notariële betrouwbaarheidsdiensten in de informatiesamenleving', *WPNR* 2014/7029.

Hoops, Wever en Wilod Versprille, *WPNR* 2022/7383

B. Hoops, M. Wever en A.H.G. Wilod Versprille, 'Circulaire afvalnetwerken en het goederrecht', *WPNR* 2022/7383, p. 605-614.

Hoops, *NTBR* 2020/41

B. Hoops, 'Een rechtseconomisch perspectief op natrekking in de energietransitie en de transitie naar de circulaire economie', *NTBR* 2020/41, p. 298-311.

Mes, *WPNR* 2012/6951

A.J. Mes, 'Juridische aspecten van de invoering van een driedimensionaal kadaster in Nederland', *WPNR* 2012/6951.

Mes, *WPNR* 2014/7043

A.J. Mes, 'Driedimensionaal eigendom', *WPNR* 2014/7043 p. 1189-1199.

Ploeger, *WPNR* 2009/6781

H.D. Ploeger, 'Modern vastgoed: De vastgoedjurist in de eenentwintigste eeuw', *WPNR* 2009/6781.

Van Drunen, Bachasingh & Hoving, *WPNR* 2022/7373

M.M.G.B. van Drunen, S.D.K. Bachasingh & I.C.J. Hoving, 'Verduurzaming van gebouwen met een WKO of WKK', *WPNR* 2022/7373, p. 436 e.v.

Van Gulijk 2019

S. van Gulijk, *Circulair en veilig bouwen. Verantwoordelijkheid is geen estafettestokje* (oratie Tilburg), Tilburg: PrismaPrint 2019.

Van Gulijk, *NJB* 2019/42

S. van Gulijk, 'Op weg naar een veilige en circulaire bouwpraktijk', *NJB* 2019/42, p. 3161-3168.

Van Gulijk, *WPNR* 2021/7326

S. van Gulijk, 'De juridische kwalificatie van verdienstelijking in de gebouwde omgeving', *WPNR* 2021/7326, p. 409-415.

Van Loenhoud, *WPNR* 2019/7221

M.E.A. van Loenhoud, 'Eigendomssituatie WKO-systeem na einde tijdelijk opstalrecht', *WPNR* 2019/7221, p. 2-8.

Mes, *WPNR* 2014/7043

A.J. Mes, 'Driedimensionaal eigendom', *WPNR* 2014/8043, p. 1189-1199.

Mes, *WPNR* 2012/6951

A.J. Mes, 'Juridische aspecten van de invoering van een driedimensionaal kadaster in Nederland', *WPNR* 2012/6951, p. 812-818.

Van der Plank & De Jong, *WPNR* 2019/7224

P.L. van der Plank & D. de Jong, 'Instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht in het kader van circulair bouwen', *WPNR* 2019/7224, p. 64-70.

Staal *WPNR* 2021/733

J. Staal, 'Gebouwgebonden financiering door invoering van een beperkt zakelijk recht in het BW vergelijkbaar met de Duitse Reallast', *WPNR* 2021/733, p. 501-510.

Struycken 2007

T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

Terryn 2019

E. Terryn (red.), *Preadviezen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom juridisch 2019.

Verstappen 2016

L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 BW van de toekomst. Over vernieuwingen in het Zakenrecht* (KNB Preadviezen 2016), Den Haag: Sdu 2016.

Verstappen & Vonck 2019

L.C.A. Verstappen & F.J. Vonck (red.), *Duurzaam Wonen* (KNB Preadviezen 2019), Den Haag: Sdu 2019.

Vonck 2013

F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 201.

Vonck, in: *Groene Serie Zakelijke rechten* 2022

F.J. Vonck, '8.4.4 WKO-systemen', in: F.J. Vonck (red.) *Groene Serie Zakelijke rechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2022 (online in Kluwer Navigator).

Westrik *WPNR* 2022/7354

R. Westrik, 'Circulariteit en privaatrecht. Een nieuw eigendomsconcept, of een Circulariteitswet?', *WPNR* 2022/7354, p. 21-28.

Vereist dit wijziging van het Nederlandse eigendomsbegrip?

Pernille van der Plank

9.1

INLEIDING

Het eigendomsrecht is een van de grondbegrippen van het hedendaagse recht. Zo dient het als grondslag voor de juridische systematiek van het goederenrechtelijke stelsel en is het recht van essentiële betekenis voor onze samenleving: eigendom en overeenkomsten zijn immers de basis waarop ons ruilverkeer is gestoeld en waarop de huidige samenleving is gebouwd. Om die reden wordt het eigendomsbegrip ook wel omschreven als de hoeksteen van ons Westerse vrijheidsbegrip.¹ De laatste jaren wordt in de literatuur echter steeds vaker gesuggereerd dat (met name) de transitie naar een circulaire economie (waaronder deelgebruik) een andere kijk op eigendom vereist. De vraag die in deze bijdrage centraal staat is of maatschappelijke veranderingen nopen tot een wijziging van het bestaande eigendomsbegrip. Ter beantwoording van deze vraag ga ik allereerst in op de functie en herkomst van het huidige eigendomsbegrip (par. 9.2), waarbij ook de regels omtrent het bepalen van de grenzen van het eigendomsrecht en de ratio daarvan (kort) besproken worden (par. 9.3). Vervolgens ga ik in op de vraag waarom de transitie naar een circulaire economie en/of deelgebruik een gewijzigde kijk op eigendom zou vereisen (par. 9.4), waarbij de verschillende verdienmodellen in een circulaire economie aan bod komen (par. 9.5), en ga ik nader in op circulair bouwen (par. 9.6). Afgesloten wordt met de vraag in hoeverre leasen circulair, c.q. duurzaam is (par. 9.7) en een conclusie (par. 9.8).

9.2

HET EIGENDOMSBEGRIP IN OUD EN HUIDIG BW

‘Eigendom is het meest volledige recht dat een persoon op een zaak kan hebben’, zo luidde het Ontwerpartikel Meijers voor het eerste wetsartikel in Boek 5, met de titel ‘Zakelijke rechten’. Het onderging vervolgens een kleine wijziging en luidt nu:

1. Zie Van den Bergh 1988, p. 2.

‘Eigendom is het meest *omvattende* recht dat een persoon op een zaak kan hebben’ (cursivering, PP).

In de parlementaire behandeling van het huidige artikel 5:1 BW werd kritiek geuit op de formulering van het wetsartikel, omdat het niet een definitie van eigendom zou zijn, maar meer ‘een verklaring zonder wezenlijke inhoud’ is. Uit het Voorlopig Verslag blijkt dat men vond dat in een leerboek zo’n definitie verschaft diende te worden, maar dat in een wetboek definities tot een minimum beperkt dienden te worden.²

Dit werd echter gepareerd met de opmerking dat het artikel twee belangrijke kenmerken van het eigendomsrecht duidelijk doet uitkomen: het artikel laat zien dat eigendom enkel betrekking kan hebben op een zaak (een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object, art. 3:2 BW), en tevens dat het eigendomsrecht het meest omvattende recht is dat een persoon op een zaak kan hebben, waaruit blijkt dat beperkte rechten rechten zijn die uit dit meeromvattende recht zijn afgeleid (art. 3:8 BW).³ Eigendom kan derhalve wel als moederrecht van andere beperkte rechten fungeren, maar andere beperkte rechten niet als moederrecht van eigendom.⁴

Met de invoering van het huidige BW werd een belangrijke wijziging tot stand gebracht in de definitie van een zaak, in die zin dat onder oud BW onder zaken verstaan werd ‘alle goederen en regten, welke het voorwerp van eigendom kunnen zijn’.⁵ Zaken konden zowel lichamelijk als onlichamelijk zijn⁶ en de rechten op onroerende zaken werden eveneens als onroerende zaken aangemerkt⁷ en konden derhalve voorwerp van eigendom zijn.⁸

Door het begrip zaak te beperken tot voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten werd derhalve onder het huidige BW gebroken met de mogelijkheid eigenaar te zijn van een beperkt zakelijk recht; naar huidig recht is men daarvan geen eigenaar, maar rechthebbende. Hoewel het object van het eigendomsrecht hiermee gewijzigd werd, behoefde dit geen grote wijziging in de omschrijving ervan.⁹

2. V.V. II, PG Boek 5, p. 24.

3. M.v.A. II, PG Boek 5, p. 26.

4. Daar waar gesproken wordt van eigendom in deze bijdrage, wordt bedoeld de juridische eigendom. Het BW kent geen beschrijving van de figuur van de economische eigendom, die voortkomt uit het belastingrecht, alwaar ze goede diensten heeft bewezen. Maar bij gebrek aan de privaatrechtelijke functie van het begrip, zal dit in deze bijdrage buiten beschouwing blijven.

5. Art. 555 OBW.

6. Hetgeen expliciet naar voren kwam in art. 559 OBW.

7. Zie art. 564 OBW.

8. Voor een beschrijving van de geschiedenis van het eigendomsbegrip, zie: Van den Bergh, p. 6-10.

9. Onder OBW werd het eigendomsrecht omschreven als: ‘Eigendom is het regt om van eene zaak het vrij genot te hebben en daarover op volstrekke wijze te beschikken, mits men er geen gebruik van make, strijdende tegen de wetten of de openbare verordeningen, daargesteld door zoodanige magt, die daartoe, volgens de Grondwet, de bevoegdheid geeft, en mits men aan de regten van anderen geen hinder toebrengt; alles behoudens de onteigening ten gemeenen nutte tegen behoorlijke schadeloosstelling.’

De beperking aan de bevoegdheden van de eigenaar werden in het huidige BW opgenomen in het tweede lid van artikel 5:1 BW, maar behelsden eveneens geen grote inhoudelijke wijziging, behoudens de codificatie van de beperking die regels van ongeschreven (privaat)recht kunnen hebben op het eigendomsrecht.¹⁰

9.3 HET BEPALEN VAN DE GRENZEN VAN HET EIGENDOMSRECHT

Eigendom ziet derhalve enkel op zaken en omvat al hetgeen dat tot deze zaak behoort. Ter bepaling van de grenzen van het eigendomsrecht op een zaak bevat het BW daarom regels omtrent natrekking. Vanwege het belang van deze natrekkingsbepalingen voor het onderwerp van deze bijdrage, worden deze (kort) uiteengezet.

Artikel 5:3 BW geeft als hoofdregel dat, voor zover de wet niet anders bepaalt, de eigenaar van een zaak eigenaar is van al haar bestanddelen. Dit beginsel wordt aangeduid met het 'eenheidsbeginsel'. In het verlengde hiervan bevat artikel 5:14 BW regels omtrent de eigendomsbepaling van roerende zaken. In lid 1 is bepaald dat de eigenaar van een hoofdzaak ook eigenaar is van haar bestanddelen.¹¹ Artikel 3:4 BW geeft vervolgens invulling aan de vraag wanneer een zaak bestanddeel is van een andere zaak. Artikel 5:20 BW bevat een regeling over wat behoort tot de eigendom van de grond, waarin bepaald wordt dat zaken die onroerend zijn op grond van artikel 3:3 lid 1 BW in beginsel behoren tot de eigendom van de grond. Regels omtrent natrekking vond men reeds in het Romeinse recht. De wetsbepaling in het huidige artikel 5:20 lid 1 BW, belichaamt de Romeinsrechtelijke regel 'superficies solo cedit'.

In mijn proefschrift heb ik uiteengezet dat, hoewel in de Parlementaire Geschiedenis meerdere redenen genoemd worden ter verklaring van de regels omtrent natrekking, de ratio van bescherming van de rechtszekerheid naar mijn mening prevaleert.¹² Een te vergaande mate van versnippering van het eigendomsrecht leidt tot een niet aanvaardbare mate van rechtsonzekerheid.¹³ Of zoals Ploeger het verwoordt: 'Een goede loop van het maatschappelijk verkeer wordt gediend door duidelijke, kenbare zakenrechtelijke verhoudingen.'¹⁴ Het ontbreken van het eenheidsbeginsel zou ertoe leiden dat men zakenrechtelijke aanspraken kan hebben ten aanzien van onzelfstandige zaaksdelen. Wanneer iemand een boekenkist overgedragen krijgt, is het de vraag waarvan men precies eigenaar is geworden. Het

10. Zoals door de Hoge Raad (voor het eerst) bepaald werd in het arrest *Lindenbaum/Cohen*, HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919/418.

11. Lid 2 bepaalt dat indien er geen hoofdzaak is aan te wijzen en twee zaken een nieuwe zaak vormen, sprake is van mede-eigendom, ieder voor een aandeel evenredig aan de waarde van de zaak.

12. Voor een uitgebreide bespreking van deze materie verwijs ik naar hoofdstuk 4 van mijn proefschrift, Van der Plank 2016.

13. Zie ook: *Asser/Beekhuis 3-I* 1975, nr. 47.

14. Ploeger 1997, p. 34.

kan immers best zo zijn dat de eigendom niet het deksel of de schroeven omvat, omdat deze in eigendom aan iemand anders toebehoren. De rechtsonzekerheid die dit tot gevolg zou hebben, zou een in mijn ogen onwerkbaar systeem tot gevolg hebben. De onwenselijkheid van het alternatief rechtvaardigt naar mijn mening het gegeven dat naar huidig recht natrekking leidt tot eigendomsverlies.¹⁵ Dat eigendomsverlies wordt met name als onrechtvaardig gevoeld indien de nagetrokken zaak voorheen in eigendom aan een ander dan de eigenaar van de hoofdzaak toebehoorde.¹⁶

Rechtszekerheid als reden voor regels omtrent natrekking verklaart mijns inziens ook waarom alleen ten aanzien van onroerende zaken uitzonderingen op het eenheidsbeginsel mogelijk zijn. Door middel van het vestigen van een opstalrecht is het mogelijk een voormalig onzelfstandig zaaksdeel te verzelfstandigen en eigenaar te worden hiervan. Door de inschrijving van de vestigingsakte in de openbare registers is deze eigendomssplitsing echter voor eenieder inzichtelijk, wat een waarborg vormt voor rechtszekerheid.

In de literatuur klinkt echter steeds vaker een roep om de natrekkingsregels voor wat betreft onroerende zaken in belangrijke mate in te perken, of in sommige situaties zelfs (gedeeltelijk) af te schaffen,¹⁷ teneinde een circulaire economie te bewerkstelligen en/of te bevorderen.

9.4 EEN CIRCULAIRE ECONOMIE: VAN EIGENDOM NAAR DEELGEBRUIK?

De transitie (van een huidige veelal lineaire economie) naar een circulaire economie is zowel nationaal¹⁸ als internationaal¹⁹ een belangrijke doelstelling. Om die reden is in Nederland een rijksbreed programma Circulaire Economie opgezet, met als doel een volledig circulaire economie in 2050.²⁰ De belangrijkste reden om een

15. Zie over de ratio van het eenheidsbeginsel voorts: Kisch 1932, p. 294, Suijling 1940, p. 62, Ploeger 1997, p. 32, Heyman 1974, Hijma 1991, Mattei 2000, Hoops 2020, Verheul 2015, Bouly 2015, p. 28-34, Verheul & Verstijlen 2016, Van Vliet, 2017, p. 24-29, Mes 2020, Van der Linden 2020 en Lemmen 2021.

16. Dit is voor Heyman een reden om ervoor te pleiten dat bij twijfel geen natrekking moet worden aangenomen, zie Heyman 2000, p. 96. Van der Linden noemt natrekking in navolging van Heyman 'een noodzakelijk kwaad', zie Van der Linden 2020.

17. Zie aanbevelingen Koolhoven 2018a.

18. Zo is het als doelstelling opgenomen in het regeerakkoord: *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst*. Coalitieakkoord 2021-2025. VVD, D66, CDA en ChristenUnie 2021, p. 9-10, 15-16 & 32.

19. Het Europese beleid rondom de circulaire economie is voornamelijk vastgelegd in twee actieplannen: het EU-actieplan maak de cirkel rond (2015) en het EU Actieplan voor een schoner en concurrerende Europa (2020). Er zijn tevens verschillende richtlijnen die een circulaire economie ondersteunen.

20. Het kabinet heeft zich ten doel gesteld om in 2030 een halvering van het gebruik van grondstoffen te bereiken en in 2050 een volledig circulaire economie te hebben, zie het rapport 'Uitvoeringsprogramma Circulaire Economie 2021-2023'. Te raadplegen via Uitvoeringsprogramma Circulaire Economie | Rapport | Rijksoverheid.nl (www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/circulaire-economie/documenten/rapporten/2021/10/18/uitvoeringsprogramma-circulaire-economie, geraadpleegd eind augustus 2022).

circulaire economie te stimuleren is de noodzaak om beschikbare grondstoffen zo efficiënt mogelijk te gebruiken. De voorraad fossiele en andere grondstoffen is immers eindig, terwijl de grondstoffenbehoefte door een groeiende wereldbevolking, stijgende welvaart en snelle technologische ontwikkeling alleen maar toeneemt. Bovendien veroorzaakt grondstoffenverbruik natuuraantasting, als gevolg van uitstoot van broeikasgasen en energiegebruik. Een circulaire economie is dan ook gericht op het optimaal inzetten en gebruiken van grondstoffen, materialen en producten. Dit uitgangspunt komt terug in iedere fase van de economische kringloop: van de winning en productie, naar consumptie en (her)gebruik, tot aan het terugwinnen van grondstoffen uit afvalstoffen.²¹

Een circulaire economie kenmerkt zich derhalve door meer hergebruik en minder afval. In dit kader is deelgebruik een belangrijk speerpunt in een circulaire economie. Dit wordt vaak onderbouwd met de stelling dat deelgebruik ertoe leidt dat er minder geproduceerd wordt. Voor bepaalde producten geldt dat zeker: indien iemand gebruik maakt van een ov-fiets, bestaat er geen noodzaak in de betreffende stad een eigen fiets te hebben. En waarom zou je een auto willen bezitten, als op iedere straathoek een deelauto beschikbaar is? Om die reden wordt voor de transitie naar een circulaire economie vaak de slogan 'van eigendom naar deelgebruik' gebezigd. Maar dit geldt mijns inziens zeker niet voor alle ontplooidde initiatieven onder het label 'circulair'. Ik zal dit toelichten.

9.5 VERDIENMODELLEN IN EEN CIRCULAIRE ECONOMIE

Om een circulaire economie te verwezenlijken, is het noodzakelijk dat bedrijven in een circulaire economie rendabel kunnen ondernemen.²² Daartoe worden geschikte business- en verdienmodellen ontwikkeld. Een daarvan is het product-as-a-servicemodel (ook wel: 'het product-als-dienstmodel' genoemd), waarbij een product (tegen betaling) ter beschikking wordt gesteld aan de gebruiker, maar de

21. Backes, Tieman & Teesing 2017, p. 9.

22. *Werken aan een circulaire economie; geen tijd te verliezen* (SER-advies juni 2016), SER: Den Haag 2016, p. 83.

eigendom ervan blijft bij degene die het product ter beschikking stelt.²³²⁴ Waarom eigenaar worden, als je het product ook kunt huren/leasen? Product-as-a-service-modellen worden steeds populairder. De voorbeelden zijn legio: men kan tegenwoordig niet alleen auto's of fietsen leasen, maar ook het leasen van computers, matrassen, meubels, bedrijfsmiddelen of geheel nieuw interieur behoort tot de mogelijkheden.

Alle genoemde voorbeelden zijn echter (over het algemeen) roerende zaken. Dat is omdat ons BW voor het verzelfstandigen van gebouwonderdelen een belangrijke beperking kent.

9.6 CIRCULAIR BOUWEN

In de transitie naar een circulaire economie speelt de vastgoedsector ook een (zeer) belangrijke rol.²⁵ Vanwege het grote aandeel van bouw- en sloopectiviteiten in grondstoffen-, energie- en waterverbruik, CO₂-uitstoot en afval, is de bouw een van de vijf sectoren die door de overheid is geprioriteerd voor verduurzaming.²⁶ In het licht van deelgebruik worden om die reden steeds meer initiatieven ontplooid om onderdelen van een gebouw te kunnen leasen. Het idee hierachter is dat een gebouweigenaar voor een kwalitatief beter en veelal duurzamer onderdeel zal kiezen, indien hij het onderdeel niet in eigendom hoeft te verkrijgen, maar hiervoor een abonnement (lees: leaseovereenkomst) (af)sluit. Dit zou tevens als voordeel hebben dat bij de ontmanteling van het gebouw het onderdeel teruggaat naar de producent of leverancier die het onderdeel vervolgens kan hergebruiken. Circulaire gevels zijn wellicht het bekendste voorbeeld van circulaire initiatieven ten aanzien van gebouwonderdelen, maar ook voor liften, vloerbedekking, verlichting en keukens vindt men steeds vaker leaseconcepten.

Regels omtrent natrekking en de beperkte, wettelijke mogelijkheden tot doorbreking van natrekking staan voor verschillende initiatieven in de bouwwereld in de

-
23. Dit verdienmodel kan op verschillende manieren worden uitgewerkt: Door pay-per-use (de gebruiker betaalt alleen voor gebruik van een product wanneer het daadwerkelijk gebruikt wordt). Door (operational) lease: een leasemaatschappij koopt het product van de onderneming en verhuurt het product aan de consument/gebruiker, met een optie tot koop van het product aan het einde van de leasetermijn. Door verhuur: de consument huurt het product van de onderneming en betaalt voor beschikbaarheid van het product. Of door koop-terugkoop: de onderneming verkoopt het product aan de consument, die ook eigenaar wordt van het product. De producent garandeert daarbij terugkoop van het product (onder bepaalde voorwaarden over bijvoorbeeld de levensduur en restwaarde van het product). De consument krijgt als het ware een vergoeding voor het terugleveren van het product. Zie ook: *Circulaire verdienmodellen. Praktische handvatten voor ondernemers* (Whitepaper KPMG, Copper8 & Kennedy van der Laan), 2019, p. 12.
 24. Wibier gebruikt hiervoor, in navolging van Tjong Tjin Tai, de term 'servitization' (Nederlands: 'verdienstelijking'), zijnde volgens Tjong Tjin Tai 'een ontwikkeling in het bedrijfsleven waarbij de levering van goederen ("producten") wordt aangevuld met of zelfs geheel vervangen door dienstverlening'. Zie Tjong Tjin Tai 2021, p. 402 en Wibier 2021.
 25. Chao-Duivis 2017a, p. 917.
 26. Van Gulijk, p. 19.

weg aan het product-as-a-servicemodel. Kort samengevat ligt het probleem hierin dat op grond van de rechtspraak een (zeer) ruime uitleg gegeven wordt aan de bestaande natrekkingsregels voor onroerende zaken. Hierdoor vindt natrekking relatief snel plaats. De mogelijkheden om onderdelen van een gebouw juridisch te verzelfstandigen middels een opstalrecht zijn echter beperkt. Het opstalrecht kent namelijk een belangrijke beperking: alleen voor onderdelen die een zekere mate van zelfstandigheid of individualiseerbaarheid kennen, kan een opstalrecht gevestigd worden. Er bestaat echter veel onduidelijkheid wanneer aan dit vereiste wordt voldaan. Gezien die onduidelijkheid wordt door notarissen (terecht) terughoudendheid betracht bij het vestigen van opstalrechten voor wezenlijke onderdelen van een gebouw, zoals voor gevels, vloerbedekking, kozijnen, verlichting etc.²⁷ Voor deze zaken is het om die reden niet mogelijk voor een producent, of leverancier om de eigendom te behouden van het gebouwonderdeel dat hij niet in eigendom wil overdragen aan de gebouweigenaar, maar middels een leaseconstructie enkel in gebruik wil geven aan de gebouweigenaar. Het huidige recht zet derhalve een streep door deelgebruik van gebouwonderdelen.

Aan de goederenrechtelijke en faillissementsrechtelijke vraagstukken die dit oplevert en mogelijke oplossingen hiervoor, is in de literatuur reeds veel aandacht besteed.²⁸ Deze bijdrage richt zich ook niet op deze problematiek, maar beperkt zich tot de vraag of de beoogde transitie naar een circulaire economie aanleiding geeft het bestaande eigendomsbegrip te wijzigen, zoals wel gesteld wordt in de literatuur.²⁹

Het antwoord hierop luidt mijns inziens ontkennend. Het leasen van zaken vereist in de kern geen gewijzigde kijk op eigendom. Het eigendomsrecht ligt bij gebruik van het product-as-a-servicemodel niet bij de gebruiker, maar bij een leverancier, maar dit betreft geen materiële wijziging van het eigendomsrecht. Het leasen van gebouwonderdelen vereist evenmin een gewijzigde kijk op eigendom; ook hier is het hetzelfde eigendomsrecht, dat enkel bij een ander ligt (in dit geval de producent of leverancier). Het mogelijk maken dat een ander dan een gebouweigenaar eigenaar is van een gebouwonderdeel, vereist echter wel een wijziging van het

27. Om die reden wordt in de praktijk gezocht naar goederenrechtelijke mogelijkheden om de beperking(en) die het opstalrecht kent te omzeilen door bijvoorbeeld gebruik te maken van een recht van erfpacht, waarvoor het vereisten van een voldoende mate van zelfstandigheid of individualiseerbaarheid ten aanzien waarvan men het genot heeft niet lijkt te gelden. Zie voor een uitgebreide bespreking hiervan: Van der Plank & De Jong 2019.

28. Zie onder meer: Chao-Duvis 2017b, Koolhoven 2018a, Koolhoven 2018b, Van Gulijk 2019, Vermeulen 2020, Hoops 2020.

29. Zie onder meer: Westrik 2022, die stelt: 'Op dit moment namelijk verhinderen zowel ons concept van private eigendom als ons contractenrecht duurzaam en circulair bouwen'. Verheye schrijft in dit kader: 'In het dienstenmodel wordt eigendom van een gebruiksgoed immers vervangen door een recht van gebruik.' Zie Verheye 2019, p. 119. Van Boom schreef recent: 'In de literatuur wordt soms gesuggereerd dat eigendom in onze moderne samenleving minder belangrijk wordt.' Hij verwees hierbij niet naar specifieke literatuur, maar het laat wel zien dat deze opvatting vaker geuit wordt. Zie Van Boom 2022.

goederenrechtelijke systeem. Dit zou op verschillende manieren bewerkstelligd kunnen worden: (a) door natrekking minder snel te laten plaatsvinden; (b) door de beperking die geldt voor vestiging van een opstalrecht weg te nemen; (c) door gebruik te maken van een andersoortig register, waarin niet nagetrokken gebouwonderdelen geregistreerd worden, zoals het Madaster of een gebouwenpaspoort; of (d) door een combinatie van het hiervoor genoemde. Het doel hiervan zou zijn om het product-as-a-service (verdien)model ook toepassing te laten vinden op gebouwonderdelen.

Van belang is het echter om ons af te vragen in hoeverre dit echt wenselijk is.

9.7 LEASEN IS GEEN SYNONIEM VOOR CIRCULAIR

Vanuit duurzaamheidsoogpunt zou het product-as-a-servicemodel bevorderen dat leveranciers producten ontwikkelen die langer meegaan en daardoor duurzamer (kunnen) zijn, mede omdat de leverancier verantwoordelijk blijft voor het product. Daarbij zou een leverancier aan het einde van de levensduur de aangewezen (rechts)persoon zijn om (de verschillende onderdelen van) het product zo veel mogelijk te hergebruiken.

Het is echter niet een gegeven dat gebruik van het product-as-a-servicemodel daadwerkelijk hiertoe leidt. Er staat een leverancier immers veelal niets in de weg om het product niet te demonteren en een nieuwe bestemming te geven, maar aan het einde van de levensduur te vernietigen. Niet hergebruiken, maar vergroting van de afvalstapel, net als in een lineaire economie, is dan het gevolg. Om deze reden wordt, mijns inziens, het leasen van producten vaak ten onrechte gelijkgesteld aan een *duurzaam* concept, terwijl de mate van circulariteit, en daarmee duurzaamheid, zit in de vraag wat een leverancier doet met het product als het bij hem terugkomt.³⁰ Hetzelfde geldt voor deelgebruik: enkel indien deelgebruik daadwerkelijk leidt tot minder productie, leidt het tot minder gebruik van grondstoffen. Het kan echter pas het label 'circulair' dragen indien de onderdelen en/of grondstoffen van het product aan het einde van de levensduur ervan daadwerkelijk zo veel mogelijk (of bij voorkeur geheel) worden hergebruikt.

Om die reden is het mijns inziens belangrijk terughoudendheid te betrachten bij het wijzigen van ons goederenrechtelijke systeem enkel om het leasen van bijvoorbeeld gebouwonderdelen op grote schaal mogelijk te maken. Indien het hergebruiken van materialen het doel is, is eigendom van het gebouwonderdeel voor de leverancier gedurende de levensduur van het gebouw niet noodzakelijk, maar is enkel nodig dat hij de (eigendom van de) zaak aan het eind van de levensduur van het gebouw wederom verkrijgt. Indien het proces daadwerkelijk ingericht is op het hergebruiken van materialen, zal dit tevens een stimulans zijn om een kwalitatief hoogwaardig product te leveren, dat langer meegaat en waarbij in de assemblage

30. Ik schreef hier reeds eerder over: Van der Plank 2019.

rekening is gehouden met de mogelijkheid tot demontage en hergebruik. Geheel in lijn met de circulariteitsgedachte.

Om dit te bewerkstelligen, zou ik ervoor willen pleiten te zoeken naar alternatieven om het bestaande goederenrechtelijke systeem zo veel mogelijk intact te laten en mogelijkheden te onderzoeken die ertoe leiden dat het eigendomsrecht van de leverancier van de geleverde gebouwonderdelen bijvoorbeeld herleeft nadat het gebouw ontmanteld wordt. Stel dat een leverancier bij afscheiding van de door hem geleverde zaak weer de eigendom van de zaak verkrijgt, dan kan hij als eigenaar deze revindiceren (art. 5:2 BW). Men zou ook kunnen denken aan het creëren van een terugnameplicht voor (bepaalde) leveranciers.³¹ Dit, bijvoorbeeld in combinatie met een plicht om de verschillende onderdelen daadwerkelijk zo veel mogelijk opnieuw te gebruiken, leidt mijns inziens pas werkelijk tot een circulaire bouw.

Hiervoor is geen fundamentele wijziging van het eigendomsrecht nodig, maar wel aanvullende regelgeving om ervoor te zorgen dat de eigendom van geleverde onderdelen in specifieke situaties weer terugkomt bij die (rechts)persoon, die hergebruik ervan kan bewerkstelligen.

9.8 CONCLUSIE

Vooruitkijkend op de ontwikkeling van het BW, luidt het antwoord op de vraag of de transitie naar een circulaire economie een gewijzigde kijk op eigendom vereist, mijns inziens ontkennend. In de rechtspraak worden natrekkingsregels (soms zeer) ruim toegepast, hetgeen voor circulair bouwen een hindernis vormt. Uiteraard kan men discussiëren over de wenselijkheid hiervan en de mogelijkheden om situaties waarin aantrekking plaatsvindt te beperken. Maar laten we dit doen vanuit dogmatisch perspectief en redenen van rechtszekerheid.

Niet de transitie naar een circulaire bouw vraagt verruiming of afschaffing van natrekkingsregels, alleen het gebruik van een van de verdienmodellen, het product-as-a-servicemodel in de bouwwereld, vraagt dit. Dit model is echter ontwikkeld vanuit het oogpunt van een leverancier en geeft geen garantie voor het daadwerkelijk hergebruiken van producten of grondstoffen, wat juist het doel is van de transitie naar een circulaire economie.

Een lease- of deelgebruikconstructie betekent niet dat het initiatief daadwerkelijk duurzaam en/of circulair is. Dit laatste wordt bepaald door de mate van hergebruik van materialen en grondstoffen. Dat zal per initiatief opnieuw beoordeeld dienen te worden. Om die reden pleit ik ervoor terughoudend te zijn met het doorvoeren van ingrijpende wijzigingen in het bestaande goederenrechtelijke systeem,

31. Zie voor de mogelijkheid van een terugnamegarantie: Aertsen, Heemrood-Van Dijk, Van der Plank e.a. 2022.

maar te kijken op welke manier (aanvullende) regelgeving hergebruik van materialen en grondstoffen kan bevorderen.

Kortom, het BW wordt weliswaar op de proef gesteld door maatschappelijke ontwikkelingen zoals circulair bouwen, maar een fundamentele herbezinning is niet nodig.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Aertsen, Heemrood-Van Dijk, Van der Plank e.a. 2022

D.W. Aertsen, K. Heemrood-Van Dijk, P.J. van der Plank, W.F.L. Runge, K. Sanderse, C.H.J. Thomas, 'Circulair bouwen: hergebruik van bouwmaterialen en installaties bevorderen met een terugnamegarantie', *NJB* 2022/235.

Asser/Beekhuis 3-I 1975

J.H. Beekhuis, Mr. C. Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*. 3. *Zakenrecht. Deel I. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1975.

Backes, Tieman & Teesing 2017

C. Backes, J. Tieman & N. Teesing, *Met recht naar een circulaire economie*, Den Haag: Boom juridisch 2017.

Van den Bergh 1988

G.C.J.J. van den Bergh, *Eigendom; grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip*, Deventer: Kluwer 1988.

Van Boom 2022

W.H. van Boom, 'Wordt eigendom minder belangrijk? (nee)', *NTBR* 2022/11.

Bouly 2015

S. Bouly, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia, 2015, p. 28-34.

Chao-Duivis 2017a

M.A.B. Chao-Duivis, 'Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel I)', *TBR* 2017/139.

Chao-Duivis 2017b

M.A.B. Chao-Duivis, 'Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel II)', *TBR* 2017/154.

Van Gulijk 2019

S. van Gulijk, 'Op weg naar een veilige en circulaire bouwpraktijk', *NJB* 2019/2622.

Heyman 1974

H.W. Heyman, 'De natrekkingscriteria naar huidig en toekomstig recht', *WPNR* 1974/5270.

Heyman 2000

H.W. Heyman, 'Wanneer is een gebouw of werk "duurzaam met de grond verenigd"?' Een kritische noot bij het Portacabinarrest', in: S.E. Bartels & J.M. Milo (red.), *Open normen in het goederenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2000.

Hoops 2020

B. Hoops, 'Een rechtseconomisch perspectief op natrekking in de energietransitie en de transitie naar de circulaire economie', *NTBR* 2020/41.

Hijma 1991

Noot Hijma bij: HR 15 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:AD1791, AA 1992, p. 5, p. 284-290 (*Dépex/curatoren Bergel c.s.*).

Kisch 1932

I. Kisch, *Beschouwingen over de onderscheiding tusschen zakelijke en persoonlijke rechten* (diss. UvA), Samsom: Alphen aan de Rijn 1932.

Koolhoven 2018a

R. Koolhoven, 'Gebouwen en hun bestanddelen in een meer circulair goederenrecht: Van een wegwerpeconomie naar een kringloop van hoogwaardige, modulaire producten die worden verdienstelijkt', in: Ch.W. Backes, M.N. Boeve, R. Koolhoven & D.R. Versteeg, *Circulair bouwen*. Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht; nr. 46. Instituut voor Bouwrecht 2018, p. 6-54.

Koolhoven 2018b

R. Koolhoven, 'Worden "slimme" zaken in de circulaire economie ook nagetrokken?', *WPNR* 2018/7194, 396-407.

Lemmen 2021

J.W.H. Lemmen, 'Over artikel 3:4 lid 2 BW als zelfstandige grond voor bestanddeelvorming. Een bespreking en analyse naar aanleiding van *Zalco II*', *NTHR* 2021/2.

Van der Linden 2020

T. van der Linden, 'Natrekking moet worden begrepen als een noodzakelijk kwaad', *NTBR* 2020/16.

Mattei 2000

U. Mattei, *Basic Principles of Property Law*, Westport: Greenwood Press 2000.

Mes 2020

A.J. Mes, 'De historische ontwikkeling van natrekking van onroerende zaken in het perspectief van driedimensionaal eigendom', *RM Themis* 2020/3.

Van der Plank 2016

P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van der Plank 2019

P.J. van der Plank, 'Het bevorderen van circulair bouwen, een alternatief voorstel', *TBR* 2019/89.

Van der Plank & De Jong 2019

P.J. van der Plank & D. de Jong, 'Instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht in het kader van circulair bouwen', *WPNR* 2019/7224.

Ploeger 1997

H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

Suijling 1940

J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. Deel V, Zakenrecht*, Haarlem: Bohn 1940.

Tjong Tjin Tai 2021

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Juridische aandachtspunten bij servitization, in het bijzonder ten aanzien van IT', *WPNR* 2021/7326.

Verheul 2015

E.F. Verheul, 'Eigendomsvoorbehoud, bestanddeelvorming en natrekking', *WPNR* 2015/7053.

Verheul & Verstijlen 2016

E.F. Verheul & F.M.J. Verstijlen, 'Eigendom van roerende zaken, met name originele wijzen van eigendomsverkrijging', in *Boek 5 BW van de toekomst* (KNB Preadvies 2016), Den Haag: Sdu 2016.

Verheye 2019

B. Verheye, 'Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie', *TPR* 2019-1.

Vermeulen 2020

E.C.A. Vermeulen, *Circulair bouwen: knelpunten en oplossingen in het goederenrecht. Van eigendom naar product-as-a-service*, Ars Aequi: Nijmegen 2020.

Van Vliet 2017

L.P.W. van Vliet, 'Natrekking door onroerende zaken', *MvV* 2017, p. 24-29.

Westrik 2022

R. Westrik, 'Circulariteit en privaatrecht, een nieuw eigendomsconcept, of een Circulariteitswet?', *WPNR* 2022/7354.

Wibier 2021

R.M. Wibier, 'Servitization en goederen- en insolventierecht', *WPNR* 2021/7326.

Privaatrecht fit for purpose?

Marnix Wallinga

10.1 INLEIDING*

Dit hoofdstuk gaat over de bijdrage die het Nederlandse privaatrecht dertig jaar na de introductie van het Nieuw Burgerlijk Wetboek zou kunnen leveren aan het realiseren van de duurzaamheidsdoelstellingen die de Uniewetgever in toenemende mate nastreeft met de regulering van de financiële sector. De aanleiding is bekend. Onder invloed van stijgende uitstoot en verdwijnende bossen warmt de aarde op. De (mogelijke) gevolgen daarvan zijn desastreus: droogte, hittegolven en bosbranden, stijgende zeespiegel, opwarmende oceanen en overstromingen, water- en voedseltekorten, uitsterven van diersoorten, pandemieën, armoede en volksverhuizingen – schrikbeelden van klimaatverandering waar mensen over de gehele wereld mee geconfronteerd kunnen gaan worden. Op plekken in Zuidoost-Azië en Afrika worden deze gevolgen al aan den lijve ondervonden. Maar deze klimaatcrisis lijkt zich, zeker in vergelijking met de coronacrisis, vooral in de Westerse wereld in *slow-motion* te voltrekken.¹ Tegelijkertijd zitten we, zoals secretaris-generaal António Guterres van de Verenigde Naties het omschreef naar aanleiding van een nieuw rapport van het *Intergovernmental Panel on Climate Change*,² ‘(...) on a “fast track” to disaster’.³

Toch lijkt het behalen van de doelstelling in het VN-akkoord van Parijs over klimaatverandering uit 2015 om de stijging van de gemiddelde temperatuur ten opzichte van het pre-industriële niveau onder de 2 °C te houden en het streven om dat te beperken tot 1,5 °C,⁴ eerder verder weg dan dichterbij te komen. Indien we

* De auteur bedankt Marco Loos, Charlotte Pavillon, Ronnie Bloemberg en Olha Cherednychenko voor hun waardevolle commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

1. Wijnberg, *De Correspondent* 2020.

2. IPCC 2022.

3. Transcript van videoboodschap van secretaris-generaal António Guterres van 4 april 2022 n.a.v. het IPCC-rapport van april 2022, te raadplegen op un.org/sg/en/content/sg/statement/2022-04-04/secretary-generals-video-message-the-launch-of-the-third-ipcc-report-scroll-down-for-languages.

4. Art. 2(1) Parijsakkoord (*PbEU* 2016, L 282).

er niet in slagen wereldwijde emissies aanzienlijk terug te dringen tegen 2030, dan lijkt het – naar de huidige inzichten – onmogelijk te worden om de opwarming van de aarde onder de gewenste 1,5 °C te houden.⁵ Het tegengaan van klimaatverandering staat daarom bij de EU – ook partij bij het Parijsakkoord – terecht hoog op de politieke en wetgevingsagenda. De Uniewetgever ziet voor de financiële sector een sleutelrol weggelegd in de transitie naar een klimaatneutrale kapitaalvoorziening.⁶ De laatste jaren zet de Uniewetgever in toenemende mate (ook) in op het ‘vergroenen’ van financiering door middel van nieuwe financiële duurzaamheidsregels.⁷ Zo legt de Uniewetgever een uitgebreid classificatiesysteem op aan financiële markten, aan de hand waarvan moet kunnen worden bepaald of economische activiteiten bijdragen aan het sturen van kapitaalstromen naar duurzame investeringen. Daarnaast worden financiële dienstverleners verplicht om duurzaamheidsvoorkeuren van hun klanten te integreren in de dienstverlening en duurzaamheidsoverwegingen te betrekken bij het ontwikkelen van nieuwe financiële producten en het aanpassen van bestaande. Als onderdeel van het maatregelenpakket van de Europese Green Deal vormt dit het ‘financiële’ antwoord van de EU op de klimaatproblematiek.

De Uniewetgever vertrouwt van oudsher op bestuursrechtelijke handhaving van het financiële recht aan de hand van een bestuursrechtelijk instrumentarium. Dat betekent niet dat het nationale privaatrecht buitenspel staat bij de handhaving van de financiële duurzaamheidsregels. Privaatrechtelijke handhaving – waaronder ik versta: handhaving door private partijen door middel van privaatrechtelijke rechtsmiddelen als schadevergoeding, ontbinding en vernietiging – zou een aanvullende rol kunnen spelen bij de handhaving van de nieuwe financiële duurzaamheidsregels. Dat roept niet alleen de vraag op naar de mogelijkheden die het nationale recht biedt om bij te dragen aan het oplossen van het klimaatprobleem door middel van privaatrechtelijke handhaving van financiële duurzaamheidsregels. De ernst, omvang en grensoverschrijdende aard van de klimaatuitdaging waar de samenleving voor staat, doen ook de vraag rijzen of het nationale privaatrecht niet een bijdrage móét leveren en welke verantwoordelijkheid civiele rechters hebben om die bijdrage af te dwingen door middel van privaatrechtelijke handhaving.

De Nederlandse civilist ziet zich dertig jaar na de introductie van het Nieuw Burgerlijk Wetboek naar aanleiding van de klimaatcrisis dus geconfronteerd met fundamentele vragen naar ‘goal and purpose’ van ons nationaal privaatrecht. Deze vragen raken aan de kern van de discussie over de (wenselijkheid van de) instrumentele inzet van het privaatrecht.⁸ De in binnen- en buitenland uiteenlopende visies daarop worden sterk beïnvloed door rechtscultuur en -traditie en uiteindelijk ook

5. UNEP 2020, XI van de executive summary.

6. Art. 2(1)(c) Parijsakkoord.

7. Naast meer klassieke doelen als marktintegratie en consumentenbescherming.

8. Zie o.m.: Cherednychenko 2020; Grundmann 2017; Micklitz 2009; Kortmann & Sieburgh 2009; Schmid 2005; Collins 1999.

door politieke voorkeur. Ik maak me geen illusies dat ik die discussie kan beslechten in deze bijdrage. Daarom beperk ik mij tot een verkenning van wat we van privaatrechtelijke handhaving van nieuwe financiële duurzaamheidsregels kunnen en – op basis daarvan – mogen verwachten bij het tegengaan van klimaatverandering door middel van het verduurzamen van beleggingen.

In paragraaf 10.2 bekijk ik de financiële duurzaamheidsregels en hoe die regels tot stand zijn gekomen. In paragraaf 10.3 onderzoek ik de ontwikkeling van het ‘privaatrechtelijk denken’ over de maatschappelijke verantwoordelijkheid van financiële dienstverleners om bij te dragen aan het tegengaan van klimaatverandering. In paragraaf 10.4 bespreek ik hoe de financiële duurzaamheidsregels van EU-origine kunnen doorwerken in de privaatrechtelijke verhouding tussen financiële dienstverleners en beleggers. In paragraaf 10.5 sluit ik af met de evaluatie van de inzet van privaatrechtelijke handhaving van de financiële duurzaamheidsregels.

10.2 DE OPKOMST VAN FINANCIËLE DUURZAAMHEIDSRGELS OP EU-NIVEAU

Achtergrond

De ontwikkeling van financiële duurzaamheidsregels is terug te voeren op het Actieplan duurzame groei financieren van de Europese Commissie (EC) uit 2018.⁹ Het actieplan is onderdeel van een breder initiatief om een Europese kapitaalmarktunie op te richten.¹⁰ Met het actieplan beoogt de EC ecologische, sociale en governanceoverwegingen te integreren in investeringsbeslissingen – de inmiddels welbekende drie-eenheid ‘ESG’. Dit moet bijdragen aan onder meer het sturen van kapitaalstromen naar duurzame investeringen.¹¹ Het actieplan heeft geleid tot een golf aan nieuwe regulering waarmee de Uniewetgever financiële markten en de actoren op die markten, zoals financiële dienstverleners en beleggers, inzet als instrument om bij te dragen aan het verduurzamen van beleggingen.

In de kern wil de Uniewetgever met de nieuwe regulering de behoefte van beleggers aan groene financiële diensten en producten stimuleren. Duurzame keuzes worden aangemoedigd, niet-duurzame keuzes ontmoedigd. Dat moet hoofdzakelijk gebeuren door middel van het verstrekken van informatie en het vergroten van

9. COM(2018) 097. Het actieplan bouwt voort op: High-Level Expert Group on Sustainable Finance. Zie ook over het nieuwe duurzaamheidsregelkader inclusief verwijzingen: Ohnesorge 2022.

10. COM(2015) 63. Met dit Groenboek beoogt de EC bij te dragen aan de verwezenlijking van het investeringsplan voor Europa dat zij in 2014 presenteerde onder leiding van Jean-Claude Juncker. In 2020 kwam de EC met een nieuw Kapitaalmarktunieactieplan: COM(2020) 590.

11. En daarnaast: duurzaamheid tot vast onderdeel maken van risicobeheer en transparantie en langetermijndenken stimuleren: COM(2018) 097, p. 2 e.v. De EC heeft deze doelen vertaald in tien actiepunten, waarvan vier specifiek van belang zijn voor beleggers: (i) het opzetten van een classificatiesysteem voor duurzame activiteiten voor de EU; (ii) het integreren van duurzaamheidsoverwegingen in financieel advies; (iii) het verduidelijken van de duurzaamheidsverplichtingen van onder andere vermogensbeheerders; en (iv) het vergroten van de transparantie over duurzaamheid.

de transparantie over de duurzaamheid van beleggingen. Dit past binnen de traditionele strategie van de Uniewetgever om beleggersbescherming te realiseren door het wegnemen van informatieasymmetrie tussen beleggers en financiële dienstverleners – het informatieparadigma. Dit paradigma berust op de gedachte dat informatie beleggers in staat stelt om weloverwogen beslissingen te nemen die in hun eigen belang zijn. Aangezien duurzame beleggingen dat belang dienen, moeten meer en betere informatieverstrekking en transparantie over duurzaamheid in de aanpak van de EU leiden tot een toename van investeringen in duurzame financiële producten en diensten. De nieuwe informatieverplichtingen uit de Transparantieverordening, de aangepaste MiFID II-gedragsregels en de duurzaamheidscatalogus van de Taxonomieverordening moeten daaraan bijdragen.

Duurzaamheidsregels van de Transparantieverordening

Met de *Sustainable Finance Disclosure Regulation* (Transparantieverordening) beoogt de Uniewetgever duurzaamheidsoverwegingen te integreren in financieel advies, de duurzaamheidsverplichtingen voor financieel adviseurs te verduidelijken en de transparantie van duurzaamheid van financiële producten te vergroten.¹² Duurzaamheid bij de Transparantieverordening heeft betrekking op ecologische, sociale en governanceoverwegingen.

De Transparantieverordening legt verschillende informatieverplichtingen op aan financiële marktpartijen en financieel adviseurs. Onder deze brede begrippen vallen vermogensbeheerders en beleggingsadviseurs die de toegang van consumenten tot de financiële markt faciliteren.¹³ Op basis van de Transparantieverordening moet informatie worden verstrekt op ‘entiteitsniveau’ en ‘productniveau’. Denk bij informatie op entiteitsniveau aan de plicht voor financiële instellingen om informatie te publiceren op hun website over hoe zij duurzaamheidsrisico’s integreren in de wijze waarop zij vermogensbeheerbeslissingen nemen of in hun advies verwerken.¹⁴ Op productniveau bestaat de plicht voor vermogensbeheerders en beleggingsadviseurs om in de precontractuele verhouding de klant te informeren over hoe duurzaamheidsrisico’s worden geïntegreerd in het vermogensbeheer of financieel advies en over de effecten van duurzaamheidsrisico’s op het rendement van financiële producten.¹⁵ In hun informatieverschaffing over financiële producten die ecologische en sociale kenmerken promoten en over producten die duurzame

12. Daarbij wordt in de Transparantieverordening onderscheid gemaakt tussen duurzame beleggingsproducten (art. 9 jo. 2(17) Transparantieverordening) en – net wat minder groen, maar nog steeds lichtgroen – ESG-producten (art. 8 Transparantieverordening).

13. Art. 2(1)(b) en art. 2(11)(d) Transparantieverordening.

14. Art. 3 Transparantieverordening.

15. Art. 6(1) en (2) Transparantieverordening. Zie daarnaast de verplichting om (actuele) informatie op de website te verstrekken over de ecologische en sociale kenmerken van financiële producten (art. 10 Transparantieverordening) en om vergelijkbare informatie op te nemen in periodieke verslagen (art. 11 Transparantieverordening).

beleggingen tot doel hebben, moeten vermogensbeheerders en financieel adviseurs de duurzaamheidscatalogus van de Taxonomieverordening aanhouden (zie hierna).¹⁶

Hoewel (het grootste deel) van de Transparantieverordening van toepassing werd op 10 maart 2021,¹⁷ moest de EC toen nog veel regels uitwerken in technische standaarden.¹⁸ Het bleek vanwege de complexiteit en veelomvattendheid van die regels niet eenvoudig om ze vertalen in hanteerbare normen voor de dagelijkse praktijk. De technische standaarden waarmee de EC specifieke onderdelen van de Transparantieverordening nader uitwerkt, zijn met ingang van 1 januari 2023 van toepassing.¹⁹

Ook MiFID II-gedragregels in het teken van duurzaamheid

Als onderdeel van de duurzaamheidsstrategie heeft de Uniewetgever ook duurzaamheidsregels toegevoegd aan de gedragsregulering van beleggingsdienstverlening door de *Markets in Financial Instruments Directive II* ('MiFID II'). Voorbeelden van beleggingsdiensten zijn orderuitvoering, beleggingsadvies en vermogensbeheer. Het besef na de financiële crisis dat de gedragsregels van MiFID grootschalige *mis-selling* van financiële producten niet konden voorkomen, heeft geleid tot aanscherping en verdere uitwerking van de gedragsregels in MiFID II.²⁰

De MiFID II-gedragsregels verlangen specifiek gedrag van beleggingsondernemingen zowel voor als tijdens het verlenen van beleggingsdiensten. Voorbeelden van deze regels zijn de verplichting om informatie te verstrekken aan de belegger over risico's die zijn verbonden aan beleggingen en de verplichting om informatie in te winnen bij de belegger over diens kennis en ervaring en daarop de dienstverlening af te stemmen. In vermogensbeheer- en beleggingsadviesrelaties moet een beleggingsonderneming bijvoorbeeld de geschiktheidstoets uitvoeren.²¹ Daartoe verzamelt de beleggingsonderneming informatie over de financiële positie, kennis, ervaring doelstellingen en risicobereidheid van de klant. Vervolgens beoordeelt de beleggingsonderneming aan de hand van die informatie of een beoogde financiële dienst of financieel product daadwerkelijk geschikt is voor de klant.

Ook op dit vlak doen duurzaamheidsoverwegingen hun intrede.²² Zo moeten beleggingsondernemingen de duurzaamheidsvoorkeuren van de klant in kaart

16. Art. 8 en 9 Transparantieverordening jo. art. 5 en 6 Taxonomieverordening.

17. Art. 11 Transparantieverordening (over transparantie van groenen producten in periodieke rapporten) trad op 1 januari 2022 in werking.

18. Hierbij wordt de EC bijgestaan door de drie Europese Toezichthoudende Instanties: ESMA, EBA en EIOPA.

19. Commission Delegated Regulation 2022/1288.

20. COM(2011) 656, p. 2 & 174-175.

21. Art. 4:23 Wft.

22. Duurzaamheidsoverwegingen hebben overigens ook hun intrede gedaan in productregulering onder MiFID II. Dat laat ik hier buiten beschouwing.

brengen.²³ Dat houdt in dat de beleggingsonderneming uitvraagt of en, zo ja, in welke mate de klant duurzaam wil beleggen en die voorkeur integreert in de beleggingsstrategie van de klant. Daarvoor worden drie categorieën van duurzaamheidsvoorkeuren gehanteerd.²⁴ Zo moet de klant ten eerste worden gevraagd in welke mate hij wil beleggen in duurzame beleggingen volgens de Transparantieverordening (zie hiervoor), dus beleggingen die bijdragen aan de drie ESG-factoren. Ten tweede informeert de vermogensbeheerder of de klant wil beleggen in ecologisch duurzame beleggingen volgens de Taxonomieverordening (zie hierna). Als laatste moet in kaart worden gebracht in hoeverre de klant rekening wil houden met belangrijke nadelige effecten op duurzaamheidsfactoren, zoals CO₂-uitstoot, werkgelegenheid, eerbiediging van mensenrechten en bestrijding van corruptie en omkoping.

Daarmee wordt nogal wat verwacht van beleggingsondernemingen. Het percentage waarin volgens de klant moet worden belegd in investeringen die duurzaam zijn op basis van de bestaande taxonomie en de visie van de klant op nadelige effecten op een reeks uiteenlopende onderwerpen, zijn geen eenvoudige onderwerpen om uit te vragen. Financiële producten zijn vaak al complex en – zeker voor consumenten – niet altijd even gemakkelijk te begrijpen. Het is dan ook de vraag of beleggers voldoende in staat zijn de ingewikkelde duurzaamheidsconcepten te doorgronden om hun daadwerkelijke voorkeuren op het gebied van duurzaamheid in kaart te kunnen laten brengen.²⁵ Recente richtsnoeren van de European Securities and Markets Authority (ESMA) dragen beleggingsondernemingen op om cliënten te helpen bij het begrijpen van wat het concept duurzaamheidsvoorkeuren inhoudt en van de keuzes die beleggers in dat kader hebben te maken.²⁶ Daarmee worden beleggingsondernemingen dus eigenlijk ook (deels) verantwoordelijk gemaakt voor het verzorgen van financieel onderwijs aan beleggers.

Duurzaamheidscatalogus van de Taxonomieverordening

De Taxonomieverordening verschaft het classificatiesysteem op basis waarvan bepaald moet kunnen worden welke economische activiteiten ecologisch duurzaam zijn en zo bijdragen aan het sturen van kapitaalstromen naar duurzame

23. Gedelegeerde verordening 2021/1253.

24. Art. 2(7) Gedelegeerde verordening 2017/565, zoals gewijzigd door Gedelegeerde verordening 2021/1253.

25. Zie bijvoorbeeld het advies van de Securities and Markets Stakeholders Group (ESMA22-106-4032), p. 3.

26. ESMA, *Final Report. Guidelines on certain aspects of the MiFID II suitability requirements* (ESMA35-43-3172), p. 42 e.v. (i.h.b. punt 16).

investeringen.²⁷ De Taxonomieverordening moet ook ‘*greenwashing*’ tegengaan: het misleiden van beleggers door financiële producten en diensten te presenteren als duurzamer dan ze in werkelijkheid zijn.

Volgens de Taxonomieverordening is een activiteit ecologisch duurzaam als deze (i) substantieel bijdraagt aan een of meer van de in de verordening opgesomde milieudoelstellingen; en (ii) niet ernstig afbreuk doet aan de andere milieudoelstellingen.²⁸ Tot die milieudoelstellingen behoren: (i) tegengaan van en aanpassen aan klimaatverandering; (ii) duurzaam gebruik en bescherming van water en mariene hulpbronnen; (iii) transitie naar een circulaire economie; (iv) preventie en bestrijding van verontreiniging; en (v) bescherming en herstel van de biodiversiteit en ecosystemen.²⁹

Dat classificeren van economische activiteiten is gemakkelijker gezegd dan gedaan. Ten eerste omdat bepaalde onderwerpen buitengewoon gevoelig zijn. Dat blijkt uit het onder strenge voorwaarden aanmerken van kernenergie en gas als groene activiteit die een belangrijke bijdrage levert aan het tegengaan van klimaatverandering, omdat er nog geen reëel alternatief bestaat.³⁰ Het gaat dus om ‘overgangsactiviteiten’ die de energietransitie moeten versnellen. Het laatste woord is er vermoedelijk nog niet over gezegd. Oostenrijk en Luxemburg kondigden direct na bekendwording aan het besluit van de EC aan te vechten bij het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) – Denemarken en Duitsland zouden zich nog beraden.³¹ Daar komt bij dat het momenteel simpelweg ook nog ontbreekt aan (betrouwbare) empirische gegevens over de mate waarin investeringen volgens de bestaande criteria als duurzaam zijn te beschouwen. Dat maakt het voor beleggingsondernemingen niet eenvoudiger om de keuzes van beleggers te sturen naar daadwerkelijk duurzame beleggingen, zoals het regelkader vereist.

10.3 UITBREIDING VAN DE MAATSCHAPPELIJKE VERANTWOORDELIJKHEID VAN FINANCIËLE DIENSTVERLENERS

Ruimte in het civiele recht?

Met het opleggen van de financiële duurzaamheidsregels zet de Uniewetgever financiële dienstverleners dus in bij het oplossen van de klimaatuitdaging. Dat

27. Duurzaamheid is bij de Taxonomieverordening een minder ruim begrip dan bij de Transparantieverordening. De Taxonomieverordening heeft slechts betrekking op de eerste van de drie ESG-factoren die worden bestreken door de Transparantieverordening. Zie art. 2(17) Transparantieverordening.

28. Art. 3 Taxonomieverordening.

29. De EC is belast met het opstellen van gedelegeerde regelgeving om vast te stellen welke economische activiteiten bijdragen aan de milieudoelstellingen en daarmee als duurzaam kunnen worden bestempeld, zoals de in 2021 aangenomen Gedelegeerde taxonomieverordening Klimaat. Zie art. 9 Taxonomieverordening.

30. Gedelegeerde verordening 2022/1214.

31. FD 2022a; FD 2022b; FD 2022c.

roept de vraag op hoe in het privaatrecht wordt aangekeken tegen de verantwoordelijkheid van financiële dienstverleners. Het antwoord op die vraag moet inzicht geven in de mate waarin financiële dienstverleners civielrechtelijk verantwoordelijk zouden kunnen worden gehouden voor het tegengaan van klimaatverandering door middel van privaatrechtelijke handhaving van de financiële duurzaamheidsregels (par. 10.4).

De ontwikkeling van de bijzondere zorgplicht

Het 'privaatrechtelijke' denken over de verantwoordelijkheid van financiële dienstverleners valt te illustreren aan de hand van de ontwikkeling van de 'bancaire' of 'bijzondere' zorgplicht. De bijzondere zorgplicht verplicht de financiële dienstverlener als bij uitstek professioneel en deskundig om de particuliere, niet-professionele cliënt bescherming te bieden tegen zichzelf. Meer specifiek beoogt de bijzondere zorgplicht de particuliere belegger te beschermen tegen eigen lichtvaardigheid, gebrek aan kunde en inzicht en het gevaar dat is verbonden aan het overwegend op emotionele gronden nemen van beslissingen.³² Dat getuigt van een paternalistische benadering in het privaatrecht van de verantwoordelijkheid van financiële dienstverleners, die ten koste gaat van de eigen verantwoordelijkheid van hun klanten.³³ De Hoge Raad heeft uit de zorgplicht onder meer de verplichting afgeleid om onderzoek te doen naar relevante kenmerken van de klant, zoals diens financiële mogelijkheden, draagkracht, deskundigheid en doelstellingen, de verplichting om indringend en in niet mis te verstane bewoordingen te waarschuwen voor de risico's van een financieel instrument en de verplichting om risicovolle optietransacties zelfs te weigeren.

De gezichtspunten die de inhoud van de bijzondere zorgplicht vormgeven, zijn onder meer de kennis en ervaring van de belegger, diens inkomens- en vermogenspositie en de aard, complexiteit en risico's van de voorgenomen transactie. De in de Wet op het financieel toezicht opgenomen gedragsregels voor financiële dienstverleners in hun verhouding met beleggers functioneren eveneens als relevante gezichtspunten.³⁴

De bijzondere zorgplicht ontwikkelt zich ondertussen verder. Zo is de zorgplicht niet beperkt tot één soort financiële dienstverlening, maar kan bestaan in *execution only*-, vermogensbeheer- en beleggingsadvies-, kredietverlening- en betaaldienst-

32. Zie o.m. HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2191, NJ 2016/107, r.o. 3.3.3; HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, NJ 2012/95 (*Rabobank Vaart en Vecht/X*), r.o. 3.6.2; HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251, r.o. 3.4; HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238 (*Rabobank/Everaars*), r.o. 3.3.

33. Inclusief verdere verwijzingen: Jansen 2010.

34. Zie in meer detail inclusief verdere verwijzingen over een complementaire benadering van de verhouding tussen gedragsregels van EU-origine en privaatrechtelijke normen in het nationale recht: Wallinga 2020a.

verhoudingen.³⁵ Daarnaast bestaat de zorgplicht niet alleen in (pre)contractuele verhoudingen met klanten,³⁶ maar ook tegenover derden.³⁷ En hoewel de bijzondere zorgplicht is ontwikkeld in verhoudingen met particuliere klanten, ligt het voor de hand dat zij ook kan gelden tegenover klanten uit het midden- en kleinbedrijf.³⁸

De maatschappelijke verantwoordelijkheid van financiële dienstverleners op basis van de bijzondere zorgplicht breidt zich dus gestaag uit, zowel voor wat betreft de kring personen die onder die verantwoordelijkheid valt als de financiële dienstverleningsverhoudingen waarin die verantwoordelijkheid geldt.

‘Uitstralende werking’ van de Shell-uitspraak

De uitspraak van de rechtbank Den Haag van 26 mei 2021 in de zaak onder leiding van Milieudefensie tegen Royal Dutch Shell (‘Shell’) werpt licht op hoe het ‘privaatrechtelijk’ denken over de maatschappelijke verantwoordelijkheid van ondernemingen zich verder kan ontwikkelen.³⁹ De rechtbank legt aan Shell de verplichting op om de klimaatdoelstellingen van het Parijsakkoord te behalen. Dit door haar CO₂-emissies tegen het eind van 2030 met minstens 45% te verminderen ten opzichte van de uitstoot in 2019. Deze verplichting baseert de rechtbank op de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW en leidt zij af uit de (maatschappelijke consensus over de) UN Guiding Principles.⁴⁰ Bijzonder is dat de verplichting voor Shell om een bijdrage te leveren aan het tegengaan van klimaatverandering door middel van het beperken van uitstoot geldt voor de gehele waardeketen. Shell wordt dus niet alleen verplicht om de eigen emissies te beperken (Scope 1) en van degene van wie zij energie inkoopt (Scope 2). De verplichting strekt zich ook uit tot de CO₂-uitstoot van de eindgebruikers van de door Shell

-
35. HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107 (*SNS/Stichting Overwaardeconstructie W&P*); HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2191, NJ 2016/107 (*X/ABN Amro*); HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399 (*ABN Amro/SBGB*); HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*); HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, NJ 2012/95 (*Rabobank Vaart en Vecht/X*); *De Treek/Dexia*; *Levob Bank/Bolle*; *Stichting GeSp/Aegon Bank*; HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006/289 (*Safe Haven*); *Van Zuylen/Rabobank*; *Van de Klundert/Rabobank*; *Rabobank/Everaars*.
36. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 (*De Treek/Dexia*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, NJ 2012/183 (*Levob Bank/Bolle*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/184 (*Stichting GeSp/Aegon Bank*).
37. HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, NJ 1999/285 (*MeesPierson/Ten Bos*); *Safe Haven*; *ABN Amro/SBGB*.
38. Zie in meer detail: A-G Wissink 13 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1057, punt 3.8; Janssen 2017, p. 138 e.v. en 234.
39. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie c.s./Shell*). Ook Jansen bespreekt de uitspraak in het licht van wat hij noemt de ‘vermaatschappelijking’ van het aansprakelijkheidsrecht in zijn oratie: Jansen 2022.
40. *Milieudefensie c.s./Shell*, r.o. 4.4.1 e.v. De UNGP zijn een breed gedragen *softlaw*-instrument waarin de verantwoordelijkheid van bedrijven (en overheden) is neergelegd om mensenrechten te respecteren. Zie voor meer achtergrondinformatie: *Milieudefensie c.s./Shell*, r.o. 4.4.11-4.4.16.

geproduceerde producten (Scope 3).⁴¹ Ten aanzien van Scope 1- en Scope 2-emissies rust op Shell een resultaatsverplichting, ten aanzien van Scope 3-emissies een zwaarwegende inspanningsverplichting.⁴²

De redenering van de rechtbank over die reductieverplichting is niet beperkt tot Shell, maar geldt in beginsel voor *alle* bedrijven. Elk bedrijf heeft – in de woorden van de rechtbank – in principe een ‘individuele deelverantwoordelijkheid om het hare te doen’,⁴³ elk bedrijf kan in beginsel Scope 1-, Scope 2- en Scope 3-emissies hebben die het zou kunnen verminderen. In het oordeel van de rechtbank wordt dus in beginsel elk bedrijf potentieel ingezet als instrument in de strijd tegen klimaatverandering. Anders gezegd: op basis van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen kunnen in beginsel alle bedrijven worden verplicht om hun maatschappelijke verantwoordelijkheid te nemen door bij te dragen aan het bereiken van de doelstellingen van het Parijsakkoord.

De vraag is natuurlijk wat dit kan betekenen voor financiële dienstverleners. Ook financiële dienstverleners zouden gehouden kunnen worden om emissies te verlagen van de energie die zij inkopen. Als het oordeel van de rechtbank standhoudt in hoger beroep en (eventueel) cassatie,⁴⁴ dan is de interessantere vraag of financiële dienstverleners ook verantwoordelijkheid dragen voor hun ‘gehele waardeketen’ en op basis daarvan de uitstoot van de afnemers van hun financiële producten moeten verminderen en, zo ja, wat dat dan concreet inhoudt. Geldt voor financiële dienstverleners dan dezelfde reductieverplichting van 45%, of ligt die verplichting lager afhankelijk van hun concrete controle over emissies? Wat kan van financiële dienstverleners op basis van de zwaarwegende inspanningsverplichting worden verwacht om die reductie te realiseren? Welke emissies vallen dan onder de te reduceren Scope 3-emissies? Hoe moet door financiële dienstverleners inzicht worden verkregen of zij aan de reductieverplichting voldoen? Gaat die (eventuele) plicht zo ver dat zij bijvoorbeeld bij de afnemers (de reductie van) de emissies zelf in kaart moeten brengen? Interessante vragen die de komende jaren uitgekristalliseerd zullen worden.

Het is in ieder geval duidelijk dat het privaatrechtelijk denken over de maatschappelijke verantwoordelijkheid van bedrijven voor het tegengaan van klimaatverandering zich steeds verder ontwikkelt. Dat kan doorwerken in de al jarenlang uitdijende maatschappelijke verantwoordelijkheid die de bijzondere zorgplicht legt op financiële dienstverleners. Dat vormt een aanwijzing dat financiële dienstverleners civielrechtelijk verantwoordelijk zouden kunnen worden gehouden voor het verduurzamen van beleggingen door middel van privaatrechtelijke handhaving van de financiële duurzaamheidsregels.

41. *Milieudefensie c.s./Shell*, r.o. 4.4.17 en 4.4.18.

42. *Milieudefensie c.s./Shell*, r.o. 4.1.4, 4.4.23 en 4.4.24.

43. Zie hierover ook Katan 2021.

44. Shell heeft aangekondigd in beroep te gaan tegen het vonnis: Shell 2021.

10.4 PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING VAN DUURZAAMHEIDSREGELS

De opmars van de 'duurzame belegger'

De groeiende behoefte van burgers om zelf bij te dragen aan het tegengaan van klimaatverandering lijkt inmiddels te leiden tot een toename van interesse in duurzame investeringen.⁴⁵ Onderzoek van de AFM laat zien dat onder invloed van de maatschappelijke ontwikkelingen een nieuw soort belegger op kan staan die genoeg neemt met meer risico en/of lager rendement in ruil voor meer duurzame beleggingen.⁴⁶ Mogelijk dat deze beleggers zich anders opstellen tegenover de financiële dienstverlener door die eerder aan te spreken dan de 'traditionele' belegger en daarbij andere rechtsmiddelen in te (willen) zetten. De besproken duurzaamheidsregels bieden in ieder geval een catalogus aan plichten voor financiële dienstverleners waar beleggers een beroep op een privaatrechtelijke remedie op zouden kunnen baseren. Denk aan de situatie dat een vermogensbeheerder of beleggingsadviseur geen informatie inwint van de klant over diens duurzaamheidsvoorkeuren. Als vervolgens het beheer of het advies niet wordt toegesneden op de duurzaamheidsvoorkeuren, dan levert dat schending op van de MiFID II-gedragsregels. De financiële dienstverlener kan ook onvoldoende transparant zijn tegenover de klant over hoe duurzaamheidsrisico's worden geïntegreerd in het vermogensbeheer of beleggingsadvies of over hoe die risico's zich verhouden tot het rendement van de investering. Dan ligt schending van de Transparantieverordening op de loer.

Daarnaast zou de duurzame belegger de financiële dienstverlener kunnen willen aanspreken op '*greenwashing*'. In het huidige tijdgewricht waar '*green the new good*'⁴⁷ is, zullen financiële dienstverleners willen inspelen op de behoefte aan duurzame beleggingen. Dat zal niet altijd goed gaan. Zo beboette de Amerikaanse toezichthouder de bank BNY Mellon omdat zij onterecht de indruk had gewekt dat investeringen in beleggingsfondsen duurzaam waren.⁴⁸ Eerder in 2022 zijn ook invallen gedaan bij Deutsche Bank en haar vermogensbeheerder DWS vanwege het vermoeden dat bij een groot aantal beleggingen geen rekening is gehouden met ESG-factoren, terwijl dat wel zo was verkocht aan beleggers.⁴⁹ Denk bij *greenwashing* in deze context dus aan het aanprijzen van beleggingen als duurzaam en groen, terwijl er voldoende bewijs is dat dit niet het geval is (of onvoldoende dat dit wel zo is). Daarin zou ook een schending van de Transparantieverordening kunnen worden gelezen.

45. Dow Jones 2022; Bloomberg 2021; World Economic Forum 2022; Reuters 2021.

46. AFM 2020. Ik dank Suzanne Kröner-Rosmalen voor onze gesprekken over dit onderwerp.

47. Naar de lijfspreuk van het personage Gordon Gekko dat Michael Douglas vertolkt in de film *Wall Street* uit 1987 van Oliver Stone.

48. FD 2002c.

49. FD 2002d.

*Doorwerking in het nationaal privaatrecht: ondergeschiktheid en complementariteit**Relevantie van toezichtrechtelijke gedragsregels voor privaatrechtelijke verhoudingen*

Het is geen vanzelfsprekendheid dat beleggers schending van de financiële duurzaamheidsregels ook daadwerkelijk kunnen inroepen in de privaatrechtelijke verhouding met de financiële dienstverlener. Vanuit het perspectief van handhaving zien deze duurzaamheidsregels in de eerste plaats op de verhouding tussen onder toezicht gestelde deelnemers aan de financiële markten en de toezichthouder die belast is met handhaving van deze gedragsregels.⁵⁰ Dat betekent niet dat de duurzaamheidsregels niet relevant kunnen zijn voor de privaatrechtelijke relatie tussen financiële dienstverleners en beleggers, integendeel. De verplichtingen om te informeren over de duurzaamheid van beleggingen of om duurzaamheidsvoorkeuren van klanten te integreren in de dienstverlening, normeren het gedrag van financiële dienstverleners tegenover beleggers. Deze toezichtrechtelijke duurzaamheidsregels schrijven dus voor hoe privaatrechtelijke partijen zich moeten gedragen in hun van oudsher door het verbintenissenrecht beheerste rechtsverhouding. Daarmee ontstaan in zekere zin hybride normen. Cherednychenko gebruikt hiervoor de oxymoron ‘*European supervision private law*’,⁵¹ ofwel: ‘toezichtprivaatrecht’.⁵² Dit illustreert de potentiële relevantie van de financiële duurzaamheidsregels van EU-origine voor het nationale privaatrecht. Daarmee rijst de vraag naar de invloed van (schending van) deze duurzaamheidsregels in privaatrechtelijke verhoudingen. Meer concreet komt die vraag neer op of en, zo ja, op welke manier en in welke mate de financiële duurzaamheidsregels doorwerken in het toepassen van privaatrechtelijke rechtsmiddelen. Het Unierecht zwijgt over hoe deze doorwerking moet worden begrepen en het HvJ EU houdt zich vooralsnog op de vlakte.

Ondergeschiktheid versus complementariteit

In de discussie over de doorwerking van financieel toezichtrechtelijke gedragsregels in privaatrechtelijke rechtsmiddelen lijken twee benaderingen tegenover elkaar te staan: een ondergeschiktheids- en een complementariteitsmodel.⁵³ In het geval van bijvoorbeeld privaatrechtelijke aansprakelijkheid gaat het dan om de invloed van die regels op de (invulling van) vereisten van aansprakelijkheid naar nationaal recht. Daarbij kan men denken aan: onrechtmatigheid, toerekenbaarheid, relativiteit, causaal verband en schade, of bijvoorbeeld criteria die bepalen of een

50. Zie ook hierover: Cherednychenko 2019; Cherednychenko 2015; Moloney 2014, p. 2014; Cherednychenko 2014; Moloney 2012, p. 416.

51. Cherednychenko 2014.

52. Cherednychenko 2012.

53. In meer detail over deze modellen in het kader van beleggingsdienstverlening: Wallinga 2020b, hoofdstuk 3. Zie in het algemeen: Cherednychenko 2022; Cherednychenko 2021, die drie modellen onderscheidt ter conceptualisering van de verhouding tussen gedragsnormen van EU-origine en nationaal privaatrechtelijke normen: scheiding, vervanging en complementariteit.

schadevordering is verjaard en of de aangezochte rechter rechtsmacht heeft op basis van de Brussel I-bis-Verordening of het commune IPR.

In het ondergeschiktheidsmodel zijn civiele rechters ertoe verplicht op basis van het nationale recht een privaatrechtelijke remedie toe te passen bij schending van de financiële duurzaamheidsregels van EU-origine. Volgens dit model hebben civiele rechters niet de vrijheid om bijvoorbeeld schadevorderingen af te wijzen omdat niet is voldaan aan de vereisten voor aansprakelijkheid in het nationale privaatrecht. Zo worden in het nationale privaatrecht ontwikkelde verplichtingen buitenspel gezet, doordat het in het privaatrecht vereiste gedrag van private partijen in hun onderlinge verhouding volledig wordt bepaald door sectorspecifieke regulering. In vergelijkbare zin mogen privaatrechtelijke aansprakelijkheidsvereisten, zoals het relativiteitsvereiste of het *conditio sine qua non*-verband tussen de normschending en de geleden schade, niet in de weg staan aan het aannemen van privaatrechtelijke aansprakelijkheid.⁵⁴ Aanhangers van het ondergeschiktheidsmodel zoeken steun bij het Unierechtelijke effectiviteitsbeginsel als grondslag voor de verplichting van civiele rechters om bij schending van gedragsregels te voorzien in privaatrechtelijke remedies.⁵⁵

In het daartegenover staande complementariteitsmodel wordt uitgegaan van de autonomie van nationale privaatrechtelijke normen ten opzichte van financieel toezichtrechtelijke gedragsregels van EU-origine. Dit betekent onder meer dat civiele rechters een vordering tot schadevergoeding wegens strijd met ongeschreven zorgvuldigheidnormen mogen *toewijzen* ook al is geen sprake van schending van een financiële duurzaamheidsregel, of een schadevordering mogen *afwijzen* omdat niet voldoen is aan het relativiteitsvereiste of omdat de belegger er naar het nationale procesrecht niet in slaagt het vereiste *conditio sine qua non*-verband te bewijzen. Dit uitgangspunt steunt onder meer op de gedachte dat het enkele feit dat het Europese financiële recht bijvoorbeeld activiteiten als vermogensbeheer of beleggingsadvies reguleert, niet betekent dat ook meteen alle aspecten van privaatrechtelijke handhaving worden geharmoniseerd.⁵⁶

Tegelijkertijd wordt in het complementariteitsmodel de behoefte erkend om civiele rechters rekening te laten houden met relevante gedragsregels van EU-origine bij de beoordeling of voldaan is aan nationaal privaatrechtelijke vereisten voor de toepassing van rechtsmiddelen, zoals schadevergoeding, ontbinding en vernietiging.

54. Busch 2018.

55. Busch 2018. Zie in meer algemene zin: Grundmann 2018; Tison 2010; Veil 2007. Het ondergeschiktheidsmodel lijkt te zijn gestoeld op dezelfde redenering als waarop het HvJ EU de noodzaak van privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht heeft gebaseerd in de arresten *Courage/Crehan* en *Manfredi*. HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage/Crehan*); HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461 (*Manfredi*). Hoewel deze benadering is ontwikkeld op het gebied van het mededingingsrecht, wordt zij ook daarbuiten toegepast in HvJ EG 17 september 2002, C-253/00, ECLI:EU:C:2002:497 (*Muñoz*).

56. Dit argument raakt aan de discussie over het toepassingsbereik van Uniewetgeving. Zie hierover in meer detail en inclusief verdere verwijzingen: Wallinga 2020b, par. 3.3.2; Wallinga 2019, par. 2.2. Zie in meer algemene zin: Schutze 2018, p. 570.

Een eerste verklaring voor (dit aspect van) het complementariteitsmodel is dat handhaving van het Unierecht afhankelijk is van de medewerking van nationale rechters in hun hoedanigheid van Unierechter.⁵⁷ Als op EU-niveau een bepaald doel wordt gesteld, zoals het tegengaan van klimaatverandering, dan kan van civiele rechters worden verwacht dat zij zich zo veel mogelijk inspinnen om dat te bereiken.⁵⁸ Een tweede verklaring is dat rechters te veel discrepantie tussen nationaal privaatrecht en financieel toezichtrecht willen voorkomen, gelet op hun verantwoordelijkheid om de eenheid en werkbaarheid van het nationale rechtssysteem te waarborgen.⁵⁹ Dit geldt in het bijzonder voor hoogste rechtscolleges zoals de Hoge Raad.

Keuze voor complementariteitsmodel ligt voor de hand

Het grote verschil tussen beide modellen is de *mate* en *manier* van doorwerking van sectorspecifieke regulering in privaatrechtelijke verhoudingen. In het ondergeschiktheidsmodel zijn civiele rechters verplicht de financiële duurzaamheidsregels toe te passen en daarbij, zo nodig, voorbij te gaan aan de vereisten voor toepassing van privaatrechtelijke remedies volgens het nationale recht. In dit model heeft het Europese recht, zoals Hijma verwoordt en Jansen uitwerkt in zijn oratie, dus een ‘stoomwalseffect’: ‘het gegeven dat een Europese regel is overtreden, weegt dermate zwaar, dat het reguliere tegengewichten en relativeringen verpulvert en op een welhaast ongeremde sanctionering afkoerst’.⁶⁰

In het complementariteitsmodel ‘faciliteren’ vereisten van privaatrechtelijke remedies de doorwerking van de financiële duurzaamheidsregels in het nationale privaatrecht.⁶¹ Volgens dit model kunnen civiele rechters op zoek naar de beste manier om de financiële duurzaamheidsregels en de daaraan ten grondslag liggende doelstellingen in te werken in het systeem van het nationale privaatrecht. Daarbij houden civiele rechters de vrijheid om af te wijken van financieel toezichtrechtelijke gedragsregels en om privaatrechtelijke vereisten zo toe te passen dat recht wordt gedaan aan de specifieke omstandigheden van het geval. Het Europese recht heeft in dit model dus meer de functie van wat Jansen omschrijft een ‘wegbereider, die nieuwe wegen blootlegt waarlangs het nationale recht actuele maatschappelijke problemen te lijf kan gaan’.⁶² Vanuit het perspectief van het vermogen van het nationale privaatrecht om rechtvaardige oplossingen te realiseren

57. Schütze 2018, p. 351; Sieburgh 2011, p. 228; Prechal 2006.

58. Vergelijk art. 4 lid 3 TEU. Zie ook over de ondersteunende rol van privaatrechtelijke rechtsmiddelen bij het waarborgen van de effectiviteit van het Unierecht: Sieburgh 2013, p. 1186; Sieburgh 2012, p. 300 en 301.

59. In vergelijkbare zin: Sieburgh 2011, p. 232; Wissink 1999, p. 6.

60. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*Lindorff/Nazier*), NJ 2017/282 m.nt. Jac. Hijma, onder 20; Jansen 2022.

61. Vergelijk wat Hartkamp aanduidt met de term ‘indirecte horizontale werking’: Hartkamp 2019, p. 18 en 42; Sieburgh 2014, p. 469.

62. Jansen 2022, par. 3.

en het vermogen om zich door te ontwikkelen verdient het complementariteitsmodel de voorkeur boven het ondergeschiktheidsmodel.⁶³

Bij het conceptualiseren van de doorwerking van de financiële duurzaamheidsregels ligt de keuze voor het complementariteitsmodel ook vanuit een Unierechtelijk perspectief voor de hand. De harmonisatiereikwijdte van de sectorspecifieke regulering waarin de duurzaamheidsregels zijn opgenomen en wat van lidstaten kan worden verwacht op basis van het Unierechtelijk effectiviteitsbeginsel, bieden belangrijke aanknopingspunten.⁶⁴

Lidstaten zijn vrij om de aspecten die buiten de harmonisatiereikwijdte vallen, zelf vorm te geven.⁶⁵ Er zijn belangrijke aanwijzingen dat de harmonisatiereikwijdte van de Transparantieverordening, de Taxonomieverordening en MiFID II zich niet uitstrekt tot de vereisten voor het toepassen van privaatrechtelijke remedies.⁶⁶ De rechtskaders zijn namelijk ontworpen vanuit het perspectief van publiekrechtelijke handhaving door toezichthouders aan de hand van een toezichtrechtelijk instrumentarium. MiFID II en de Transparantieverordening verplichten lidstaten tot het aanwijzen van publieke autoriteiten voor het uitvoeren van de in de richtlijn geformuleerde taken en die autoriteiten uit te rusten met de noodzakelijke bestuursrechtelijke bevoegdheden.⁶⁷ De Taxonomieverordening verwijst voor wat betreft de handhaving naar de Transparantieverordening.⁶⁸

De rechtskaders zwijgen over handhaving van de duurzaamheidsregels door middel van privaatrechtelijke remedies. Bij MiFID II is dit zwijgen oorverdovend. Het was uitdrukkelijk niet de bedoeling van de Uniewetgever om het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht te harmoniseren. In de aanloop naar MiFID II merkte de EC terecht op dat voorganger MiFID niet voorzag in privaatrechtelijke handhaving bij schending van gedragsregels. De EC verzocht daarom om input over de wenselijkheid van het opnemen van een '*principle of civil liability*' in MiFID II.⁶⁹ Dit beginsel dat handhaving van de gedragsregels door middel van privaatrechtelijke aansprakelijkheid binnen het harmonisatiebereik van MiFID II zou hebben gebracht, is echter door de Raad en het Europees Parlement verworpen en heeft het uiteindelijk dus niet gehaald.

63. Vergelijk Cherednychenko 2021, p. 151, i.h.b. p. 153 e.v.

64. Zie in meer detail en voor meer relevante aanwijzingen bij het conceptualiseren van de verhouding tussen Europeesrechtelijke gedragsregels en privaatrechtelijke handhaving: Wallinga 2020b, hoofdstuk 3; Wallinga 2020a, par. 3.

65. Die reikwijdte bepaalt het gebied dat wordt beheerst door een Europese richtlijn of verordening: Schütze 2018, p. 570.

66. Zie over de mogelijke doorwerking van de Transparantieverordening en Taxonomieverordening ook: De Galan & Pijls 2022. De Taxonomieverordening lijkt overigens geen eigen toezichts- en handhavingsbevoegdheden te bevatten, maar aan te sluiten bij de Transparantieverordening.

67. Art. 67 en 69 MiFID II; art. 14 Transparantieverordening.

68. Art. 21 Taxonomieverordening.

69. EC, 'Public Consultation. Review of the Markets in Financial Instruments (MIFID)', Brussel: 8 december 2010, p. 63.

De vraag is daarnaast of de maatstaf van voldoende effectieve rechtsbescherming in het kader van de financiële duurzaamheidsregels verlangt dat beleggers een rechtsmiddel moeten kunnen ontlenen aan het privaatrecht bij schending van deze regels. Effectiviteit meer in het algemeen (*effet utile*) zou de grondslag kunnen vormen voor de verplichting om te voorzien in een nationaal privaatrechtelijke remedie bij schending van de financiële duurzaamheidsregels.⁷⁰ Het recht op een effectief rechtsmiddel op basis van het beginsel van effectieve rechtsbescherming (art. 47 EU-Handvest en art. 19 lid 1 VEU) zou ook een grondslag kunnen vormen voor een dergelijke verplichting.⁷¹ De nadruk op publiek toezicht en bestuursrechtelijke handhaving lijkt erop te wijzen dat de Uniewetgever met deze regulering niet heeft beoogd een recht te verlenen tot het instellen van privaatrechtelijke remedies. Het afwijzen van de *principle of civil liability* wijst sterk in de richting dat MiFID II in ieder geval niet strekt tot het in staat stellen van beleggers om privaatrechtelijke rechtsmiddelen te baseren op die richtlijn.⁷²

Daarnaast is het zo dat lidstaten verplicht zijn om te voorzien in de rechtsmiddelen die een *voldoende* niveau van bescherming realiseren, niet in de middelen die het *hoogst mogelijke* niveau garanderen.⁷³ Het Unierecht vereist niet noodzakelijkerwijze dat een partij op basis van het nationale privaatrecht aansprakelijk wordt gehouden tot het vergoeden van als gevolg van schending van Unierecht geleden schade.⁷⁴ Het is verder niet uitgesloten dat lidstaten voldoende effectiviteit kunnen bieden door te zorgen voor een adequate werking zowel van bestuursrechtelijke handhaving door de bevoegde toezichthouder, en die toezichthouder uit te rusten met de bevoegdheid tot schadeloosstelling, als van handhaving door middel van alternatieve geschilbeslechting. Tegelijkertijd lijdt het geen twijfel dat handhaving door middel van het kunnen instellen van een privaatrechtelijke remedie in beginsel zou kunnen bijdragen aan de effectiviteit van de EU-duurzaamheidsregels.⁷⁵ Ook bezien vanuit het perspectief van effectiviteit van het Unierecht ligt de keuze voor het complementariteitsmodel dus voor de hand.

De doorwerking van de financiële duurzaamheidsregels in privaatrechtelijke rechtsmiddelen kan daarmee het beste worden begrepen volgens het complementariteitsmodel. Dit betekent dat civiele rechters – binnen de grenzen gesteld door

70. Zie o.m. HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage/Crehan*), r.o. 26.

71. Voor het eerst geformuleerd in HvJ EG 15 mei 1986, C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206 (*Johnston*). Over de verhouding tussen effectiviteit meer in het algemeen (*effet utile*) en het beginsel van effectieve rechtsbescherming zie Krommendijk 2016; Prechal & Widdershoven 2011.

72. Dat MiFID II de inzet van handhaving door middel van alternatieve geschilbeslechting ter vervanging van privaatrechtelijke handhaving door middel van aansprakelijkheid voor schade, wijst in dezelfde richting: art. 75 MiFID II.

73. Cafaggi & Iamiceli 2017, p. 578.

74. Zie meer uitgebreid: Sieburgh 2014.

75. Zie in het algemeen over de handhavende werking van het privaatrecht: Kortmann & Sieburgh 2009.

het effectiviteits- en gelijkwaardigheidsbeginsel⁷⁶ – in beginsel vrij zijn in hoe zij privaatrechtelijke handhaving van EU-duurzaamheidsregels vormgeven, maar dat van ze kan worden verwacht dat zij rekening houden met die duurzaamheidsregels bij bijvoorbeeld het vaststellen van de vereiste mate van zorg van een financiële dienstverlener of het al dan niet verlichten van de bewijslast bij bewijs van causaal verband.

Privaatrechtelijke remedies voor schending van financiële duurzaamheidsregels

Uitgebreid rechtsmiddelenmenu

Het Nederlandse privaatrecht biedt een uitgebreid menu aan rechtsmiddelen die beleggers in staat kunnen stellen om een beroep te doen op de financiële duurzaamheidsregels in de privaatrechtelijke verhouding met de financiële dienstverlener. In de behoefte om bij te dragen aan het tegengaan van klimaatverandering zou de duurzame belegger niet langer genoeg kunnen nemen met compensatie. Deze beleggers zouden bijvoorbeeld een lager rendement en/of meer risico kunnen accepteren in ruil voor meer duurzame beleggingen. Deze beleggers, die het te doen is om de duurzaamheid van een investering, zullen daarom minder interesse kunnen hebben in de ‘gebruikelijke’ remedie van schadevergoeding om misgelopen rendementen of gerealiseerde verliezen te compenseren, maar juist op zoek kunnen zijn naar manieren om af te komen van een onvoldoende duurzaam financieel product. Ontbinding en vernietiging bieden die mogelijkheid.

Ontbinding en vernietiging bieden nog een ander voordeel. Anders dan misgelopen rendementen of geleden verlies zou gebrekkige duurzaamheid zich nog niet zo eenvoudig kunnen laten uitdrukken in vermogensschade.⁷⁷ Schade is geen vereiste voor een succesvol beroep op ontbinding. En (ook) vernietiging lijkt beleggers de kans te bieden om lastig te voeren discussies over (de vaststelling van) schade in meer of mindere mate te omzeilen.⁷⁸ Ontbinding en vernietiging zouden dus uitkomst kunnen gaan bieden in financiële geschillen over gebrekkige duurzaamheid van financiële producten.

Aan de andere kant: duurzaamheid kan in sommige gevallen worden beschouwd als onderdeel van de dienstverlening waar de belegger voor betaalt. Denk bijvoorbeeld aan op duurzaamheid gericht vermogensbeheer of beleggingsadvies. Die dienstverlening zal dan op geld waardeerbaar zijn. Het valt niet in te zien waarom

76. HvJ EG 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188, r.o. 5 (*Rewe-Zentralfinanz*); HvJ EG 16 december 1976, C-45/76, ECLI:EU:C:1976:191, r.o. 16 (*Comet*). Zie in meer detail over de invloed van het effectiviteitsbeginsel op de doorwerking van EU-beleggersbeschermingsregels in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen: Wallinga 2020b, par. 3.3.4; Wallinga 2020a, par. 2.3.

77. Zie daarover ook: Haentjens & Ohnesorge 2021.

78. Dat zal er uiteindelijk ook van afhangen of de door Hoge Raad in de rentederivatenproblematiek geformuleerde afwikkelingsmechanismen deze discussie vergemakkelijken: HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1500; HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499; HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046. Zie in meer detail: Wallinga 2020c.

de belegger geen aanspraak zou kunnen maken op de vergoeding of teruggave van kosten voor – naar achteraf blijkt – gebrekkige dienstverlening. In het verlengde daarvan: het leveren van een bijdrage aan het tegengaan van klimaatverandering kan ook de reden zijn geweest dat de belegger een bepaald financieel product heeft aangekocht. Indien dat product vervolgens niet duurzaam blijkt, dan zou het bedrag dat de belegger voor het product heeft betaald, ook gezien kunnen worden als vermogensschade.

De verschillende privaatrechtelijke rechtsmiddelen bespreek hierna met aandacht voor de manier waarop gebruik kan worden gemaakt van de duurzaamheidsregels bij de inzet van rechtsmiddelen.

Schadevergoeding

Het privaatrecht biedt kortgezegd twee manieren om financiële dienstverleners aansprakelijk te houden voor schending van financiële duurzaamheidsregels: aansprakelijkheid wegens schending van een ongeschreven zorgplicht en wegens niet-naleving van een wettelijke plicht. De eerste categorie stelt beleggers in staat om te betogen dat een financiële dienstverlener de op hem rustende zorgplicht heeft geschonden vanwege schending van (de implementatie van) de financiële duurzaamheidsregels. Deze manier van doorwerking van toezichtrechtelijke gedragsregels in het privaatrecht zien we terug in de wisselwerking tussen de door de Hoge Raad geformuleerde bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners (zie hierna) en de in het financiële toezichtrecht opgenomen gedragsregels.⁷⁹ Beleggers gebruiken schending van deze bijzondere zorgplicht als grondslag voor hun vordering tot schadevergoeding op basis van wanprestatie (art. 6:74 BW) of onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).

Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad functioneren de gedragsregels als gezichtspunten bij het vaststellen van de inhoud en reikwijdte van de bijzondere zorgplicht.⁸⁰ Toezichtrechtelijke gedragsregels zijn dus – in overeenstemming met het complementariteitsmodel – niet uitputtend, maar wel degelijk van belang bij het bepalen van de mate van zorg die op basis van het privaatrecht wordt verwacht. Doordat deze regels relevante factoren zijn bij het invullen van ongeschreven zorgplichten, kunnen beleggers een vordering tot schadevergoeding uit wanprestatie of onrechtmatige daad onderbouwen met een beroep op schending van de financiële duurzaamheidsregels.

79. Zie inclusief verdere literatuurverwijzingen over de bijzondere zorgplicht en de wisselwerking met het financiële toezichtrecht: M.W. Wallinga, 'De bijzondere zorgplicht: de looper van het verbintenissenrecht op financieel gebied?', *WPNR* 2016/7116.

80. In meer detail: Wallinga 2014. De Hoge Raad heeft deze visie op de wisselwerking omarmd in jurisprudentie over de aansprakelijkheid van banken bij kredietverstrekking en van verzekeraars bij verzekeringsdienstverlening: HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:166 (*Vereniging Woekerpolis.nl/Nationale-Nederlanden*); HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, r.o. 3.4.2; HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.5 (*SNS/Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie W&P*).

Buitencontractuele aansprakelijkheid wegens strijd met een wettelijke plicht (art. 6:162 lid 2 BW) biedt een meer directe manier van handhaving van de financiële duurzaamheidsregels. Hierbij is de invloed van die regels op privaatrechtelijke aansprakelijkheid niet afhankelijk van het bestaan van een ongeschreven zorgplicht. Het relativiteitsvereiste kan deze directe invloed op de buitencontractuele aansprakelijkheid van financiële dienstverleners beperken (art. 6:163 BW).⁸¹ Op basis van dit vereiste leidt schending van de gedragsregels alleen tot aansprakelijkheid wanneer de regel beoogt de belangen van de belegger te beschermen tegen de schade zoals de belegger die heeft geleden en de wijze waarop die schade is ingetreden. Dat een financieel-toezichtrechtelijke regel bepaald gedrag verlangt van een financiële dienstverlener tegenover een belegger, betekent niet automatisch dat de regel deze belegger beoogt te beschermen tegen de verliezen waarvan hij of zij vergoeding vordert.⁸²

Volgens het complementariteitsmodel zouden beleggers gebruik kunnen maken van de doelstelling die de Uniewetgever nastreeft met de duurzaamheidsregels om de horde die vereisten opwerpen voor privaatrechtelijke rechtsmiddelen eenvoudiger te nemen. Neem als voorbeeld het relativiteitsvereiste. Op het eerste gezicht ligt het niet voor de hand dat beleggers duurzaamheidsoverwegingen zouden kunnen gebruiken om eenvoudiger te voldoen aan dat vereiste. De financiële duurzaamheidsregels staan in het teken van het tegengaan van klimaatverandering. De regels strekken dus tot het bijdragen aan de oplossing van een maatschappelijk probleem dat de individuele belangen van de belegger overstijgt. Maar als men de financiële duurzaamheidsregels nader beschouwt, dan valt daar wel een aanwijzing in te herkennen dat de regels beleggers zelf ook (een vorm van) bescherming beogen te bieden. Met de informatie die financiële dienstverleners enerzijds moeten verstrekken over de duurzaamheid van financiële producten en anderzijds moeten inwinnen over de duurzaamheidsvoorkeuren van hun klanten, is bedoeld om beleggers in staat te stellen om goed geïnformeerde beslissingen te nemen over geschikte, duurzame beleggingen. Deze bescherming door informatieverstrekking geeft een aanwijzing voor de beschermingsomvang van de financiële duurzaamheidsregels waarop beleggers een vordering tot schadevergoeding kunnen baseren via strijd met een wettelijke plicht. Volgens de complementariteitsbenadering zou van civiele rechters kunnen worden verlangd dat zij acht slaan op die beschermingsstrekking bij het toepassen van het relativiteitsvereiste in individuele geschillen.

Daarnaast kunnen particuliere beleggers een schadevordering wegens schending van financiële duurzaamheidsregels baseren op de implementatie van de Richtlijn

81. Zie ook HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7320 (*Nabbe/Staalbankiers*).

82. *Nabbe/Staalbankiers*, r.o. 3.7. Deze lastigheid kan verklaren waarom beleggers in de praktijk toch minder gebruik lijken te maken van dit mechanisme en doorgaans een beroep doen op schending van de bijzondere zorgplicht waarmee deze moeilijkheden worden omzeild.

oneerlijke handelspraktijken (Richtlijn OHP).⁸³ Het verschaffen van misleidende informatie (art. 6:193c BW) of het niet-verschaffen van informatie die nodig is voor het nemen van een goed geïnformeerde beleggersbeslissing (art. 6:193d BW) levert een misleidende handelspraktijk en daarmee een onrechtmatige daad op.

Het verstrekken van onvoldoende informatie over hoe duurzaamheidsrisico's zijn geïntegreerd in de beleggingsdienstverlening of hoe die risico's zich verhouden tot het rendement van de investering, lijkt een grondslag te kunnen vormen voor een misleidende omissie. Het niet uitvoeren van de geschiktheidstoets door onvoldoende informatie in te winnen over de duurzaamheidsvoorkeuren, kan ook worden gezien als een misleidende handelspraktijk. Het feit dat vanwege het niet achterhalen van de duurzaamheidsvoorkeuren de financiële dienstverlener niet in staat is een duurzame belegging aan te bevelen die overeenstemt met die voorkeuren, kan worden beschouwd als informatie die een belegger nodig heeft om een weloverwogen beleggingsbeslissing te nemen. Het verzwijgen van die informatie kan dan ook worden uitgelegd als een misleidende omissie. Het fenomeen van *greenwashing* lijkt bij uitstek te passen binnen het concept van het verstrekken van misleidende informatie.⁸⁴

Door de Richtlijn OHP te implementeren als verschijningsvorm van de onrechtmatige daad, heeft de Nederlandse wetgever – zonder daartoe verplicht te zijn – het privaatrecht aangewezen als primair handhavingssysteem voor de in de richtlijn opgenomen gedragsnormen.⁸⁵ Het onrechtmatigedaadsrecht dient daarmee te voorzien in passende en doeltreffende middelen om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan.⁸⁶ Dit kan gevolgen hebben voor het beoordelen of is voldaan aan de vereisten voor schadevergoeding. Met het oog op het realiseren van de effectiviteit van de richtlijn zouden civiele rechters gehouden kunnen zijn om bijvoorbeeld eerder relativiteit aan te nemen of de belegger tegemoet te komen in lastigheden bij het bewijs van causaal verband bij een beroep op de Regeling OHP.

Ontbinding en vernietiging

Ontbinding vanwege wanprestatie en vernietiging op basis van dwaling of oneerlijke handelspraktijken bieden aanvullende manieren voor beleggers om een beroep te doen op schending van de financiële duurzaamheidsregels. Doorwerking van deze duurzaamheidsregels bij het toepassen van vernietiging vanwege een

83. Zie ook: Wallinga & Pijls 2018, par. 4.

84. De EC heeft deze voor de hand liggende koppeling tussen *greenwashing* en de Richtlijn OHP ook opgemerkt. In haar recente voorstel voor een richtlijn gericht op het versterken van de positie van consumenten voor de groene transitie worden diverse vormen van *greenwashing* aangewezen als verboden handelspraktijk: COM(2022) 143.

85. Zie ook: Wallinga & Pijls 2018, p. 19.

86. Art. 11 en 13 Richtlijn OHP.

oneerlijke handelspraktijk (art. 6:193j lid 3 BW)⁸⁷ vindt plaats op dezelfde manier als de doorwerking van die regels in schadevergoeding op basis van de Regeling OHP (zie hiervoor). De financiële duurzaamheidsregels werken daarnaast op dezelfde indirecte wijze door bij het beoordelen van de vereisten voor ontbinding als bij schadevergoeding vanwege schending van de bijzondere zorgplicht (zie hiervoor). Schending van de bijzondere zorgplicht die wordt ingevuld door de financiële duurzaamheidsregels, kan eveneens niet-nakoming opleveren waarop beleggers een vordering tot ontbinding kunnen baseren.

De financiële duurzaamheidsregels werken op een vergelijkbare indirecte manier door in het toepassen van het rechtsmiddel van vernietiging vanwege schending van de mededelingsplicht in het kader van dwaling. Die mededelingsplicht is mede afhankelijk van dezelfde gezichtspunten als die een rol spelen bij het bepalen van het bestaan en de inhoud van de bijzondere zorgplicht.⁸⁸ Bij het bepalen of naar verkeersopvattingen op de wederpartij een mededelingsplicht rust, gaat het ook om de mogelijke deskundigheid van die wederpartij. De vraag naar het bestaan en de inhoud van de mededelingsplicht is tot op zekere hoogte eveneens afhankelijk van de eventuele professionaliteit, deskundigheid en ervaring van de financiële dienstverlener tegenover (het gebrek daaraan bij) de belegger. De financiële duurzaamheidsregels kunnen dan ook op vergelijkbare wijze als bij de bijzondere zorgplicht doorwerken in het dwalingsleerstuk via de open norm van de verkeersopvattingen.⁸⁹

Ontbinding en vernietiging bieden beleggers de bij schadevergoeding ontbrekende mogelijkheid om de onvoldoende duurzame belegging terug te draaien. Zoals gezegd, kunnen beleggers in de behoefte om bij te dragen aan het tegengaan van klimaatverandering juist op zoek zijn naar een remedie om van een niet-duurzaam financieel product af te zijn. Daarin voorzien ontbinding en vernietiging. Ontbinding van de aanschaf van een investering roept een ongedaanmakingsverplichting in het leven (art. 6:271 BW). Dat geldt voor zowel de belegger als de financiële dienstverlener die bijvoorbeeld de investering in kwestie als meer duurzaam heeft verkocht aan de belegger dan waar blijkt te zijn. De financiële dienstverlener wordt verplicht tot terugbetaling van de aanvankelijke investering; de belegger tot teruggave van het financiële product. Vernietiging heeft terugwerkende kracht (art. 3:53 lid 1 BW). Daarmee ontvalt de titel van de koop van het onvoldoende duurzame financiële product. Vervolgens kan een vergelijkbaar resultaat worden bereikt als bij ontbinding. Op basis van onverschuldigde betaling kan de belegger een vorde-

87. Deze norm heeft inmiddels Unierechtelijke grondslag gekregen met toevoeging van art. 11bis aan de Richtlijn OHP door de Richtlijn (EU) 2019/2161 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 (Moderniseringsrichtlijn) (*PbEU* 2019, L 328/7). Zie ook: *Kamerstukken II* 2021/22, 35904, nr. 3 (MvT), p. 53.

88. Wallinga 2016; Castermans & Den Hollander 2012.

89. Wallinga 2020c, p. 187; Castermans & Den Hollander 2012, p. 570.

ring instellen tot terugbetaling van de investering in het financiële product en de financiële dienstverlener tot teruggave van het product (art. 6:203 BW).

Ongedaanmaking bij financiële producten heeft overigens nog wel wat (aanvullende) voeten in de aarde. Wat te doen bijvoorbeeld met rendementen die beleggers behaald hebben met een uiteindelijk onvoldoende duurzaam gebleken financieel product waarvan de aanschaf wordt teruggedraaid? Mogen beleggers die rendementen behouden, of zou de financiële dienstverlener die in mindering mogen brengen op de oorspronkelijk inleg die is betaald, bijvoorbeeld als gebruiksvergoeding op basis van ongerechtvaardigde verrijking? En, zo ja, onder welke voorwaarden? En wat te denken van beleggingen die inmiddels meer waard zijn geworden? Het is denkbaar dat de belegger niet wil dat de financiële dienstverlener de vruchten plukt van het teruggedraaien van de aanschaf van een onvoldoende duurzaam financieel product. Kan de belegger dan nog wat met de figuur van winstafdracht (art. 6:104 BW) en een vordering tot ongedaanmaking combineren met een vordering tot schadevergoeding ter hoogte van het bedrag van de waardevermeerdering van het financiële product?⁹⁰ Het antwoord op deze vragen kan overigens ook verschillen naar gelang de hoedanigheid van de partij die het rechtsmiddel inroept. De doelstelling van consumentenbescherming op EU-niveau gecombineerd met de verplichting voor lidstaten om te zorgen voor niet alleen voldoende effectieve en evenredige, maar ook afschrikwekkende sancties op niet-naleving van regulering van EU-origine kan een andere, meer consumentvriendelijke manier van afwikkeling dicteren.⁹¹ Daardoor kan bijvoorbeeld in sommige gevallen geen ruimte zijn voor het bij de belegger in rekening brengen van gebruiksvergoedingen of juist wel voor winstafdracht.

10.5 HYBRIDISERING VAN RECHTSMIDDELEN EN INSTRUMENTELE INZET VAN HET PRIVAATRECHT

Inmiddels lijkt de behoefte van burgers om zelf bij te dragen aan het tegengaan van klimaatverandering zich te vertalen in een toename van de interesse in duurzame beleggingen. Onder invloed van deze ontwikkeling kan een nieuwe generatie beleggers ontstaan die genoeg nemen met meer risico en/of lagere rendement in ruil voor meer duurzame beleggingen. Deze beleggers zouden zich anders kunnen gaan opstellen tegenover de financiële dienstverlener door eerder de financiële dienstverlener aan te spreken bij minder duurzame beleggingen en andere rechtsmiddelen in te willen zetten. Deze ontwikkeling zal vermoedelijk leiden tot meer aandacht voor de mogelijkheden die privaatrechtelijke handhaving te bieden heeft voor deze beleggers, waarbij zij in toenemende mate een beroep gaan doen op financiële duurzaamheidsregels van EU-origine.

90. Ik dank Gertjan Boekraad en Petra Vos voor de gesprekken over dit onderwerp.

91. Zie daarover ook: Pavillon 2020.

Het Nederlandse recht lijkt ruimte te kunnen bieden om financiële dienstverleners in civielrechtelijke zin verantwoordelijk te houden voor het leveren van een bijdrage aan het vergroenen van de kapitaalvoorziening. De handhavingsmogelijkheden van de financiële duurzaamheidsregels van EU-origine om daaraan bij te dragen, zijn er. In lijn met het complementariteitsmodel faciliteren de vereisten voor het toepassen van privaatrechtelijke rechtsmiddelen de doorwerking van deze duurzaamheidsregels in het nationale privaatrecht. De ‘hybridisering’ van rechtsmiddelen die daaruit ontstaat,⁹² kan beleggers in staat stellen om een beroep op uiteenlopende privaatrechtelijke rechtsmiddelen te baseren op schending van (implementatie van) de financiële duurzaamheidsregels.

Denk bijvoorbeeld aan een vordering tot schadevergoeding uit wanprestatie of onrechtmatige daad (al dan niet in combinatie met de Regeling OHP). Zo kunnen de financiële duurzaamheidsregels gezien worden als wetgeving, waarvan schending onrechtmatig is wegens strijd met een wettelijke plicht. De duurzaamheidsregels kunnen ook de inhoud inkleuren van (on)geschreven zorgvuldigheidsnormen zoals de bijzondere zorgplicht en het verbod op misleidende omissies. Beleggers kunnen ook rechtsmiddelen als ontbinding en vernietiging in stelling willen brengen. Die remedies stellen beleggers in staat om de aankoop van een – naar achteraf blijkt – niet of onvoldoende duurzaam financieel product terug te draaien. Beleggers kunnen een beroep op die rechtsmiddelen baseren op schending van de financiële duurzaamheidsregels. De hybridisering kan beleggers daarnaast in staat stellen om obstakels die andere vereisten mogelijk opwerpen voor het toepassen van privaatrechtelijke rechtsmiddelen te overwinnen. Denk daarbij aan het eenvoudiger voldoen aan het relativiteitsvereiste of het verlichten van de bewijslast bij bewijs van causaal verband. De invloed van de financiële duurzaamheidsregulering, en de daaraan ten grondslag liggende doelstelling van het tegengaan van klimaatverandering, kan ook doorwerken in wat kwalificeert als voor vergoeding in aanmerking komende vermogensschade of welke voordelen al dan niet in mindering moeten worden gebracht op schadevergoeding of bij ongedaanmaking. Privaatrechtelijke handhaving van de financiële duurzaamheidsregels heeft dus de potentie om een aanvullende rol te spelen bij het vergroenen van de kapitaalstromen.

Het is niet uitgesloten dat onder invloed van maatschappelijke ontwikkelingen de roep om een (nog) instrumentelere inzet van het privaatrecht, om het gedrag van financiële dienstverleners (en beleggers) te sturen door middel van privaatrechtelijke handhaving, de komende jaren aanzwelt. De tendens kan daarbij overhellen naar een door de Uniewetgever aan nationale lidstaten en civiele rechters opgelegde instrumentele inzet van privaatrechtelijke handhaving. Dat zou op verschillende manieren vormgegeven kunnen worden, variërend van een verplichting om

92. Zie over deze hybridisering van rechtsmiddelen inclusief verdere verwijzingen: Wallinga 2020b, par. 9.4.

door middel van bepaalde privaatrechtelijke rechtsmiddelen te voorzien in een minimumniveau van handhaving tot een volledig harmoniserend, Unierechtelijk handavingsregime neergelegd in sectorspecifieke regulering. Deze benadering kan bijdragen aan de effectiviteit van de regulering en aan de rechtszekerheid door (toe te werken naar) een (min of meer) uniform beschermingsniveau op basis van het nationale privaatrecht in de EU.

Maar er kleven ook belangrijke nadelen aan deze instrumentele inzet van het nationale privaatrecht. Zo wordt het verbintenissenrecht beroofd van de kenmerkende flexibiliteit om zich te plooiën naar de specifieke omstandigheden van het geval. Dit kan in de weg staan aan het vermogen van het verbintenissenrecht om zich door te ontwikkelen – waar vervolgens ook het Unierecht weer van kan leren – en ontnemt de civiele rechter de vrijheid om rechtvaardige oplossingen te realiseren. We moeten ook niet uit het oog verliezen dat de effectiviteit van de financiële duurzaamheidsregels om kapitaalstromen te sturen naar duurzame investeringen nog niet vaststaat. Zo worden er vraagtekens bij gezet of (vooral particuliere) beleggers in staat zijn om de concepten te begrijpen waarover financiële dienstverleners hen moeten uitvragen om hun voorkeuren op het gebied van duurzaamheid daadwerkelijk in kaart te brengen. Daarnaast ontbreekt het nog aan (betrouwbare) empirische data om met (voldoende) zekerheid vast te kunnen stellen welke investeringen duurzaam zijn volgens het huidige regelkader.

In het verlengde van deze effectiviteitszorgen zijn er ook (fundamentele) twijfels over het vermogen van de handhavende werking van het privaatrecht om gewenste maatschappelijke veranderingen teweeg te brengen.⁹³ Het is nog maar de vraag of en, zo ja, in welke mate we sturende effecten mogen verwachten van het *ex post* toepassen op basis van de specifieke omstandigheden van het geval van een privaatrechtelijk rechtsmiddel als schadevergoeding, ontbinding of vernietiging bij schending van een financiële duurzaamheidsregel in een verhouding tussen (in beginsel) twee privaatrechtelijke partijen. Het is niet ondenkbaar dat NGO's (daarom) grijpen naar het instrument van de collectieve actie (art. 3:305a BW). Zij kunnen bijvoorbeeld in een verbodsactie of een vordering tot verklaring voor recht duidelijkheid proberen te verkrijgen over het bestaan, de inhoud en de grenzen van de maatschappelijke verantwoordelijkheid van financiële dienstverleners om bij te dragen aan het tegengaan van klimaatverandering. Het ligt voor de hand dat partijen daarbij aan de hand van de financiële duurzaamheidsregulering de ongeschreven zorgvuldigheidsnormen van financiële dienstverleners proberen in te vullen.

Hoe dat ook zij, er zijn genoeg redenen voor de Nederlandse civilist om na dertig jaar Nieuw Burgerlijk Wetboek behoedzaam om te gaan met het zorgvuldig opgebouwde systeem van het nationale privaatrecht. De tendens naar een meer instru-

93. Uit een veelheid van literatuur verwijs ik (ook voor verdere verwijzingen) naar: Van Boom 2020, p. 220 e.v.

mentele inzet van privaatrechtelijke handhaving in de context van financiële duurzaamheidsregels in het tegengaan van klimaatverandering mag er niet toe leiden dat we kritiekloos het kind met het badwater weggooien – in ieder geval niet voordat we eerst hebben ingezet op strengere milieuwetgeving, belastingheffing en andere incentives van overheidswege waarvan de effectiviteit minder omstreden is.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

AFM 2020

AFM, 'Consument accepteert meer risico en lager rendement voor duurzame belegging', 1 september 2020, te raadplegen op afm.nl/~profmedia/files/nieuws/2020/september/artikel-onderzoek-consument-duurzame-belegging.pdf?la=nl-NL (laatst geraadpleegd op 4 oktober 2022).

Bloomberg 2022

Bloomberg, 'ESG by the Numbers: Sustainable Investing Set Records in 2021', 3 februari 2022, te raadplegen op: [bloomberg.com/news/articles/2022-02-03/esg-by-the-numbers-sustainable-investing-set-records-in-2021](https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-02-03/esg-by-the-numbers-sustainable-investing-set-records-in-2021) (laatst geraadpleegd op 4 oktober 2022).

Van Boom 2020

W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

Brussel I-bis-Verordening

Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 (*PbEU* 2012, L 351/1).

Busch 2018

D. Busch, 'De invloed van het Europese toezichtrecht op het Nederlands privaatrecht', *WPNR* 2018/7175.

Castermans & Den Hollander 2012

A.G. Castermans & P.W. den Hollander, 'Dwaling tussen privat- en publiekrecht', *WPNR* 2012/6940.

Cafaggi & Iamiceli 2017

F. Cafaggi & P. Iamiceli, 'The Principles of Effectiveness, Proportionality, and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law', *ERPL* 2017, afl. 3.

Cherednychenko 2012

O.O. Cherednychenko, 'Het private in het publiek recht: over de opmars van het financiële "toezichtprivaatrecht" en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht', *RM Themis* 2012, afl. 5.

Cherednychenko 2014

O.O. Cherednychenko, 'Public Supervision over Private Relationships: Towards European Supervision Private Law?', *ERPL* 2014, afl. 1.

Cherednychenko 2015

O.O. Cherednychenko, 'Public and Private Enforcement of European Private Law in the Financial Services Sector', *ERPL* 2015, afl. 4.

Cherednychenko 2019

O.O. Cherednychenko, 'EU Financial Regulation, Contract Law and Sustainable Consumer Finance', in: E. van Schagen & S. Weatherill (red.), *Better Regulation in EU Contract Law: the Fitness Check and the New Deal for Consumers*, Oxford: Hart 2019.

Cherednychenko 2020

O.O. Cherednychenko, 'Rediscovering the public/private divide in EU private law', *ELJ* 2020, afl. 1-2.

Cherednychenko 2021

O.O. Cherednychenko, 'Islands and the Ocean: Three Models of the Relationship between EU Market Regulation and National Private Law', *MLR* 2021, afl. 1.

Cherednychenko 2022

O.O. Cherednychenko, 'De verhouding tussen EU-marktregulering en nationaal privaatrecht', *RM Themis* 2022, afl. 4.

COM(2015) 63

Green Paper on Building a Capital Markets Union.

COM(2018) 097

Mededeling van de Commissie van 8 maart 2018 betreffende Actieplan: duurzame groei financiers (COM(2018) 097).

COM(2020) 590

Mededeling van de Commissie van 24 september 2020 betreffende een kapitaalmarktunie ten diensten van mengen en ondernemingen.

Commission Delegated Regulation 2022/1288

Commission Delegated Regulation (EU) 2022/1288 of 6 April 2022 (*PbEU* 2022, L 196/1).

Collins 1999

H. Collins, *Regulating contracts*, Oxford: OUP 1999.

Dow Jones 2022

Dow Jones, 'ESG Investment Expected to More Than Double in the Next Three Years New Research from Dow Jones Shows', 7 september 2022, te raadplegen op [dowjones.com/press-room/esg-investment-expected-to-more-than-double-in-the-next-three-years-new-research-from-dow-jones-shows](https://www.dowjones.com/press-room/esg-investment-expected-to-more-than-double-in-the-next-three-years-new-research-from-dow-jones-shows) (laatst geraadpleegd op 4 oktober 2022).

FD 2022a

Het Financieele Dagblad, 'Kernenergie en gas krijgen groen stempel van Europarlement', 6 juli 2022, te raadplegen op fd.nl/politiek/1444503/europarlement-heeft-geen-bezwaar-tegen-groen-stempel-voor-gas-en-kernenergie-ori2caDStWXU (laatst geraadpleegd op 4 oktober 2022);

FD 2022b

Het Financieele Dagblad, 'Brussel geeft gas en kernenergie groen keurmerk voor beleggers ondanks brede kritiek', 2 februari 2022, te raadplegen op fd.nl/politiek/1429036/brussel-geeft-gas-en-kernenergie-groen-keurmerk-voor-beleggers-ondanks-brede-kritiek (laatst geraadpleegd op 4 oktober 2022)

FD 2022c

Het Financieele Dagblad, 'Amerikaanse beurswaakhond beboet BNY Mellon om loze ESG-beloften', 24 mei 2022, te raadplegen op fd.nl/financiele-markten/1440471/amerikaanse-beurswaakhond-beboet-bny-mellon-om-loze-esg-beloften (laatst geraadpleegd op 4 oktober 2022).

FD 2002d

Het Financieele Dagblad, 'Inval bij Deutsche Bank en dochter wegens greenwashing', 31 mei 2022, te raadplegen op fd.nl/financiele-markten/1441125/inval-bij-deutsche-bank-en-dochter-wegens-greenwashing (laatst geraadpleegd op 4 oktober juli 2022).

Franx 2017

J.P. Franx, *Prospectusaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en contract*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

De Galan & Pijls 2022

R.M. de Galan & A.C.W. Pijls, 'Het civiel effect van de Taxonomie- en Transparantieverordening', *TvOB* 2022, afl. 1.

Gedelegeerde taxonomieverordening Klimaat

Gedelegeerde Verordening (EU) 2021/2139 van de Commissie van 4 juni 2021 tot aanvulling van Verordening (EU) 2020/852 van het Europees Parlement en de Raad door technische screeningcriteria vast te stellen om de voorwaarden te bepalen waaronder een specifieke economische activiteit kan worden aangemerkt als substantieel bijdragend aan de mitigatie van klimaatverandering of de adaptatie aan klimaatverandering, en om uit te maken of die economische activiteit niet ernstig afbreuk doet aan een van de andere milieudoelstellingen (*PbEU* 2021, L 442).

Gedelegeerde verordening 2021/1253

Gedelegeerde verordening (EU) 2021/1253 van de Commissie tot wijziging van Gedelegeerde verordening (EU) 2017/565 wat betreft integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in bepaalde organisatorische vereisten en voorwaarden voor de bedrijfsvoering voor beleggingsondernemingen (*PbEU* 2021, L 277/1).

Gedelegeerde verordening 2022/1214

Gedelegeerde verordening (EU) 2022/1214 van de Commissie van 9 maart 2022 tot wijziging van Gedelegeerde verordening (EU) 2021/2139 wat betreft economische activiteiten in bepaalde energiesectoren en Gedelegeerde verordening (EU) 2021/2178 wat betreft specifieke openbaarstellingen voor die economische activiteiten (*PbEU* 2022, L 188/1).

Grundmann 2017

S. Grundmann, 'Privatrecht und Regulierung', in: H. Grigoleit & J. Petersen (red.), *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert. Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*, Berlin: De Gruyter 2017.

Grundmann 2018

S. Grundmann, 'Das grundlegend reformierte Wertpapierhandelsgesetz – Umsetzung von MiFID II (Conduct of Business im Kundenverhältnis)', *ZBB* 2018, afl. 1.

Haentjens & Ohnesorge 2021

M. Haentjens & L.G.L. Ohnesorge, 'Privaatrecht als regulering: civiele handhaving van de Transparantieverordening', *FR* 2021, afl. 8-9.

Hartkamp 2019

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

High-Level Expert Group on Sustainable Finance

High-Level Expert Group on Sustainable Finance, 'Financing a Sustainable European Economy. Final report 2018', Brussel: 31 januari 2018.

IPCC 2022

IPCC, 'Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change', 4 april 2022, te raadplegen op report.ipcc.ch/ar6wg3/pdf/IPCC_AR6_WGIII_FinalDraft_FullReport.pdf (laatst geraadpleegd op 30 oktober 2022).

Jansen 2010

K.J.O. Jansen, 'De eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument', *WPNR* 2010/6853.

Jansen 2022

K.J.O. Jansen, *Stoomwals en wegbereider. Hoe Europa ons aansprakelijkheidsrecht beïnvloedt* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2022.

Janssen 2017

I.P.M.J. Janssen, *De civielrechtelijke zorgplicht van de beleggingsdiensterlener jegens de niet-particuliere cliënt* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Katan 2021

B.M. Katan, 'Ieder het hare. Enkele opmerkingen bij het klimaatvonnis tegen Shell', *Ondernemingsrecht* 2021, afl. 15.

Kortmann & Sieburgh 2009

J.S. Kortmann & C.H. Sieburgh, 'Handhaving door het Nederlands privaatrecht', in: A. Scheltema e.a., *Toezicht op de financiële markt en de energiemarkt. Staatsgeheimen en het strafproces. Rechtshandhaving door het privaatrecht* (Preadviezen Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Krommendijk 2016

J. Krommendijk, 'Is there light on the horizon? The distinction between "Rewe effectiveness" and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after *Ori-zzonte*', *CMLR* 2016, afl. 5.

Micklitz 2009

H.-W. Micklitz, 'The visible hand of European regulatory private law – the transformation of European private law from autonomy to functionalism in competition and regulation', *YEL* 2009, afl. 3.

MiFID II

Richtlijn 2014/65/EU van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten (*PbEU* 2014, L 173/349).

Moloney 2012

N. Moloney, 'Liability of asset managers: a comment', *CMLJ* 2012, afl. 4.

Moloney 2014

N. Moloney, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, Oxford: OUP 2014, p. 121.

Ohnesorge 2022

L. Ohnesorge, 'De Europese sustainable-finance-regelgeving: beleggersbescherming, efficiëntie en verduurzaming', *AA* 2022/586.

Pavillon 2020

C.M.D.S. Pavillon, *Geen loterij zonder nieten*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

Poelzig 2015

D. Poelzig, 'Private enforcement im deutschen und europäischen Kapitalmarktrecht', *ZGR* 2015, afl. 6.

Prechal 2006

S. Prechal, 'National Courts in EU Judicial Structures', *YEL* 2006, afl. 1.

Prechal & Widdershoven 2011

S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, 'Redefining the Relationship between 'Rewe-effectiveness and Effective Judicial Protection', *REALaw* (4) 2011, afl. 2.

Prospectusrichtlijn

Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 (*PbEU* 2003, L 345/64).

Prospectusverordening

Verordening (EU) 2017/1129 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 (*PbEU* 2017, L 168/12).

Reuters 2021

Reuters, 'Sustainable investments account for more than a third of global assets', 19 juli 2021, te raadplegen op reuters.com/business/sustainable-business/sustainable-investments-account-more-than-third-global-assets-2021-07-18/ (laatst geraadpleegd op 4 oktober 2022).

Schmid 2005

C. Schmid, 'The instrumentalist conception of the *Acquis Communautaire* in consumer law and its implications on a European contract law code', *ERCL* 2005/2.

Schütze 2018

R. Schütze, *European Constitutional Law*, Cambridge: CUP 2018.

De Serière 2018

V.P.G. de Serière, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IV. Effectenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

De Serière

V.P.G. de Serière, 'Het spanningsveld tussen het Europese toezichtrecht en het burgerlijk recht: de Unierechtelijke dimensie van de zorgplicht in de financiële sector', *WPNR* 2021/7342.

Sieburgh 2011

C.H. Sieburgh, 'Legitimiteit van de confrontatie van Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine', in: W.J.M. Voermans, M.J. Borgers & C.H. Sieburgh, *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Preadviezen NJV), Deventer: Kluwer 2011.

Sieburgh 2012

C.H. Sieburgh, 'Principles in Private Law: From Luxury to Necessity – Multi-layered Legal Systems and the Generative Force of Principles', *ERPL* 2012, afl. 2.

Sieburgh 2013

C.H. Sieburgh, 'A Method to Substantively Guide the Involvement of EU Law in Private Law Matters', *ERPL* 2013, afl. 5/6.

Sieburgh 2014

C.H. Sieburgh, 'EU Law and Non-Contractual Liability of the Union, Member States and Individuals', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *The Influence of EU Law on National Private Law*, Deventer: Kluwer 2014.

Shell 2021

Shell, 'Shell bevestigt hoger beroep in klimaatzaak', 20 juli 2021, te raadplegen op [shell.nl/media/persberichten/media-releases-2021/shell-bevestigt-hoger-beroep-in-klimaatzaak.html](https://www.shell.nl/media/persberichten/media-releases-2021/shell-bevestigt-hoger-beroep-in-klimaatzaak.html) (laatst geraadpleegd op 4 oktober 2022).

Smits 1938

P.H. Smits, 'Iets over de vraag der relativiteit van de onrechtmatigheid bij onrechtmatige daad in verband met de door den Hoogen Raad onderscheiden onrechtmatigheidsvormen', *WPNR* 1938/3587.

Taxonomieverordening

Verordening (EU) 2020/852 van 18 juni 2020 betreffende de totstandbrenging van een kader ter bevordering van duurzame beleggingen en tot wijziging van Verordening (EU) 2019/2088 (*PbEU* 2020, L 198).

Tison 2010

M. Tison, 'The civil law effects of MiFID in a comparative law perspective', in: S. Grundmann e.a. (red.), *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag*, Berlin: De Gruyter 2010.

Transparantieverordening

Verordening (EU) 2019/2088 van 27 november 2019 betreffende informatieverstopping over duurzaamheid in de financiële dienstensector (*PbEU* 2019, L 317).

UNEP 2020

UNEP, 'Emissions Gap Report 2020', 9 december 2020.

Veil 2007

R. Veil, 'Anlageberatung im Zeitalter der MiFID – Inhalt und Konzeption der Pflichten und Grundlagen einer zivilrechtlichen Haftung', *WM* 2007/39.

Wallinga 2014

M.W. Wallinga, 'Financiële dienstverlening, publiekrechtelijke gedragsregels en privaatrechtelijke normstelling: lessen uit Duitsland en Europa', *NTBR* 2014/35.

Wallinga 2016

M.W. Wallinga, 'De bijzondere zorgplicht: de loper van het verbintenissenrecht op financieel gebied?', *WPNR* 2016/7116.

Wallinga 2019

M.W. Wallinga, 'Why MiFID & MiFID II Do (not) Matter to Private Law: Liability to Compensate for Investment Losses for Breach of Conduct of Business Rules', *ERPL* 2019, afl. 3.

Wallinga 2020a

M.W. Wallinga, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid bij schending MIFID II: complementariteit en beleggersbescherming', *SEW* 2020, afl. 1.

Wallinga 2020b

M.W. Wallinga, *EU Investor Protection Regulation and Liability for Investment Losses. A Comparative Analysis of the Interplay between MiFID & MiFID II and Private Law*, Springer 2020.

Wallinga 2020c

M.W. Wallinga, 'Dwaling in de rentederivatenproblematiek: de verhouding tussen mededeingsplicht en waarschuwingsplicht', *NTBR* 2020, afl. 6.

Wallinga & Pijls 2018

M.W. Wallinga & A.C.W. Pijls, 'De wisselwerking tussen Europees financieel toezichtrecht en nationaal privaatrecht', *RM Themis* 2018, afl. 1.

Wijnberg 2020

R. Wijnberg, 'Waarom klimaatverandering een pandemie in slow motion is (en wat we daarvan kunnen leren)', *De Correspondent* 7 mei 2020.

Wissink 1999

M.H. Wissink, 'De invloed van Europese richtlijnen op het Nederlandse privaatrecht', *NTBR* 1999, afl. 1.

World Economic Forum 2022

World Economic Forum, 'How sustainable investing will become the norm', 2 februari 2022, te raadplegen op [weforum.org/agenda/2022/02/sustainable-investing-esg-finance-future-norm/](https://www.weforum.org/agenda/2022/02/sustainable-investing-esg-finance-future-norm/) (laatst geraadpleegd op 4 oktober 2022).

DEEL V

KLASSIEKE LEERSTUKKEN EN EEN OUD
BW: FIT FOR PURPOSE?

HET COMMERCIËLE CONTRACTENRECHT MOET EENVOUDIGER EN VOORSPELBAARDER

Harriët Schelhaas en Tycho de Graaf

11.1 DE COMMERCIËLE CONTRACTANT IN HET BW

Het BW ging in 1992 uit van een vrij eenzijdig beeld bij de duiding van contractspartijen: een partij is consument, dus niet handelende in de uitvoering van zijn beroep of bedrijf, of hij is een professioneel handelende partij. In het eerste geval viel de consument-contractant een groot aantal beschermingsmechanismen ten deel. In het tweede geval, wanneer professionele partijen contracteren, als uitgangspunt¹ niet: in het commerciële contractenrecht van 1992 was het beginsel van contractsvrijheid een bijna onverwoestbaar uitgangspunt, en werd slechts in een aantal gevallen bescherming geboden tegen oneerlijke contractverhoudingen.² Niet alleen het type contractspartijen was eendimensionaal, ook de wijze van contractsluiting was eenzijdig: contracten werden schriftelijk of mondeling gesloten, elektronische communicatie of contractsluiting was nog niet aan de orde.

Dertig jaar later is een pluriformer beeld in type contractanten waarneembaar dan het zwart/wit-model waar het BW van uit is gegaan. Consumenten zijn soms krachtige wederpartijen geworden die zelf ook produceren en verhandelen. Maar ook in het commerciële contractenrecht, dus in business-to-businessverhoudingen (B2B), zijn partijen een stuk veelkleuriger dan voorheen. De platformeconomie heeft het veel eenvoudiger gemaakt om een eigen onderneming te starten en (online)diensten te verrichten. Veel meer zelfstandigen zonder personeel of kleine bedrijven hebben dan ook het contractenrechtelijke podium beklommen. Verder is de mkb-sector versterkt³ en zijn aan het andere einde van het spectrum ook nog steeds de grote commerciële bedrijven krachtige contractspartijen. Ook de manier

1. In 1992 bestond al wel art. 6:235 BW, op grond waarvan onderscheid werd en wordt gemaakt tussen grote en kleine commerciële contractanten.
2. Bijvoorbeeld bij misbruik van omstandigheden (art. 3:44 BW), of als een beding onredelijk bezwaarend (art. 6:233 onder a BW) of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW).
3. Het Nederlandse midden- en kleinbedrijf Europees vergeleken: 2. Toename mkb-bedrijven in Nederland bijna vier keer zo hoog als in Europa (CBS Publicatie), www.cbs.nl/nl-nl/longread/diversen/2021/het-nederlandse-midden-en-kleinbedrijf-europees-vergeleken/2-toename-mkb-bedrijven-in-nederland-bijna-vier-keer-zo-hoog-als-in-europa.

waarop wordt gecontracteerd is sinds 1992 veranderd. Door de opkomst van het internet worden veel meer contracten automatisch gesloten.

Wij richten ons in deze korte bijdrage aan het vooruitgedenkbok niet op de vraag of en in hoeverre kleine commerciële contractanten een andere behandeling ten deel zou moeten vallen dan de grote gemene deler in het BW, daar zijn al eerder pleidooien op gericht.⁴ In plaats daarvan beschouwen wij kritisch (en vanwege de omvang van deze bijdrage bij wijze van *capita selecta*) een aantal regels die nu voor de grotere commerciële contractanten gelden. Dat heeft twee perspectieven. In de eerste plaats gaan wij in paragraaf 11.2 eerst in op diverse beschermende bepalingen voor specifieke soorten commerciële contractanten die sinds 1992 vooral onder invloed van Europa in het BW zijn geïmplementeerd. Zij vereisen dat tevoren duidelijk is met welk type contractant wordt gecontracteerd, maar de regels sluiten wat dat betreft niet (altijd) goed aan op de snelle (online)contractsluiting die thans aan de orde is. In de tweede plaats belichten wij in de daaropvolgende paragrafen twee algemene leerstukken die wat ons betreft ook, mede door de snelle contractvorming, thans niet meer goed passend zijn voor het gros van de commerciële contractanten: de verzuimregeling (par. 11.3) en het ontbindingsregime (par. 11.4).⁵ Wij gaan daarbij soms wat radicaal en met grote stappen te werk, en gaan een gedachtenexperiment aan: welke bestaande juridische leerstukken zouden inmiddels grondig moeten worden gereviseerd, waarom en hoe? Wij kijken dus na dertig jaar BW vooruit naar nieuwe wegen.

11.2 ENIGE BIJZONDERE REGELS VOOR BEPAALDE TYPEN COMMERCIEËLE CONTRACTANTEN

Bescherming en online contractsluiting

Zoals gezegd worden door de opkomst van het internet veel meer commerciële contracten automatisch gesloten. Tegelijkertijd is de pluriformiteit van contractspartijen toegenomen en is er vanuit Europa (daardoor?) steeds meer regelgeving geïntroduceerd waarin de hoedanigheden van partijen bepalend is voor de mate waarin de wederpartij wordt beschermd. Deze technologische ontwikkeling en beschermende regelgeving sluiten niet altijd goed op elkaar aan, zeker daar waar een leverancier op het punt staat via zijn webwinkel een contract te sluiten met een afnemer en in een *split second* ex ante wil weten met wat voor soort afnemer gecontracteerd gaat worden. Dat is nodig om te bepalen aan welke informatieplichten de webwinkel zich moet houden, hoe hij moet contracteren en met welke wederpartij

4. Zie Schelhaas 2018 en recent Mak 2022, die terecht stelt: 'De "one-size-fits-all"-benadering van B2C-verhoudingen in het privaatrecht sluit niet meer goed aan bij de verwachtingen van deze tijd.'

5. Beenders & Valk tekenen ook enige bezwaren aan tegen de algemene leerstukken van o.a. ontbinding, en geven vooral aan hoe dit contractueel kan worden opgelost.

hij welke contractsbepalingen overeen mag komen. Wij illustreren dit aan de hand van een aantal voorbeelden.

Dienstverrichter of niet?

Een leverancier moet allereerst vaststellen of hij een dienstverrichter is en een dienst verricht in de zin van de Dienstenrichtlijn 2006/123/EG.⁶ Is hij dat, dan moet hij meer informatieplichten nakomen (art. 6:230b en 6:230d BW), maar kan hij zijn algemene voorwaarden wel makkelijker en soms later verstrekken dan wanneer hij niet zo'n dienstverrichter is (art. 6:230b lid 6 en/of art. 6:233 onder b jo. art. 234 lid 1, in beide gevallen jo. art. 6:230c en 6:230e BW). Dat geldt echter uitsluitend als ook zijn afnemer in een lidstaat is gevestigd of woonachtig is.⁷ Juridisch gezien zou de leverancier zijn contracteerprocessen zo moeten inrichten dat aan de hand van het aangeboden product of dienst en de adresgegevens⁸ van de afnemer wordt bepaald of het dienstenregime van toepassing is, en dus aan welke informatie- en contracteerplichten moet worden voldaan. Of sprake is van een dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn is echter niet altijd eenvoudig op voorhand vast te stellen, zeker niet voor een webwinkel die een groot scala aan producten en diensten aanbiedt.

Soort afnemer

Vervolgens moet de leverancier de hoedanigheid van zijn afnemer vaststellen om het risico te kunnen inschatten dat bedingen in zijn algemene voorwaarden worden vernietigd omdat ze onredelijk bezwarend zijn (art. 6:233 onder a BW). Daarvoor is nodig dat de afnemer van tevoren vaststelt of zijn wederpartij haar gehele jaarrekening openbaar heeft gemaakt,⁹ ten aanzien van haar een 403-verklaring is afgegeven of bij haar volgens het handelsregister vijftig of meer personen werken (art. 6:235 lid 1 BW). Dat zou automatisch gecheckt kunnen worden door de eigen systemen door middel van een softwareapplicatie, de zogenoemde KvK API, direct

6. Het begrip diensten is vrij ruim, zie overweging 33 Dienstenrichtlijn, *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn 2007*, p. 10 en 14 en HvJ EU 30 januari 2018, C-360/15, ECLI:EU:C:2018:44 (*Gemeente Appingedam*), r.o. 91.

7. Zie voor discussies over het toepassingsbereik van het dienstenregime De Graaf, 2018 p. 176-181.

8. Een IP-adres zou misschien ook kunnen, maar is vanwege het mogelijk gebruik van VPN's af te raden.

9. En dus niet een beperkte balans, zie onder verwijzing naar parlementaire geschiedenis Hof Arnhem 3 december 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AQ7056, NJ 2004/431 (*Zwartewater/Hoekman*). Uit HR 20 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:719 (*Peterson ABL/EBS*), blijkt dat het gaat om het feitelijk gepubliceerd hebben. Het is niet nodig om te toetsen of aan alle vereisten van het jaarrekeningenrecht is voldaan. De Hoge Raad benadrukt het in de parlementaire geschiedenis naar voren gebrachte belang van een eenvoudig en makkelijk te hanteren criterium.

te koppelen aan die van het handelsregister,¹⁰ maar dat is niet zaligmakend. In onze ervaring geven bedrijven wijzigingen in het aantal werkzame personen slecht door en sommige bedrijven zouden het bouwen van een API en het betalen van € 0,016 per transactie voor een handelsregistercheck wel eens te duur kunnen vinden. Automatisch checken levert dus niet altijd juiste informatie tegen aanvaardbare transactiekosten op.

Wat ons betreft is artikel 6:235 BW dus niet goed werkbaar, en we vragen ons af of het niet beter kan worden geschrapd.¹¹ Dat zou betekenen dat ook grote partijen een redelijke mogelijkheid aan hun wederpartijen moeten verschaffen om van de algemene voorwaarden kennis te nemen (art. 6:233 onder b BW), en dat zij ook onredelijk bezwarende bedingen zouden mogen vernietigen (art. 6:233 onder a BW). Dat eerste is niet bezwaarlijk, zolang hier geen hoge eisen aan worden gesteld en de wijze van kennisneming uit artikel 6:230c BW op de in artikel 6:230e BW bedoelde momenten in alle gevallen voldoende wordt geacht. Dat tweede stuit evenmin op bezwaren, vanuit het oogpunt dat dit geen wezenlijk andere toets is dan het al bestaande correctiemechanisme van artikel 6:248 lid 2 BW, maar zal voor sommigen om andere redenen een brug te ver zijn. Het toetsingsmoment (inhouds- resp. uitoefeningstoetsing) en de gevolgen verschillen namelijk (vernietiging resp. het in een individueel geval geen beroep mogen doen op het betreffende beding en dus in een volgend geval misschien wel)¹² en daarmee wordt in deze visie een (te) zwaarwegende inbreuk op de contractsvrijheid gemaakt.

En dan hebben we het nog niet eens over de vraag of de bescherming van de algemene voorwaardenafdeling van toepassing is als een Nederlandse leverancier contracteert met een buitenlandse afnemer. Als die afnemer in een lidstaat gevestigd is, geldt die bescherming mogelijk wel, is hij daarbuiten gevestigd dan niet (art. 6:247 lid 2 BW).¹³

Omzetzempels en andere ingewikkelde maatstaven

Nog erger gesteld is het met regelgeving waarvan de toepasselijkheid wordt bepaald door omzetzempels. Wil een concern bepalen welke maximale betalings-termijn het, op straffe van nietigheid, in de algemene voorwaarden met een leverancier overeen kan komen, dan moet het per contracterende concernvennootschap op het moment van contractsluiting bepalen of die vennootschap 'op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, niet heeft voldaan aan ten minste twee van de vereisten, bedoeld in arti-

10. Zie voor API's en de kosten www.kvk.nl/producten-bestellen/koppeling-handelsregister/kvk-api/ (laatst geraadpleegd op 1 december 2022).

11. Zie voor deze gedachte Schelhaas 2018, p. 25-26.

12. Zie verder Loos 2017, nr. 181-187.

13. Van Bochove & De Graaf 2020 beargumenteren dat die bescherming op grond van Europees recht wel moet gelden voor Europese wederpartijen die als gevolg van art. 6:235 BW een beroep kunnen doen op art. 6:233 BW.

kel 397, leden 1 en 2 van Boek 2...’ (art. 6:119a lid 6 BW, in het verlengde van de Betalingsachterstandsrichtlijn 2011/7/EU).¹⁴ En als een supermarkt een contract wil sluiten met een boer moet de supermarkt, om de maximale betalingstermijn te bepalen, op straffe van onrechtmatigheid, eerst vaststellen wat de omzet van beide partijen is (art. 5 Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen ter implementatie van Richtlijn (EU) 2019/663).¹⁵ Nog ingewikkelder is het voor een leverancier die aan een onderneming een product verkoopt waarmee data worden gegenereerd. Dan vallen bedingen in diens algemene voorwaarden met betrekking tot toegang en gebruik van die data volgens de conceptdataverordening dwingendrechtelijk onder zwarte en grijze lijsten als hij contracteert met ‘een micro-, kleine of middelgrote onderneming in de zin van artikel 2 van de bijlage bij Aanbeveling 2003/361/EG’.¹⁶ Die bijlage bevat kwantitatieve criteria met betrekking tot aantal werkzame personen, jaaromzet en jaarlijks balanstotaal tijdens een referentieperiode en in groepsverband.

Al dit soort maatstaven zijn misschien hanteerbaar in het kader van ingewikkelde, maandenlange aanvragen voor grote EU-subsidies, maar onwerkbaar als je in een webshop in een *split second* automatisch wilt bepalen welke contractsbepalingen je met welke afnemer overeen mag komen teneinde de juiste bepalingen aan de juiste afnemer voor te schotelen.¹⁷ Het bepalen van het type commerciële contractspartij bij snelle en vaak elektronische contractsluiting werkt wat ons betreft dus niet.

Reflectie en vooruitblik

Wij begrijpen de wens om zwakkere partijen te beschermen, maar constateren dat het sinds de inwerkingtreding van het BW voor contractspartijen, zeker als ze automatisch contracteren, steeds ingewikkelder is geworden om van tevoren snel en met geringe transactiekosten te bepalen wat met wie mag worden overeengekomen. Juridisch gezien zou het een oplossing kunnen zijn om webshops en inkoopportals elke bezoeker aan de hand van vragenlijsten aan te laten geven in welke categorie hij/zij valt zodat het algoritme vervolgens de juiste voorwaarden voor kan schotelen. Commercieel en praktisch gezien is dat echter onwenselijk en onwerkbaar. Een andere oplossing is van alle categorieën de meest vergaande bescherming te bepalen en die van toepassing te laten zijn op alle wederpartijen, maar dat is onzes inziens een te vergaande inbreuk op de contractsvrijheid. Recht

14. Als onwerkbaar bestempeld door Boeve 2017 en Schelhaas 2018, p. 33.

15. Waarover Van Boom, p. 152-161.

16. Art. 13 lid 1 Voorstel voor de Dataverordening, COM(2022) 68 final.

17. Toegegeven zij dat deze onwerkbare criteria in de praktijk partijen onder bepaalde omstandigheden naar de onderhandelingstafel dwingen en dat dat wel eens een gunstig neveneffect is voor degenen die een antipathie hebben tegen adhesiecontracten en grote verschillen in *bargaining power*.

moet beschermen, maar ook faciliteren.¹⁸ Faciliteren doet het recht op dit gebied steeds minder goed.

Daarom zou, vooruitkijkend, nagedacht moeten worden over het schrappen of aanpassen van artikel 6:235 BW. Verder zouden de uiteenlopende criteria om grote van kleine en (kennelijk) beschermingswaardige partijen te scheiden, minst genomen gelijk moeten worden getrokken, al zijn wij daarvoor grotendeels afhankelijk van Europa. In ieder geval zou elk criterium dat aansluit bij de waarde van activa of de hoogte van omzet moeten worden verwijderd; een dergelijk criterium werkt niet omdat dat voor het sluiten van het contract niet snel en goedkoop genoeg is na te gaan.

11.3 DE VERZUIMREGELING

Hiervoor hebben wij enige specifieke regels besproken die in de loop der tijd veelal vanuit Europa het BW zijn ingeslopen, in de meeste gevallen ter bescherming van kleinere en zwakkere contractanten. Wij richten ons vizier nu op een aantal algemene leerstukken, die gelden voor *alle* commerciële contractanten, maar die zich wat ons betreft sinds de inwerkingtreding van het BW op een zodanige wijze hebben ontwikkeld dat zij niet meer goed passen in het huidige commerciële contractenrecht.

Het eerste leerstuk dat hiertoe wat ons betreft behoort, is de verzuimregeling, die in de meeste gevallen nodig is om een overeenkomst te kunnen ontbinden of om schadevergoeding te kunnen vorderen.¹⁹ De verzuimregeling is bedoeld om de schuldenaar een kans te bieden om alsnog na te komen, voordat de schuldeiser juridische acties kan ondernemen.²⁰ De voorwaarden om de partij die niet nakomt in verzuim te stellen, volgen uit artikel 6:82 en 6:83 BW. De belangrijkste daarvan is dat – in de meeste gevallen²¹ – een schriftelijke ingebrekestelling nodig is, waarin de schuldenaar een redelijke termijn wordt gegeven om alsnog na te komen.²² De wet somt drie gevallen op waarin verzuim rauwelijks optreedt en geen ingebrekestelling nodig is (het verstrijken van een fatale termijn, het niet direct nakomen van een schadevergoedingsverplichting en de situatie waarin de schuldenaar zelf aan geeft niet te zullen nakomen). Volgens de Hoge Raad is echter ook in andere dan in de wet opgesomde gevallen een ingebrekestelling soms niet nodig omdat (ook) op

18. Van Boom 2020, hoofdstuk 2, die het geleiden en faciliteren noemt.

19. Zie art. 6:265 en 6:74 BW: verzuim is niet nodig indien nakoming blijvend onmogelijk is; en bij ontbinding, ook als het gaat om een tijdelijke onmogelijkheid van nakoming: zie art. 6:265 lid 2 BW.

20. Zie onder meer *Asser/Sieburgh 6-I 2020/386*.

21. Daar bestaan uitzonderingen op: soms is louter een verklaring nodig (art. 6:82 lid 2 BW) en soms treedt verzuim rauwelijks in zonder ingebrekestelling of andere voorafgaande verklaring (art. 6:83 BW).

22. Daarnaast is nodig dat een opeisbare verbintenis niet, niet tijdig of niet adequaat wordt nagekomen.

grond van de redelijkheid en billijkheid een ingebrekestelling achterwege kan blijven en de schuldenaar in verzuim kan raken.²³ In het *Fraanje/Alukon*-arrest²⁴ heeft de Hoge Raad nog eens benadrukt dat de regels inzake de ingebrekestelling vanwege de hanteerbaarheid van het recht niet strak zijn, maar vooral de rechter de mogelijkheid moeten geven om tot een redelijke oplossing te komen.²⁵

Deze soepele benadering, waarbij het tevoren niet eenvoudig is te voorspellen of een ingebrekestelling nodig is en, zo ja, of de gegunde termijn wel redelijk is en de schuldeiser veel ruimte wordt gegund,²⁶ levert voor commerciële contractanten die willen weten waar ze aan toe zijn problemen op.²⁷ Dat geldt in het bijzonder voor de ontbindingsactie: als tevoren niet goed kan worden ingeschat of verzuim is ingetreden, dan is evenmin duidelijk of een overeenkomst is ontbonden, of in de gedragingen van partijen een beëindigingsovereenkomst ligt besloten,²⁸ en dus of bijvoorbeeld een vervangende transactie kan of moet worden aangegaan. Maar ook voor de vraag vanaf welk moment schadevergoeding verschuldigd is, is het belangrijk te kunnen inschatten of een ingebrekestelling al dan niet effect heeft gesorteerd. Het inschatten van risico's, waar het in het commerciële contractenrecht toch om gaat, wordt zo wel heel moeilijk. Vooruitkijkend moet deze regeling wat ons betreft worden ingewisseld voor een regeling die ertoe leidt dat partijen van tevoren weten hoe lang ze nog kunnen nakomen en wanneer talmen fataal is.

Wij zien een paar opties. Ofwel, het is tevoren duidelijk wanneer een ingebrekestellende termijn redelijk is (bijvoorbeeld veertien of dertig dagen), zodat commerciële contractanten precies weten wat ze moeten doen en wanneer stilzitten negatieve consequenties heeft. Dat staat al in veel commerciële contracten, zeker in ontbindingsregelingen, dus waarom niet als regelend recht zo'n soort regeling in ons BW opnemen zodat er een *default rule* is voor als partijen zich er niet over bekommeren en partijen die zich er wel over (willen) bekommeren kunnen afwijken? Dat komt de rechtszekerheid ten goede en kan ook nog eens kortere contracten opleveren. Een andere optie is dat verzuim als uitgangspunt rauwelijks intreedt,²⁹ net zoals bij internationale regelingen voor commerciële contracten (het Weens Koop-

23. HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4358, NJ 2003/257 (*Fraanje/Götte*).

24. HR 11 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1581, NJ 2020/197 (*Fraanje/Alukon*).

25. Meer specifiek heeft de Hoge Raad aangegeven dat voor de vraag of de ingebrekestelling een voldoende redelijke termijn voor nakoming biedt, het gehele voortraject moet worden betrokken en ook moet worden bekeken of eerder al is aangedrongen op nakoming binnen een bepaalde termijn. Van Dunné 2022, p. 329 vreest echter dat bij gebreke aan strakke regels een redelijke oplossing niet altijd zal worden geboden.

26. Voor vergelijkbare kritiek, zie Van Dunné 2022, o.m. p. 328.

27. In vergelijkbare zin, zie Spanjaard 2019.

28. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684, NJ 2012/684 (*G4 Beheer/Hanzevast*).

29. Tjong Tjin Tai 2017, p. 34-35 onder verwijzing naar art. III-3:103 DCFR en Van Bijnen 2005, p. 243-256.

verdrag en de Unidroit Principles for International Commercial Contracts)³⁰ het geval is. Dit voorkomt dat achteraf discussies moeten worden gevoerd of partijen de juiste formele routes wel hebben gevolgd, en dus of een overeenkomst door het al dan niet volgen van die routes nog in stand is of al is ontbonden (wat overigens een discussie onverlet laat over of de vraag of de tekortkoming van voldoende gewicht was om de overeenkomst te mogen ontbinden). In een *hard & fast* contractenrecht, waar partijen vaak snel digitaal contracten sluiten, is het ook van belang om snel te weten waar men aan toe is.

11.4 ONTBINDING

De tweede algemene regeling die wat ons betreft schuurt met de commerciële contractspraktijk, is de ontbindingsregeling van artikel 6:265 BW. Die regeling zag er bij de inwerkingtreding van het BW vrij simpel uit: *iedere* tekortkoming rechtvaardigt de ontbinding van een overeenkomst, tenzij de wederpartij aanvoert dat de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis deze ontbinding en haar gevolgen niet rechtvaardigt. In de parlementaire geschiedenis wordt opgemerkt dat deze tenzij-bepaling een uitzondering vormt en dat de mogelijkheden om te ontkomen aan de ontbinding van een overeenkomst 'vrij zeldzaam' zullen zijn.³¹ Op deze eenvoudige wijze om zich te kunnen bevrijden van een overeenkomst bestond kritiek, onder meer omdat ontbinding van een overeenkomst en de ongedaanmaking van de prestaties verstrekkend zijn, en het belang van de debiteur wordt ondergesneeuwd.³² Onder meer werd ervoor gepleit om ontbinding slechts toe te laten bij een ernstige tekortkoming of een 'fundamental breach', zoals in het Engelse recht en het Weens Koopverdrag het geval is. De lichtere toets in het Nederlandse BW heeft het voordeel van de eenvoud en helderheid: de partij die wil ontbinden heeft daar het recht op en kan daar in beginsel op vertrouwen. Alleen als de wederpartij kan aantonen dat het gaat om een onbetekenende tekortkoming blijft de overeenkomst in stand.

In het *Eigen Haard*-arrest uit 2018³³ heeft de Hoge Raad de wettelijke koers echter bijgestuurd, en duidelijk gemaakt dat de Nederlandse regeling in wezen ook uitgaat van een vereiste 'wezenlijke tekortkoming', en dat de tenzij-clausule niet betekent dat alleen in uitzonderlijke gevallen niet kan worden ontbonden, maar dat dit louter een bewijsrechtelijke regel is. Naar ons idee is deze systematiek te billijken:

30. Wel kennen beide regelingen de mogelijkheid dat de debiteur onder omstandigheden bevoegd is om zijn tekortkoming te herstellen (art. 48 Weens Koopverdrag en art. 7.1.4 Unidroit Principles) en is de schuldeiser bevoegd, maar niet verplicht, om zijn wederpartij een *additional period for performance* te gunnen, de zogenoemde *Nachfrist* (art. 47 Weens Koopverdrag en art. 7.1.5 Unidroit Principles). Dat zijn echter geen harde voorwaarden voor ontbinding en schadevergoeding en dus niet gelijk te stellen aan de verzuimregeling.

31. Parl. Gesch. Boek 6, TM, p. 1005.

32. De belangrijkste pleitbezorgers van deze kritiek: Bakels 2011, nr. 61; Hartlief 1994, p. 87 e.v.

33. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810, NJ 2019/446 (*Eigen Haard*).

een schuldeiser behoeft niet te veel te stellen om van zijn overeenkomst af te kunnen, want hij is degene die ongewild wordt geconfronteerd met een tekortkoming en heeft door de verzuimregeling de wederpartij in de meeste gevallen nog een kans gegeven om na te komen. Een snel contractenrecht vereist ook dat de crediteur snel een vervangende transactie moet kunnen aangaan en dus dat hem in beginsel niet te veel beletselen worden opgelegd. En ook scharen wij ons achter de gedachte dat de debiteur zich kan verzetten tegen ontbinding door hem de mogelijkheid te bieden aan te tonen dat het niet gaat om een wezenlijke tekortkoming: ontbinding is dan een te zwaar middel en met de materiële toets van een wezenlijke tekortkoming wordt beter tegemoetgekomen aan de belangen van de schuldenaar.³⁴

Ons bezwaar schuilt echter vooral in de toepassing van deze regels: die is wat ons betreft te ongewis en biedt onvoldoende handvatten om met voldoende zekerheid in te schatten óf een overeenkomst kan worden ontbonden als de debiteur verweer biedt. En dat is in het commerciële contractenrecht van nu, waar snel (online) contracten worden gesloten, essentieel. Wij doelen onder meer op de vingerwijzing van de Hoge Raad dat een schuldenaar ook *impliciet* een beroep kan doen op de tenzij-clausule: maar wanneer is dat dan? Wat moet de schuldenaar dan precies aanvoeren, en wanneer moet de crediteur ervan uitgaan dat dat impliciete beroep een hindernis kan vormen voor ontbinding? Eenzelfde bezwaar zien wij in het nog weinig omliggende criterium van de wezenlijke tekortkoming en het feit dat *alle* omstandigheden van het geval daartoe van belang zijn. De wet noemt louter de bijzondere aard of geringe betekenis van de tekortkoming als relevante omstandigheid, maar uit de rechtspraak komt naar voren dat veel meer gezichtspunten bestaan, zoals de vraag of er een alternatief bestaat voor ontbinding, het belang van de schuldenaar bij voortzetting van de overeenkomst, de omstandigheid dat inmiddels alsnog is nagekomen, de aard van de overeenkomst etc. Dat zijn allemaal gezichtspunten die meewegen, maar in welke vorm en met welke zwaarte is niet duidelijk. Dat is de kwetsbaarheid van genoemde gezichtspunten: de waardering is nog altijd afhankelijk van de weging van alle omstandigheden en dus komt de rechter een grote beoordelingsvrijheid toe.

Vooruitkijkend denken wij dat het beter zou zijn om na te denken over een rangorde, prioritering en/of weging van relevante omstandigheden, zodat duidelijker is welke omstandigheden er echt toe doen.

11.5 CONCLUSIE

In het begin van deze bijdrage constateerden we dat sinds de inwerkingtreding van ons BW een pluriform pallet van commerciële contractanten is ontstaan en constateerden we dat door de opkomst van het internet veel meer contracten auto-

34. Beenders & Van 't Hullenaar 2005 pleitten al voor een dergelijke vollediger belangenafweging.

matisch gesloten worden. We hebben dus te maken met een sneller contractenrecht dan bij de inwerkingtreding van het BW. Vervolgens bespraken we kritisch een aantal nuances die onder invloed van Europa (par. 11.2) of de rechtspraak (par. 11.3 en 11.4) in onze wetgeving respectievelijk ons recht zijn geïntroduceerd. De grote gemene deler van deze capita selecta is het ogenschijnlijk grotere belang dat wetgever en rechter toekennen aan een ex-post- dan aan een ex-ante-benadering. Zij lijken de voorkeur te geven aan ingewikkelde en genuanceerde criteria waarmee achteraf in rechte een billijk resultaat kan worden bereikt, in plaats van aan duidelijke en harde criteria aan de hand waarvan met name commerciële contractanten van tevoren weten waar ze aan toe zijn en met wie ze wat kunnen overeenkomen. Vooruitkijkend hopen we dat door onze wat radicale voorstellen het belang van de ex ante benadering meer wordt onderkend en het commerciële contractenrecht eenvoudiger en voorspelbaarder wordt. Daar heeft een snel (vaak elektronisch) contractenrecht wat ons betreft behoefte aan.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Asser/Sieburgh 6-I 2020

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, Deel I.* Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Bakels 2011

F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten* (Monografieën BW nr. B58), Deventer: Kluwer 2011.

Beenders & Van 't Hullenaar 2005

D.J. Beenders & R. van 't Hullenaar, 'Art. 6:265 lid 1: in staat van ontbinding?', *WPNR* 2005/6644, p. 903-909.

Beenders & Valk 2021

D.J. Beenders & J.J. Valk, 'Verrassingen voorkomen bij commercieel contracteren', *MvV* 2021/7-8, p. 248-255.

Van Bijnen 2005

R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Van Bochove & De Graaf 2020

L.M. van Bochove & T.J. de Graaf, 'De discriminerende werking van de algemenevoorwaardenafdeling', *MvV* 2020-11, p. 386-391.

Boeve 2017

G.J. Boeve, 'Over de commercieel onwenselijke nietige betalingstermijn van meer dan 60 dagen, die evenmin in het wettelijke systeem past', *Bb* 2017/65, afl. 18, p. 218-221.

Van Boom 2020

W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

Van Boom 2021

W.H. van Boom, 'Marktpraktijkenrecht – over ongeoorloofde mededingings- en contracteerpraktijken tussen ondernemingen', in: *Privaatrechtelijke bescherming herijkt. Preadviezen 2021 uitgebracht voor de VBR*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 115-201.

Van Dunné 2022

J.M. van Dunné, 'Ingebrekestelling en verzuim na Fraanje/Alukon', *WPNR* 2022/7367, p. 316-329.

De Graaf 2018

T.J. de Graaf, 'Naar een coherente(re) implementatie van de informatieplichten met betrekking tot (algemene) voorwaarden voortvloeiend uit de e-commerce-richtlijn en dienstenrichtlijn', *NTBR* 2018/24, afl. 6, p. 174-183.

Hartlief 1994

T. Hartlief, *Ontbinding. Over ongedaanmaking, bevrijding en rechterlijke bevoegdheden bij ontbinding wegens wanprestatie* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.

Loos 2017

M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom juridisch 2017.

Mak 2022

V. Mak, 'De "prosument" in de platformeconomie', *NJB* 2022/1663, p. 1978-1984.

Schelhaas 2018

H.N. Schelhaas, *Commerciële contractanten – consistentere differentiëren?* (oratie EUR), Den Haag: Boom juridisch 2018.

Spanjaard 2019

J.H.M. Spanjaard, 'Ingebrekestelling: misschien minder formeel, maar het blijft oppassen', *Contracteren* 2019-4, p. 145-149.

Tjong Tjin Tai 2017

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Niet-nakoming na 25 jaar BW', *WPNR* 2017/7133, p. 34-38.

PERIODIEKE VERGOEDING VAN TOEKOMSTIGE PERSONENSCHADE VANUIT CIVILOLOGISCH EN RECHTSVERGELIJKEND PERSPECTIEF

Marnix Hebly

12.1 INLEIDING*

Ter ere van het dertigjarig bestaan van het Nederlandse BW worden in deze bijdrage de keuzes die destijds (niet) zijn gemaakt omtrent vergoeding van toekomstige personenschade, zoals permanente arbeidsvermogensschade en doorlopende kosten voor hulp en zorg, bezien vanuit het heden. Hoewel artikel 6:105 BW de rechter de mogelijkheid biedt de schuldenaar te veroordelen tot betaling van periodiek uit te keren bedragen, wordt deze optie in de rechtspraktijk nauwelijks benut: verreweg de meeste slachtoffers krijgen hun schade vergoed met een som ineens, waarmee zij zich vervolgens jarenlang, zo niet decennialang, moeten kunnen redden. Bij serieuze schade aan de persoon kan dat gaan om forse bedragen. Artikel 6:105 BW is in zoverre ‘neutraal’ dat in de wettekst noch de totstandkomingsgeschiedenis ervan een duidelijke aansporing is te vinden voor de rechter om bij ernstige personenschade de schuldenaar te veroordelen tot betaling van periodiek uit te keren bedragen. Aan systemen waarin wel een duidelijker voorkeur voor periodieke schadevergoeding besloten ligt – onder andere ter bescherming van het slachtoffer tegen *lump sum dissipation* – heeft men destijds uitdrukkelijk geen voorbeeld willen nemen.¹

In dit hoofdstuk onderzoek ik of deze keuze vandaag de dag hetzelfde zou uitpakken, althans of inmiddels nieuwe inzichten zijn opgedaan die op zijn minst aanleiding geven daarover te twijfelen. Eerder heb ik mij al voorstander getoond voor meer gebruikmaking van de mogelijkheid van periodieke schadevergoeding in de praktijk – men kan maar beter kleur bekennen – en ik ben natuurlijk niet de eerste.²

* Deze bijdrage bouwt voort op Hebly 2020. De auteur dankt Femke Ruitenbeek en Siewert Lindenberg voor waardevolle suggesties naar aanleiding van een eerdere versie van dit stuk en Will Tiemeijer voor gedachtewisselingen tijdens het schrijfproces.

1. Zie bijv. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 365, nota bene in een *voetnoot!*

2. Hebly 2020, p. 151-172. Zie voor een overzicht van voor- en tegenstanders Bolt, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:105 BW, aant. 3-5 (online, bijgewerkt 19 oktober 2016).

De bijdrage is als volgt opgebouwd. In paragraaf 12.2 ga ik in op de mogelijkheid die artikel 6:105 BW biedt om de schuldenaar te veroordelen tot betaling van periodiek uit te keren bedragen. Vervolgens wordt de problematiek in paragrafen 12.3 en 12.4 in ‘civilologisch perspectief’ geplaatst.³ Hebben we enige *empirische* kennis van wat slachtoffers precies *doen* met hun schadevergoeding? En wat hebben meer algemene gedragswetenschappelijke inzichten ons te leren op dit punt? Uit mijn verkenningen zal blijken – ik geef het maar vast weg – dat we vooralsnog weinig zicht hebben op wat slachtoffers precies doen met hun schadevergoeding. Hoe vaak een vergoeding is ‘verdamp’t’ ruim voordat de looptijd waarover de schade is berekend voorbij is, is een *dark number* en zal dat vermoedelijk ook blijven. Vanuit een meer algemeen gedragswetenschappelijk perspectief is de aanname gerechtvaardigd dat het om een serieus te nemen risico gaat, omdat wij mensen – simpel gezegd – niet van nature de beste (financiële) ‘planners’ zijn, een neiging hebben tot kortetermijngedrag en dus middelen tot zelfcontrole nodig hebben, willen wij ook onze belangen op de langere termijn kunnen dienen. Dat is iets waar ook beleidsmakers rekening mee (dienen te) houden. In paragraaf 12.5 volgt een rechtsvergelijkende rondgang waaruit blijkt dat in ons omringende stelsels – Duitsland, Verenigd Koninkrijk, België en Frankrijk – periodieke betaling van voortdurende letselschade de laatste jaren een belangrijker rol krijgt toegedicht, bijvoorbeeld als *default*-optie, onder meer ter bescherming van slachtoffers tegen risico’s die gepaard gaan met het ontvangen van een groot geldbedrag ineens. De conclusie die volgt in slotparagraaf 12.6 laat zich raden.

12.2 PERIODIEKE VERGOEDING VAN TOEKOMSTIGE SCHADE

De gereedchapskist van artikel 6:105 BW

De begroting van voortdurende en toekomstige schade wordt beheerst door artikel 6:105 BW. De kern van dat artikel is dat de rechter de schuldenaar kan veroordelen tot vergoeding van schade die weliswaar nog niet is geleden maar (op het oordeelsmoment) wel kan worden verwacht, bijvoorbeeld omdat sprake is van ernstig en blijvend lichamelijk letsel, met voortdurende arbeidsongeschiktheid tot gevolg. In het kader van artikel 6:105 BW moet een afweging worden gemaakt tussen voortvarendheid, finaliteit en maatwerk. Voorstelbaar is dat het onwenselijk is als steeds ieder deel van de schade moet worden afgewacht voordat het slachtoffer iets van de aansprakelijke kan vorderen. Anderzijds kan schade pas het meest nauwkeurig worden vastgesteld zodra zij is geleden. Het artikel biedt de rechter een grote mate van vrijheid om op dit punt keuzes te maken (lees telkens: ‘de rechter *kan...*’).⁴ Hoewel in de letselschadepraktijk een duidelijke voorkeur bestaat voor

3. Van Boom & Giesen 2018.

4. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 368.

een bedrag ineens, biedt artikel 6:105 BW een breder palet aan mogelijkheden, dat juist voor letselschadezaken relevant kan zijn.

In de eerste plaats moet worden beslist of de schadebegroting geheel of gedeeltelijk moet worden uitgesteld, of dat deze bij voorbaat geschiedt. Kan op korte termijn met meer zekerheid over de schade worden geoordeeld, bijvoorbeeld omdat een medische 'eindtoestand' wordt verwacht, dan ligt uitstel voor de hand.⁵ En anders kan de rechter overgaan tot begroting bij voorbaat, na afweging van goede en kwade kansen. De inschattingen die worden gemaakt ten aanzien van toekomstig inkomstenverlies of terugkerende kosten resulteren in een reeks schadebedragen die worden gerelateerd aan de toekomstige maanden, kwartalen of jaren waarin de schade wordt verwacht. Vervolgens voorziet artikel 6:105 BW in twee opties: betaling van een bedrag ineens of betaling van periodiek uit te keren bedragen. In beide gevallen kan de rechter aan de veroordeling voorwaarden verbinden. In het geval van veroordeling tot betaling van periodieke bedragen kan hij in zijn uitspraak ook een wijzigingsbevoegdheid opnemen (zie lid 2). De rechter kan bij periodieke vergoeding de aansprakelijke bovendien een verplichting tot zekerheidstelling opleggen, zodat de benadeelde niet het risico loopt dat een kapitaalkrachtige wederpartij na verloop van tijd niet meer in staat is de uitkering te voldoen.⁶

Hoewel de tekst van artikel 6:105 BW grotendeels is gewijd aan periodieke vergoeding en in de parlementaire geschiedenis van dit artikel naar deze vergoedingswijze ook de meeste aandacht uitgaat – aan de wijze waarop een som ineens moet worden begroot wordt vrijwel geen aandacht besteed – komt deze vergoedingsvariant in de letselschadepraktijk nauwelijks voor.⁷ Blijkens de Toelichting Meijers had men met name voor ogen dat het mogelijk moet zijn de schuldenaar te veroordelen tot betaling van periodiek uit te keren bedragen als sprake is van 'het wegvallen van een regelmatige bron van inkomsten' of 'blijvende gevolgen van een kwetsuur'.⁸ Van sturing in die richting is evenwel geen sprake. Artikel 6:105 BW moet tenslotte worden gezien tegen de achtergrond van artikel 6:97 BW dat aan de rechter een grote vrijheid toekent bij het begroten van de schade. Die vrijheid brengt met zich dat de rechter zo nodig *ambtshalve* kiest of de schade wordt vergoed door betaling van een som ineens of periodiek uit te keren bedragen.⁹ Zijn vrijheid wordt enigszins beperkt door hetgeen partijen over en weer hebben gesteld en tot onderwerp van hun geschil hebben gemaakt; door de wijze waarop

5. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 365. Het in art. 6:105 BW bepaalde kan overigens ook worden toegepast in een schadestaatprocedure, aldus MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 369.

6. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 365.

7. Zie o.m. Lindenbergh & Van der Zalm 2015, nr. 24; Asser/Sieburgh 6-II 2021/42; Hebly 2019, p. 85. Vgl. ook HR 13 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC3329, NJ 1986/246 m.nt. W.C.L. van der Grinten (ABP/Wink) voor overlijdensschade en HR 27 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0092, NJ 1989/48 m.nt. C.J.H. Brunner (Staat/Piers) voor letselschade. Illustratief zijn ook de opmerkingen van slachtoffers in Lindenbergh 2013, p. 64 en 94.

8. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 365.

9. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 369.

de benadeelde zijn vordering inricht kan hij wel invloed uitoefenen op de wijze waarop de schadevergoeding moet worden betaald. Hoewel periodieke betaling in de letselschadepraktijk nauwelijks voorkomt, heeft deze vergoedingswijze een aantal voordelen ten opzichte van vergoeding door een som ineens, die ik hierna bespreek.

Periodieke betaling: vergoeding parallel met schade

Bij periodieke betaling loopt de vergoeding zo veel mogelijk ‘parallel’ met de schade: doorlopende schade wordt immers doorlopend vergoed. Als schadevergoeding ertoe strekt de benadeelde zo veel mogelijk feitelijk en ten minste financieel te plaatsen in de positie waarin hij zou hebben verkeerd zonder ongeval, dan komt een periodieke uitkering daar meer aan tegemoet dan een som ineens, die de benadeelde in een wezenlijk andere vermogenspositie brengt. Zodra de benadeelde komt te overlijden¹⁰ stopt de uitkering, zodat de aansprakelijke in zoverre geen vergoedingen hoeft uit te keren en de benadeelde (of althans diens nabestaanden) dus geen vergoedingen zullen ontvangen voor schade die niet daadwerkelijk is geleden. Indachtig het doel van schadevergoeding zou periodieke betaling dus *eerder regel dan uitzondering* moeten zijn.

Periodieke bedragen liggen in beginsel vast

Het is belangrijk om in te zien dat het bij periodieke uitkeringen niet gaat om periodieke *begroting*, maar om *gespreide betaling* aan het slachtoffer.¹¹ De schadebedragen zijn immers al bij voorbaat begroot. Dat relativeert het vaak gehoorde bezwaar dat de benadeelde bij ‘periodieke afwikkeling’ telkens opnieuw met de kwestie zou worden belast, en dat ook de aansprakelijke het dossier niet zou kunnen sluiten.¹² De bedragen die periodiek moeten worden betaald liggen in beginsel namelijk vast vanaf het moment dat de schade bij voorbaat is begroot. Bij periodieke betaling bestaat in zoverre dus ook het risico van misschatting, zij het dat geen inschattingen nodig zijn voor factoren als rendement, inflatie, etc. De kwestie van de rekenrente speelt geen rol, omdat de aansprakelijke niet een groot bedrag op de toekomstige schade vooruitbetaalt, waardoor de rendementsvraag, anders dan bij een betaling van een som ineens, niet speelt. En het probleem van inflatie – dat overigens de komende jaren bijzonder relevant zou kunnen blijken gezien de huidige ontwikkelingen (coronapandemie, Oekraïne-conflict, energiecrisis, etc.)¹³ –

10. Door een oorzaak die los staat van het ongeval, want anders komt mogelijk overlijdensschade in beeld.

11. Vgl. Anker, Duarte & Samsom 2019, p. 119.

12. Bijv. Spier 1992, nr. 46 en overzichtelijk Bolt, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:105 BW, aant. 5 (online, bijgewerkt 19 oktober 2016).

13. Hebly 2022.

kan bij periodiek uit te keren bedragen worden ondervangen door aan de veroordeling de voorwaarde te verbinden dat de uitkering periodiek wordt geïndexeerd.¹⁴ De uitkering is namelijk voor verandering vatbaar voor zover de rechter aan de veroordeling voorwaarden verbindt of in zijn uitspraak een wijzigingsbevoegdheid opneemt op de voet van het tweede lid van artikel 6:105 BW, zoals hiervoor besproken. Hoewel de parlementaire geschiedenis op dit punt niet uitblinkt in duidelijkheid, valt er wel uit af te leiden dat periodieke uitkeringen niet om het minste of geringste vatbaar moeten zijn voor wijziging. Dat zou een 'bron van processen' vormen en daarmee zou de rechtszekerheid in het geding komen.¹⁵ Kiest de rechter ervoor een wijzigingsbevoegdheid op te nemen, dan ligt het dus voor de hand dat hij aangeeft welke feiten en omstandigheden aanleiding kunnen geven tot wijziging, zodat niet elke kleinigheid leidt tot discussie.

Welke belangen, met welk gewicht?

Met de afweging tussen een som ineens of periodieke betaling zijn uiteenlopende belangen gemoeid. In de literatuur is wel verdedigd dat, hoewel de rechter in principe een grote mate van vrijheid geniet en zo nodig ambtshalve kiest, de belangen van het slachtoffer in het algemeen het zwaarst zouden moeten wegen.¹⁶ Men zou dat kunnen zien als manier om uitwerking te geven aan het beginsel van slachtofferbescherming in het aansprakelijkheidsrecht: niet alleen zou het personenschadeslachtoffer soms op feitelijk vlak het 'voordeel van de twijfel' moeten krijgen, door de rechterlijke schattingsbevoegdheid moeten worden 'geholpen' of wat betreft zijn schadebeperkingsplicht worden 'ontzien', hij zou het ook voor het zeggen moeten hebben als het gaat om de wijze waarop zijn toekomstige schade wordt vergoed. Ook dat is dan een uiting van de gedachte dat het toch vooral de laedens is geweest die het slachtoffer in deze positie heeft gebracht.¹⁷ In deze richting wijst ook artikel 10:102 Principles of European Tort Law:

'Damages are awarded in a lump sum or as periodical payments as appropriate with particular regard to the interests of the victim.'

In de toelichting op de Principles wordt vermeld dat, als het gaat om personenschade in de vorm van toekomstig inkomensverlies of derving van levensonderhoud, periodieke betaling het meest geschikte middel is.¹⁸ Het is overigens niet steeds duidelijk wat precies de 'belangen' van het slachtoffer zijn: het slachtoffer

14. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 368.

15. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 365.

16. Spier 1992, nr. 47. Anders bijv. Conclusie A-G Mok bij HR 13 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC3329, NJ 1986/246 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*ABP/Wink*), nr. 3: 'aangezien de schade-gerechtigde gehouden is mee te werken aan beperking van de schade'.

17. Vgl. Lindenbergh 2020, nr. 15.

18. EGTL 2005, p. 154 (Magnus).

kan immers wel een duidelijke voorkeur hebben voor een som ineens, maar daarmee is niet gezegd dat *wil* en *belang* geheel met elkaar overeenkomen en of het belang op de langere termijn, dat bij uitstek op het spel staat bij vergoeding van toekomstige schade, voldoende wordt erkend.

Bij de keuze tussen een som ineens of periodieke betaling staan uiteraard ook de financiële belangen van de aansprakelijke partij of althans diens verzekeraar op het spel. Men zou tegen de periodieke vergoeding kunnen aanvoeren dat dit voor de aansprakelijke bezwaarlijk is, omdat hij wordt opgezadeld met een terugkerende betalingsverplichting.¹⁹ Wordt een periodieke vergoeding voor permanent verlies van arbeidsvermogen fiscaal belast, dan zou dit bijvoorbeeld kunnen resulteren in een forse belastingschade, te dragen door de aansprakelijke.²⁰ Het lijkt dan ook beter dat de vergoeding voor permanent verlies van arbeidsvermogen, ongeacht de wijze waarop deze wordt betaald, niet zou worden belast, zoals in de literatuur wel wordt bepleit.²¹ Voorkomen moet worden dat mogelijkheden waarin artikel 6:105 BW uitdrukkelijk voorziet structureel worden afgesneden door de (dreiging van) fiscale consequenties.

Ook kan het als bezwaarlijk worden gezien dat vanwege de verplichting tot periodieke betaling voortdurend reserveringen moeten worden gemaakt door de aansprakelijke of diens verzekeraar. De vraag is of dat bezwaar er structureel toe moet leiden dat de periodieke betaling geen reële optie is. Ik roep in herinnering dat de rechter op grond van artikel 6:105 lid 1 BW de aansprakelijke een verplichting tot zekerheidstelling kan opleggen. Uit het bestaan van die mogelijkheid – en de achterliggende gedachte van bescherming tegen insolventie – is af te leiden dat het kennelijk de *bedoeling* is dat de aansprakelijke kan worden belast met een voortdurende betalingsverplichting, waardoor het slachtoffer een doorlopende zekerheid van betaling verkrijgt, en dus zelfs tot ‘voorbij’ de draagkracht van de aansprakelijke. Daarmee is moeilijk te rijmen dat vorderingen tot betaling van periodiek uit te keren bedragen telkens zouden kunnen worden getorpedeerd met een beroep op de ‘plicht’ van het slachtoffer de schade te beperken.²² Praktisch zou de maximaal verzekerde som hier natuurlijk een beperkende factor kunnen vormen: de periodieke uitkering zou immers feitelijk kunnen wegvallen wanneer eenmaal de verzekerde som wordt bereikt.²³ De aansprakelijkheidsverzekering biedt in dat geval kennelijk onvoldoende dekking ten opzichte van waar de aansprakelijke

19. Vgl. Bolt, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:105 BW, aant. 5 (online, bijgewerkt 19 oktober 2016).

20. Tjong Tjin Tai 2017, p. 45-46.

21. Breedveld 2016, p. 43-45.

22. Het gaat hier strikt genomen ook niet om een kwestie van beperking van schade – het gaat nu juist om toekomstige schade die naar haar aard niet afwendbaar zal zijn – maar om de (vervolg)vraag naar de vergoedingswijze.

23. Anders dan bij een som ineens worden de toekomstige schadebedragen immers niet contant gemaakt met een factor die rekening houdt met rendement. Door kapitalisatie kan aldus de vergoeding worden ‘verkleind’ tot onder de verzekerde som, waarna het aan het slachtoffer is het uitgekeerde bedrag te laten renderen tot boven de verzekerde som.

jegens het slachtoffer toe kan worden veroordeeld, wat in principe het probleem van de aansprakelijke is – die blijft in principe immers gehouden tot schadevergoeding – en niet dat van het slachtoffer. De aansprakelijke moet dan wel daadwerkelijk verhaal bieden.

Ik vermoed overigens dat ook een ander belang hier meespeelt, namelijk het belang van rechtshulpverleners (en verzekeraars) bij een eenvoudige en voorspelbare benadering van de buitengerechtelijke kosten. Zo koppelt de zogenoemde ‘PIV-staffel’ de hoogte daarvan aan de hoogte van het uiteindelijke schadebedrag, waarmee wordt uitgegaan van een bedrag ineens als vergoedingswijze.²⁴ Dat kan betekenen dat belangenbehartigers een eigen belang hebben bij afwikkeling met een lumpsum. Als deze kostenbenadering inderdaad leidt tot een ‘rem’ op periodieke uitkeringen, dan moet daar nog eens goed over worden nagedacht.²⁵ Advocaten dienen immers het belang van hun cliënt voorop te stellen. Het past bovendien bij hun rol als *dominus litis* om juist ook de *langetermijnbelangen* te bewaken waar de cliënt deze zelf uit het oog dreigt te verliezen. Zij moeten in dit opzicht dus ‘rationeler’ zijn dan hun cliënt die wellicht te gevoelig is voor kortetermijnwinst (waarover nader par. 12.4). Hetzelfde geldt tot op zekere hoogte overigens voor verzekeraars die de gedragsregels van de Gedragscode Behandeling Letselschade onderschrijven. Die regels stellen immers het belang van het slachtoffer centraal, waaronder ook zullen moeten worden begrepen diens belangen in de (verdere) toekomst.

Tussenconclusie

De mogelijkheid de aansprakelijke te veroordelen tot betaling van periodiek uit te keren bedragen is een vrijwel onbenut instrument in de gereedschapskist van de rechter waar het gaat om personenschade. Ook in de buitengerechtelijke sfeer krijgen slachtoffers hun toekomstige schade in de meeste gevallen vergoed in de vorm van een lumpsum. Dat wekt de indruk dat een bedrag ineens de ideale wijze van schadevergoeding is, en dat daarmee doorgaans ook het belang van het slachtoffer wordt gediend. De vraag is of dat inderdaad zo is. Hoewel het voor de hand ligt in het algemeen het belang van het slachtoffer hier het zwaarst te laten wegen, kan men zich afvragen of daar in de praktijk zo veel van terecht komt als niet alleen de aansprakelijke en diens verzekeraar maar wellicht ook de rechtshulpverlener belang hebben bij afwikkeling met een som ineens. Bovendien kan men zich afvragen of slachtoffers zelf wel goed in staat zijn om hun belangen en risico’s op de lan-

24. Zie de Regeling BGK Belangenbehartigers en de bijbehorende staffel, te raadplegen via https://platformpersonenschade.verzekeraars.nl/wp-content/uploads/Unorganized/Staffel-bkb-regeling-2022_v2.pdf.

25. Denkbaar is dat bij betaling in de vorm van periodieke uitkeringen alsnog een (ruwe) kapitalisatieberekening wordt gemaakt om het ‘belang der zaak’ in te schatten, specifiek met het oog op de inschatting van wat redelijke kosten zouden kunnen zijn. De berekening kan overigens ook van belang zijn voor eventuele zekerheidsstelling.

gere termijn te overzien en daar goed mee om te gaan. Dat brengt ons bij de vraag wat slachtoffers *doen* met het lumpsumvergoedingen die zij ontvangen.

12.3 WEINIG ZICHT OP BESTEDING VAN LUMPSSCHADEVERGOEDINGEN

Het is opmerkelijk dat een zo sterke voorkeur bestaat voor vergoeding met een bedrag ineens, terwijl maar weinig bekend is over wat slachtoffers doen met het geld dat zij ontvangen. Dat is bijzonder, omdat tijdens het schaderegelingsproces kosten noch moeite lijken te worden gespaard om tot zo nauwkeurig mogelijke inschattingen te komen, op grond waarvan bedragen worden vastgesteld waarmee slachtoffers vervolgens een onzekere toekomst tegemoet moeten gaan en waarmee zij hun schade daadwerkelijk moeten zien te dekken.²⁶ Het risico dat de voor de schadevaststelling maatgevende inschattingen achteraf bezien niet blijken te kloppen – als die al inzichtelijk zijn voor het slachtoffer²⁷ – is inherent aan begroting *bij voorbaat*, en speelt zowel bij directe als bij periodieke betaling. Zoals gezegd liggen immers ook in het laatste geval de uit te keren bedragen in beginsel vast.

Wie op zoek gaat, stuit op een paar (buitenlandse) onderzoeken die geen eenduidig beeld geven van de wijze waarop slachtoffers met lumpsumvergoedingen omgaan. Zo laat een Engelse studie uit de jaren zeventig zien dat een kans bestaat dat het geld op ‘minder verantwoorde wijze’ wordt besteed – bijvoorbeeld aan luxeartikelen en vakanties – en dus niet geheel wordt opzijgezet en belegd ter ongedaanmaking van latere schade.²⁸ Uit een studie van de *Law Commission* komt een genuanceerd beeld naar voren: slachtoffers geven vaak een deel van de schadevergoeding uit aan zaken met het oog waarop de vergoeding niet was berekend, maar houden veelal voldoende over om niet in de problemen te komen. De meeste slachtoffers zien in dat het belangrijk is de waarde van de schadevergoedingssom te behouden met het oog op de verdere toekomst, maar zij zijn niet steeds even goed in staat om geld te laten renderen.²⁹ Relatief recent onderzoek uit Australië indiceert dat slachtoffers hun schadevergoedingssom regelmatig zo beheren dat ze daar inderdaad voor de rest van hun leven wat aan hebben; anderen geven de vergoeding in een relatief korte tijd uit en ondervinden soms zeer negatieve gevolgen van *lump sum dissipation*.³⁰ Deze en andere onderzoeken lijken uiteindelijk maar

26. Lindenbergh 2008, p. 118-124. Niet alleen moeten allerlei inschattingen worden gemaakt over zowel de daadwerkelijke als de ‘verloren’ toekomst van het slachtoffer, ook worden bij de kapitalisatieberekening allerlei aannames gedaan over geldontwaarding en rendement.

27. Onduidelijk is of slachtoffers steeds voldoende inzicht hebben in de schadestaat en de betekenis daarvan voor hun toekomst, niet in de laatste plaats omdat veel personenschadezaken in de praktijk worden ‘uitonderhandeld’.

28. Royal Commission 1978, p. 121 e.v.

29. Law Commission 1994, p. 161-187.

30. Burns & Harrington 2020; Grant e.a. 2017; Vines, Butt & Grant 2017. In Australië trekt de thematiek bijzondere aandacht in het licht van de zogenoemde ‘*lump sum preclusion period*’ die ‘*double dipping*’ beoogt te voorkomen (de schadevergoeding verkwisten en vervolgens een beroep doen op sociale zekerheid).

een heel smalle basis te zijn voor algemene aannames over hoe personenschadeslachtoffers omgaan met *lump sums*.³¹

12.4 GEDRAGSWETENSCHAPPELIJKE INZICHTEN

De impliciete aanname

Nu is gebleken dat we weinig zicht hebben op wat mensen doen met vergoedingen voor toekomstige schade die zij bij voorbaat ontvangen, en omdat empirisch onderzoek daarnaar vermoedelijk nogal wat methodologische voeten in de aarde heeft, lijkt het zinvol om enige kennis te nemen van meer algemene gedragswetenschappelijke inzichten. In de periode na de totstandkoming en invoering van ons Burgerlijk Wetboek is immers (ook) de wetenschappelijke kennis over menselijk gedrag sterk toegenomen die – zo neem ik aan – ook enige zeggingskracht heeft met betrekking tot ons onderwerp. Volgens mij ligt er namelijk impliciet een mensbeeld ten grondslag aan de wijze waarop toekomstige schade pleegt te worden vergoed, dat op gespannen voet lijkt te staan met hedendaagse gedragswetenschappelijke inzichten. Ik licht dat toe.

Artikel 6:105 BW is ‘neutraal’ in die zin dat uit tekst noch parlementaire geschiedenis eenduidig is af te leiden welke vergoedingswijze de wetgever ziet als meest passend; de rechter is in principe vrij om per geval te beoordelen wat wijsheid is. In de praktijk komt het, zoals gezegd, vrijwel steeds neer op betaling van een som ineens waarmee het slachtoffer kennelijk wordt geacht zich te kunnen redden.³² De impliciete aanname daarbij is volgens mij dat het personenschadeslachtoffer zich wat betreft beheer en besteding van de hem toegekende geldsom zal gedragen als *homo economicus*. Dat wil zeggen dat hij niet alleen in het bepalen van zijn voorkeur voor een som ineens of een periodieke betaling een rationele afweging maakt van de voor- en nadelen, maar dat hij, als zijn schade wordt vergoed door betaling van een som ineens, daar vervolgens ook ‘verstandig’ mee omgaat met het oog op zijn eigen belangen op zowel korte als lange termijn. Praktisch komt dat erop neer dat het slachtoffer het geldbedrag gespreid benut ter compensatie van zijn in de toekomst voortdurende schade, zorgt dat het bedrag daartoe voldoende rendeert en dus ook de verleiding weerstaat om het bedrag eerder uit te geven aan zaken met het oog waarop het niet was begroot.

31. Vgl. Babener 2009, die ervoor waarschuwt dat op grond van slechts enkele empirische verkenningen (te algemene) aannames worden gedaan over hoe letselschadeslachtoffers hun schadevergoeding besteden, waarop vervolgens (niettemin) beleid wordt gebaseerd.

32. Dat ‘zich redden’ moet in de context van het schadevergoedingsrecht worden begrepen als het zo goed mogelijk in feitelijk en ten minste financieel opzicht verkeren in de situatie alsof het ongeval niet was gebeurd.

Intertemporele keuzes, gebrekkige zelfcontrole

Wat levert een 'lekenoriëntatie' op de gedragswetenschappen ons op dit punt op? In elk geval blijkt dat het beeld van de *homo economicus* en het samenhangende rationele keuzemodel als beschrijving van de werkelijkheid moeten worden genuanceerd.³³ Mensen hebben verschillende en wisselende preferenties, gaan niet-rationeel om met informatie en hebben voorspelbare *biases* die de besluitvorming beïnvloeden.³⁴ Zo gaat een (te) grote verleiding uit van onmiddellijke beloningen: liever een beloning nu dan een grotere beloning later. Men spreekt in dit verband ook wel van *present bias* of het *immediacy effect*.³⁵ Afwegingen tussen maximalisatie van welzijn nu en in de toekomst – zogenoemde 'intertemporele keuzes' – blijken we niet steeds eenvoudig te vinden: we willen een goed verzorgde oude dag maar hebben tegelijkertijd geen zin om daar nu al tijd en geld in te steken, we willen graag gezond zijn en blijven maar hebben moeite om te beginnen met sporten en diëten, et cetera.³⁶ De 'planner' en de 'doener' in ons zijn met elkaar in conflict, en de laatste wint het maar al te vaak.³⁷ Anders gesteld: de mens heeft te kampen met gebrekkige *zelfcontrole* en heeft daarom bindingsmechanismen nodig.³⁸ Die bindingsmechanismen zijn nodig, omdat we niet over oneindige wilskracht beschikken en bij wilsuitputting de doener in ons, die het kortetermijnperspectief voor ogen heeft, het overneemt.³⁹ Zogenoemde *sophisticates* zoeken – anders dan *naifs* die te optimistisch zijn over hun zelfdiscipline – naar vormen van *zelfbinding* om hun wilskrachtprobleem op te lossen.⁴⁰

Het mag niet verbazen dat als het gaat over de omgang met geld de zojuist beschreven aspecten van intertemporele keuzes en gebrekkige zelfcontrole een belangrijke rol spelen. Zo blijken ontvangers van loon of uitkeringen het meest te consumeren kort na het betaalmoment (met name bij lagere inkomens), en consumeren ontvangers van voedselbonnen in de Verenigde Staten het meeste vlak na ontvangst ervan, waardoor zij daarna tekortkomen.⁴¹ Dergelijke voorbeelden laten zien dat mensen op korte termijn keuzes maken die het welzijn op de lange termijn kunnen aantasten, wat onverenigbaar is met de gedachte dat mensen op ieder moment zodanig zouden kiezen dat ze hun nut over de rest van hun leven maximaliseren.⁴² *Sophisticates*, die dit weten van zichzelf, lijken dan ook doorgaans blij met bindingsmechanismen: *rational rules for irrational people*. De meeste Neder-

33. Potters & Prast 2009, p. 47.

34. Bijvoorbeeld zeer uitgebreid DellaVigna 2009.

35. Tiemeijer 2011, p. 17.

36. Van Dijk & Zeelenberg 2009, p. 35.

37. Thaler & Shefrin 1981, Prast 2005.

38. Samuelson 1937.

39. Baumeister, Schmeichel & Vohs 2007.

40. Zie bijv. DellaVigna & Malmendier 2006 met betrekking tot investeringen in dure abonnementen voor sportscholen als stimulans om meer te gaan sporten.

41. Stephens 2003; Stephens 2006; Shapiro 2005.

42. Prast 2005, p. 16.

landse werknemers blijken bijvoorbeeld blij met verplicht pensioensparen, omdat ze bang zijn dat ze anders niet genoeg opzij zouden zetten voor later.⁴³ In de Verenigde Staten, waar verplicht pensioensparen is afgeschaft, blijkt het *Save More and Retire Tomorrow* (SMarT)-programma – van elke loonstijging wordt een meer dan evenredig deel voor het pensioen gespaard – een nuttig zelfbindingsmechanisme dat heeft geleid tot een forse toename van de pensioenpremie, waarmee werknemers hun langetermijnbelang dienen.⁴⁴

Incasseren van loterijwinst: ineens of periodiek?

Hoewel personenschadeslachtoffers en loterijwinnaars op het eerste oog zeer weinig met elkaar te maken hebben, worden deze categorieën soms wel met elkaar vergeleken.⁴⁵ Wat betreft de wijze waarop een groot geldbedrag aan een (natuurlijke) persoon wordt uitgekeerd is een gelijkennis te zien: zowel ongevalsslachtoffers als loterijwinnaars kunnen voor de (ongebruikelijke) keuze komen te staan of een groot geldbedrag ineens of gespreid aan hen wordt uitbetaald. Loterijwinnaars verkeren natuurlijk wel in een andere situatie dan ongevalsslachtoffers, voor wie de schadevergoeding natuurlijk allesbehalve een 'prijs' is. Niettemin is het interessant om kennis te nemen van onderzoek naar de keuze die loterijwinnaars soms hebben tussen eenmalige of periodieke uitbetaling van hun prijs. Daaruit blijkt dat zij bijna altijd voor een som ineens kiezen, terwijl vanuit rationeel perspectief een gespreide uitkering als de 'betere' optie wordt gezien.⁴⁶ Niet alleen kan de netto contante waarde van de periodieke betalingen hoger zijn dan het bedrag van de som ineens, prijswinnaars die voor spreiding kiezen – een kleine minderheid van *sophisticates* dus – hebben bovendien een bindingsmechanisme dat hen ertegen beschermt dat ze vanwege hun financiële naïviteit al te snel met lege handen komen te staan. Het maken van een financiële misslag met een deelbedrag heeft immers minder vergaande gevolgen dan wanneer dat gebeurt met de eenmalige grotere som. Bovendien verkleint periodieke betaling de kans dat de winnaar doelwit wordt van 'hulpbehoevenden' (vrienden, familie, goede doelen) of partijen die namens hem willen investeren (adviseurs, ondernemers). Dat prijswinnaars toch in grote meerderheid voor de 'irrationele' optie van een som ineens kiezen, wordt onder andere verklaard door de zojuist besproken aspecten van intertemporele

43. Van Rooij, Kool & Prast 2007.

44. Thaler & Benartzi 2004; Benartzi & Thaler 2007.

45. Denk bijvoorbeeld aan Atiyah 1997, die betoogt dat het systeem van aansprakelijkheid voor personenschade, dat een moeilijk te verdedigen ongelijkheid creëert tussen slachtoffers die met succes hun schade weten te verhalen op een aansprakelijke partij enerzijds en de onfortuinlijken die in principe hun eigen lot te dragen hebben anderzijds, in wezen neerkomt op een loterij. Zie ook Lindenberg 2008, p. 123, die erop wijst dat loterijwinnaars worden omgeven met professionele zorg om ervoor te zorgen dat er verstandig wordt omgegaan met het beschikbaar gekomen geld, terwijl letselschadeslachtoffers het doorgaans zelf maar moeten uitzoeken.

46. Atkins & Dyl 1995; Butler & Raiborn 2010; Dyl & Gregory 2011.

keuzes en gebrekkige zelfcontrole: ook in het brein van loterijwinnaars heeft het heden een streepje voor op de toekomst.⁴⁷

Dyl en Gregory noemen overigens nog twee ‘externe’ aspecten die bijdragen aan de keuze voor een som ineens. Ten eerste benoemen zij de rol van financieel adviseurs, die dikwijls adviseren om voor een som ineens te kiezen omdat zij menen dat zij daarmee – anders dan de ‘gewone man’, die maar beter kan opteren voor een periodieke uitkering – een hoger rendement kunnen behalen. Ze gaan vaak zelf het vermogen beheren voor de winnaar, en met het advies voor een lumpsum te kiezen dienen zij dus (ook) hun eigen belang. Ten tweede benoemen Dyl en Gregory de vertrouwensfactor: als het vertrouwen in financiële instituten laag is, ontvangen winnaars liever hun bedrag in een keer dan dat zij erop moeten vertrouwen dat de bedragen waarop zij aanspraak hebben in de toekomst daadwerkelijk zullen worden uitgekeerd.⁴⁸

Defaults

Vanwege onder meer de gebrekkige zelfcontrole van mensen is vanuit beleidsmatig perspectief de ‘keuzearchitectuur’ van bijzonder belang: de specifieke wijze waarop een keuzesituatie is vormgegeven.⁴⁹ Een krachtige manier om te *nudgen* is door het aangeven wat de *default* is: wat is het resultaat als geen (actieve) keuze wordt gemaakt? Gedragseconomisch onderzoek laat zien dat *defaults* een krachtig effect kunnen hebben.⁵⁰ Neem bijvoorbeeld weer keuzes met betrekking tot pensioendeelname: als werknemers deelnemen tenzij ze zich afmelden, nemen er significant meer personen deel dan wanneer werknemers zichzelf eerst moeten aanmelden.⁵¹ En in de sfeer van de autoverzekering is aangetoond dat mensen veel vaker voor volledige dekking kiezen wanneer dat de standaard is dan wanneer ze in principe een beperkte dekking krijgen die ze tegen bijbetaling kunnen uitbreiden.⁵² Dat *defaults* sterke effecten hebben op het keuzegedrag van individuen is verklaarbaar: mensen vertonen nu eenmaal uitstelgedrag, zien de *default* als de door experts aanbevolen optie en beschouwen dat bovendien als de sociale norm.⁵³

Tussenconclusie

In het licht van het neutrale artikel 6:105 BW lijkt de rechtspraktijk, waarin toekomstige schade steevast wordt vergoed met een som ineens, impliciet ervan uit te gaan dat slachtoffers zich met die vergoeding wel raad weten, ook wat betreft hun

47. Dyl & Gregory 2011, p. 5-6.

48. Idem.

49. De term werd geïntroduceerd in Thaler & Sunstein 2008.

50. Potters & Prast 2009, p. 53.

51. Beshears 2013.

52. Johnson e.a. 1993.

53. Tiemeijer 2011, p. 98.

belangen op de langere termijn. Onderzoek naar wat slachtoffers daadwerkelijk doen met hun schadevergoedingen is schaars en levert geen eenduidig beeld op. Uit de in de praktijk gangbare werkwijze zou men kunnen afleiden dat erop wordt vertrouwd dat het slachtoffer als een *homo economicus* zal handelen en zijn belangen op de korte en de langere termijn rationeel afweegt. Gedragswetenschappers weten inmiddels dat dit meer ideaal dan werkelijkheid is: mensen zijn 'gebreektig rationeel'. Zo heeft in ons brein het heden een streepje voor op de toekomst en hebben wij dus moeite met intertemporele keuzes. De mens heeft te kampen met gebrekkige zelfcontrole en doet er soms goed aan zichzelf daartegen te (laten) beschermen. Dat geldt bij ook – of wellicht zelfs bij uitstek – in de financiële sfeer, zoals bij pensioenen, verzekeringen, loterijen, etc. Of een en ander ook opgaat voor personenschadeslachtoffers die grote schadevergoedingssommen ontvangen, is niet duidelijk. Mogelijk zijn zij zich bewust van de kwetsbare positie waarin zij door het ongeval terecht zijn gekomen, en gedragen zij zich hierdoor meer *sophisticated* (bijvoorbeeld door financiële 'nazorg' te zoeken).⁵⁴ Omgekeerd kunnen het ongeval en de juridische nasleep ervan juist ook kortetermijndenken in de hand werken, en het slachtoffer in de verleiding brengen om een groot geldbedrag te benutten om 'het er nu maar even van te nemen'.⁵⁵

Een mogelijke oplossingsrichting voor 'gebreektige rationaliteit' kan worden gevonden in beleid dat uitgaat van *defaults*. Met dit in het achterhoofd is het interessant om te bezien wat in de ons omringende landen (Duitsland, Verenigd Koninkrijk, België en Frankrijk) speelt met betrekking tot de vraag of toekomstige schade ineens of periodiek moet worden vergoed.

12.5 EEN RECHTSVERGELIJKENDE RONDGANG

Duitsland

In Duitsland wordt de wijze van vergoeding van toekomstige personenschade beheerst door § 843 BGB, dat voorschrijft dat wanneer letsel leidt tot verlies van verdienvermogen (*Erwerbsfähigkeit*) of toegenomen behoeften (*Vermehrung der Bedürfnisse*), de schade wordt vergoed middels periodieke betaling (*Geldrente*), volgens het tweede lid eventueel gewaarborgd door zekerheidstelling. Periodieke betaling is dus de hoofdregel: de wetgever acht deze vergoedingsvorm vanuit oogpunt van slachtofferbescherming voor gevallen van blijvend letsel het meest passend.⁵⁶ Schadevergoeding moet eraan bijdragen dat het slachtoffer zo veel mogelijk

54. Het ligt ook in de rede dat de kosten daarvan voor vergoeding in aanmerking komen. Vgl. Lindenbergh 2008, p. 124.

55. Vgl. Royal Commission 1978, p. 123: schadevergoeding kan door het slachtoffer worden gebruikt 'to purchase some luxury which he could not otherwise afford but which may give him pleasure that to some extent makes up for his loss'.

56. Staudinger/Vieweg (2015) BGB § 843.

de levenskwaliteit behoudt die hij zou hebben gehad zonder het letsel, zonder de dreiging van risico's van een kapitaalinvestering: blijvende schade moet daarom in principe in een blijvende vorm worden vergoed.⁵⁷

In lijn met de achterliggende beschermingsgedachte bepaalt het derde lid van § 843 BGB dat het slachtoffer slechts aanspraak heeft op een bedrag ineens (*Kapital*) als daarvoor een belangrijke reden is (*wichtiger Grund*).⁵⁸ Of hiervan sprake is, hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij in het bijzonder van belang is of een bedrag ineens meer dan een periodieke betaling zou kunnen bijdragen aan het doel van compensatie.⁵⁹ Dat is het geval wanneer met een som ineens een 'nieuw bestaan' kan worden gerealiseerd of als die betalingswijze gunstig(er) lijkt vanuit oogpunt van gezondheid van het slachtoffer, bijvoorbeeld doordat onzekerheid omtrent betaling een 'ziekmakend' effect kan hebben.⁶⁰ In dit verband kan ook worden gedacht aan de situatie waarin de aansprakelijke in het buitenland verkeert en inning voor het slachtoffer lastig lijkt te worden.⁶¹ Overigens is, in tegenstelling tot de bedoeling van de wetgever, in de Duitse aansprakelijkheidspraktijk de som ineens eerder regel dan uitzondering: het staat partijen in de buitengerechtelijke sfeer immers vrij een betalingswijze te kiezen en aansprakelijkheidsverzekeraars hebben vooral belang bij betaling van een som ineens.⁶²

Verenigd Koninkrijk

Traditioneel wordt in *common law*-stelsels schade vergoed met *lump sums*. In de jaren zeventig van de vorige eeuw werd deze vergoedingswijze in het Verenigd Koninkrijk ter discussie gesteld. Dat debat won met het verstrijken van de tijd aan belang vanwege toenemende onvrede over het functioneren van het rechtssysteem.⁶³ Vanuit het inzicht dat zowel aan *lump sums* als aan *annuity payments* voor- en nadelen kleven, en geïnspireerd op voorbeelden uit de Verenigde Staten en Canada, kwam in de jaren tachtig in de praktijk een tussenweg tot stand in de vorm van *structured settlements*: partijen wikkelen de schade af door de aanschaf van een annuïteit voor het slachtoffer overeen te komen.⁶⁴ Eerst wordt volgens de gebruikelijke wijze van schadebegroting vastgesteld op welk bedrag het slachtoffer aanspraak heeft. Van dat bedrag wordt vervolgens een annuïteit (lijfrente) aangeschaft die voorziet in een jaarlijkse som geld zolang het slachtoffer leeft. Voor de

57. MünchKomm/Stein § 843 Rn 3. Zie ook Drees 1988.

58. Zie kritisch over die beschermingsgedachte en het vereiste van een belangrijke reden Schwintowski 2010.

59. BGH VersR 1982, 238.

60. Zie bijvoorbeeld reeds RG, Urteil vom 23. Mai 1910 – VI 452/09 –, RGZ 73, 418-420. Zie over psychologische omstandigheden als belangrijke reden ook OLG Koblenz OLGR 1997, 332.

61. Staudinger/Vieweg (2015) BGB § 843.

62. MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 843 Rn. 27.

63. Deakin & Adams 2019, p. 812-814.

64. Uitvoerig hierover Lewis 1993.

aansprakelijke partij en/of diens verzekeraar maakt het weinig uit of de lumpsum wordt betaald aan het slachtoffer of aan een financiële instelling. Het slachtoffer geniet daarentegen wel bepaalde voordelen bij een *structured settlement*: hij wordt bevrijd van investeringsrisico's, en de route is voor hem ook fiscaal gunstig. In de praktijk is het voor slachtoffers evenwel niet eenvoudig gebleken om in te schatten wat wijsheid is: gehele of gedeeltelijke *structuring* van het schadebedrag. Tegenwoordig wordt nog maar zelden gekozen voor een *structured settlement* vanwege de lage rendementen op annuïteiten in vergelijking tot de andere mogelijkheden na ontvangst van een lumpsumbedrag.⁶⁵

Per 1 april 2005 trad de Courts Act 2003 (ss. 100-101) in werking, die een wijziging aanbracht in de Damages Act 1996.⁶⁶ Gelijktijdig trad de Damages (Variation of Periodical Payments) Order 2005 in werking, die de rechter in personenschadezaken de bevoegdheid geeft de aansprakelijke te veroordelen tot periodieke betaling van toekomstige vermogensschade.⁶⁷ De regeling bevat een aantal bepalingen die de rechter een kader bieden voor de afwegingen die hij moet maken in verband met de toekenning van een periodiek te betalen schadevergoeding.⁶⁸ De rechter heeft niet alleen de *bevoegdheid* de aansprakelijke geheel of gedeeltelijk tot periodieke betaling te veroordelen, hij is ook *gehouden* tot het overwegen ervan en hij kan de periodieke betaling op eigen initiatief opleggen. De rechter heeft bovendien enige ruimte om de periodieke betaling vatbaar te maken voor wijziging als latere omstandigheden daartoe aanleiding zouden geven. Anders dan bij *structured settlements* is het aan de aansprakelijke en/of diens verzekeraar om de meest geschikte manier te vinden waarop aan de periodieke betalingsplicht kan worden voldaan; partijen hoeven niet een lumpsum te berekenen op basis van onder meer de verwachte levensduur.

Hoewel wordt gesproken van 'the most fundamental change in 150 years in the quantification of bodily injury claims involving continuing losses',⁶⁹ valt nog te bezien wat precies het effect is van de nieuwe regeling op de schaderegelingspraktijk. Omdat partijen in de buitengerechtelijke sfeer vrij kunnen kiezen op welke wijze zij de kwestie afwikkelen, bestaat de kans dat verzekeraars uit vrees voor hoge kosten van periodieke betaling bereid zijn te schikken voor hogere lumpsumbedragen om zaken aldus buiten bereik van de rechter te houden.⁷⁰ In dat geval zou de wetswijziging dus niet een toename van het gebruik van *periodical payments* maar van de omvang van de *lump sums* tot gevolg hebben. Wat hier ook van zij, duidelijk is dat de wetgever in het Verenigd Koninkrijk heil ziet in (meer) periodieke betaling van schadevergoeding bij blijvende personenschade.

65. Deakin & Adams 2019, p. 818-819.

66. Na langdurige consultatie. Zie Lewis 2006.

67. Zie met name art. 2 Damages (Variation of Periodical Payments) Order 2005. Zie eveneens over de regeling vanuit rechtsvergelijkend perspectief Anker, Duarte & Samsom 2019.

68. Waarover in detail Edelman 2018, nr. 40-009 e.v.

69. LIIRMA 2003, p. 83.

70. Deakin & Adams 2019, p. 819.

België

Ook in België is recent een interessante ontwikkeling waar te nemen met betrekking tot vergoeding middels een bedrag ineens of periodiek uit te keren bedragen. In het kader van de hercodificatie van het Belgisch burgerlijk recht is door de Commissie voor de hervorming van het aansprakelijkheidsrecht een voorontwerp⁷¹ tot stand gebracht met een uitvoerige memorie van toelichting.⁷² Aanvankelijk was de bedoeling dat het (gemoderniseerde) buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht deel zou uitmaken van het nieuwe Boek 5 'Verbintenissen', maar daarvan is het inmiddels losgekoppeld.⁷³ In de opbouw van het nieuwe Belgische Burgerlijk Wetboek zal de buitencontractuele aansprakelijkheid voorwerp uitmaken van een afzonderlijk boek.⁷⁴

Onder de voorstellen van de Commissie voor de hervorming van het aansprakelijkheidsrecht treft men het bepaalde in artikel 5.183, dat ziet op de keuze tussen een som ineens of een periodieke vergoeding (die in België 'kapitaal' respectievelijk 'rente' worden genoemd). De eerste zin van artikel 5.183 maakt duidelijk dat toekomstige schade als gevolg van een aantasting van de fysieke integriteit wordt hersteld in de vorm van kapitaal of rente naargelang dit passend is. Hierbij wordt, onder meer, rekening gehouden met 'de toestand van de partijen' en de belangen van de benadeelde. Dit moet vooral worden begrepen tegen de achtergrond van het in artikel 5.187 neer te leggen beschikkingsbeginsel, dat inhoudt dat het slachtoffer vrij beschikt over de schadevergoeding en dat het bedrag van de schadevergoeding niet afhankelijk is van het gebruik dat hij ervan zal maken. Belangwekkend is de tweede zin van artikel 5.183, die duidelijk maakt dat de rechter een rente kan opleggen ook al wordt zij niet gevorderd, wanneer doorslaggevende motieven in verband met de bescherming van de benadeelde dit verantwoorden. De memorie van toelichting laat zien hoezeer de beschermingsgedachte hier leidend is: met de tweede zin van artikel 5.183 wordt beoogd te vermijden 'dat de benadeelde te gemakkelijk zwicht voor druk of voor het gemak door een aanzienlijk kapitaal te aanvaarden dat in één keer wordt uitbetaald hoewel hij gedurende een lange periode schade zal ondervinden. Het kapitaal zou dan wel eens snel kunnen worden verkwist, terwijl het wordt geacht schade te herstellen die in de tijd voortduurt. In die omstandigheden zou de rechter de voorkeur moeten geven

71. Voorontwerp van wet houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het Burgerlijk Wetboek, te raadplegen via: https://justitie.belgium.be/sites/default/files/avant-projet_de_loi_-_voorontwerp_van_wet_-_livre_boek_5.pdf.

72. Te raadplegen via: https://justitie.belgium.be/sites/default/files/expose_des_motifs_-_memoirie_van_toelichting_-_livre_boek_5.pdf.

73. De wet van 28 april 2022 houdende invoeging van Boek 5 'Verbintenissen' van het Burgerlijk Wetboek werd bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* op 1 juli 2022. De wet treedt in werking op 1 januari 2023.

74. Dirix 2021, p. 639.

aan een rente boven een kapitaal.⁷⁵ De Commissie staat met het voorgestelde artikel 5.183 dus bepaald geen ‘neutrale’ bepaling voor en laat zien dat slachtofferbescherming hier zwaar weegt.

Ook de Indicatieve Tabel, een door rechters opgesteld overzicht van schadeposten dat ook diverse aanwijzingen bevat voor een min of meer gestandaardiseerde begroting, bevat een duidelijke aanwijzing dat periodieke betaling in gevallen van ernstige en blijvende ongeschiktheid vanuit oogpunt van slachtofferbescherming de voorkeur verdient:

‘De toekenning van een geïndexeerde en al dan niet herzienbare rente is de meest passende vorm voor de schadevergoeding voortvloeiende uit een ernstige blijvende ongeschiktheid. Het komt erop neer dat het slachtoffer voor de toekomst een maandelijks of jaarlijks, periodiek, bedrag ontvangt gedurende de volledige resterende effectieve levensduur. Deze vergoedingswijze sluit het beste aan bij de werkelijke toekomstige schade, rekening houdend met de reële levensduur van het slachtoffer. Deze methode biedt het voordeel dat het slachtoffer niet geconfronteerd wordt met een uitputting van zijn vergoeding vooraleer de vergoedbare periode is verstreken en behoedt de schadelijder voor toekomstige en dus onzekere elementen.’⁷⁶

Hoewel betaling via een som ineens in de Belgische schadepraktijk de dominante vergoedingswijze is, geven de opstellers van de Indicatieve Tabel en de Commissie voor de hervorming van het aansprakelijkheidsrecht een duidelijk signaal af: periodieke betaling is bij voortdurende personenschade de meest passende vorm. Het perspectief van bescherming van het slachtoffer – waaronder tegen *zichzelf* – is daarbij leidend.

Frankrijk

In Frankrijk is het aan de rechter om te kiezen of toekomstige schade wordt vergoed met een bedrag ineens (*capital*) of periodieke bedragen (*rente*). Het Franse Hof van Cassatie perkt de vrijheid van de rechter op dit punt niet in: deze is niet gebonden aan de voorkeur van het slachtoffer en kan dus ook een periodieke betaling opleggen wanneer een som ineens wordt gevorderd.⁷⁷ In dat laatste geval is het slachtoffers veelal toegestaan de hen toegekende *rente* alsnog om te zetten in een *capital*.⁷⁸ Daartoe zijn verschillende kapitalisatieschalen (*barèmes*) opgesteld.⁷⁹

Hoewel slachtoffers in het algemeen een sterke voorkeur lijken te hebben voor een som ineens, is in de literatuur de vraag gerezen of dit wel steeds de meest pas-

75. Memorie van toelichting, p. 206.

76. Indicatieve Tabel 2021, p. 71.

77. Cour de Cassation (crim.) 19 juni 1996, 95-82.631, *Bulletin criminel* 1996 N° 261, p. 785.

78. Zie bijv. Cour de cassation (civ.) 10 februari 2011, 10-14.907.

79. Waarover onder meer Van Teslaar 2014.

sende wijze van schadevergoeding is.⁸⁰ In het kader van de hervorming van het Franse burgerlijk recht zijn door academici dan ook voorstellen gedaan waarin op dit punt een duidelijke(r) keuze wordt gemaakt. Zo werd reeds in het *voorontwerp-Catala* voorgesteld om wettelijk vast te leggen dat schadevergoeding in personenschadezaken geschiedt in de vorm van periodieke betaling – althans wanneer het gaat om weggevallen inkomsten, kosten voor onderhoud en kosten in verband met inschakeling van hulp van derden – tenzij de rechter daar met goede redenen van afwijkt (*sauf décision contraire spécialement motivée*).⁸¹ Na een publieke consultatieronde kwam het Franse Ministerie van Justitie in 2017 met een voorstel tot hervorming van het Franse aansprakelijkheidsrecht (*Projet de réforme de la responsabilité civile*). Na een nieuwe consultatieronde kwam een *Rapport d'information* tot stand waaruit onder meer blijkt dat de Franse vereniging voor letselschadeadvocaten (*Association nationale des avocats de victimes de dommages corporels (ANADAVI)*) zich keert tegen het voorstel omtrent periodieke betaling; de bezwaren worden evenwel te licht gewogen.⁸² Het uitgangspunt dat toekomstige personenschade wordt vergoed in de vorm van periodieke betaling is nu neergelegd in artikel 1274 van wetsvoorstel 678.⁸³

Tussenconclusie

Deze rondgang laat zien dat in Duitsland, het Verenigd Koninkrijk, België en Frankrijk de periodieke betaling van voortdurende personenschade op een hoger plan staat dan hier te lande, waarbij bescherming van het slachtoffer (tegen investeringsrisico's, gevaar van 'verkwisting', etc.) een terugkerend thema is. In Duitsland lag dat al geruime tijd besloten in § 843 BGB; in het Verenigd Koninkrijk, België en Frankrijk is in de afgelopen decennia een duidelijke beweging in die richting te zien. Daarmee is overigens niet gezegd dat de personenschadepraktijk direct wordt beïnvloed. Zo zou in de Duitse letselschadepraktijk, in weerwil van het wettelijke uitgangspunt, nog altijd de meerderheid van de toekomstige personenschadezaken worden afgewikkeld met een som ineens, en wat de gevolgen zijn van de Engelse Damages (Variation of Periodical Payments) Order 2005 moet ook nog blijken.

12.6 SLOT

Op basis van het voorgaande zou wat mij betreft aan artikel 6:105 BW mogen worden toegevoegd dat de rechter in gevallen van toekomstige vermogensschade wegens blijvend letsel de schuldenaar in principe veroordeelt tot betaling van peri-

80. Viney, Jourdain & Carval 2017, p. 202.

81. Aldus het voorgestelde art. 1379-3 in Catala 2006.

82. J. Bigot & A. Reichardt (namens de commissie), *Rapport d'information n° 663 (2019-2020)*, p. 41-42.

83. Sénat, Proposition de loi no 678. Zie www.senat.fr/leg/pp19-678.pdf.

odiek uit te keren bedragen. Wanneer daar een goede aanleiding voor is, of wanneer de rechter althans ervan overtuigd is dat ook de langetermijnbelangen van het slachtoffer voldoende zullen zijn gewaarborgd, kan hij overgaan tot toekenning van een som ineens. Een *default* dus, die meer recht doet aan de uitgangspunten van ons schadevergoedingsrecht, 'zwakkere' slachtoffers beschermt tegen onder meer het risico van veronachtzaming van hun langetermijnbelangen en bovendien aansluit bij recente ontwikkelingen in ons omringende rechtsstelsels.

Deze bijdrage laat zien dat er op juridisch-wetenschappelijk gebied nog genoeg te doen is. Ik vermoed dat juristen in samenwerking met gedragswetenschappers nog wel wat meer zicht kunnen krijgen op wat personenschadeslachtoffers daadwerkelijk doen met grote geldsommen die zij krijgen uitgekeerd, welke risico's zij daarbij lopen, et cetera. Hoewel gedegen onderzoek hiernaar waarschijnlijk complex en kostbaar is, geven de hiervoor besproken algemene gedragswetenschappelijke inzichten daartoe wat mij betreft voldoende aanleiding. Mogelijk zal blijken dat het beeld zal moeten worden verfijnd waar het gaat om de personenschadecontext. Zijn personenschadeslachtoffers zich bewust van de kwetsbare positie waarin zij door het ongeval zijn terechtgekomen, en gedragen zij zich hierdoor eerder *sophisticated*? Of werken het ongeval en de juridische nasleep ervan juist kortetermijndenken in de hand waartegen periodieke betaling kan beschermen?

Ik ben ook benieuwd hoe de schadeafwikkelingspraktijk er op dit punt uitziet: worden slachtoffers wel 'volledig' geadviseerd over de mogelijkheid van periodieke betaling? Of blijft deze optie in de praktijk structureel onderbelicht (omdat bij de schadeafhandeling betrokken professionals bij deze afwikkelingswijze geen direct belang hebben)? Als dat laatste inderdaad het geval is, is niet uit te sluiten dat dit in de toekomst nog eens een rijke bron van (beroeps)aansprakelijkheid wordt.⁸⁴ Tot slot ligt het voor de hand om de ontwikkelingen in onze buurlanden aandachtig te volgen: sorteren de recente wetswijzigingen ter bevordering van periodieke betaling daar ook daadwerkelijk het beoogde effect in de letselschadepraktijk?

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Anker, Duarte & Samsom 2019

F.F. Anker, J. Duarte & M.C. Samsom, 'Uitkering voor personenschade: som ineens of periodiek? Een vergelijking met het Engelse recht', in: F.T. Oldenhuis & H. Vorsselman (red.), *Schadebegroting in letselschadezaken*, Den Haag: Boom juridisch 2019.

Asser/Sieburgh 6-II 2021

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenisrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

84. In die richting wijst reeds Royal Commission 1978, p. 375, aanbeveling 42.

Atiyah 1997

P.S. Atiyah, *The Damages Lottery*, Oxford: Hart Publishing 1997.

Atkins & Dyl 1995

A.B. Atkins & E.A. Dyl, 'The Lotto Jackpot: The Lumps Sum Versus the Annuity', *Financial Practice & Education* 1995-2, p. 107-111.

Babener 2009

J. Babener, 'Justifying the structured settlement tax subsidy: the use of lump sum settlement monies', *NYU Journal of Law & Business* 2009, p. 127-167.

Baumeister, Schmeichel & Vohs 2007

R.F. Baumeister, B.J. Schmeichel & K.D. Vohs, 'The self as controlling agent', in: A.W. Kruglanski & E.T. Higgins (red.), *Social psychology: Handbook of basic principles*, New York: Guilford 2007, p. 516-539.

Benartzi & Thaler 2007

S. Benartzi & R.H. Thaler, 'Heuristics and Biases in Retirement Savings Behavior', *Journal of Economic Perspectives* 2007-3, p. 81-104.

Beshears 2013

J. Beshears e.a., 'Simplification and Saving', *Journal of Economic Behavior & Organization* 2013, p. 130-145.

Van Boom & Giesen 2018

W.H. van Boom & I. Giesen, 'Tien jaar civilologie: hoe ver staan de luiken open?', in: J. Baeck (red.), *Privaatrecht in actie!*, Brugge: Die Keure 2018, p. 15-46.

Breedveld 2016

E. Breedveld, 'Vergoeding voor letselschade: fiscaal (on)belast?', *Verkeersrecht* 2016-2, p. 43-45.

Burns & Harrington 2020

K. Burns & R. Harrington, 'Safe as Houses? Lump Sum Dissipation and Housing', in: P. Vines & A. Akkermans (red.), *Unexpected Consequences of Compensation Law*, Oxford: Hart Publishing 2020, p. 101-122.

Butler & Raiborn 2010

J.B. Butler & C.A. Raiborn, 'Internal Control: The Lottery's Ticket to Success', *Strategic Finance* 2010-3, p. 43-51.

Catala 2006

P. Catala (red.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris: La Documentation française 2006.

Deakin & Adams 2019

S. Deakin & Z. Adams, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2019.

DellaVigna 2009

S. DellaVigna, 'Psychology and Economics: Evidence from the Field', *Journal of Economic Literature* 2009-2, p. 315-372.

DellaVigna & Malmendier 2006

S. DellaVigna & Malmendier, 'Paying Not to Go to the Gym', *American Economic Review* 2006, p. 694-719.

Dirix 2021

E. Dirix, 'De hercodificatie van het burgerlijk recht in België', *WPNR* 2021/7338, p. 636-642.

Drees 1988

J.-D. Drees, 'Schadensersatzansprüche wegen vermehrter Bedürfnisse', *Versicherungsrecht* 1988, p. 784-789.

Van Dijk & Zeelenberg 2009

E. van Dijk & M. Zeelenberg, 'De (ir)rationaliteit van de beslisser', in: W.L. Tiemeijer, C.A. Thomas & H.M. Prast (red.), *De menselijke beslisser. Over de psychologie van keuze en gedrag*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2009, p. 25-46.

Dyl & Gregory 2011

E.A. Dyl & D.W. Gregory, 'Lottery Jackpots: Selecting the Rational Payout in the Face of Irrationality', *Advances in Behavioral Finance & Economics: The Journal of the Academy of Behavioral Finance* 2011-2, p. 1-16.

Edelman 2018

J. Edelman, *McGregor On Damages*, London: Thomson Reuters / Sweet & Maxwell 2018.

EGTL 2005

European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Wenen: SpringerWienNewYork 2005.

Grant e.a. 2017

G.M. Grant e.a., 'When Lump Sums Run Out: Disputes at the Borderlines of Tort Law, Injury Compensation and Social Security', in: K. Barker e.a. (red.), *Private law in the 21st century*, Oxford: Hart Publishing 2017, p. 301-322.

Hebly 2019

M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019.

Hebly 2020

M.R. Hebly, 'Begroting van personenschade: welke lessen zijn er nog te leren?', in: T. Hartlief e.a., *LSA Revisited: welke lessen zijn er nog te leren?*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 151-172.

Hebly 2022

M.R. Hebly, 'Schadevergoeding en inflatie', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2022/37.

Indicatieve Tabel 2021

'Indicatieve Tabel', *Tijdschrift van de Politie-rechters* 2021-2.

Johnson e.a. 1993

E.J. Johnson, J. Hershey, J. Meszaros & H. Kunreuther, 'Framing, probability distortions and insurance decisions', *Journal of Risk and Uncertainty* 1993-1, p. 35-52.

Law Commission 1994

Law Commission, *Personal injury compensation: how much is enough? A study of the compensation experiences of victims of personal injury* (LAW COM No. 225), Londen: HMSO 1994.

Lewis 1993

R. Lewis, *Structured Settlements: The Law and Practice*, Londen: Sweet & Maxwell 1993.

Lewis 2006

R. Lewis, 'The Politics and Economics of Tort Law: Judicially Imposed Periodical Payments of Damages', *The Modern Law Review* 2006-3, p. 418-442.

LIIRMA 2003

London International Insurance and Reinsurance Market Association, *Third UK Bodily Injury Awards Study*, Londen: International Underwriting Association of London 2003.

Lindenbergh 2008

S.D. Lindenbergh, 'Vaststelling van letselschade, veel aandacht voor een fictieve toekomst, weinig voor daadwerkelijke financiële zekerheid', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2008, p. 118-124.

Lindenbergh 2013

S.D. Lindenbergh, *Van smart naar geld*, Deventer: Kluwer 2013.

Lindenbergh & Van der Zalm 2015

S.D. Lindenbergh & I. van der Zalm, *Schadevergoeding: personenschade* (Monografieën BW nr. B37), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Lindenbergh 2020

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Monografieën BW nr. B34), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Potters & Prast 2009

J. Potters & H. Prast, 'Gedragseconomie in de praktijk', in: W.L. Tiemeijer, C.A. Thomas & H.M. Prast (red.), *De menselijke beslisser. Over de psychologie van keuze en gedrag*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2009, p. 47-64.

Prast 2005

H. Prast, *Emotie-economie: de mythe van de persoonlijke financiële planning* (oratie Tilburg), Tilburg University 2005.

Van Rooij, Kool & Prast 2007

M.C.J. van Rooij, C.J. Kool & H.M. Prast, 'Risk-return preferences in the pension domain: are people able to choose?', *Journal of Public Economics* 2007-3/4, p. 701-722.

Royal Commission 1978

Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury Vol. 1, Londen: Her Majesty's Stationary Office 1978.

Samuelson 1937

P.A. Samuelson, 'A note on measurement of utility', *The Review of Economic Studies* 1937-2, p. 155-161.

Schwintowski 2010

H.-P. Schwintowski, 'Schutzfunktion und wichtiger Grund in § 843 Abs. 3 BGB', *Versicherungsrecht* 2010, p. 149-155.

Shapiro 2005

J. Shapiro, 'Is there a daily discount rate? Evidence from the food stamp nutrition cycle', *Journal of Public Economics* 2005, p. 303-325.

Spier 1992

J. Spier, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3* (Monografieën BW nr. B36), Deventer: Kluwer 1992.

Stephens 2003

M. Stephens, "'3rd of the month": Do social security recipients smooth consumption between checks?', *American Economic Review* 2003-1, p. 406-422.

Stephens 2006

M. Stephens, 'Paycheck Receipt and the Timing of Consumption', *The Economic Journal* 2006, p. 680-701.

Van Teslaar 2014

S. Van Teslaar, 'Barèmes de capitalisation: des arrêts d'outre-mer devraient inspirer magistrats et praticiens français', *Juris-Classeur Périodique, Edition Générale* 2014, 411.

Thaler & Benartzi 2004

R.H. Thaler & S. Benartzi, 'Save More Tomorrow: Using Behavioral Economics to Increase Employee Saving', *Journal of Political Economy* 2004-1, p. 164-187.

Thaler & Shefrin 1981

R. Thaler & H. Shefrin, 'An economic theory of self-control', *Journal of Political Economy* 1981, p. 392-406.

Thaler & Sunstein 2008

R.H. Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*, New Haven: Yale University Press 2008.

Tiemeijer 2011

W.L. Tiemeijer, *Hoe mensen keuzes maken. De psychologie van het beslissen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011.

Tjong Tjin Tai 2017

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Schadebegroting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.

Vines, Butt & Grant 2017

P. Vines, M. Butt & G. Grant, 'When Lump Sum Compensation Runs Out: Personal Responsibility or Legal System Failure?', *Sydney Law Review* 2017-3, p. 365-398.

Viney, Jourdain & Carval 2017

G. Viney, P. Jourdain & S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, Paris: L.G.D.J. 2017.

DE BESCHERMING VAN NIET-PERSOONLIJKE PERSOONLIJKHEIDSRECHTEN VANUIT CONFLICTENRECHTELIJK PERSPECTIEF

Laura van Bochove

13.1

INLEIDING*

Naast het paalen jubileum van het BW, vieren we in 2022 ook het tinnen jubileum van Boek 10 BW, waarin de Nederlandse regels van internationaal privaatrecht zijn vervat. Veel van de bepalingen in dit boek bestaan echter aanzienlijk langer; Boek 10 BW is grotendeels een verzameling van bepalingen uit de verschillende Wetten Conflictenrecht die vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw het licht zagen.

Een bepaling die daadwerkelijk ‘pas’ tien jaar bestaat, is artikel 10:159 BW. Dit artikel schrijft voor dat de Rome II-Verordening,¹ het EU-instrument dat bepaalt welk recht van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen in grensoverschrijdende burgerlijke en handelszaken, analogisch wordt toegepast op onderwerpen die buiten haar toepassingsgebied vallen. Hierbij kan worden gedacht aan niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit het vennootschapsrecht² of uit een kernongeval.³ Ook niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer of de persoonlijkheidsrechten worden uitgezonderd.⁴ Onder het begrip persoonlijkheidsrechten worden verschillende rechten geschaard, zoals het recht op eer en goede naam, het recht op geestelijke en lichamelijke integriteit en het recht op zelfbeschikking.⁵ Deze subjectieve rechten, die grotendeels ook zijn terug te vinden in de Grondwet en mensenrechtenverdragen, beschermen verschillende aspecten van de menselijke persoonlijkheid.⁶

* Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

1. Verordening (EG) nr. 864/2007 van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (*PbEG* 2007, L 199/1).
2. Art. 1 lid 2 sub d Rome II.
3. Art. 1 lid 2 sub f Rome II.
4. Art. 1 lid 2 sub g Rome II.
5. Zie o.a. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/46; Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 4. 4.
6. Van Dam 2020, nrs. 111 en 226-1. Naar Nederlands recht valt een inbreuk op persoonlijkheidsrechten onder de onrechtmatigheidsrechtscategorie ‘inbreuk op een recht’ uit art. 6:162 lid 2 BW. Zie uitgebreid o.a. Verheij 2019, nr. 15; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/46 e.v.; Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 4.

In een eerdere publicatie heb ik geschreven over de potentieel onwenselijke gevolgen van de keuze van de Nederlandse wetgever om de Rome II-Verordening alsnog analogisch toe te passen op niet-contractuele verbintenissen voortvloeiende uit inbreuken op de persoonlijkheidsrechten.⁷ De toepassing van Rome II zal er doorgaans toe leiden dat de Nederlandse rechter verplicht is buitenlands recht toe te passen op een vordering tegen een in Nederland gevestigde partij die is ingesteld door een buitenlandse partij wegens smaad of laster. Wanneer het buitenlandse recht ruimere bescherming biedt aan persoonlijkheidsrechten dan het Nederlandse recht, kunnen de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid in Nederland in het geding komen.

Het domein van de persoonlijkheidsrechten is geen rustig bezit. Zo is internationaal de tendens waarneembaar dat persoonlijkheidsrechten niet langer als strikt individueel van aard worden beschouwd, maar ook kunnen toebehoren aan (de leden van) een sociale groep of gemeenschap, of zelfs een natie. Een voorbeeld van persoonlijkheidsrechten die toebehoren aan de onderdanen van een land is te vinden in het Poolse recht, waarin sinds enkele jaren het recht op bescherming van de Poolse identiteit en waardigheid onder de persoonlijkheidsrechten wordt geschaard. De ontwikkeling van 'niet-persoonlijke persoonlijkheidsrechten' rechtvaardigt een hernieuwde aandacht voor de gevolgen van artikel 10:159 BW voor grensoverschrijdende inbreuken op persoonlijkheidsrechten.

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. In paragraaf 13.2 zet ik kort uiteen hoe naar Nederlands internationaal privaatrecht wordt bepaald welk recht van toepassing is op een grensoverschrijdende vordering wegens een inbreuk op een persoonlijkheidsrecht via het internet. In paragraaf 13.3 staat de ontwikkeling van niet-persoonlijke persoonlijkheidsrechten centraal. De gevolgen hiervan voor het bepalen van het toepasselijk recht worden in paragraaf 13.4 en paragraaf 13.5 besproken. In paragraaf 13.6 sluit ik af met een advies aan de wetgever.

13.2 DE GEVOLGEN VAN ANALOGISCHE TOEPASSING VAN ROME II IN SMAAD- EN LASTERZAKEN

Rome II regelt voor vrijwel alle EU-lidstaten⁸ welk recht van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen in internationale burgerlijke of handelszaken. Verbintenissen die voortvloeien uit inbreuken op de persoonlijke levenssfeer en op persoonlijkheidsrechten, waaronder smaad, zijn uitgezonderd van het materiële toepassingsgebied van de verordening, zo volgt uit artikel 1 lid 2 sub g Rome II. Deze uitzondering is opgenomen omdat op EU-niveau geen overeenstemming kon worden bereikt over de te hanteren aanknopingsfactor: moet wat betreft het toepasselijk recht worden aangeknoopt bij het land waar de schade zich voordoet, of het

7. Van Bochove 2017, p. 377-383.

8. Met uitzondering van Denemarken.

land waarop de publicatie is gericht? Om de totstandkoming van de verordening niet in gevaar te brengen, is besloten om géén conflictregel op te nemen en niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer of de persoonlijkheidsrechten van het toepassingsgebied uit te zonderen.⁹

De Nederlandse wetgever heeft deze lacune opgevuld door in artikel 10:159 BW te bepalen dat Rome II van overeenkomstige toepassing is op de onderwerpen die buiten haar toepassingsgebied vallen. Dat betekent dat de Nederlandse rechter het toepasselijk recht in smaad- en lasterzaken in de regel¹⁰ moet bepalen aan de hand van artikel 4 lid 1 Rome II, dat verwijst naar het recht van het land waar de schade is ingetreden. Voor de interpretatie van 'het land waar de schade zich voordoet' in het geval van een inbreuk op een persoonlijkheidsrecht die via het internet heeft plaatsgevonden heeft de Hoge Raad in het arrest *Dahabshii*¹¹ aansluiting gezocht bij het arrest *eDate Advertising*¹² van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU). Het HvJ EU heeft hierin uitgelegd hoe artikel 7 aanhef en onder 2 Brussel *Ibis*-Verordening,¹³ dat ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad bevoegdheid toekent aan de rechter van de plaats waar zich het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan, moet worden toegepast in het geval van een online-inbreuk. Het HvJ EU heeft beslist dat 'de plaats van het schadebrengende feit' de plaats is (i) waar de uitgever van de content is gevestigd, (ii) waar zich het centrum van de belangen van het slachtoffer bevindt (doorgaans diens gewone verblijfplaats¹⁴), én (iii) waar de op internet geplaatste content toegankelijk is geweest en de gelaedeerde stelt schade te hebben geleden. De eiser kan dus kiezen bij welk gerecht hij zijn vordering(en) aanhangig maakt, met de kanttekening dat de rechter die bevoegd is op basis van criterium (iii) alleen bevoegd is ten aanzien van de schade die op zijn grondgebied is veroorzaakt en dus niet ten aanzien van de volledige schade. Bovendien, zo heeft het HvJ EU in latere arresten beslist, is de rechter die bevoegd is op basis van criterium (iii) *niet* bevoegd om kennis te nemen van vorderingen tot rectificatie en tot verwijdering van onlinepublicaties.¹⁵

9. Zie uitgebreider L. van Bochove 2017, p. 379. De uitzondering wordt door de lidstaten als problematisch ervaren, zo blijkt uit empirisch onderzoek, zie S. Migliorini e.a. 2021, p. 28.
10. Tenzij partijen een rechtskeuze hebben gemaakt in de zin van art. 14 Rome II, hetgeen in de praktijk niet vaak voorkomt.
11. HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1054, *NJ* 2016/354 m.nt. Th.M. de Boer.
12. HvJ EU 25 oktober 2011, gevoegde zaken C-509/09 en C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, *NJ* 2012/224 m.nt. M.V. Polak.
13. Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking) (*PbEU* 2012, L 351/1).
14. Volgens het HvJ EU kan een persoon het centrum van zijn belangen ook hebben in een andere lidstaat dan de lidstaat van zijn gewone verblijfplaats, bijvoorbeeld wanneer uit de uitoefening van een beroepsactiviteit blijkt dat hij een bijzonder nauwe band met die andere lidstaat heeft. Zie *eDate Advertising* (reeds aangehaald), r.o. 49.
15. Zie HvJ EU 17 oktober 2017, C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766 (*Bolagsupplysningen*), r.o. 49; HvJ EU 21 december 2021, C-251/20, ECLI:EU:C:2021:1036 (*Gtflix*), r.o. 33.

In *Dahabshiiil* heeft de Hoge Raad beslist dat ‘het land waar de schade zich voor- doet’ uit artikel 10:159 BW jo. artikel 4 lid 1 Rome II in geval van een online- inbreuk op een persoonlijkheidsrecht het land is waar het beweerde slachtoffer het centrum van zijn belangen heeft (criterium (ii) uit het arrest *eDate Advertising*). De gevolgen van de aanknopng bij het centrum van de belangen van het slachtoffer voor het toepasselijk recht kunnen geïllustreerd aan de hand van een vonnis uit 2021 van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam.¹⁶

De zaak betrof een geschil tussen FAN, een in Rusland gevestigde uitgever van een Russische nieuwswebsite, en Stichting Bellingcat, een internationaal collectief van journalisten, gevestigd in Nederland. FAN had op zijn website artikelen geplaatst waarin stond dat journalisten van Bellingcat poogden medewerkers van FAN om te kopen en deze medewerkers bedreigden. Hierop vorderde Bellingcat bij de Amsterdamse voorzieningenrechter de verwijdering en rectificatie van de artikelen. Zij voerde daartoe aan dat de artikelen valse beschuldigingen bevatten en waren bedoeld om Bellingcat te beschadigen vanwege publicaties die zij in 2020 op haar website had gepubliceerd over een Russische zakenman. Volgens deze publicaties was de zakenman betrokken bij verschillende Russische clandestiene operaties en bij stelselmatige intimidatie van Russische en niet-Russische journalisten.

De voorzieningenrechter oordeelde dat de vorderingen van Bellingcat worden beheerst door Nederlands recht omdat Bellingcat hier haar centrum van belangen heeft en wees de vorderingen tot verwijdering en rectificatie toe. De feiten die aan deze zaak ten grondslag liggen, kunnen echter ook worden gebruikt om de keerzijde van het centrum-van-belangen criterium te tonen. Zou de Russische zakenman bij de Nederlandse rechter een vordering tot verwijdering en rectificatie op grond van smaad of laster tegen Bellingcat instellen, dan zou die vordering worden beheerst door het Russische recht, omdat de zakenman daar zijn centrum van belangen heeft. Of het Russische recht naar Nederlandse maatstaven voldoende bescherming biedt aan de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid is – op zijn minst – twijfelachtig.¹⁷ De Nederlandse rechter kan op grond van artikel 10:159 BW jo. artikel 26 Rome II een bepaling van buitenlands recht buiten toepassing laten wanneer hij het kennelijk in strijd acht met de fundamentele waarden en rechtsbeginselen van onze rechtsorde: de openbare orde. Het is echter de vraag of

16. Rb. Amsterdam 29 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3495.

17. Zie bijv. EHRM 15 maart 2022, nr. 2840/10 (*OOO Memo/Rusland*). In deze zaak heeft het EHRM geoordeeld dat een procedure van een Russisch overheidsorgaan tegen een Russische mediawebsite inbreuk maakte op de uitingsvrijheid en in strijd was met art. 10 EVRM. Het is niet ondenkbaar dat de meningsvrijheid in de toekomst verder onder druk komt te staan, nu het lidmaatschap van Rusland van de Raad van Europa vanwege de invasie in Oekraïne is beëindigd en het land vanaf 16 september 2022 niet meer gebonden is aan het EVRM. Zie https://echr.coe.int/Documents/Resolution_ECHR_cessation_membership_Russia_CoE_ENG.pdf (geraadpleegd op 15 september 2022).

deze veiligheidsklep, die slechts in uitzonderingsgevallen mag worden gebruikt,¹⁸ steeds uitkomst kan bieden.¹⁹

13.3 NIET-PERSOONLIJKE PERSOONLIJKHEIDSRECHTEN

Het domein van de persoonlijkheidsrechten wordt getypeerd door een zekere gevoeligheid voor maatschappelijke ontwikkelingen.²⁰ Het begrip ‘persoonlijkheidsrecht’ is niet statisch en eenduidig; de opvattingen hierover kunnen in de tijd en per land verschillen. Niettemin kan worden betoogd dat binnen Europa sprake is van een ‘gemeenschappelijke kern’, die inhoudt dat persoonlijkheidsrechten voor een bepaalde persoon en zijn waardigheid *individueel* en van geval tot geval worden beoordeeld.²¹

Een persoon kan echter ook door een uitlating worden geraakt die niet tegen hem persoonlijk is gericht, maar tegen een familielid, of tegen de groep of de gemeenschap waarvan deze persoon deel uitmaakt. Het enkele feit dat de uitlating niet tegen hem *persoonlijk* gericht is, sluit niet uit dat hij een beroep kan doen op de bescherming van zijn persoonlijkheidsrechten. Volgens voormalig advocaat-generaal bij het HvJ EU Michal Bobek is op het gebied van de persoonlijkheidsrechten sprake van een ‘vloeiend continuüm van mogelijke “gradaties van individualisering”, die moeten worden beoordeeld in het licht van de oneindige feitelijke verscheidenheid van zaken, wanneer een bepaalde uitlating wordt geanalyseerd in haar context en met betrekking tot een specifieke verzoeker’.²²

De constatering van Bobek sluit aan bij de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) over artikel 8 EVRM. In dit artikel is het recht op eerbiediging van de privé sfeer neergelegd, waaronder ook het recht op bescherming van de eer en goede naam valt. Op grond van de rechtspraak van het EHRM kunnen ook personen die niet individueel in publicaties worden aangeduid, onder omstandigheden een beroep doen op artikel 8 EVRM. Zo heeft het EHRM geoordeeld dat de aantasting van de eer en goede naam van een overleden familielid ook invloed kan hebben op het privéleven en de identiteit van de nabestaanden, die in eigen naam een zaak aanhangig kunnen maken wegens schending van artikel 8 EVRM.²³ Daarnaast kunnen publiekelijk gedane uitspraken tegen een specifieke gemeenschap onder bepaalde voorwaarden onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM vallen. In het arrest *Behar en Gutman/Bulgarije* uit 2021²⁴ heeft het EHRM

18. Strikwerda & Schaafsma 2019, nr. 132.

19. Zie uitgebreider Van Bochove 2017, p. 382-383.

20. Zie ook Lindenbergh 1998, p. 171.

21. Zie Conclusie A-G Bobek (ECLI:EU:C:2021:124) voor HvJ EU 17 juni 2021, C-800/19, ECLI:EU:C:2021:489 (*Mittelbayerischer Verlag*), punt 84.

22. Idem, punt 55.

23. EHRM 21 november 2013, nr. 16882/03 (*Putistin/Oekraïne*); EHRM 14 oktober 2021, 34159/17 (*ML/Slowakije*).

24. EHRM 16 februari 2021, nr. 29335/13.

geoordeeld dat leden van een gemeenschap die zich gegriefd voelen door bepaalde uitlatingen die niet tegen hen persoonlijk zijn gericht, zich onder omstandigheden kunnen beroepen op artikel 8 EVRM. De omstandigheden die de rechter in zijn oordeel moet betrekken, zijn: de kenmerken van de getroffen groep (waaronder de positie in de samenleving en de omvang), de precieze inhoud van de uitingen en de vorm en context van de uitingen, hun bereik, de status van degene die uitingen heeft gedaan en de mate waarin de uitingen een kernaspect van de identiteit en de waardigheid kunnen hebben geraakt.²⁵ In dit type gevallen ligt de nadruk dus *niet* op de persoonlijke, unieke eigenschappen van het individu. Centraal staat wat in de sociale psychologie wordt aangeduid als de sociale identiteit van het individu: het individu als lid van een bepaalde sociale groep, die wordt gevormd op basis van bijvoorbeeld etniciteit, geslacht of seksuele geaardheid.²⁶

De rechtspraak van het EHRM biedt dus verschillende voorbeelden van persoonlijkheidsrechten die niet (zuiver) persoonlijk van aard zijn. Van een verdergaande ‘ontpersoonlijking’ van persoonlijkheidsrechten is sprake in het Poolse recht. Artikel 23 van het Poolse Burgerlijk Wetboek biedt bescherming tegen inbreuken op persoonlijkheidsrechten en bevat een niet-limitatieve opsomming van persoonlijkheidsrechten, waaronder het recht op gezondheid, het recht op vrijheid, het recht op waardigheid en het portretrecht. De afgelopen jaren zijn in de Poolse rechtspraak echter nieuwe persoonlijkheidsrechten geïntroduceerd, die zijn gebaseerd op de idee dat de persoonlijkheid van een Pools staatsburger mede bestaat uit zijn nationale identiteit, nationale waardigheid en het recht op respect voor de waarheid over de geschiedenis van het Poolse volk.²⁷ Deze Poolse visie op persoonlijkheidsrechten wijkt fundamenteel af van de gemeenschappelijke Europese visie dat de essentie van persoonlijkheidsrechten is dat zij *persoonlijk* zijn.²⁸ Hoewel de ‘nationalistische’ invulling van persoonlijkheidsrechten in de Poolse literatuur is bekritiseerd, wordt zij door de Poolse rechters unaniem aanvaard.²⁹

Vanuit conflictenrechtelijk perspectief doet de ontwikkeling dat persoonlijkheidsrechten niet langer (zuiver) persoonlijk van aard zijn verschillende problemen rijzen. Deze worden besproken in de navolgende paragrafen.

13.4 CONFLICTENRECHTELIJK PROBLEEM 1: DE DEFINITIE VAN ‘PERSOONLIJKHEIDSRECHT’

Een eerste vraag die kan worden gesteld, is wat binnen het internationaal privaatrecht, en meer specifiek artikel 1 lid 2 sub g Rome II, moet worden verstaan onder het begrip ‘inbreuk op persoonlijkheidsrechten’. Kunnen uitlatingen die niet tegen

25. Idem, r.o. 67.

26. Zie voor een overzicht bijv. Hogg 2018, p. 112.

27. Zie Conclusie A-G Bobek voor *Mittelbayerischer Verlag* (reeds aangehaald), punt 84.

28. Idem.

29. Kasperska 2021, p. 581.

een specifieke persoon zijn gericht, maar tegen (de leden van) een bepaalde groep, gemeenschap of (de onderdanen van) een natie, hier ook onder vallen?

Het antwoord op deze vraag bepaalt of de Nederlandse rechter Rome II direct van toepassing moet achten, of analogisch moet toepassen via artikel 10:159 BW. Hoewel dit verschil onbeduidend lijkt, is het wel degelijk van belang. In de eerste plaats is het onzeker of de rechter, wanneer Rome II niet direct van toepassing is, prejudiciële vragen kan stellen aan het HvJ EU over de uitleg van de begrippen in Rome II, zoals ‘het land waar de schade zich voordoet’ uit artikel 4 lid 1 Rome II.³⁰ In de tweede plaats zou de Nederlandse wetgever bij directe toepasselijkheid van Rome II niet bevoegd zijn om op enig moment zelf een specifieke conflictregel in Boek 10 BW te introduceren voor niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit inbreuken op persoonlijkheidsrechten en die (mede) ziet op inbreuken op niet-persoonlijke persoonlijkheidsrechten.³¹

Het uitgangspunt is dat de begrippen uit de IPR-verordeningen verordeningsautonomie – dus los van het begrippenstelsel van het nationale recht – worden uitgelegd, omdat alleen hierdoor kan worden bewerkstelligd dat de verordeningen in alle lidstaten uniform worden toegepast.³² Voor een verordeningsautonome uitleg van een begrip gaat het HvJ EU met name te rade bij het stelsel en de doelstellingen van de desbetreffende verordening en de algemene beginselen die in alle lidstaten gelden.³³ Omwille van de coherente uitleg van het EU-recht kan het HvJ EU ook de uitleg van vergelijkbare begrippen in andere EU-instrumenten meenemen of zelfs inspiratie putten uit internationale verdragen waarbij EU-lidstaten partij zijn.³⁴

Het HvJ EU heeft zich vooralsnog niet uitgelaten over de vraag wat onder ‘persoonlijkheidsrechten’ in de zin van artikel 1 lid 2 sub g Rome II moet worden verstaan en of de rechten die door het Poolse recht worden beschermd, waaronder de

30. Zie hierover A-G Vlas in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2016:71) voor HR 3 juni 2016 (*Dahabshil*), reeds aangehaald, punt 2.17. Vlas stelt hierin voorop dat het HvJ EU op grond van vaste rechtspraak prejudiciële bevoegdheid toekomt in situaties die niet rechtstreeks door het Unierecht worden geregeld (zoals zuiver interne gevallen), maar die door het nationale recht alsnog onder de reikwijdte van het Unierecht zijn geschaard. Hij twijfelt echter of het HvJ EU ook bevoegd is om vragen te beantwoorden over de uitleg van Rome II in smaadzaken, nu het conflictenrecht ten aanzien van niet-contractuele verbintenissen voortvloeiend uit smaad in het geheel niet op Unierechtelijk niveau is geregeld en zich in de uitleg van Rome II op dit punt dus geen divergenties kunnen voordoen tussen Unierechtelijke en niet-Unierechtelijke gevallen.

31. Voor andere lidstaten, die Rome II niet analogisch toepassen voor smaad- en lasterzaken, maar in hun nationale wetgeving een specifieke conflictregel hebben opgenomen, is het antwoord op de gestelde vraag uiteraard nóg relevanter.

32. Zie o.a. HvJ EU 14 maart 2013, C-419/11, ECLI:EU:C:2013:165 (*Česká spořitelna*), r.o. 25.

33. HvJ EG 14 oktober 1976, 29/76, ECLI:EU:C:1976:137 (*LTU/Eurocontrol*), r.o. 5.

34. Zie HvJ EU 14 september 2017, C-168/16 en C-169/16, ECLI:EU:C:2017:688 (*Nogueira*), waarin het HvJ EU voor de uitleg van het begrip ‘het land waar de werknemer gewoonlijk werkt’ in de zin van art. 19, onder 2, sub a Brussel I-Verordening te rade ging bij de Rome I-Verordening, de Verordening 3922/91 inzake de harmonisatie van technische voorschriften en administratieve procedures op het gebied van de burgerluchtvaart en het Verdrag van Chicago inzake de internationale burgerluchtvaart.

ationale identiteit en waardigheid, hieronder vallen.³⁵ Het ligt mijns inziens voor de hand om voor de invulling van het begrip ‘inbreuk op de persoonlijke levenssfeer of op de persoonlijkheidsrechten’ aansluiting te zoeken bij de rechtspraak van het EHRM over artikel 8 EVRM.³⁶ Deze benadering kan echter tot complicaties leiden, aangezien een eenduidige definitie van het begrip persoonlijkheidsrechten in deze rechtspraak ontbreekt. In plaats daarvan heeft het EHRM specifieke factoren geformuleerd aan de hand waarvan moet worden bepaald of een uiting jegens een sociale of etnische groep onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM valt.³⁷ Om te bepalen of Rome II van toepassing is, zou de rechter de vordering dan in vergaande mate inhoudelijk moeten beoordelen, hetgeen, net als in het kader van de bevoegdheid,³⁸ in principe moet worden vermeden.

13.5 CONFLICTENRECHTELIJK PROBLEEM 2: TOEPASSING VAN HET CENTRUM-VAN-BELANGENCRIERIUM

Het centrum-van-belangencriterium en niet-persoonlijke persoonlijkheidsrechten

Zoals bleek in paragraaf 13.2, wordt een vordering die is gebaseerd op een inbreuk op een persoonlijkheidsrecht via het internet op grond van artikel 10:159 BW jo. artikel 4 lid 1 Rome II in beginsel beheerst door het recht van het land waar zich het centrum van de belangen van het beweerde slachtoffer bevindt. Kan het centrum-van-belangencriterium ook worden toegepast wanneer het slachtoffer niet in de onlinepublicatie wordt genoemd en ook niet op basis van de publicatie kan worden geïdentificeerd?

Het HvJ EU heeft deze vraag wat betreft de rechterlijke bevoegdheid beantwoord in het arrest *Mittelbayerischer Verlag*.³⁹ De feiten in deze zaak waren als volgt. In april 2017 verscheen een artikel op de website van een Duitstalig regionaal dagblad over een joodse overlevende van de Holocaust. In het artikel stond dat diens zus werd vermoord in het Poolse vernietigingskamp Treblinka. Het Poolse consulaat in München liet daarop per e-mail weten dat deze uitdrukking onjuist was, waarna de tekst op de website binnen enkele uren na publicatie werd aangepast naar ‘door de nazi’s werd vermoord het Duitse nazivernietigingskamp Treblinka, gelegen in

35. In het hierna in par. 13.5 te bespreken arrest *Mittelbayerischer Verlag*, waarin de bevoegdheid ex art. 7 sub 2 Brussel I-bis Verordening ten aanzien van vorderingen betreffende een inbreuk op de ‘nieuwe’ Poolse persoonlijkheidsrechten centraal stond, kon het HvJ EU de vraag of deze rechten als persoonlijkheidsrechten kwalificeren onbeantwoord laten.

36. Art. 8 EVRM correspondeert met art. 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Laatstgenoemde bepaling heeft, in overeenstemming met art. 52 lid 3 van het Handvest, dezelfde inhoud en reikwijdte als art. 8 EVRM, zoals uitgelegd in de rechtspraak van het EHRM, zie HvJ EU 5 oktober 2010, C-400/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:582, r.o. 53.

37. Zie boven, par. 13.3.

38. Conclusie A-G Bobek voor *Mittelbayerischer Verlag*, reeds aangehaald, punten 43 en 76-77; Pontier 2015, nr. 53.

39. HvJ EU 17 juni 2021, C-800/19, ECLI:EU:C:2021:489.

het bezette Polen'. Een Pools staatsburger, woonachtig te Warschau (Polen) en overlevende van vernietigingskamp Auschwitz, maakte vervolgens een procedure aanhangig bij de Poolse rechter tegen Mittelbayerischer Verlag, de in Duitsland gevestigde uitgever van het dagblad. Hij vorderde dat Mittelbayerischer Verlag werd verboden de uitdrukkingen 'Pools vernietigingskamp' en 'Pools concentratiekamp' te verspreiden, werd verplicht tot de publicatie van een uitgebreide verklaring op haar website en werd veroordeeld tot betaling van een geldbedrag aan een Poolse vereniging van voormalig politieke gevangenen van de nazigevangenen en naziconcentratiekampen. De eiser stelde daartoe dat de publicatie op de website inbreuk had gemaakt op zijn nationale identiteit en nationale waardigheid, die op grond van het Poolse burgerlijk wetboek als persoonlijkheidsrechten worden aangemerkt en als zodanig bescherming genieten. De Poolse rechter legde aan het HvJ EU de vraag voor of hij in deze omstandigheden internationaal bevoegd is als de rechter van de plaats van het schadebrengende feit in de zin van artikel 7 aanhef en onder 2 Brussel *Ibis*, omdat het centrum van de belangen van het slachtoffer zich in Polen bevond.

Het HvJ EU overwoog dat het centrum van de belangen van het slachtoffer in dit geval geen aanknopingspunt voor bevoegdheid opleverde, omdat – anders dan in de eerdere zaken waarin het HvJ EU dit criterium heeft toegepast – de vordering was ingesteld door een persoon die niet bij naam wordt genoemd, noch indirect is geïdentificeerd als individu in de publicatie.⁴⁰ Het toekennen van bevoegdheid op basis van het 'centrum van belangen van het beweerde slachtoffer' zou dan afbreuk doen aan de voorspelbaarheid van de bevoegdheidsregels, met name vanuit het oogpunt van de uitgever.⁴¹ Op het moment dat hij de content op het internet publiceerde, kon hij immers niet weten waar de centra van de belangen van de slachtoffers zich bevinden, aangezien de content niet op hen was gericht.⁴²

Onvoorspelbaar resultaat?

Het arrest *Mittelbayerischer Verlag* roept de vraag op of het centrum-van-belangen-criterium evenmin bruikbaar is voor het bepalen van *het toepasselijk recht* op grond van artikel 10:159 BW jo. artikel 4 lid 1 Rome II op een vordering wegens een inbreuk op een persoonlijkheidsrecht via het internet wanneer het slachtoffer ten tijde van de publicatie niet individueel identificeerbaar was. Naar mijn mening noopt de argumentatie van het HvJ EU in het arrest *Mittelbayerischer Verlag* niet tot een bevestigend antwoord. Hoewel voorspelbaarheid ook een van de doelstellingen is van de Rome II-Verordening, gaat het hierbij om een ander type voorspel-

40. Idem, r.o. 44.

41. Idem, r.o. 37. Opmerkelijk is dat het oordeel van het HvJ EU fundamenteel afwijkt van de visie van A-G Bobek die in zijn conclusie voor het arrest had geoordeeld dat het 'centrum van belangen' in de onderhavige zaak wél een objectief voorzienbare bevoegdheid oplevert.

42. Idem, r.o. 38-40.

baarheid: de voorspelbaarheid *van de afloop van het geschil*.⁴³ De procespartijen moeten op basis van de conflictregels van Rome II met redelijke zekerheid kunnen voorspellen door welk recht hun rechtsbetrekking wordt beheerst, zodat zij hun proceskansen kunnen inschatten. De uitkomst van een internationaal geschil wordt echter pas voorspelbaar op het moment dat de eiser zijn vordering aanhangig heeft gemaakt bij de rechter: dan is immers bekend welke conflictregels zullen moeten worden toegepast.⁴⁴ Daar komt bij dat het toepasselijk recht op grond van artikel 4 Rome II slechts kan worden bepaald wanneer alle relevante omstandigheden van het geval bekend zijn, waaronder de gewone verblijfplaats van partijen.⁴⁵ Dat de gedaagde op het moment dat hij content op het internet plaatste niet redelijkerwijs heeft kunnen voorzien in welke landen slachtoffers van die publicatie hun centra van belangen hebben, is op grond van artikel 4 Rome II geen grond om het recht van die landen buiten toepassing te laten. Artikel 4 Rome II kent, anders dan bijvoorbeeld artikel 5 lid 1 Rome II, dat voorziet in een conflictregel voor productaansprakelijkheid, geen zogenoemde ‘onvoorzienbaarheidsexceptie’.⁴⁶ Met andere woorden: de uitleg van het HvJ EU in *Mittelbayerischer Verlag* van artikel 7 aanhef en onder 2 Brussel *Ibis* sluit niet aan bij het stelsel en de doelstellingen van Rome II, en leent zich daarmee niet voor een convergerende uitleg van artikel 4 lid 1 Rome II.

Onwenselijk resultaat?

Het voorgaande neemt echter niet weg dat *Mittelbayerischer Verlag* de in paragraaf 13.2 genoemde bezwaren tegen het centrum-van-belangen criterium voor het bepalen van het toepasselijk recht onderstreept. Het oordeel van het HvJ EU dat het centrum van belangen van het beweerde slachtoffer geen bevoegdheidsgrond opleverde, had in dat geval tot gevolg dat de Poolse rechter niet bevoegd was ten aanzien van vorderingen ingesteld door een Poolse onderdaan tegen een gedaagde die niet in Polen woonde. Daarmee werd verhinderd dat de Poolse rechter de omstrede Poolse persoonlijkheidsrechten ten opzichte van deze gedaagde kon toepassen. Het valt niet uit te sluiten dat het HvJ EU deze consequentie onder ogen heeft gezien en dat zij van invloed is geweest op de prejudiciële beslissing.⁴⁷

De interpretatie van het HvJ EU leidt ertoe dat Poolse onderdanen hun vorderingen tot rectificatie, verwijdering en volledige schadevergoeding wegens een online-inbreuk op hun door het Poolse recht erkende persoonlijkheidsrecht bij de gerechten van de lidstaat van de gedaagde aanhangig moeten maken. Bij gebreke

43. Zie COM(2003) 427 def., p. 5.

44. Zie De Boer 2009, p. 302.

45. Zie met name art. 4 lid 2 Rome II, dat bepaalt dat indien partijen hun gewone verblijfplaats hebben in hetzelfde land, het recht van dat land van toepassing is.

46. Zie over de onvoorzienbaarheidsexceptie Asser/Vonken 10-I 2018/427.

47. Zie uitgebreider Van Bochove 2021, p. 505.

van een Europese conflictregel zullen die gerechten terugvallen op hun nationale conflictregels, hetgeen in veel gevallen ertoe zal leiden dat zij hun eigen recht toepassen.⁴⁸ Is de gedaagde echter in Nederland gevestigd, dan zal de Nederlandse rechter op grond van artikel 10:159 BW jo. artikel 4 lid 1 Rome II in beginsel tóch het omstreden Poolse recht op de vordering moeten toepassen wanneer het centrum van de belangen van de eiser zich in Polen bevindt. Slechts wanneer de rechter de toepassing van het Poolse recht in het concrete geval *kennelijkonverenigbaar* acht met de Nederlandse openbare orde (art. 26 Rome II) zou hij niet gehouden zijn bij te dragen aan de extraterritoriale handhaving van de Poolse wetgeving.

Anderzijds zijn situaties denkbaar waarin het Nederlandse recht, in lijn met de jurisprudentie van het EHRM die in paragraaf 13.3 werd besproken, juist een verdergaande bescherming biedt tegen inbreuken op 'niet-persoonlijke' persoonlijkheidsrechten dan het buitenlandse rechtsstelsel dat toepasselijk is op grond van artikel 10:159 BW jo. artikel 4 lid 1 Rome II. Zo vallen beledigende uitlatingen die gericht zijn tegen (leden van) minderheidsgroepen ('*hate speech*') naar Amerikaans recht vrijwel steeds onder het grondwettelijke recht op vrije meningsuiting.⁴⁹

Alternatief?

Het buiten toepassing laten van het centrum-van-belangencriterium zou de Nederlandse rechter voor het probleem stellen hoe hij 'het land waar de schade zich heeft voorgedaan' in de zin van artikel 4 lid 1 Rome II dan wel moet uitleggen. Het meest in de rede ligt de uitleg dat dit het land is waar de op internet geplaatste content toegankelijk is geweest en het slachtoffer stelt schade te hebben geleden.⁵⁰ De schade die het gevolg is van een inbreuk op een niet-persoonlijk persoonlijkheidsrecht – bijvoorbeeld de belediging van (de leden van) een minderheidsgroep – zal in de regel immaterieel van aard zijn.⁵¹ Het ligt voor de hand dat het intreden van deze schade wordt gelokaliseerd op de plaats waar het slachtoffer zijn gewone verblijfplaats heeft. De toepassing van dit criterium zal dus veelal hetzelfde resultaat opleveren als het centrum-van-belangencriterium.

De dieperliggende oorzaak van het hierboven gesignaleerde probleem is dat de conflictregel van artikel 4 lid 1 Rome II 'regelblind' is: het artikel wijst het toepasselijk recht aan op basis van een neutraal criterium (het land waar zich de schade voordoet), zonder dat de inhoud van het rechtsstelsel een rol speelt.⁵² Het domein van de persoonlijkheidsrechten is echter in hoge mate rechtspolitiek van aard. Er moet een afweging worden gemaakt tussen verschillende grondrechten: het recht

48. Conclusie A-G Bobek voor *Mittelbayerischer Verlag*, reeds aangehaald, punt 77.

49. Nieuwenhuis 2013, p. 240-241.

50. Overeenkomstig criterium (iii) uit het HvJ EU-arrest *eDate Advertising*, zie par. 13.2.

51. Vergelijkbaar met de schade die het gevolg is van aantasting van de eer en goede naam van een concreet persoon, die veelal ook immaterieel is. Zie Van Dam 2020, nr. 113-3.

52. Strikwerda & Schaafsma 2019, nr. 131.

op vrijheid van meningsuiting en het recht op bescherming van persoonlijkheidsrechten. De Poolse nationalistische benadering van persoonlijkheidsrechten laat duidelijk zien dat de overheid het recht als instrument kan inzetten om ontwikkelingen in de samenleving te sturen en dat de staat ook belang kan hebben bij de toepassing van deze rechtsregels. De vraag rijst of de Nederlandse rechter daar steeds zijn medewerking aan zou moeten verlenen. Voormalig advocaat-generaal bij de Hoge Raad Strikwerda heeft betoogd dat het conflictenrecht beter rekening zou moeten houden met de instrumentele functie van het recht. De openbare-orde-*exceptie* kan weliswaar als lapmiddel dienen, maar is niet voldoende.⁵³ Op verschillende terreinen, zoals het arbeidsrecht en milieuaansprakelijkheid, worden de rechtspolitieke aspecten van het materiële recht al meegenomen bij de formulering van conflictregels.⁵⁴ Mijns inziens zou dat ook moeten gebeuren ten aanzien van het rechtsgebied van de persoonlijkheidsrechten.

13.6 ADVIES

De ontwikkeling dat persoonlijkheidsrechten in toenemende mate ook worden toegekend aan (leden van) een bepaalde groep, gemeenschap of natie, werpt verschillende conflictenrechtelijke vragen op. De vraag of de uitzondering op het materiële toepassingsgebied van artikel 1 lid 1 sub g Rome II ten aanzien van inbreuken op persoonlijkheidsrechten ook ziet of kan zien op niet-persoonlijke rechten zal door het HvJ EU moeten worden beantwoord.

Meer in het algemeen rijst de vraag of het wenselijk is om bij inbreuken op persoonlijkheidsrechten vast te houden aan de analogische toepassing van artikel 4 lid 1 Rome II via artikel 10:159 BW, die doorgaans leidt tot de toepasselijkheid van het recht van het land waar het beweerde slachtoffer zijn gewone verblijfplaats heeft. Mijns inziens moet het antwoord ontkennend luiden. Zoals de EU-wetgever door het opnemen van de uitzondering in artikel 1 lid 2 sub g Rome II impliciet heeft erkend, is artikel 4 lid 1 Rome II niet geschikt om het toepasselijk recht te bepalen op verbintenissen die voortvloeien uit (al dan niet online gepleegde) inbreuken op persoonlijkheidsrechten. Bij gebrek aan een conflictregel die op EU-niveau is vastgesteld,⁵⁵ zou de Nederlandse wetgever naar mijn mening gebruik moeten maken van zijn bevoegdheid om voor dit type verbintenissen een specifieke conflictregel in Boek 10 BW te introduceren. De wetgever zou de rechtspolitieke aspecten van het rechtsgebied moeten onderkennen en moeten streven naar

53. Zie Giesen & Haak 1995, p. 558. Hetzelfde geldt voor het correctiemechanisme van de voorrangregels (art. 16 Rome II).

54. Strikwerda & Schaafsma 2019, nr. 23.

55. Een conflictregel ontbreekt ook in het voorstel van de Europese Commissie voor een Richtlijn tot bescherming van bij publieke participatie betrokken personen tegen kennelijk ongegronde of onrechtmatige gerechtelijke procedures ('strategische rechtszaken tegen publieke participatie'), COM(2022)177 def., dat tot doel heeft journalisten en mensenrechtenverdedigers te beschermen tegen onrechtmatig gebruik van (onder meer) smaad- en lasterprocedures.

een balans tussen de fundamentele beginselen op het terrein van de vrijheid van meningsuiting, inclusief de persvrijheid enerzijds en het fundamentele recht op bescherming tegen inbreuken op persoonlijkheidsrechten anderzijds. Gezien de gevoeligheid en complexiteit van de materie, zou een conflictregel die verwijst naar het Nederlandse recht het meest voor de hand liggen.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Van Bochove 2017

L.M. van Bochove, 'Onlogisch analogisch. De overeenkomstige toepassing van Europese conflictregels in grensoverschrijdende smaadzaken ex artikel 10:159 BW', in: F.Q. van de Pol e.a. (red.), *Vijftig weeffouten in het BW*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 377-383.

Van Bochove 2021

L.M. van Bochove, 'De voorzienbaarheid herzien? De fluctuerende invulling van het vereiste dat bevoegdheid ex artikel 7(2) Brussel *Ibis* redelijkerwijs voorzienbaar is', *NIPR* 2021-3, p. 493-506.

De Boer 2009

Th.M. de Boer, 'The Purpose of Uniform Choice-of-law Rules: The Rome II Regulation', *NILR* 2009, p. 295-332.

Van Dam 2020

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

Giesen & Haak 1995

I. Giesen & M. Haak, 'Het ipr wil van alle walletjes tegelijk eten. Interview met prof. mr. L. Strikwerda, Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad, hoogleraar internationaal privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en lid van de Staatscommissie voor ipr', *AA* 1995-7/8, p. 555-561.

Hogg 2018

M.A. Hogg, 'Social Identity Theory', in: P.J. Burke (red.), *Contemporary Social Psychological Theories*, Stanford: Stanford University Press 2018, p. 112-138.

Jansen 2020

K.J.O. Jansen, 'Commentaar op art. 6:162 BW', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Kasperska 2021

M. Kasperska, 'Personality Rights – A Universal Tool for the Recovery of Non-Pecuniary Loss', *Athens Law Journal* 2021, p. 575-586.

Kramer c.s. 2022

X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen (m.m.v. S. van Dongen), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel III. Internationaal vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Migliorini c.s. 2021

S. Migliorini, E. Lein, C. Bonzé e.a., *Study on the Rome II Regulation (EC) 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations*, Bureau voor publicaties van de Europese Unie, 2021, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/399539>.

Lindenbergh 1998

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, Deventer: Kluwer 1998.

Nieuwenhuis 2013

A.J. Nieuwenhuis, 'Hate speech. Een vergelijking tussen de First Amendment-doctrine en de jurisprudentie van het EHRM', *NTM-NJCM Bull.* 2013-2, p. 229-250.

Pontier 2015

J.A. Pontier, *Onrechtmatige daad en andere niet-contractuele verbintenissen* (Praktijkreeks IPR 16), Apeldoorn: Maklu 2015.

Sieburgh 2019

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Strikwerda & Schaafsma 2019

L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Verheij 2019

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Monografieën Privaatrecht nr. 4), Deventer: Kluwer 2019.

Vonken 2018

A.P.M.J. Vonken (m.m.v. H.L.E. Verhagen, X.E. Kramer, S. van Dongen), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel I. Algemeen deel IPR*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

DEEL VI

PERSPECTIEVEN UIT DE CARIBISCHE KONINKRIJKSDELEN

RECHTSPERSONEN EN PERSONENVENNOOTSCHAPPEN

Terugkijken en vooruitzien vanuit Caribisch perspectief

Karel Frielink en Jos Hamers

14.1 INLEIDING

Juridisch relevante ontwikkelingen in de samenleving worden doorgaans pas na enige tijd gevolgd door wijzigingen in wet- en regelgeving. Daarbij wordt door de wetgever een afweging gemaakt waarin het belang van rechtszekerheid (het belang van continuïteit) en de noodzaak van aanpassing zijn betrokken. In de regel en waar mogelijk wordt gekozen voor geleidelijke veranderingen om voor de maatschappij onaanvaardbare schokken te voorkomen.¹ Naast deze afweging speelt binnen het Koninkrijk ook nog (de vraag naar) het belang van rechtseenheid, mede met het oog op de rol die de Hoge Raad vervult, en moet kunnen vervullen, als hoogste rechter van de diverse landen binnen het Koninkrijk op diverse terreinen, waaronder het privaatrecht. In deze bijdrage hebben wij enkele uiteenlopende thema's samengebracht die ons in het kader van de toekomst van het rechtspersonenrecht en het personenvennootschapsrecht bezighouden.² Zo staan wij eerst stil bij de invloed – dan wel het gebrek daaraan – van de Caribische wetgevingsactiviteiten op het Nederlandse wetgevingsproces. Onder het kopje 'Concorderen versus divergeren' (par. 14.3) besteden wij vervolgens aandacht aan de verschillen in wetgeving, zowel binnen het Caribische deel van het Koninkrijk als in relatie tot het Europese deel van het Koninkrijk,³ en trachten hiervoor mogelijke redenen te duiden. Bovendien breken we opnieuw een lans voor de invoering van een Gemeenschappelijke Wetgevingsraad. Aan het einde van onze bijdrage blikken

1. Pitlo 1972, p. 130-137.

2. Verwijzingen naar het BW betreffen het Nederlandse Burgerlijk Wetboek. Bij BWA gaat het om het Burgerlijk Wetboek van Aruba en bij BWC om dat van Curaçao. Zie voor een bondig overzicht van de ontwikkelingen op het gebied van het rechtspersonenrecht in de Caribische delen van het Koninkrijk in de periode 2010-2020: Frielink 2020.

3. Sinds 10 oktober 2010 is de Nederlandse wetgever wat betreft onder meer het burgerlijk recht, het strafrecht, het bestuursrecht en het financieel recht verantwoordelijk voor de wetgeving van Bonaire, Sint Eustatius en Saba (de BES-eilanden).

wij vooruit en staan kort stil bij de rol van artificiële intelligentie in het (ondernemings)recht.

14.2 KOPLOPERS EN VOLGERS

De soms gehoorde gedachte dat in de Caribische delen van het Koninkrijk de wetgevers min of meer standaard de wetten van Europees Nederland overnemen is maar ten dele waar. Hier volgt een kort overzicht van wettelijke regelingen waarin de zonnige kant van het Koninkrijk op het Europese deel voorliep. Zo bestond de flexibele vennootschap reeds jaren in Aruba en de (voormalige) Nederlandse Antillen voordat in Nederland de flexibele bv werd geïntroduceerd.⁴

In de regeling van de Arubaanse Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid – de Arubaanse flexibele bv – was een regeling opgenomen⁵ die op vakkundige wijze een oplossing bood voor de in Nederland zeer omstreden Bas-C⁶-problematiek. Deze regeling vinden we voor de nv en de Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid (VBA) thans terug in artikel 2:6 lid 4 Burgerlijk Wetboek van Aruba (BWA), waarin is bepaald dat aanvaardingen waardoor de vennootschap na haar oprichting verbonden wordt, onverlet laten dat het met het handelen ten behoeve van de vennootschap in oprichting behaalde netto voordeel, bestemd kan worden tot storting op aandelen.⁷ Helaas heeft de Nederlandse wetgever zich bij het redigeren van de regeling voor de per 1 oktober 2012 ingevoerde flex-bv niet laten inspireren door deze weldoordachte en voor de praktijk zeer belangrijke oplossing. Voor de Nederlandse bv, die geen wettelijk minimumkapitaal meer kent, was aanpassing van de regeling inderdaad niet strikt noodzakelijk. Echter, voor de Nederlandse nv blijft het probleem zich in volle omvang voordoen. De Nederlandse nv-regeling (art. 2:93 BW) werd niet aangepast.

Twee jaar voordat in Nederland op 1 maart 2004 de Wet toezicht trustkantoren van kracht werd, was in de (toenmalige) Nederlandse Antillen al een wettelijke regeling inzake toezicht op trustkantoren in werking getreden. Op 1 januari 2001 is de Landsverordening overeenkomsten langs elektronische weg in de Nederlandse Antillen in werking getreden, waarin expliciet is vastgelegd dat een elektronische handtekening dezelfde rechtskracht heeft als een handgeschreven handtekening en als bewijsmiddel in een gerechtelijke procedure kan worden toegelaten. Nederland

4. Per 1 juli 1988 werd het Wetboek van Koophandel van Aruba aangevuld met art. 155a t/m 155tt inzake de Aruba vrijgestelde vennootschap, de AVV (*AB* 1998, nr. 17). Op 1 januari 2009 is in Aruba de Landsverordening houdende regels voor de instelling van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (VBA) (*AB* 2008, nr. 62) in werking getreden (*AB* 2008, nr. 65). In de Nederlandse Antillen trad op 1 januari 2000 de landsverordening van 29 september 1999 inzake de besloten vennootschap in werking (*PB* 1999, nr. 241). Daarmee werd meer dan twee decennia geleden ook in de Nederlandse Antillen een flexibele bv-vorm geïntroduceerd.

5. Art. 32 lid 3 LvVBA (Landsverordening Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid).

6. HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4595, *NJ* 2003/630 m.nt. Maeijer en *JOR* 2003/193 m.nt. Groffen (*Bas-C BV*). Zie Hamers 2014.

7. Zie voor een nadere toelichting Hamers 2014, p. 283-285. Zie verder Van Veen 2020-A, par. 4.4.2.

volgde in 2003 met de Wet elektronische handtekeningen.⁸ Ten slotte wordt hier gewezen op de wetgeving inzake personenvennootschappen die later in deze bijdrage meer uitvoerig aan de orde zal komen.

Als een land wat betreft wetgeving op een bepaald terrein voorloopt op andere landen binnen het Koninkrijk, wil dat niet zeggen dat die andere landen dus in negatieve zin achterlopen. Soms heeft het zin om eerst af te wachten welke ervaringen met bepaalde wetgeving worden opgedaan om op basis daarvan over de invoering (eventueel op basis van een aangepaste tekst) te beslissen.⁹ Een andere reden voor een wetgever om een afwachtende houding aan te nemen kan zijn gelegen in fundamenteel verschillende (politieke, maatschappelijke en/of juridische) opvattingen, waardoor er voor een bepaald voorstel onvoldoende draagvlak is. Het lijkt erop dat de pogingen in Nederland om tot een nieuwe regeling inzake de personenvennootschap te komen om die reden tot nu toe zonder succes zijn gebleven. Dat weerstand vanuit het ‘maatschappelijke veld’ ertoe kan leiden dat wetgeving niet bij de tijd wordt gebracht, blijkt uit het volgende voorbeeld. In 1990 werd het Ontwerp Saleh-Van der Grinten tot wijziging van het Wetboek van Koophandel van de Nederlandse Antillen bij de Staten van de Nederlandse Antillen ingediend. Een ontwerp dat – net als het daarna aangepaste ontwerp – de eindstreep niet heeft gehaald. ‘Der Gesetzgeber versuchte zwar einige Male, die veralteten Gesetze anzupassen. Alle Entwürfe scheiterten aber am Widerstand der Interessensvertreter der Wirtschaft’, aldus Lang.¹⁰ Ten slotte noemen wij hier nog dat de ene wetgever meer dan de andere met beperkingen wordt geconfronteerd. Daarbij kan zowel worden gedacht aan bijvoorbeeld de mate waarin capaciteit beschikbaar is om wetgeving te ontwerpen als aan beperkingen die voor de wetgever in het Europese deel van het Koninkrijk voortvloeien uit dwingende bepalingen van Europese regelgeving.

14.3 CONCORDEREN VERSUS DIVERGEREN

Concorderen op een aantal belangrijke gebieden van wetgeving, waaronder het burgerlijk recht, is een plicht voor de wetgevers van de vier landen van het Koninkrijk.¹¹ Op de niet-naleving daarvan staat echter geen sanctie. De plicht wordt dan ook niet altijd erg serieus genomen.¹² Naar de plicht wordt voornamelijk verwezen als wetgeving van een land (uit gemak?) wel wordt overgenomen.

8. Wet van 8 mei 2003 tot aanpassing van o.a. Boek 3 en Boek 6 van het BW (*Stb.* 2003, 199). Zie voor de huidige regeling art. 3:15a BW.

9. Vgl. Staten van Curaçao, zittingsjaar 2017/18, 133 (MvT Landsverordening nadere wijziging Boek 2 BWC). In de toelichting bij art. 2:257 BWC wordt opgemerkt dat in Nederland art. 2:336 BW onlangs vernieuwd is, en dat aan de hand van de ervaringen in Nederland met de nieuwe regeling te zijner tijd kan worden overwogen een soortgelijke regeling in Curaçao in te voeren.

10. Lang 2001, p. 11.

11. Art. 39 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden.

12. Rogier 2016.

Het resultaat is, als naar de Boeken 2 BW binnen het Koninkrijk wordt gekeken, dat de verschillen groot zijn.¹³

Verschillen tussen het Europese Boek 2 BW en de Caribische tegenhangers zijn doorgaans wel te verklaren en te rechtvaardigen, en hangen mede samen met Europese richtlijnen die Nederland nopen tot implementatie en die mede bijdragen aan een tamelijk uitgebreid en complex wetboek. Heel veel bepalingen uit dat wetboek zijn in de Caribische delen van het Koninkrijk overbodig of (te) ingewikkeld in hun toepassing. Voor de meeste verschillen tussen de Boeken 2 BW van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en de BES-eilanden bestaat echter geen rationele, rechtspolitieke rechtvaardiging.¹⁴ Die verschillen hebben, voor zover wij dat kunnen overzien, niet te maken met verschillen van bijvoorbeeld culturele of religieuze aard. Er lijkt ook geen behoefte te bestaan aan wat Caribisering van het rechtspersonenrecht zou kunnen worden genoemd, dat wil zeggen een eigen, lokale invulling van het recht en in het bijzonder (grotendeels) los van de in het voormalige moederland aan te treffen gedachten en uitgangspunten, daargelaten nog de vraag wat Caribisering in concrete termen zou moeten inhouden.

Laten we toch een poging wagen: het Caribische rechtspersonenrecht zou naar onze mening meer ontvankelijk kunnen zijn en open kunnen staan voor omgevingsinvloeden. Gelet op de ligging van de landen en hun handelspartners is het belangrijk dat de regeling van Caribische rechtsvormen aansluit bij de Zuid-Amerikaanse rechtssystemen en de systemen van de zogenoemde CARICOM-landen.¹⁵ Ook voor de verdere economische ontwikkeling en groei van de Caribische Koninkrijksdelen en de welvaart van de Caribische Nederlanders zou dit van groot belang kunnen zijn. Deze omstandigheden kunnen aanleiding geven tot een verzachting van de toepassing van het concordantiebeginsel in relatie tot Nederland, en een zekere mate van 'Caribisering' van het rechtspersonenrecht rechtvaardigen. Het pleidooi is niet nieuw,¹⁶ maar het is bijzonder wenselijk als zou worden overgegaan tot invoering van een (Caribische) Gemeenschappelijke Wetgevingsraad. De bevoegdheden van de Raad dienen niet verder te gaan dan het ontwerpen van en adviseren over wetgeving. Het parlement van elk land binnen het Koninkrijk zal met inachtneming van zijn eigen regels en op grond van zijn eigen besluitvormingsproces beslissen of bepaalde wetgeving wel of juist niet wordt aangenomen. De voordelen van een dergelijke Raad zijn evident, waarbij in het bijzonder kan worden gedacht aan een bundeling van expertise en het leveren van een bijdrage aan eenvormigheid.¹⁷ Temeer nu Suriname ervoor heeft gekozen om de inhoud en structuur van (onder andere) het Curaçaose Boek 2 BW op hoofdlijnen te volgen, zou het mede met het oog op uitwisseling van kennis en ervaring een goede zaak

13. Frielink 2020.

14. Wezeman & Frielink 2011.

15. Caribbean Community (www.caricom.org).

16. De Boer 2010.

17. Wezeman & Frielink 2011.

zijn als de Caribische delen van het Koninkrijk binnen een jaar of vijf tot een serieuze onderlinge afstemming wat betreft het rechtspersonenrecht zouden komen. Onderlinge afstemming is wellicht nog meer gewenst op het vlak van het personenvennootschapsrecht in het Koninkrijk.¹⁸ Immers, eenheid binnen dat rechtsgebied is in het Koninkrijk ver te zoeken, terwijl de verschillen tussen de regelingen in het Caribische deel van het Koninkrijk en het Europese deel niet kunnen worden verklaard met een verwijzing naar invloeden uit Brussel. In Nederland wordt al een halve eeuw getracht het personenvennootschapsrecht te moderniseren. Vele wetgevingspogingen passeerden de revue.¹⁹ Alle pogingen bleven tot nu toe zonder succes. In het proces van vernieuwing van het personenvennootschapsrecht zijn de drie overzeese Koninkrijksdelen het vasteland officieel voorbijgegaan. Per 1 september 2021 is titel 7.13 BW in Aruba in werking getreden, in Curaçao gebeurde dat al op 1 januari 2012 en in Sint Maarten op 1 april 2014. In de West heeft het Ontwerp Maeijer,²⁰ met uitzondering van de rechtspersoonlijkheid voor de openbare vennootschap, het dus wel gered. Op Bonaire, Saba en Sint Eustatius geldt een regeling die vrijwel geheel overeenkomt met de op dit moment in Nederland geldende bepalingen die – voor een groot deel – werden ingevoerd in 1838.²¹ Daarmee wijkt die regeling weer sterk af van de personenvennootschapswetgeving in Aruba, Curaçao en Sint Maarten. In het kader van eenheid, continuïteit en rechtszekerheid dient de roep om een Gemeenschappelijke Wetgevingsraad wat ons betreft steeds luider te klinken.

Al terugkijkend met het doel vooruit te denken, menen wij te kunnen stellen dat (i) onze gemeenschappelijke hoogste rechter voorwaartse bewegingen lijkt te maken om zich vervolgens weer in de ouderwetse schulp terug te trekken en dat (ii) de wetgevers in het Koninkrijk een prijs mogen krijgen voor het ‘langs elkaar door werken’. We lichten dit nader toe.

Ad i. De Hoge Raad leek een bres te willen slaan voor de rechtssubjectiviteit van de personenvennootschap,²² een stap die in het burgerlijk procesrecht en het faillissementsrecht al is gezet²³ en in het materiële burgerlijk recht en het vennootschapsvermogensrecht vele onduidelijkheden zou oplossen. In zijn arrest *UWV/Bewindvoerder*²⁴ deinst de Hoge Raad evenwel terug voor het aannemen van rechtssubjectiviteit van de personenvennootschap; geen rechtspersoonlijkheid, dan ook geen rechtssubjectiviteit lijkt het devies. Wacht de Hoge Raad hier op de wetgever? Waarschijnlijk wacht die juist op een zetje in de ‘goede’ richting.

18. Hamers 2020, p. 12-13, 29.

19. Hamers & Van Vliet 2021, p. 41-53.

20. *Kamerstukken II* 2002/03, 28746, nrs. 1-2; *Kamerstukken II* 2006/07, 31065, nrs. 1-2.

21. Hamers 2020, p. 12.

22. HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251, *JOR* 2015/181 m.nt. Kortmann en Faber (*VDV Totaalbouw*).

23. De openbare vennootschap kan als zodanig optreden als eiser of gedaagde, en de openbare vennootschap kan als zodanig failliet worden verklaard.

24. HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:649, *JOR* 2019/173 m.nt. Faber (*UWV/Bewindvoerder*).

Ad ii. In de afgelopen jaren werd in Nederland gewerkt aan een nieuwe regeling voor de personenvennootschap.²⁵ Dit leidde tot een Ambtelijk voorontwerp²⁶ waarin – onder meer – aan de personenvennootschap wel rechtspersoonlijkheid wordt toegekend. De vennootschap, openbaar en stil, en de commanditaire vennootschap worden evenwel niet gelijkgesteld met de rechtspersonen van Boek 2 BW. Dit hoeft en kan ook niet. Immers, bij de rechtspersonen van Boek 7 BW overheerst de gedachte van de contractsvrijheid en het overwegend regelende karakter van de bepalingen van titel 7.13 BW. Daarentegen zijn de Boek 2 BW-rechtspersonen van de oprichter(s) losgemaakte instituten in een strak omlijnde en wettelijk geregelde organisatiestructuur. Het toekennen van rechtspersoonlijkheid maakt een einde aan de ingewikkelde situatie ten aanzien van het afgescheiden vermogen van de personenvennootschap en daarmee samenhangende eigendomsvragen. Dat is een enorme vooruitgang. Ongeveer tegelijkertijd werd titel 7.13 BWA (personenvennootschap) in de Staten van Aruba behandeld en tezamen met de herziening van het Burgerlijk Wetboek van Aruba ingevoerd. Zoals gezegd is de Arubaanse titel 7.13 BW, net zoals die van Curaçao en Sint Maarten, geënt op het wetsontwerp van de Nijmeegse hoogleraar J.M.M. Maeijer. Echter, de Caribische wetgevers kozen uitdrukkelijk niet voor rechtspersoonlijkheid/rechtssubjectiviteit van de personenvennootschap. In Aruba²⁷ wordt de invoering van de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en de flexibilisering van het NV-recht in Boek 2 BWA als reden gegeven voor het niet kunnen opteren voor rechtspersoonlijkheid. In Curaçao wordt aangegeven dat het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschap overbodig zou zijn en dat rechtspersoonlijkheid bovendien zou leiden tot dogmatische en systematische onzekerheden en dat zij voor de praktijk te gecompliceerd is.²⁸ Opnieuw wordt niet achteromgekeken en niet vooruitgeblikt, is er geen onderlinge afstemming en is er evenmin sprake van (een begin van) een eenvormige regeling. Naar onze mening zou een op inhoudelijke expertise gebaseerd overleg in en advies van een Gemeenschappelijke Wetgevingsraad de weg naar eenvormigheid ontsluiten en de vrees voor ‘dogmatische en systematische onzekerheden’ wegnemen.

14.4 DRAAGVLAK VOOR WETGEVING?

In Aruba, Curaçao en Sint Maarten bestaan in de regel korte lijnen tussen ‘de’ wetgever en (invloedrijke) justitiabelen. Bij het vormgeven van onder andere het rechtspersonenrecht zitten daaraan twee kanten. Enerzijds biedt het de mogelijk-

25. Van Olfen c.s. 2016.

26. Ambtelijk voorontwerp; Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de modernisering van de regeling omtrent personenvennootschappen (Wet modernisering personenvennootschappen). Zie voor de tekst Hamers 2020, p. 63-70.

27. Staten van Aruba, zittingsjaar 2013/14-784, DWJZ09/130, nr. 3, p. 435 (MvT).

28. Staten van Curaçao, zittingsjaar 2010/11-3613, nr. 4 (NvW), p. 5-6, te vinden in Murray 2016, p. 1893.

heid om ideeën en wensen op vrij directe wijze te kunnen neerleggen bij degenen die wetgeving voorbereiden (denk aan een evaluatiecommissie) of bij een minister of bij Statenleden zelf. In de toelichting bij een wetsontwerp wordt dan iets opgemerkt langs de lijn dat aan de creatie van een bepaalde rechtsfiguur ‘in de praktijk’ behoefte bestaat. Hoe groot die behoefte is wordt niet echt gemeten. Soms worden wetten gewijzigd of voorstellen ingetrokken omdat daarvoor bij nader inzien ‘geen draagvlak’ is.²⁹

In algemene zin roept dit de vraag op aan de hand van welke criteria dient te worden bepaald of een regeling wordt ingevoerd, gewijzigd dan wel afgeschaft. Een beroep op de behoefte in de praktijk of op het ontbreken van draagvlak geeft op zijn minst het onbevredigende gevoel dat het gaat om (enkel) die justitiabelen op wie de regeling van toepassing is. Dat hoeft niet per definitie bezwaarlijk te zijn, maar met name wanneer het gaat om bepalingen gericht op gedragsnormering dient de vraag in een breder perspectief te worden beantwoord. Ook op dat vlak zou een Gemeenschappelijke Wetgevingsraad, die meer op afstand staat, eveneens een nuttige rol kunnen vervullen.

14.5 KUNSTMATIGE INTELLIGENTIE IN DE BESTUURSKAMER

Van geheel andere orde is het hier kort te bespreken onderwerp dat meer en meer aandacht krijgt, ook in de juridische literatuur. In het kader van de ontwikkeling van artificiële intelligentie (AI)³⁰ is een van de vragen of en in hoeverre ‘robots’ in de (nabije) toekomst mensen, waaronder bestuurders, zullen (kunnen) vervangen bij de uitoefening van hun beroep of taak. Bij AI in de bestuurskamer van de rechtspersoon gaat het niet om de hardware, denk aan een intelligente koffiemaachine, maar om de vraag welke rol bepaalde software zou kunnen spelen in het kader van de beraadslaging en besluitvorming en, meer verstrekkend, of de besluitvorming (nagenoeg) volledig door deze software zou kunnen worden overgenomen.

Er zijn, voor zover hier relevant, grofweg twee manieren om (enigszins gechargeerd) naar het functioneren van bestuurders van ondernemingen te kijken. Enerzijds wordt van ondernemers creativiteit verwacht en voldoende lef om een zake-lijk avontuur aan te gaan. Anderzijds is er wat, kort gezegd, de ‘compliance of

29. Vgl. Van Veen 2020-B, p. 109-110. Aldaar wordt slechts in algemene zin opgemerkt dat voor invoering van het dwingendrechtelijke, verzwaarde jaarrekeningregime voor de grote nv ‘onvoldoende draagvlak bestaat’. Dit regime werd dan ook afgeschaft nadat de tekst van Boek 2 BWA al was vastgesteld bij Landsverordening invoering Boek 2 inzake het rechtspersonenrecht (AB 2019, nr. 38). Zie de Aanpassingsverordening Boek 2 BW d.d. 5 oktober 2020 inzake wijzigingen van een aantal landsverordeningen alsmede houdende overgangsbepalingen in verband met de invoering van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 2020, nr. 156).

30. Zie voor toepassingsmogelijkheden en definities: ‘High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, A definition of AI: Main Capabilities and Disciplines’, Brussels 8 april 2019 (https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai_hleg_definition_of_ai_18_december_1.pdf).

good corporate governance'-benadering van hun functioneren genoemd zou kunnen worden: de verwachting, vanuit juridisch perspectief, dat de bestuurder een beslissing neemt op volledig geïnformeerde basis en met inachtneming van alle formele regels die voor de totstandkoming van besluiten gelden. AI kan in brede zin worden toegepast en zal wat deze kant van de bestuurstaak betreft, zonder twijfel in diverse opzichten een nuttige bijdrage aan besluitvormingsprocessen kunnen leveren.³¹ Omdat AI in dit opzicht de bestuurders van rechtspersonen 'slechts' ondersteunt, bijvoorbeeld door het aanleveren, systematiseren en classificeren van voor de besluitvorming relevante informatie, en het kunnen doen van voorspellingen op basis van (betekenis kunnen geven aan) 'big data', is aanpassing van het rechtspersonenrecht niet nodig. Voor het personenvennootschapsrecht geldt mutatis mutandis hetzelfde. De wens en noodzaak om AI elders in de wet te reguleren, ook voor bijvoorbeeld de financiële sector,³² valt buiten het bestek van deze bijdrage.

Aan ondernemen zijn risico's verbonden. Die horen bij het ondernemen, en vanuit een oogpunt van bestuurdersaansprakelijkheid geldt al sinds jaar en dag dat bestuurders voor de eventueel nadelig uitgevallen beslissingen niet te snel persoonlijk aansprakelijk behoren te worden gesteld. We willen geen bange bestuurders.³³ Met de bestuurder als ondernemer associëren we begrippen als creativiteit, verbeelding, gedrevenheid en passie. Het is moeilijk voor te stellen dat al deze menselijke eigenschappen, net als bijvoorbeeld zelfreflectie of de persoonlijke ervaring van de kleur rood, geel of blauw, (binnen afzienbare tijd) door software, dus kunstmatig, kunnen worden benaderd. Tot op zekere hoogte is nabootsing nu al mogelijk, denk aan creativiteit, en kunnen creaties worden voortgebracht die door mensen niet waren voorzien, maar het lijkt er niet op dat AI op korte termijn in de plaats zal treden van het 'hogere bewustzijn' van de mens.³⁴ De mogelijkheid als zodanig kan niet worden uitgesloten. Het voorgaande betekent dat AI vooralsnog wel in belangrijke mate een de bestuurder ondersteunende functie kan vervullen, maar de bestuurder (in ieder geval als ondernemer) niet (zomaar) zal kunnen vervangen. Zou bijvoorbeeld besluitvorming zich op den duur toch (deels) verplaatsen van mens naar 'machine',³⁵ dan zou dat gevolgen kunnen hebben voor de op dit moment in de wet vastgelegde bestuurstaak en het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid. Voor nu laten we dat onderwerp rusten.

31. Lee & Underwood 2021.

32. Zie o.a. Kruijt 2021 en Prebble & Eaton 2021.

33. Kroeze 2005.

34. Persoonlijk kunnen wij concluderen over een dergelijk bewustzijn te beschikken, omdat wij dat als zodanig ervaren. Dat (de meeste) anderen erover beschikken kunnen we (op basis van onze ervaringen met die anderen) wel veronderstellen, maar we kunnen niet met zekerheid vaststellen of die anderen eenzelfde innerlijke ervaring hebben. Of alle aspecten van de menselijke natuur wellicht verklaard kunnen worden als een fysiek proces vanuit een neurobiologisch oogpunt (fysicalisme) zal de tijd moeten leren.

35. Vgl. BBC News, 'Algorithm appointed board director' (BBC News, 16 May 2014) op www.bbc.co.uk/news/technology-27426942 (geraadpleegd op 1 december 2022).

14.6 TER AFSLUITING

De beste profeet over de toekomst is het verleden, aldus een bekend gezegde. Op basis van onze (gecombineerde) ervaring kan met recht evenzeer worden gesteld dat het ongewis is wat de toekomst zal brengen. Honderd jaar geleden 'bestonden' mensenrechten niet als *universele* waarden en de term artificiële intelligentie bestaat pas sinds 1955. De toekomst waar wij het in deze bijdrage over hebben is dan ook beperkt tot wat wij binnen een jaar of vijf als wenselijk recht gerealiseerd zouden willen zien.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

De Boer 2010

J. de Boer, 'Inleiding', *TAR-Justicia* 3/4 (2010), p. 159-161.

Frielink 2020

K. Frielink, 'Nederlands Caribisch rechtspersonenrecht', *Caribisch Juristenblad* 4 (2020), p. 488-498.

Hamers 2014

J.J.A. Hamers, 'Modernisering van het Arubaans ondernemingsrecht: Laat vele bloemen bloeien', in: E. Witjens, V. van Bogaert, C. Bollen (red.), *E Hofi di Ley. Feestbundel ter gelegenheid van 25 jaar Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Aruba*, Den Haag: Boom juridisch 2014, p. 283-285.

Hamers 2020

J.J.A. Hamers, *Vennootschapsrecht in het Koninkrijk de Nederlanden: one-size-fits-all?*, Den Haag: Boom juridisch 2021.

Hamers 2021

J.J.A. Hamers, *Nederlands Caribisch Personenvennootschapsrecht. Personenvennootschappen naar het recht van Aruba, Curaçao en Sint Maarten*, 2e druk, Den Haag: Boom Juridisch 2021.

Hamers & Van Vliet 2021

J.J.A. Hamers & L.P.W. van Vliet, *Inleiding personenvennootschappen*, 6e druk, Den Haag: Boom juridisch 2021.

Kroeze 2005

M.J. Kroeze, *Bange bestuurders* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005.

Kruijt 2021

J.S. Kruijt, 'De Verordening Artificiële Intelligentie en de betekenis daarvan voor financiële ondernemingen', *Tijdschrift Financieel Recht in de Praktijk* 7/8 (2021), p. 52-56.

Lang 2001

M. Lang, *Die Entwicklung des Unternehmensrechts der Niederländischen Antillen*, Münster: Waxmann 2001.

Lee & Underwood 2021

J. Lee & P. Underwood, *AI in the Boardroom: Let the Law be in the Driving Seat* (June 26, 2021). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3874588> of <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3874588>.

Murray 2016

M.F. Murray, *Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

Van Olffen c.s. 2016

M. van Olffen c.s. (red.), *Modernisering personenvennootschappen, Congres en rapport werkgroep personenvennootschappen*, Serie vanwege het Van der Heijdeninstituut 137, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Pitlo 1972

A. Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1972.

Prebble & Eaton 2021

A. Prebble & E. Eaton, 'Safeguarding the Use of AI in the Insurance Sector', *The Journal of Robotics, Artificial Intelligence and Law*, Volume 4, No. 6, November-December 2021, p. 475-479.

Rogier 2016

L.J.J. Rogier, 'Het einde van het concordantiebeginsel?', *RM Themis* 3 (2016), p. 124-135.

Van Veen 2020-A

W.J.M. van Veen, *De NV en de VBA naar Arubaans recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Van Veen 2020-B

W.J.M. van Veen, *Parlementaire Geschiedenis Burgerlijk Wetboek van Aruba. Boek 2*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Wezeman & Frielink 2011

J.B. Wezeman & K. Frielink, 'Caribisch rechtspersonenrecht', *WPNR* 2011/6898, p. 705-708.

DE WONDERE WERELD VAN HET ZEKERHEDENRECHT IN DE OVERZEESE DELEN VAN HET KONINKRIJK DER NEDERLANDEN

Wouter Nieuwesteeg en Lars van Vliet

15.1

INLEIDING*

Nadat op 1 januari 1992 in Nederland het belangrijkste deel van het nieuwe Burgerlijk Wetboek¹ (hierna: NBW) was ingevoerd, volgde in 2001 vernieuwing van het vermogensrecht in de overzeese delen van het Koninkrijk.² Tekst en nummering van dit Burgerlijk Wetboek (hierna: OZBW) zijn nagenoeg gelijk aan die van het NBW.³ Het nieuwe overzeese zekerhedenrecht geeft aanleiding tot vraagstukken die zich in de Nederlandse praktijk nooit (kunnen) voordoen.⁴ Het voorziet in juridische puzzels met unieke puzzelstukjes. Denk bijvoorbeeld aan de volgende:

- In Nederland is zekerheidsoverdracht sinds 1992 verboden en vervangen door een nieuwe regeling van (stil) pandrecht.
- Overzee is de zekerheidsoverdracht nooit afgeschaft, maar is de nieuwe regeling van (stil) pandrecht wel *ingevoerd*.⁵

* Dank gaat uit naar mr. R.T.C.A. van Zutphen.

1. Het gaat om Boek 3, 5, 6 en titels 7:1, 7:7, 7:9 en 7:14.
2. Strikt genomen vond toen de invoering van de Boeken 1, 2, 5, 7, en 8 slechts plaats in de (toenmalige) Nederlandse Antillen en gebeurde dat een jaar later pas in Aruba. Wij zullen de verschillende staatkundige transities die in het verleden overzee hebben plaatsgevonden hier niet bespreken. Met het woord ‘overzee’ wordt hierna telkens bedoeld het huidige Caribische deel van het Koninkrijk der Nederlanden, dus: Aruba, Curaçao, Sint Maarten en de BES-Eilanden.
3. Eigenlijk gelden overzee vier BW’s met kleine onderlinge verschillen: het BW-BES, het BW van Aruba, het BW van Curaçao en het BW van Sint Maarten. Zie uitgebreid over de overzeese Burgerlijke Wetboeken: De Boer 2019/1.2. Omwille van de leesbaarheid (en omvang) van deze bijdrage spreken wij hierna telkens van ‘het OZBW’ en specificeren slechts waar nodig om welk van de OZBW’s in het bijzonder het gaat.
4. In deze zin ook W. Sniijders in een interview in: *Prominenten kijken om. Achttien rechtsgeleerden uit de Lage Landen over leven, werk en recht*, Hilversum: Verloren 2006, p. 143. Opmerkelijk is dan ook dat daarover relatief weinig is geschreven. Zie over het zekerhedenrecht overzee slechts: Van Vliet 2010, Slangen 1998, Kunneman 1999, Bakker & Bergervoet 2018, Janssen 2005 en De Boer 2019/4.68.
5. In lijn hiermee kent men overzee ook geen verbod op een ‘verbreed’ eigendomsvoorbehoud, vgl. voor Nederland art. 3:92 lid 2 NBW.

- De regeling van het stil pandrecht is overzee niet op alle punten gelijk aan de Nederlandse regeling.⁶
- Bij het afschaffen van de zekerheidsoverdracht in Nederland heeft de wetgever de financieringspraktijk beloofd dat zij er niet op achteruit zou gaan. Toen bleek dat dit wel het geval was, heeft de Hoge Raad op basis van die belofte de rechtsgevolgen van pandrecht op punten aangepast aan die van de zekerheidsoverdracht van weleer.⁷
- Ingevolge het concordantiebeginsel is de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot zowel pandrecht als zekerheidsoverdracht in beginsel ook overzee van toepassing, net zoals de jurisprudentie over andere civielrechtelijke onderwerpen.
- Ingevolge die jurisprudentie is zekerheidsoverdracht in beginsel een overdracht onder ontbindende voorwaarde van voldoening van de verzekerde schuld.⁸ Een overdracht onder eigendomsvoorbehoud is op haar beurt in beginsel een overdracht onder opschortende voorwaarde van voldoening van de verzekerde schuld (art. 3:92 NBW). Sinds 2016 is duidelijk dat laatstgenoemde overdracht een ‘voorwaardelijk eigendomsrecht’ doet ontstaan in het vermogen van de verkrijger van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaak.⁹

Advocaten die overzee werkzaam zijn, melden dat de zekerheidseigendom nog veelvuldig gebruikt wordt, zij het met name voor huis-, tuin- en -keukenfinancieringen.¹⁰ Ook wil de zekerheidseigendom wel eens *gecombineerd* worden met een pandrecht.¹¹ Het pandrecht schijnt volgens sommigen langzaam terrein te winnen naarmate overzee meer juristen werken die in Nederland in het NBW-tijdperk – en dus met het nieuwe stille pandrecht – zijn opgeleid.¹²

In deze bijdrage zullen wij enkele vragen behandelen die het overzeese zekerhedenrecht opwerpt. Daartoe zullen we eerst uiteenzetten op welke punten de overzeese regeling van (stil) pandrecht verschilt van de Nederlandse en wat het concor-

6. Zie par. 15.2.

7. HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, NJ 1996, 471 m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder/CLBN*).

8. HR 3 oktober 1980, ECLI:NL:HR:1980:AB8508, NJ 1981, 60 m.nt. Kleijn (*Ontvanger/Schriks*).

9. HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016, 290 m.nt. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*).

10. Zo komt men in de figuur in de rechtspraak regelmatig tegen bij particuliere autofinancieringen en overig consumptief krediet. Zie par. 15.5 hierna en tevens Bakker & Bergervoet 2018, p. 283 onder 7.

11. Zie OGEAC 10 maart 2021, ECLI:NL:OGEAC:2021:45 voor een zaak waarin door een zekerheidsgever kennelijk de argumentatie is gevoerd dat een (eventueel) pandrecht van de bank zou zijn tenietgegaan door een daarop volgende zekerheidsoverdracht m.b.t. diezelfde zaken. Aan een inhoudelijke toets van die stelling kwam het gerecht niet toe.

12. Bij invoering van de regeling van stil pandrecht sprak de overzeese wetgever overigens de verwachting uit dat het stil pandrecht de zekerheidsoverdracht vanzelf langzaam zou vervangen omdat het pandrecht door zijn rechtszekerheid voor kredietverstrekkers aantrekkelijker zou zijn. Zie MvT art. 3:84 OZBW, p. 743 waarover ook Slangen 1998, p. 110.

dantiebeginsel inhoudt (par. 15.2). Daarna behandelen wij de vraag of op de zekerheidsoverdracht overzee de bepalingen van pandrecht van overeenkomstige toepassing zijn, zoals onder het OBW ook in Nederland het geval was (par. 15.3). Dan bezien wij de stand van zaken overzee met betrekking tot een voor de financieringspraktijk belangrijke kwestie, te weten: de verrekenbaarheid van betalingen op (stil) verpande vorderingen (par. 15.4). Vervolgens richten wij ons op de vraag of zekerheidsoverdracht overzee een voorwaardelijk eigendomsrecht bij de vervreemder constitueert en, zo ja, wat daarvan de gevolgen zijn (par. 15.5). Tot slot bezien wij de gepubliceerde jurisprudentie over zekerheidsoverdracht overzee van de afgelopen dertig jaar (par. 15.6). Daarna volgt een conclusie (par. 15.7).

15.2 VERSCHILLEN TUSSEN HET OZBW EN HET NBW, EN HET CONCORDANTIEBEGINSEL

Voor een goed begrip van de volgende paragrafen zetten wij hier kort enkele punten uiteen waarop het OZBW verschilt van het NBW:

- het fiduciaverbod van het NBW is niet overgenomen (art. 3:84 OZBW kent dus maar drie leden);
- in lijn daarmee stelt het OZBW geen beperkingen aan de vordering waarvoor een eigendomsvoorbehoud kan worden overeengekomen (vgl. art. 3:92 lid 2 NBW);
- het OZBW stelt geen eisen aan de akte bij stille verpanding (het NBW eist een geregistreerde onderhandse dan wel een authentieke akte (vgl. art. 3:237 NBW jo. art. 3:239 NBW));
- het OZBW bepaalt dat bij *zekerheidscessie* de mededeling geen constitutief vereiste voor overdracht is;
- artikel 3:231 OZBW kent een derde lid dat bepaalt dat de vordering waarvoor pand of hypotheek wordt gegeven ook kan toekomen aan een ander dan de pand- of hypotheekhouder zelf. Het Nederlandse BW kent een dergelijke bepaling niet. De Nederlandse praktijk werkt daarom nog altijd met de zogenoemde ‘parallel debt’.¹³

Verder is het van belang dat er zowel overzee als in Nederland verschillen bestaan in de bepalingen van pandrecht onder het oude recht en het nieuwe recht. Met name kennen de nieuwe BW's enkele bepalingen die *geheel* nieuw zijn, in die zin dat zij onder het OBW geen equivalent kenden. Denk bijvoorbeeld aan:

- artikel 3:229 NBW & OZBW dat de zekerheidsnemer van rechtswege vervangende zekerheid geeft op een vordering tot vergoeding die in plaats van het tot zekerheid strekkende goed treedt;

13. Zie bijv. Kortmann, Rongen & Verhagen 2004 en Beekhoven van den Boezem 2017. Ook op overige punten in de OZBW's ziet men trustachtige figuren (zie bijv. art. 3:80 lid 2 BW Aruba).

- artikel 3:238 NBW & OZBW dat de pandhouder te goeder trouw beschermt tegen een pandrecht dat hij niet kende of behoorde te kennen door in een rangwisseling te voorzien;
- artikel 3:246 NBW & OZBW dat de verschuiving van inningsbevoegdheid van de pandgever naar de pandhouder bij vorderingen regelt.

De omvang van deze bijdrage staat het niet toe uitgebreid in te gaan op de betekenis en ontwikkeling van het concordantiebeginsel.¹⁴ Voor een goed begrip van navolgende paragrafen is voldoende dat in grote lijnen wordt geschetst wat dit beginsel inhoudt.¹⁵ Artikel 39 lid 1 van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden luidt:

‘Het burgerlijk en handelsrecht, de burgerlijke rechtsvordering, het strafrecht, de strafvordering, het auteursrecht, de industriële eigendom, het notarisambt, zomede bepalingen omtrent maten en gewichten worden in Nederland, Aruba, Curaçao en Sint Maarten zoveel mogelijk op overeenkomstige wijze geregeld.’

Dit artikel behelst een instructienorm aan de verschillende wetgevers van de Koninkrijkslanden die erop ziet het burgerlijk recht daar zo veel mogelijk te laten overeenstemmen, tenzij voor afwijking een goede reden is.¹⁶ Hierboven werden al enkele afwijkingen van deze *concordantie van wetgeving* geconstateerd. De overzeese wetgever zegt over het zekerhedenrecht bijvoorbeeld:¹⁷

‘De voordelen die zij biedt leiden ertoe de wettelijke regeling van het stille pandrecht ook hier te lande in te voeren (...). Dit behoeft echter niet mee te brengen dat ook, als in Nederland, in artikel 84 de eigendom tot zekerheid als geldige rechtsfiguur wordt uitgesloten. De eigendom tot zekerheid werkt hier te lande immers bevredigend en behoeft daarom niet te worden uitgebannen.’

Daaraan wordt nog toegevoegd:

‘Het land kan, gelet op zijn positie in het internationale handelsverkeer, niet het risico lopen dat een zekerheidsconstructie met betrekking tot bij voorbeeld (onderdelen van) een vliegtuig waarop het hier te lande geldende recht van toepassing is, als strijdig met het fiduciaverbod en daarom als ongeldig moet worden bestempeld.’

Nu het overzeese zekerhedenrecht een kleine tien jaar ná het Nederlandse in werking trad, had de ontwerper ook gelegenheid tussentijdse ontwikkelingen mee te

14. Kennelijk is het beginsel aan enige slijtage onderhevig, aldus Rogier 2016.

15. Zie uitgebreid over het concordantiebeginsel de Boer 2019/1.6 e.v. en Rogier 2016.

16. De Boer 2019/1.6.

17. MvT art. 3:84 OZBW, p. 742-743. Zie hierover ook Slangen 1998, p. 135.

nemen, waarbij met name op het *Sogelease*-arrest valt te wijzen.¹⁸ In dit arrest bracht de Hoge Raad het gevaar van het fiduciaverbod terug tot een voor de Nederlandse financieringspraktijk aanvaardbare mate. De overzeese ontwerper is daarover even kort als duidelijk:

‘Weliswaar heeft de Hoge Raad bij bovengenoemd arrest van 19-5-1995 het effect van dat verbod op de sale and financial lease back geminimaliseerd, maar discussies over grensgevallen kunnen maar beter volledig worden voorkomen.’

Met dit alles is de rechtvaardiging voor deze afwijking van concordantie van *wetgeving* met het NBW dus gegeven.

Complementair aan het beginsel van de concordantie van wetgeving is het beginsel van *concordantie van rechtspraak*.¹⁹ Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen rechtspraak betreffende woordelijk gelijklopende en woordelijk verschillende bepalingen. Luidt een bepaling in het Koninkrijk hetzelfde, dan behoort deze in beginsel ook op gelijke wijze te worden uitgelegd.²⁰ Luidt een bepaling anders, dan moet de rechter, in de woorden van de Boer: ‘er het beste van maken, met een voorkeur voor concordantie’.²¹ Dit levert, zoals hierna zal blijken, met betrekking tot het overzeese zekerhedenrecht bijzondere uitdagingen op.

15.3 ANALOGISCHE TOEPASSING BEPALINGEN VAN PANDRECHT OP ZEKERHEIDSEIGENDOM?

Nadat de Hoge Raad de zekerheidsoverdracht in 1929 had gesanctioneerd in het *Bierbrouwerij*-arrest²² wees hij het arrest *Hazerswoude/Los*.²³ De Hoge Raad overwoog daarin dat:

-
18. HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, NJ 1996, 119 m.nt. Kleijn (*Keereweer/Sogelease*).
 19. Zie De Boer 2019/1.7. Naast art. 39 lid 1 van het statuut ligt daaraan volgens HR 14 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2280, NJ 1999, 409 m.nt. Kortmann (*Zunoca*) art. 23 lid 1 Statuut in verbinding met art. 1 Rijkswet rechtsmacht Hoge Raad ten grondslag. Zie hierover ook Rogier 2016, onder 3.3.
 20. Op grond van HR 26 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB4204 NJ 2008, 282 m.nt. Stein (*Bloch-Heinemann/Kura Hulanda*) moet bij de uitleg van een overzees artikel dan rekening worden gehouden met de Nederlandse opvattingen over het met deze bepaling corresponderende Nederlandse artikel, ook al is dit inmiddels vervallen. Vaak zal de desbetreffende bepaling zelf ook ruimte laten om rekening te houden met afwijkende plaatselijke omstandigheden en verkeersopvattingen. Zie uitgebreid De Boer 2019/1.7.
 21. De Boer 2019/1.7.
 22. HR 25 januari 1929, NJ 1929, 616 m.nt. Scholten (*Bierbrouwerij*), waarop kort daarna volgde HR 21 juni 1929, NJ 1929, 1096 (*Hakkers/Van Tilburg*).
 23. HR 3 januari 1941, NJ 1941, 470 (*Hazerswoude/Los*), zie ook HR 24 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1409, NJ 1995, 368 (*INB/Klützow*) voor een soortgelijk oordeel van de Hoge Raad omtrent de analogische toepassing van art. 232 Fw op zekerheidseigendom in surseance van betaling.

‘op goederen door den schuldenaar zelf tot zekerheid in eigendom overgedragen, voor zover mogelijk toepasselijk zijn de bepalingen van de faillissementswet omtrent door de schuldenaar in hypotheek of pand gegeven goed’.

Hoewel het arrest slechts betrekking had op bepalingen uit de Faillissementswet, nam een grote meerderheid in de literatuur daarna aan dat uit dit arrest ook analogische toepassing van de bepalingen van pandrecht volgde.²⁴ In de later gewezen arresten *Pluvier*²⁵ en *Van Gend & Loos*²⁶ overwoog de Hoge Raad dat de rechtsgevolgen van zekerheidsoverdracht ‘de invloed ondergaan van de wetsbepalingen betreffende het pandrecht’. Uiteindelijk stelt de Hoge Raad in het *Sogelease*-arrest – en dus pas onder vigeur van het NBW – dat het voor de hand ligt:²⁷

‘op de overdracht tot zekerheid voor het overige zo veel mogelijk de voor het pandrecht geldende bepalingen van overeenkomstige toepassing te achten’.

De belangrijkste bepalingen van pandrecht zijn echter ook onder vigeur van het OBW op de zekerheidseigendom toegepast.²⁸ Met name valt te wijzen op de regels die de kern van een zekerheidsrecht behelzen, zoals de regel die toe-eigening van het verpande goed door de zekerheidsnemer uitsluit en hem verplicht eventuele bij executie gerealiseerde overwaarde uit te keren (art. 3:235 NBW jo. art. 3:253 NBW).²⁹ Zeker onder vigeur van het OBW is er geen reden eraan te twijfelen dat dit ook overzee gebeurde. De zojuist besproken jurisprudentie gold (en geldt) immers ook daar.³⁰

Met de vervanging van het OBW door het OZBW is overzee een nieuw (stil) pandrecht ingevoerd. Die regeling van pandrecht verschilt zoals aangegeven op punten van de huidige Nederlandse regeling en ook van de regeling onder het OBW.³¹ De vraag rijst welke bepalingen van pandrecht van overeenkomstige toepassing moe-

24. Zie bijv. *Asser tweede deel zakenrecht*, 9e druk 1967, p. 102-103; Reehuis 1987, nr. 196; Veenhoven 1955, p. 85-86; Fesevur 1979, p. 89; Stein 1970, p. 90; Brahn 1981, p. 74; Van Mierlo 1988, p. 164. Anders: Cahen 1970, p. 464; Jarolimek 1956, p. 112-113 en de daar genoemde auteurs.

25. HR: 6 maart 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB7171, NJ 1970, 433 m.nt. Houwing (*Pluvier/Traffic*).

26. HR: 7 maart 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB7436, NJ 1976, 91 m.nt. Kleijn (*Van Gend & Loos*).

27. HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, NJ 1996, 119 m.nt. Kleijn (*Keereweer/Sogelease*), r.o. 3.4.2.

28. Met name valt te denken aan de kernbepalingen van het pandrecht, te weten die welke toe-eigening door de pandhouder uitsluiten en hem verplichten eventuele overwaarde na executie terug uit te keren (art. 1200 OBW jo. 1201 OBW vgl. inmiddels art. 3:253 NBW jo. 3:235 NBW).

29. Art. 1200 en 1201 OBW vgl. ook art. 3:235 NBW en 3:253 NBW.

30. Het is bovendien van belang te realiseren dat het recht overzee gedoceerd werd en wordt aan de hand van Nederlandse handboeken en naslagwerken, zodat niet alleen de Nederlandse jurisprudentie, maar ook de Nederlandse doctrine hun stempel op de rechtspraktijk daar zullen hebben gedrukt.

31. Toen bestond immers slechts een vuistpandrecht (vgl. art. 1198 OBW e.v.).

ten worden verklaard op de zekerheidseigendom overzee.³² Zo levert het toepassen van de *nieuwe* regeling van pandrecht op de zekerheidsoverdracht – zoals hierna zal blijken – nieuwe problemen op.

Door handhaving van de zekerheidsoverdracht en invoering van het stille pandrecht is samenloop tussen deze figuren mogelijk geworden. Hetzelfde goed kan op tal van wijzen onderworpen worden aan zekerheidseigendom *en* een pandrecht.³³ Een sprekend voorbeeld van samenloop waarbij complicaties ontstaan is het geval waarin een zekerheidseigenaar goederen wil uitwinnen terwijl op die goederen een anterieur pandrecht is gevestigd.³⁴

D verpand zijn auto stil aan P en draagt deze daarna tot zekerheid over aan Z, die op het moment van verkrijging niet wist en niet kon weten van de eerdere verpanding. D faillieert en Z revindiceert de auto om zijn vordering daarop te verhalen. Z weet van het pandrecht van P ook op dat moment niets af.

Als *beide* partijen een pandrecht hadden gehad, had artikel 3:238 lid 2 OZBW in een rangwisseling tussen P en Z voorzien op het moment dat Z de auto te goeder trouw onder zich kreeg.³⁵ Z heeft echter een eigendomsrecht, zodat op dit geval noodzakelijkerwijs artikel 3:86 lid 2 OZBW van toepassing is.³⁶ Het pandrecht van P komt geheel te vervallen. De door Z bij executie gerealiseerde overwaarde komt toe aan (de boedel van) D en niet aan P. Dit is een onwenselijke uitkomst, maar het analoog toepassen van artikel 3:238 OZBW op de zekerheidseigenaar lijkt niet in de rede te liggen.³⁷ Janssen merkt immers terecht op dat de Hoge Raad in zijn OBW-arrest *Rabobank/Sinke* heeft overwogen dat de zekerheidseigenaar zich op artikel 3:86 NBW kan beroepen.³⁸

32. De zekerheidseigendom wordt overzee met name veel gehanteerd in 'huis- tuin- en keukenfinancieringen'. Denk daarbij bijvoorbeeld aan autofinancieringen en consumptief krediet.

33. Tal van variaties zijn mogelijk: eerst stil pandrecht, daarna overdracht tot zekerheid van een roerende zaak; eerst overdracht tot zekerheid van een roerende zaak, daarna stil pandrecht; eerst stil pandrecht, daarna overdracht tot zekerheid van een vordering; overdracht tot zekerheid van een vordering, daarna stil pandrecht; herverpanding door fiduciair eigenaar van roerende zaak of fiduciair cessionaris etc. Op beperkte schaal is een samenloop tussen stil pandrecht en fiduciaire overdracht overigens ook in het Duitse recht mogelijk, namelijk bij het *Vermieterpfandrecht*. Zie BGH 12 februari 1992 – XII ZR 7/91, NJW 1992, 1156.

34. Vgl. voor een verscheidenheid aan dit soort casus Slangen 1998, p. 116 e.v. en voor discussie over uitkomsten Kunneman 1999, passim en de reactie van Janssen daarop in Janssen 2005, passim. Zie ook Van Vliet 2010, p. 50.

35. Werken wij deze casus uit met een eerste zekerheidsoverdracht en een posterieur pandrecht terwijl de pandhouder zijn pandrecht in een vuistpand omzet, dan biedt art. 3:238 lid 1 OZBW uitkomst. De eerste pandhouder wordt beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid van D.

36. De derdenbescherming van art. 3:86 OZBW komt de verkrijger overigens pas toe als hij de zaak daadwerkelijk onder zich heeft gekregen. Is de zaak c.p. geleverd dan wordt hij niet beschermd. Uit HR 18 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0685, NJ 1993, 455 m.nt. Snijders (*Rabobank/Sinke*) blijkt overigens dat een zekerheidseigenaar zich in zo'n geval met succes op derdenbescherming kan beroepen. Vgl. ook Slangen 1998, p. 122.

37. Vgl. Janssen 2005, p. 140-141.

38. Althans het OBW-equivalent, art. 2014 OBW. Vgl. Janssen 2005, p. 140.

En wat te denken van artikel 3:229 OZBW? Deze bepaling bestond onder oud recht niet. Pandhouder noch (naar analogie) zekerheidseigenaar kwam toen dus dergelijke vervangende zekerheid toe. Moet nu op grond van een onder oud recht gewezen arrest en de daaruit voortvloeiende doctrine, analoge toepassing van dit *nieuwe* artikel van pandrecht in het belang van de zekerheidseigenaar overzee worden toegestaan? Los nog van de vraag welk antwoord hier wenselijk is, wat is überhaupt het juridisch kader dat ons in de richting van een zinvolle beantwoording kan leiden? De zekerheidseigendom is in Nederland afgeschaft en de rechtsontwikkeling van de figuur is daarmee een halt toegeroepen. Concordantie van (nieuwe) rechtspraak kan aan beantwoording dus niet dienstig zijn, want die is er niet (vgl. ook par. 15.6 hierna). Concordantie van oude rechtspraak biedt geen uitkomst omdat de bepaling toen niet bestond.

De zekerheidsoverdracht zelf is door de overzeese wetgever niet van een wettelijke regeling voorzien. Volgens Janssen moet daaruit worden afgeleid dat hij dus simpelweg het onder het ouder recht ontwikkelde regime wenste te continueren.³⁹ Als de overzeese wetgever zekerheidsoverdracht onder artikel 3:229 OZBW had willen begrijpen, had hij dat moeten aangeven, aldus Janssen. Nu heeft de overzeese wetgever wel iets gezegd waaruit wellicht op dit punt iets kan worden afgeleid. In de MvT bij artikel 3:84 OZBW staat:⁴⁰

‘Daarnaast is ervan afgezien een uitgewerkte regeling van de zekerheidsoverdracht en haar gevolgen te ontwerpen. Mede gelet op de stroom van jurisprudentie omtrent dat onderwerp enerzijds, en de invloed van de nieuwe bepalingen omtrent het stille pandrecht anderzijds, stuit het ontwerpen van zulk een regeling op onevenredig grote praktischer bezwaren.’

De passage is voor meerdere interpretaties vatbaar, maar een mogelijke lezing is dat met de hierboven gecursiveerde zinsnede ervan uit wordt gegaan dat ook de nieuw ingevoerde regeling van (stil) pand analoog op de zekerheidseigendom wordt toegepast. Een aanwijzing daartoe is ook dat de Caribische wetgever bij sommige nieuwe bepalingen van pandrecht expliciet heeft aangegeven dat de vraag naar analogische toepassing *niet* aan de orde komt. Over artikel 3:246 OZBW zegt hij bijvoorbeeld:⁴¹

‘(...) of artikel 246, eerste en vijfde lid, voor analogische toepassing op de zekerheidscessie vatbaar is, is een vraag die onder het huidige recht niet aan de orde kan komen.’

Hieruit kan worden afgeleid dat andere *nieuwe* bepalingen van pandrecht daarvoor wel in aanmerking komen. Daarbij komt dat de Hoge Raad in het *Sogelease*-arrest (1995) en dus onder vigeur van het NBW in Nederland, maar vóór het

39. Aldus Janssen 2005, p. 142.

40. MvT art. 3:84 OZBW, p. 743.

41. MvT art. 3:246 OZBW, p. 954.

OZBW overzee, zich onder verwijzing naar het eerder besproken arrest *Hazerswoude/Los* liet ontvallen dat het voor de hand ligt op de overdracht tot zekerheid zo veel mogelijk de bepalingen van pandrecht van toepassing te achten.⁴²

Dit oordeel voegde in 1995 voor de Nederlandse rechtspraktijk natuurlijk weinig toe, nu de zekerheidsoverdracht daar net verboden was. Er zijn rondom het einde van de zekerheidsoverdracht in Nederland overigens nog relatief veel arresten over het onderwerp door de Hoge Raad geweest.⁴³ Het is lastig in te schatten of hij zich bij het wijzen van die arresten ervan bewust is geweest dat de figuur overzee zou blijven bestaan en dat zijn jurisprudentie ingevolge het concordantiebeginsel en zijn taak als cassatierechter in Caribische zaken op het leerstuk nog invloed zou hebben (vgl. in het bijzonder ook par. 15.5 hierna).⁴⁴ Gelet op deze passage uit het *Sogelease*-arrest en de genoemde passage uit de wetshistorie kan het de overzeese praktijk niet kwalijk genomen worden als zij – in wat toch een onzekere situatie is – aanneemt dat de nieuwe bepalingen van pandrecht zo veel als mogelijk op de zekerheidseigendom van toepassing zijn. Dat levert inderdaad niet de schoonheidsprijs op.⁴⁵ Tegelijkertijd is het zo dat de rechter onder het concordantiebeginsel er nu eenmaal vaak maar ‘het beste van moet maken’.⁴⁶ In paragraaf 15.6 zal blijken dat Caribische feitenrechtters enkele bepalingen van pandrecht analoog lijken toe te passen.

15.4 VERREKENING VAN BETALINGEN OP STIL VERPANDE VORDERINGEN

Betaalt de debiteur van een stil verpande vordering zijn schuld aan de pandgever, dan gaan vordering en pandrecht teniet (art. 3:81 lid 2 onder a NBW). De pandhouder kan zich in beginsel dus niet op grond van zijn pandrecht op de betaalde gelden verhalen. In zijn arrest *Mulder q.q./CLBN* bepaalde de Hoge Raad echter dat de voorrang die verbonden was aan dit pandrecht blijft voortbestaan op het betaalde. Voor het geval dat de debiteur zijn schuld aan de pandgever betaalt op een rekening die laatstgenoemde aanhoudt bij de pandhouder rijst nog een andere vraag, namelijk of de pandhouder de daardoor voor hem ontstane saldoschuld in en om het faillissement van de pandgever mag verrekenen met een vordering op de reke-

42. R.o. 3.4.2.

43. Denk bijv. aan HR 18 december 1987, NJ 1988, 340 (*OAR/ABN*); HR 18 september 1992, NJ 1993, 455 (*Rabobank/Sinke*); HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0842 m.nt. P. van Schilfgaarde (*G-rekening*); HR 5 november 1993, NJ 1994, 258 (*Dutch Air/De Bary*); HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, NJ 1996, 471 m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder/CLBN*); HR 18 februari 1994, NJ 1994/462 (*Koninklijke Nijverdal Ten Cate/Wilderink q.q.*) en HR 24 maart 1995, NJ 1996, 158 m.nt. W.M. Kleijn (*Kuikenbroederij*).

44. Denkbaar (en begrijpelijk) is dat de Hoge Raad heeft gedacht met deze arresten simpelweg een hoofdstuk af te sluiten. Met name het hierna te bespreken arrest HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, NJ 1996, 471 m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder/CLBN*) lijkt dat karakter te hebben.

45. Vgl. uitgebreid Janssen 2005, passim.

46. Zie De Boer 2019/1.7 en par. 15.2 hierboven.

ninghouder. Strikt genomen komt een dergelijke verrekening namelijk in strijd met artikel 53 en 54 Fw en de strenge interpretatie die de Hoge Raad in zijn jurisprudentie aan die artikelen had gegeven.⁴⁷ In *Mulder q.q./CLBN* bepaalde de Hoge Raad dat die verrekening is toegestaan, maar enkel met die vorderingen van de bank waarvoor het pandrecht ooit tot zekerheid strekte. Daarmee werd voor banken een belangrijke uitzondering op de bestaande verrekeningsregels van artikel 53 Fw en 54 Fw geformuleerd. De zojuist beschreven bevoegdheden die de pandhouder in wezen ontleent aan een *tenietgegaan* pandrecht zijn van niet te onderschatten belang voor de financieringspraktijk.⁴⁸

De Hoge Raad legt aan zijn oordeel ten grondslag dat banken zich onder het OBW – toen men nog met zekerheidscessie werkte – *telkens* had kunnen verhalen op de relevante bedragen. Aannemen dat de pandgever dit onder het NBW (op de zojuist besproken wijze) ook kan, strookt daarom volgens de Hoge Raad met een belofte die de wetgever de financieringspraktijk in 1984 had gedaan.⁴⁹ Minister Korthals Altes reageerde destijds op bezwaren van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen (NGB) tegen de overgang van zekerheidsoverdracht naar (stil) pandrecht. Hij verzekerde het NGB dat met het stil pandrecht ‘praktisch hetzelfde resultaat als met zekerheidseigendom kan worden bereikt’ en ‘dat bestaande financieringspatronen, ondanks de wetstechnisch andere opzet van de nieuwe regeling, onder het nieuwe recht zonder moeilijkheid kunnen worden gecontinueerd’.⁵⁰ Toen bleek dat de stil pandhouder in dit opzicht toch niet geheel dezelfde resultaten tegemoet kon zien onder het regime van het NBW, voelde de Hoge Raad zich genoodzaakt de pandhouder op grond van deze belofte van de wetgever te compenseren.

De vraag is nu: kunnen pandhouders overzee zich beroepen op deze voor de werking van *het pandrecht* essentiële uitspraak terwijl de motivering daarvan grotendeels leunt op een belofte die de wetgever heeft gedaan aan de Nederlandse praktijk waarin zekerheidsoverdracht zou worden afgeschaft?⁵¹ Overzee staat de zekerheidsoverdracht partijen nog gewoon ter beschikking. Van enige noodzaak tot aanpassing van financieringspatronen is daar geen sprake geweest. Geldt dit ‘pandhouder-vriendelijke’ arrest ook overzee terwijl financiers daar de zekerheidscessie nog ter beschikking staat? Of moet aangenomen worden dat de keuze voor

47. Vgl. HR 10 januari 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB4313, *NJ* 1976, 249 (*Postgiro*); HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 449 (*AMRO/Curatoren THB*) en HR 8 juli 1987, *NJ* 1988/104 (*Loeffen q.q./Bank Mees en Hope*).

48. In menig faillissement zal de bank zich op deze wijze voor aanzienlijke bedragen kunnen ‘verhalen’.

49. Zie r.o. 3.4.3 van HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, *NJ* 1996, 471 m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder/CLBN*).

50. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1197.

51. Hierover ook Janssen 2005, p. 139-139.

een pandrecht overzee telkens gemaakt wordt in het volle bewustzijn van de verschillen met een zekerheidscessie?⁵²

Het belang van de vraag zit hem hierin dat, bij een ontkennend antwoord, er voor financiers overzee die zekerheid op vorderingen wensen een niet te onderschatten nadeel aan het pandrecht kleeft. Met de zekerheidscessie is de bank immers verzekerd van de zojuist besproken verhaalsmogelijkheden in en om het faillissement van de fiduciair debiteur, die het pandrecht haar in dat geval niet kan bieden.

Bakker & Bergervoet stellen dat de regels uit *Mulder q.q./CLBN* ook overzee gelden nu het tegendeel strijdig zou zijn met het concordantiebeginsel.⁵³ De regeling van pandrecht is op dit punt immers woordelijk gelijklopend in het gehele Koninkrijk (vgl. met name art. 3:246 NBW en OZBW). Ook wijzen zij erop dat – nu tegenwoordig ook het stil pandrecht veelvuldig gebruikt wordt overzee – de financieringspatronen daar wel degelijk veranderd zijn. Dit laatste argument snijdt geen hout, nu de belofte van de wetgever gedaan is naar aanleiding van door de praktijk geuite kritiek op het fiduciaverbod.⁵⁴ De belofte moet daarom bezien worden in het licht van de door dat verbod geëffectueerde *gedwongen* overgang van de ene zekerheidsfiguur naar de andere, waarbij bestaande financieringspatronen niet in het gedrang zouden komen. Overzee is door het ontbreken van het fiduciaverbod van een gedwongen overgang geen sprake. De literatuur lijkt echter over het hoofd te hebben gezien dat de overzeese wetgever het arrest *Mulder q.q./CLBN* zelf van toepassing heeft verklaard. In de toelichting op artikel 3:94 OZBW valt te lezen:⁵⁵

‘Zijn de vorderingen stil verpand en raakt de pandgever failliet, dan vallen zulke betalingen wél in de failliete boedel, indien zij vóór de mededeling van de verpanding aan de debitor cessus zijn geschied; wel behoudt alsdan de bank haar rechten op voorrang en verrekening (HR 17-2-1995, NJ 1996, 471). Zie voorts de toelichting op artikel 3.246.’

Dit is in zoverre interessant dat de motivering uit het arrest die conclusie eigenlijk niet kan rechtvaardigen. Tegelijkertijd zou het essentiële verschil dat tussen beide zekerheidsfiguren zou ontstaan als *Mulder q.q./CLBN* overzee niet zou gelden niet te verenigen zijn met de verwachting van de overzeese wetgever dat het pandrecht de zekerheidsoverdracht langzaam zou verdringen omdat eerstgenoemde figuur *meer rechtszekerheid* zou bieden.⁵⁶ Dan zou immers slechts ‘zeker’ zijn dat het pandrecht de financier in dit opzicht minder zekerheid biedt dan de zekerheidscessie.⁵⁷

52. Wij wijzen er nogmaals op dat recht overzee veelal wordt gedoceerd aan de hand van Nederlandse handboeken en wetenschappelijke literatuur.

53. Bakker & Bergervoet 2018.

54. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1197.

55. MvT art. 3:94 OZBW, p. 765.

56. Zie MvT art. 3:84 OZBW, p. 743 waarover ook Slangen 1998, p. 110.

57. Zo ook Janssen 2005, p. 139.

15.5 VOORWAARDELIJKE (ZEKERHEIDS)EIGENDOM?

In 2016 wees de Hoge Raad met *Rabobank/Reuser* een baanbrekend arrest op het gebied van het goederen- en zekerhedenrecht, waarmee een decennia durende discussie werd beslecht.⁵⁸ De Hoge Raad gaf antwoord op de volgende drie vragen. Ten eerste de vraag of een overdracht onder eigendomsvoorbehoud met *opschortende* voorwaarde bij de voorbehoudskoper direct een goederenrechtelijke recht doet ontstaan.⁵⁹ Ten tweede de vraag of dit goederenrechtelijke recht direct kan worden verpand, en ten derde, de vraag of dit pandrecht op de (volle) eigendom van de zaak komt te rusten wanneer de opschortende voorwaarde in vervulling gaat tijdens het faillissement van de pandgever.

Naar Duits recht werd al decennia aangenomen dat de koper onder eigendomsvoorbehoud een goederenrechtelijke positie heeft met de naam *Anwartschaftsrecht*, ofwel verwachtingsrecht, en dat dit recht kan worden overgedragen. Wanneer de koopprijsvordering aan de voorbehoudsvkoper wordt betaald, groeit die *Anwartschaft* uit tot volle eigendom. De Hoge Raad gebruikt de term ‘voorwaardelijke eigendom’ en accepteert dat de voorwaardelijke eigendom bij vervulling van de voorwaarde uitgroeit tot volle eigendom, waarbij het pandrecht dat eerst op de voorwaardelijke eigendom rustte nu op de volle eigendom rust. Dat ook de voorbehoudskoper overzee over een voorwaardelijk eigendomsrecht beschikt, lijdt geen twijfel.⁶⁰

Nu had de Hoge Raad in zijn arrest *Ontvanger/Schriks q.q.* omtrent zekerheidsoverdracht al overwogen dat:⁶¹

‘de algehele voldoening [van de verzekerde som] in beginsel heeft te gelden als een in de overeenkomst opgenomen ontbindende voorwaarde, waarvan de vervulling meebrengt dat de eigendom van de goederen alsdan overgaat op degen die ze had overgedragen.’

Zekerheidsoverdracht is dus in beginsel een overdracht onder *ontbindende* voorwaarde van voldoening van de daarmee verzekerde schuld, in wezen het spiegelbeeld van de tegenwoordig door artikel 3:92 NBW vermoede basisvorm van het

58. HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016, 290 m.nt. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*).

59. Dat de voorbehoudsvkoper zo’n goederenrechtelijke aanspraak had stond al vast sinds HR 28 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0766, NJ 1990, 252 m.nt. Kleijn (*Puinbreekinstallatie*).

60. Dat overzee een eigendomsvoorbehoud voor *alle* vorderingen kan worden overeengekomen en in Nederland slechts voor de in art. 3:92 lid 2 NBW genoemde doet aan dit gegeven niets af (art. 3:92 OZBW is voor het overige gelijk aan art. 3:92 NBW maar mist lid 2).

61. Zie HR 3 oktober 1980, ECLI:NL:HR:1980:AB8508, NJ 1981, 60 m.nt. W.M. Kleijn (*Ontvanger/Schriks*), waaruit overigens ook bleek dat partijen in afwijking van dit uitgangspunt konden overeenkomen dat bij voldoening van de schuld slechts een obligatoire verplichting tot teruglevering ontstond. Dit laatste was bepaald ongelukkig, nu in dat geval de fiduciair debiteur een faillissementsrisico zou lopen op zijn financier. Hierna wordt ervan uitgegaan dat een zekerheidsoverdracht telkens is vormgegeven onder ontbindende voorwaarde van voldoening van de verzekerde schuld.

eigendomsvoorbehoud. Voor het recht van de Caribische delen rijst daarom de vraag of de vervreemder tot zekerheid eenzelfde voorwaardelijk eigendomsrecht heeft op de tot zekerheid overgedragen goederen, ten aanzien waarvan hij beschikingshandelingen kan verrichten. Vóór het arrest *Rabobank/Reuser* had de Hoge Raad zich nooit uitgelaten over de vraag of een overdracht onder opschortende of ontbindende voorwaarde een dergelijk voorwaardelijk eigendomsrecht deed ontstaan.⁶²

Onzes inziens brengt het arrest *Rabobank/Reuser* mee dat ook een zekerheidsoverdracht direct een voorwaardelijk eigendomsrecht bij de fiduciair vervreemder doet ontstaan. Toegegeven moet worden dat het oordeel van de Hoge Raad in *Rabobank/Reuser* sterk leunt op enkele wetshistorische argumenten.⁶³ Hij overwoog dat:

‘(...) de wetgever terzake van een overdracht onder eigendomsvoorbehoud een systeem voor ogen heeft gestaan waarin deze overdracht – behoudens afwijkend beding – wordt aangemerkt als een overdracht onder opschortende voorwaarde, waarbij de levering van de desbetreffende roerende zaken is voltooid op het moment dat de zaken in de macht van de verkrijger zijn gebracht, met als gevolg dat de verkrijger een “terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde”, respectievelijk “voorwaardelijk eigendomsrecht” verkrijgt.’

De Hoge Raad baseert zijn oordeel op een drietal passages uit de MvA bij de NBW-artikelen over het eigendomsvoorbehoud (te weten: art. 3:92 NBW jo. art. 3:91 NBW).⁶⁴ Dat deze overweging – ondanks de afwijkingen die het eigendomsvoorbehoud overzee kent – ook overzee geldt, lijdt geen twijfel. Een overzees eigendomsvoorbehoud doet ook daar voorwaardelijke eigendom bij de voorbehoudskoper ontstaan. De vraag is of – gelet op genoemde wetshistorische argumenten die ontleend zijn aan bepalingen van *eigendomsvoorbehoud* – wel geconcludeerd mag worden dat ook bij een overdracht onder *ontbindende* voorwaarde van voldoening van de schuld (i.e. een zekerheidsoverdracht) zo’n voorwaardelijk eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde ontstaat. Wij zouden menen van wel. Een belangrijk argument daarvoor is dat beide vormen van zekerheid het eigendom gebruiken als zekerheidsrecht. In beide gevallen wordt die eigendom overgedragen onder een voorwaarde. Dogmatisch rijst daarmee bij beide vormen een vergelijkbare vraag. Het (bepaalde) verschil in constructie kan niet rechtvaardigen dat de

62. Overigens heeft m.b.t. tot de vraag of een overdracht onder eigendomsvoorbehoud een bestaand voorwaardelijk eigendomsrecht doet ontstaan in de doctrine rond 2007 een omslag plaatsgevonden, waarover bijvoorbeeld Wibier 2013. Waar de overgrote meerderheid van de literatuur zich hier altijd tegen verzet had, werd dit toen meer geaccepteerd. Kenmerkend is het ‘omgaan’ van Kortmann die in Kortmann 1992, p. 203-211 in een dergelijke goederenrechtelijke positie van de voorbehoudskoper nog niets zag, maar in Kortmann 2015, onder 4 zijn positie herziet, met name naar aanleiding van de opstellen van Faber (Faber 1997 en Faber 2007).

63. Zie uitgebreid Reehuis 2016.

64. Zie ook Reehuis 2016, die overigens tot de conclusie komt dat uit die passages überhaupt niet afgeleid kan worden dat de wetgever zo’n bestaand voorwaardelijk eigendomsrecht voor ogen heeft gestaan.

positie van de debiteur in beide gevallen een andere is. Duidelijk is dat ook de fiduciair vervreemder, net als de voorbehoudskoper bij eigendomsvoorbehoud – in de woorden van de Hoge Raad – een positie heeft:⁶⁵

‘(...) waarin de uitgroei tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht uitsluitend nog afhankelijk is van de vervulling van de opschortende voorwaarde, welke wordt bewerkstelligd door voldoening van de (restant)prestatie.’

De tegenwerpelijke van het recht van de voorbehoudskoper aan derden is een van de belangrijkste indicaties voor het goederenrechtelijke karakter van zijn positie.⁶⁶ De fiduciair zekerheidsgever heeft onder het regime van het arrest *Ontvanger/Schriks q.q.* onmiskenbaar ook zo’n positie.⁶⁷ Wordt aan de voorwaarde voldaan (meestal betaling van de met zekerheidseigendom verzekerde vordering), dan trekt hij de eigendom van ‘zijn’ goederen terug zijn vermogen in. Dit kan hij zelfs in het faillissement van zijn financier bewerkstelligen. Zijn positie is daarmee even sterk als die van de voorbehoudskoper, die onder *Rabobank/Reuser* een voorwaardelijk eigendomsrecht heeft. Eenmaal aangenomen dat de fiduciair vervreemder over een voorwaardelijk eigendomsrecht kan beschikken, verandert het antwoord op tal van rechtsvragen die ooit omtrent zekerheidsoverdracht zijn uitgewerkt.⁶⁸ Doorgaans wordt bijvoorbeeld aangenomen dat een goed niet tweemaal (tot zekerheid) kan worden overgedragen. Na de eerste overdracht is de vervreemder immers beschikkingsonbevoegd.⁶⁹ Het gegeven dat een fiduciair debiteur zo, anders dan de pandgever, zijn goederen niet meerdere malen in zekerheid kan geven is een bekend nadeel van de figuur.⁷⁰ Blijkt de fiduciair zekerheidsgever nu echter over een ‘voorwaardelijk eigendomsrecht’ te beschikken, dan staat het hem vrij dit bestaande verwachtingsrecht fiduciair – onder ontbindende voorwaarde van voldoening van een andere schuld – aan een tweede financier over te dragen. Daarna heeft hij in zijn vermogen een voorwaardelijk eigendomsrecht op een voor-

65. Zie r.o. 4.2.3 van het arrest *Rabobank/Reuser*.

66. Zie ook Verheul 2018, onder 8.4.1.

67. HR 3 oktober 1980, ECLI:NL:HR:1980:AB8508, NJ 1981, 60 m.nt. Kleijn (*Ontvanger/Schriks*).

68. Vgl. bijv. de door Slangen 1998, p. 118 e.v. uitgewerkte gevallen waarin hij de samenloop van het overzee in te voeren stil pandrecht en de zekerheidsoverdracht behandelt.

69. Kunneman 1999, p. 354. De tweede overdracht van een roerende zaak zou nog geheeld kunnen worden door derdenbescherming van de tweede verkrijger ex. art. 3:86 NB en OZBW, maar omdat een zekerheidsoverdracht (nagenoeg) telkens c.p. plaatsvond en ook onder oud recht de verkrijger via levering c.p. niet beschermd werd deed zich die situatie zelden voor. Vgl. inmiddels art. 3:111 OZBW en NBW en onder het OBW HR 29 september 1961, ECLI:NL:HR:1961:77, NJ 1962, 14 (*Picus/Smallingerland*).

70. Er is onder het OBW wel naar oplossingen gezocht. Men probeerde bijvoorbeeld de tweede overdracht te onderwerpen aan de opschortende voorwaarde dat de fiduciair debiteur de eigendom herkeeg van de eerste fiduciair crediteur. Deze methode was evenwel niet bestand tegen een tussentijds faillissement van die debiteur en dus weinig effectief. Vgl. HR 15 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0171, NJ 1992, 605 m.nt. Kleijn (*Veenendaal/Hogeslag*).

waardelijk eigendomsrecht.⁷¹ Ook kan hij op de eerste voorwaardelijke eigendom een pandrecht vestigen ten behoeve van een (tweede) financier.⁷² De tweede beschikkingshandeling heeft direct effect zodat een later intredend faillissement van de debiteur niet meer tot ongeldigheid kan leiden. Naar Duits recht wordt dit al decennia erkend. Zoals de voorbehoudskoper een *Anwartschaftsrecht* heeft dat na het intreden van de voorwaarde aangroeit tot volle eigendom, heeft ook de vreemder tot zekerheid een *Anwartschaftsrecht* dat hij aan een tweede financier tot zekerheid kan overdragen.⁷³

Het is niet altijd duidelijk wat de invloed van wanprestatie van de zekerheidsgever is op de aan de overdracht verbonden voorwaarde. Neem de volgende casus:

A draagt zijn auto tot zekerheid over aan B. Hangende de voorwaarde heeft A een verwachtingsrecht (voorwaardelijk eigendomsrecht) met betrekking tot de auto. Het betreft een recht onder opschortende voorwaarde van voldoening van zijn schuld aan B. Hij kan dit recht tot zekerheid – en dus onder ontbindende voorwaarde van voldoening van een andere schuld – overdragen aan C. A heeft daarna een bestaand verwachtingsrecht ten aanzien van het eerste verwachtingsrecht. Aansluitend op de terminologie van de Hoge Raad heeft A een eigendomsrecht dat aan twee opschortende voorwaarden is onderworpen. C is op zijn beurt rechthebbende onder twee voorwaarden, namelijk onder de ontbindende voorwaarde van voldoening van zijn vordering op A en onder opschortende voorwaarde van voldoening van A's schuld aan B.

Eist B nu de eigendom op om die conform de regels van pand en hypotheek te executeren, dan heeft C in beginsel geen positie met betrekking tot de overwaarde (zoals de tweede pandhouder die wel heeft onder het regime van art. 3:253 OZBW).⁷⁴ B's eigendom onder ontbindende voorwaarde wordt nu immers door B te gelde gemaakt, zodat hij zijn vordering op A uit de opbrengst kan voldoen. De vraag rijst of artikel 3:253 OZBW hier analoog moet worden toegepast ten faveure van C. Daar valt wat voor te zeggen. Zowel C als B hebben zekerheidseigendom met betrekking tot *dezelfde* auto.⁷⁵ Van alle bepalingen van pand en hypotheek die

71. Hij zou zijn voorwaardelijke eigendom ook 'normaal' kunnen overdragen, dat wil zeggen niet tot zekerheid. Hij draagt dan zijn voorwaardelijke eigendom over zonder dat aan die overdracht opnieuw een ontbindende voorwaarde is verbonden. De verkrijger verkrijgt dan een bestaand voorwaardelijk eigendomsrecht dat aan de opschortende voorwaarde van betaling van de vreemder aan zijn fiduciair financier is onderworpen.

72. Een van de meer praktische argumenten die in de discussie omtrent de voorwaardelijke eigendom in Nederland is gevoerd was dat, door deze figuur aan te nemen, de voorbehoudskoper de in zijn positie besloten vermogenswaarde kon onderzetten voor krediet.

73. Ellenberger & Bunte, par. 74, Sicherungsübereignung, Rn. 73.

74. Op grond van deze bepaling heeft de tweede pandhouder recht op een eventueel overschot. Zeer te betwijfelen valt of het aan de tweede zekerheidseigenaar toekomende voorwaardelijke eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde valt te beschouwen als een recht dat in dit kader door executie is vervallen (vgl. de tweede zin van art. 3:253 lid 1 NBW).

75. Dat C juridisch technisch zekerheidseigenaar van een verwachtingsrecht op die auto is, doet daaraan niet af.

volgens de Hoge Raad op zekerheidseigendom van ‘overeenkomstige toepassing’ zijn, bestaat over juist dit artikel de minste twijfel. De Hoge Raad overwoog in *Sogelease* immers dat de eerdergenoemde analoge toepassing van de bepalingen van pand en hypotheekrecht met name gelden voor:⁷⁶

‘(...) de bepalingen die betrekking hebben op hetgeen de kern van een zekerheidsrecht uitmaakt, te weten het verhaalsrecht’.

Artikel 3:253 OZBW is *de* kernbepaling van verhaalsrecht voor het pandrecht. Het artikel regelt dat bij executie gerealiseerde overwaarde toekomt aan de pandgever. Als er meer pandhouders zijn, bepaalt het artikel dat de lager gerangschikte pandhouder het hem toekomende ontvangt.⁷⁷ Een andere oplossing voor C zou kunnen zijn dat hij de vordering van B op A namens laatstgenoemde voldoet en zo de aan de eerste zekerheidsoverdracht verbonden voorwaarde doet ontvallen (vgl. art. 6:30 lid 1 OZBW). Zo kan hij zichzelf (ook in faillissement van A) promoveren tot eerste zekerheidseigenaar. C wordt in de door hem aan B betaalde schuld van A gesubrogeerd.⁷⁸ Vervolgens kan C waarschijnlijk ook voor *die* vordering verhaal nemen op zijn zekerheidseigendom.⁷⁹

15.6 JURISPRUDENTIE OVERZEE

Het Caribisch deel van het Koninkrijk kent vier gerechten in eerste aanleg en een Gemeenschappelijk Hof dat civielrechtelijke kwesties in hoger beroep behandelt.⁸⁰ De Hoge Raad is cassatierechter in burgerlijke, straf- en belastingzaken.⁸¹ De gepubliceerde jurisprudentie omtrent zekerheidsoverdracht blijkt dun gezaaid. Zoekopdrachten op de termen ‘fiduciair’, ‘zekerheidsoverdracht’, ‘zekerheidseigendom’ en ‘fiduciare eigendom’ op www.rechtspraak.nl leveren enkele tientallen resultaten op. Voor het overgrote deel van die resultaten geldt dat in de uitspraak geen oordeel over enig element van zekerheidsoverdracht besloten ligt. In slechts één zaak van het Gemeenschappelijk Hof ligt een oordeel over zekerheidseigendom besloten. De zaak draait om een in 1986 door financier FFP verstrekte geldlening ten behoeve van de afbouw van een aangekochte woning in het land Curaçao. De eigendom van die woning is in dat kader aan FFP tot zekerheid overgedragen.

76. R.o. 3.4.2.

77. E.e.a. overeenkomstig art. 490b Rv.

78. Vgl. art. 6:150 NBW/OZBW en Schuijling 2017, onder 5.2.

79. Dit kan vanzelfsprekend alleen mits de omschrijving van de vorderingen waarvoor de goederen tot zekerheid zijn overgedragen dit toestaat.

80. De gerechten in eerste aanleg zijn het gerecht in eerste aanleg van (i) Aruba, (ii) Curaçao, (iii) Sint Maarten en – gezamenlijk – (iv) Bonaire, Sint Eustatius en Saba. In hoger beroep beslist het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba.

81. Zie de Rijkswet rechtsmacht Hoge Raad.

Toen de fiduciair debiteur op enig moment in verzuim raakte met betrekking tot de verzekerde som heeft FFP gevorderd dat op grond van artikel 1182 OZBW (oud)⁸² en/of artikel 3:251 OZBW (nieuw)⁸³ – toestemming werd verleend tot het verblijven aan FFP van de tot zekerheid overgedragen rechten en aanspraken met betrekking tot de woning. In zijn arrest van december 2020 overwoog het Gemeenschappelijk Hof onder meer:⁸⁴

‘Zo nodig zou FFP, naar analogie van art. 3:251 lid 1 BW, de (voorzieningen)rechter kunnen aanzoeken met een vordering, onderbouwd met stukken waaruit blijkt welke (verkoop)waarde de fiduciair overgedragen rechten vertegenwoordigen.’

Het betreft hier de eerste en enige (gepubliceerde) zaak waarin het Gemeenschappelijk Hof een bepaling van pandrecht uit het *nieuw* OZBW analoog toepast op de zekerheidseigendom. Opmerkelijk genoeg noemt het Gemeenschappelijk Hof deze bepaling in een geval waarin *een registergoed* tot zekerheid was overgedragen.⁸⁵

Dezelfde zoekopdracht bij de overzeese gerechten in eerste aanleg levert 23 vonnissen op.⁸⁶ Ook hier geldt dat het gros van deze uitspraken geen relevante oordelen over zekerheidseigendom bevatten. De gevallen waaruit iets afgeleid kan worden zijn de volgende:

GEAA 6 november 2021, ECLI:NL:OGEEA:2021:519 – In deze zaak besloot een man een door hem aan een bank tot zekerheid overgedragen auto aan zijn ex-partner te geven. Daarop rees de vraag wie van de ex-echtgenoten gerechtigd was tot (het gebruik van) de auto. Daarbij wordt door het Gerecht vooropgesteld dat:

-
82. Het eerste lid van deze bepaling luidde als volgt: ‘In alle geval kan, wanneer de schuldenaar of de pandgever in gebreke is aan zijn verplichtingen te voldoen, de schuldeiser in rechten vorderen, dat het pand tot verhaal der schuld met rente en kosten zal worden verkocht op een wijze door de rechter te bepalen, of wel de rechter op des schuldeisers vordering toestaan dat het pand aan deze, voor een bedrag bij het vonnis te bepalen, tot het beloop der schuld met de renten en kosten in betaling zal blijven.’
 83. Vergelijkbaar met art. 3:251 NBW, met dien verstande dat art. 3:251 lid 1 OZBW Curaçao ‘de rechter in eerste aanleg’ aanwijst als de aan te zoeken rechter en art. 3:251 lid 1 BW ‘de voorzieningenrechter’.
 84. Zie: GHACMB 15 december 2020, ECLI:NL:OGHACMB:2020:281, r.o. 2.14.
 85. Het feitencomplex in deze zaak is op punten onduidelijk. Het Gemeenschappelijk Hof heeft in zijn uitspraak geen feitenoverzicht opgenomen en verwijst voor het verloop van de zaak bovendien terug naar niet gepubliceerde (tussen)vonnissen. Een deel van de relevante feiten blijken uit de conclusie van A-G Hartkamp (zie hierna). Daaruit lijkt te volgen dat niet alleen het woonhuis zelf, maar ook andere daarmee samenhangende rechten tot zekerheid zijn overgedragen. Denkbaar is dat onder de laatste categorie ook niet-registergoederen, zoals bijvoorbeeld uit het pand voortvloeiende huurvorderingen, vallen. In deze zaak is overigens cassatie ingesteld. De Hoge Raad heeft de zaak recentelijk echter verkort afgedaan onder art. 81 Wet RO. Zie voor de conclusie van A-G Hartkamp: Conclusie A-G Hartkamp, ECLI:NL:PHR:2021:1194, bij HR 20 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:731, *RvdW* 2022/524.
 86. Op www.rechtspraak.nl zijn vonnissen van overzeese gerechten in eerste aanleg vanaf het jaar 2007 gepubliceerd.

‘zolang de lening niet volledig is terugbetaald aan de Bank, [eiser] noch [gedaagde] eigenaar is van die auto omdat [eiser] de eigendom daarvan ten behoeve van het verkrijgen van de lening fiduciair heeft overgedragen aan de Bank. Die overdracht brengt immers met zich dat [eiser] zo lang de lening niet is afbetaald beschikkingsonbevoegd is de auto al dan niet bij wijze van schenking over te dragen aan [gedaagde], terwijl is gesteld noch gebleken dat [gedaagde] als mogelijke verkrijger van de auto wordt beschermd door het eerste lid van artikel 3:86 BW.’

Het Gerecht oordeelt verder dat:

‘(...) met uitsluiting van [eiser] alleen [gedaagde] gebruiksgerechtigd is tot de auto zolang de fiduciaire eigendom daarvan nog toekomt aan de Bank en dat [gedaagde] de auto in eigendom verkrijgt zodra de lening door haar en/of door [eiser] geheel is terugbetaald aan de Bank.

Opvallend is dat het Gerecht geen gebruik maakt van de inmiddels aanvaarde voorwaardelijke eigendom. Het Gerecht had kunnen oordelen dat de man met de ‘schenking’ zijn voorwaardelijke eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde van voldoening van de verzekerde schuld aan de vrouw had overgedragen. GEAC 8 november 2010, ECLI:NL:OGEAC:2010:BO3354 – In deze zaak voerde bank MCB de argumentatie dat het positieve saldo dat een (inmiddels gefailleerde) cliënt bij haar aanhield, fiduciair aan haar was overgedragen en dat zij zich daarop dus kon verhalen. Het gerecht komt tot de conclusie dat de volgens de bank in dit kader van toepassing zijnde algemene voorwaarden nooit zijn overeengekomen en concludeert dat daarmee de door de bank aangevoerde grondslag voor de fiduciaire eigendom (van het saldo) vervalt.⁸⁷ Het Gerecht laat daarmee in het midden of een fiduciaire overdracht van een bij de fiduciair crediteur aangehouden positief saldo überhaupt mogelijk is. Het *verpanden* van (positieve) banksaldi waarvan de pandhouder zelf schuldenaar is, is in de financieringspraktijk gebruikelijk.⁸⁸ Hoe een dergelijke constructie zich met een zekerheidscessie laat voorstellen is echter onduidelijk. Een financier kan immers geen schuldeiser zijn van de vordering waarvan hijzelf debiteur is.⁸⁹ Tegelijkertijd is het (en was het ook onder het OBW) natuurlijk gewoon mogelijk zekerheid te krijgen via een *openbaar* pandrecht. Pandrechten op banksaldi waarvan de pandhouder zelf schuldenaar is plegen ook nu nog telkens *openbaar* te worden gevestigd omdat daarmee ook de meest recente

87. R.o. 4.4.

88. Deze constructie wordt door Engelsen wel aangeduid als een ‘chargeback’. Zie hierover ook: Nieuwesteeg 2019. Of zij in FZO-verband is toegestaan is overigens onderwerp van discussie.

89. Advocaten die onder het OBW werkzaam waren, stellen dat dergelijke constructies onder vigeur van het OBW in Nederland niet voorkwamen.

betalingen op die rekening kunnen worden verpand.⁹⁰ Ook de Duitse algemene bankvoorwaarden maken voor de chargeback overigens gebruik van een openbaar pandrecht in plaats van zekerheidscessie.⁹¹

OGEAM 22 oktober 2021, ECLI:NL:OGEAM:2021:96 – Deze zaak geeft een zeldzaam voorbeeld van zekerheidseigendom van grond. Het Gerecht kwam tot de conclusie dat:

‘(...) deze percelen alleen op grond van de voor hypotheekrecht geldende regels te gelde mogen worden gemaakt.’

Daarmee is alle gepubliceerde en (enigszins) relevante Caribische jurisprudentie besproken die de afgelopen dertig jaar is verschenen. De vele interessante vragen over het zekerhedenrecht overzee ten spijt, is in geen instantie werkelijk richtinggevende jurisprudentie te vinden. In cassatie is de overzeese zekerheidsoverdracht nooit aan bod gekomen. Geen van de in de literatuur opgeworpen vragen is tot op heden behandeld. De overzeese wetgever gaf bij de invoering van het OZBW aan dat:

‘(...) de positie van de eigendom tot zekerheid in de toekomst, evenals thans, voor zover daarover geschillen ontstaan, door de rechter moeten worden ontwikkeld.’⁹²

Daarvan is nauwelijks sprake. Het blijft gissen wat hiervan de oorzaak is. Misschien is de kleinschaligheid van de financieringspraktijk overzee debet aan het gebrek aan jurisprudentie. De uitspraken van de overzeese feitenrechtters bevestigen wel dat het stil pandrecht de zekerheidsoverdracht niet verdrongen heeft.⁹³ Een andere verklaring zou kunnen zijn dat zekerheidsoverdracht overzee probleemloos functioneert. Het ligt immers in de rede dat, als het ontbreken van het verbod op zekerheidseigendom overzee zou hebben geleid tot grove schendingen van het goederenrechtelijke systeem, de belangen van de debiteur en diens concurrente schuldeisers, of tot andere maatschappelijk onwenselijke resultaten, daarvan in de literatuur en rechtspraak melding was gemaakt.

90. De saldoverhoging die ontstaat door girale betalingen op zo'n rekening is immers – voordat de girale betalingen hebben plaatsgevonden – een dubbel toekomstige vordering, zodat zij ingevolge art. 3:239 lid 3 NBW niet onder een bij voorbaat gevestigd stil pandrecht gevangen kan worden. Het openbaar pandrecht vereist overigens een mededeling aan de cliënt van de bank van de verpanding. Het is gebruikelijk dat diezelfde bank die cliënt direct daarop weer contractueel bevoegd maakt over zijn saldo te beschikken, waarover Nieuwesteeg 2019 en Wibier 2007.

91. AGB Banken, § 14(1).

92. MvT art. 3:84 OZBW, p. 743.

93. Vgl. De Boer 2019/4.68. Ook uit de hiervoor niet inhoudelijk behandelde uitspraken waarin genoemde zoektermen voorkwamen blijkt dat de figuur tot op heden ruim toepassing vindt. Daartussen zaten casus waarin tal van verschillende typen goederen, bestaand en toekomstig, tot zekerheid werden overgedragen (aandelen, onroerende goederen, schepen, auto's, vorderingen, etc.).

15.7

CONCLUSIE

Waar het civiele recht overzee in grote lijnen hetzelfde luidt als in Nederland, is het zekerhedenrecht een van de gebieden waar zich bijzondere verschillen voordoen. De zekerheidseigendom is blijven bestaan, terwijl tegelijk ook het stil pandrecht is ingevoerd. Daarmee is in wezen sprake van een groot juridisch experiment. Rond de invoering van het OZBW is er terecht voor gewaarschuwd dat het behouden van twee zo op elkaar gelijkende zekerheidsfiguren tot problemen kan leiden. Het lijdt geen twijfel dat die situatie verre van ideaal is. Het invoeren van een regeling van pandrecht naast de figuur van zekerheidseigendom levert vele lastig te beantwoorden vragen op. Zo'n twintig jaar later moet evenwel geconcludeerd worden dat die problemen geen aanleiding hebben gegeven tot jurisprudentie. Daarmee is echter niet op een valide wijze aangetoond *dat* die problemen er in de praktijk niet zijn. De auteurs komen verder tot verschillende conclusies.

Nieuwesteeg werpt op dat Nederland zich zou kunnen afvragen of het empirische experiment overzee niet op zijn minst een indicatie is dat het verbod op zekerheidsoverdracht in Nederland overbodig is. Afgezien van het gegeven dat het zonder meer problematisch is om naast zekerheidsoverdracht een regeling van stil pandrecht te handhaven, zoals overzee is gebeurd, is de vraag wat nu eigenlijk zo te vrezen valt van die zekerheidsoverdracht zelf. Zoals gezegd zou – als de zekerheidsoverdracht overzee had geleid tot schendingen van het goederenrechtelijke systeem, de belangen van de debiteur en diens concurrente schuldeisers, of andere maatschappelijk onwenselijke resultaten – daarvan toch enig gewag moeten zijn gemaakt. Bovendien is ook het nieuwe pandrecht – anders dan bijvoorbeeld het hypotheekrecht – bepaald geen rustig bezit geweest.

Van Vliet wijst erop dat het Duitse recht laat zien hoe complex de fiduciaire overdracht eigenlijk is als je (vrijwel) alle mogelijke problemen doordenkt, iets wat het Nederlandse recht nooit heeft gedaan. De regeling van het stille pandrecht verdient overigens ook geen schoonheidsprijs. Vele onbeantwoorde vragen moesten, en moeten nog, door de Hoge Raad worden beantwoord. Bovendien heeft de Hoge Raad de regeling nog complexer gemaakt door het stille pandrecht zo veel mogelijk gelijk te laten lopen met de (oude) fiduciaire overdracht en cessie. Daarmee is het stille pandrecht een hoofdpijnleerstuk geworden. Volgens van Vliet is het desondanks te prefereren boven de volledig ongecodificeerde fiducia.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Bakker & Bergervoet 2018

P.S. Bakker & M. Bergervoet, 'Het fiduciaverbod beschouwd vanuit de West', *NTHR* 2018/6, p. 273-285.

Beekhoven van den Boezem 2017

F.E.J. Beekhoven van den Boezem, "Mag het een vorderingetje meer zijn?' Over de opkomst en grenzen van *stapled claims* (parallel debt-achtige structuren) in de financieringspraktijk', in: S.E. Bartels e.a. (red.), *Vertrouwen in het burgerlijke recht, Liber amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann (Onderneming & Recht nr. 100)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 45-58.

De Boer 2019

J. de Boer, *Het nieuw BW overzee. Afwijkingen in het BW van Aruba, Curaçao, Sint Maarten, de BES-eilanden en Suriname ten opzichte van het Europees-Nederlandse BW* (Monografieën BW, nr. A31), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Brahn 1981

O.K. Brahn, *Fiduciaire eigendomsoverdracht en eigendomsvoorbehoud*, Studiepockets privaatrecht (nr. 13), Zwolle: Tjeenk Willink 1981.

Cahen 1970

J.L.P. Cahen, 'Vorm, vorm en titel, of titel?', *WPNR* 1970/5100, p. 463-468.

Ellenberger & Bunte 2022

J. Ellenberger & H.-J. Bunte, *Bankrechts-Handbuch, 6e druk*, München 2022.

Faber 1997

N.E.D. Faber, 'Levering van toekomstige goederen en overdracht onder opschortende voorwaarde Een uitgemaakte zaak?', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht (Onderneming & Recht nr. 7)*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 179-221.

Faber 2007

N.E.D. Faber 'Overdracht van voorwaardelijke eigendom', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Fiduciaire verhoudingen, Libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann (Onderneming & Recht nr. 41)*, Deventer: Kluwer 2007, p. 33-58.

Fesevur 1979

J.E. Fesevur, *De zakelijke zekerheidsrechten naar tegenwoordig en toekomstig Nederlands recht: privilegies, pand, zekerheidseigendom, hypotheek en retentierecht*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1979.

Janssen 2005

J.F.M. Janssen, 'Revival van de zekerheidsoverdracht?', *WPNR* 2005/6610, p. 133-143.

Jarolimek 1956

J. Jarolimek, *Eigendom tot zekerheid* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1956.

Kortmann 1992

S.C.J.J. Kortmann, 'Eigendom onder voorwaarde', in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod Licet (Kleijn-Bundel)*, Deventer: Kluwer 1992, p. 199-211.

Kortmann, Rongen & Verhagen 2004

S.C.J.J. Kortmann, M.H.E. Rongen & H.L.E. Verhagen, 'Zekerheidsrechten op naam van een "trustee" (I & II)', *WPNR* 2004/6459, p. 813-823 en afl. 6460, p. 840-846.

Kortmann 2015

S.C.J.J. Kortmann, annotatie bij HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3460, JOR 2015/26.

Kunneman 1999

F.B.M. Kunneman, 'De rechtspositie van de fiduciair gerechtigde naar nieuw Nederlands-Antilliaans burgerlijk recht', *WPNR* 1999/6356, p. 350-357.

Van Mierlo 1988

A.I.M. van Mierlo, *Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand. Enige beschouwingen omtrent het rechtskarakter van de fiduciaire zekerheidsoverdracht naar huidig recht en van de haar opvolgende regeling in het Nieuwe Burgerlijk Wetboek* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1988.

Nieuwesteeg 2019

W.H.B.K. Nieuwesteeg, 'HR: Rabobank/Curatoren Eurocommerce en de Nederlandse "chargeback"', *WPNR* 2019/7231, p. 232-238.

Reehuis 1987

W.H.M. Reehuis, *Stille verpanding van roerende zaken en vorderingen volgens het NBW; overeenkomsten en verschillen met zekerheidsoverdracht; met beschrijving van het overgangsrecht* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Reehuis 2016

H.B. Reehuis, 'Het wetshistorisch argument van de Hoge Raad in Rabobank/Reuser', *GROM XXXIII* (2016), p. 121-146.

Rogier 2016

L.J.J. Rogier, 'Het einde van het concordantiebeginsel?', *THEMIS* 2016/3, p. 124-135.

Schuijling 2017

B.A. Schuijling, 'Pandrecht op voorwaardelijke eigendom: een volwaardige zekerheid?', *THEMIS* 2017/1, p. 18-26.

Slangen 1998

P.C. Slangen, 'Het belang van het fiducia-verbod voor het Arubaanse en Nederlands Antilliaanse vermogensrecht', *Aruba Iuridica* 1998/3.

Stein 1970

P.A. Stein, *Zekerheidsrechten: Zekerheidsoverdracht, pand en borgtocht*, Deventer: Kluwer 1970.

Veenhoven 1955

A. Veenhoven, *Eigendomsoverdracht tot zekerheid* (diss. Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1955.

Verheul 2018

E.F. Verheul, *Eigendomsvoorbehoud* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Van Vliet 2010

L.P.W. van Vliet, 'De samenloop van Fiducia cum creditore en pandrecht in het Arubaanse en Nederlands-Antilliaanse recht', in: *Pouwliana. Klemmende vragen in het insolventierecht*, Maastricht: Datawyse/Universitaire Pers Maastricht 2010, p. 47-56.

Wibier 2007

R.M. Wibier, *Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007.

Wibier 2013

R.M. Wibier, 'Eigendomsvoorbehoud en de overdraagbaarheid en verpandbaarheid van "voorwaardelijke eigendom"', *MvV* 2013/10, p. 286-290.

ONTVANKELIJKHEIDSEISEN VOOR IDEËLE COLLECTIEVE ACTIES IN HET KONINKRIJK DER NEDERLANDEN

Concordant of niet?

Daan Barbiers en Carla Klaassen

16.1

INLEIDING

De Nederlandse rechtspraak kent een lange traditie van civielrechtelijke collectieve acties met een ideëel doel. Een aantal bekende voorbeelden zijn: de *Urgenda*-zaak (tegengaan van klimaatverandering), de *SGP*-zaak (tegengaan van uitsluiting van vrouwen door de SGP), en de zaak *Staat/Stichting Privacy First* (tegengaan van privacybeperkingen bij de opslag van vingerafdrukken en gezichtsherkenning van burgers).¹ In deze acties komen belangenbehartigers – stichtingen of verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid – op voor de belangen van personen die zelf om uiteenlopende redenen vaak niet zo snel geneigd zijn om voor hun eigen, individuele belangen op te komen en om een procedure te beginnen. Deze belangen kunnen echter toch bescherming verdienen. Belangenbehartigers kunnen door middel van een collectieve actie voorzien in de bescherming van deze belangen en aldus bijdragen aan de toegankelijkheid van het recht voor belanghebbenden.²

Nederlandse collectieve acties (met een ideëel doel) hebben artikel 3:305a BW als grondslag. De Nederlandse wetgever heeft deze wetsbepaling in 1994 geïntroduceerd.³ Artikel 3:305a BW stelt onder meer ontvankelijkheidseisen aan belangenbehartigers en de collectieve vorderingen die zij instellen. Een voorbeeld van zo'n ontvankelijkheidsvereiste is dat enkel stichtingen en verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid op grond van artikel 3:305a BW collectieve acties mogen instellen.

1. Respectievelijk HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006; HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549 en HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296.
2. Zie over dit doel van de collectieve actie Barbiers 2021, par. 2.2, met verwijzing naar o.a. *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3 (MvT), p. 2-3.
3. Art. 3:305a BW codificeerde rechtspraak van de Hoge Raad.

Na 1994 heeft de Nederlandse wetgever de ontvankelijkheidseisen van artikel 3:305a BW vier keer inhoudelijk gewijzigd. Een rode draad bij deze wijzigingen is dat de Nederlandse wetgever de ontvankelijkheidseisen verder heeft verzwaaard en nader heeft geconcretiseerd. De reden daarvoor was met name om Europees recht te implementeren en meer waarborgen te bieden voor zorgvuldige belangenbehartiging door belangenbehartigers. In de Caribische delen van het Koninkrijk bestaat eveneens de mogelijkheid tot het instellen van een collectieve actie en is deze mogelijkheid diverse malen benut, ook ten behoeve van een ideëel doel. In de Burgerlijke Wetboeken van Aruba, de BES-eilanden, Curaçao en Sint Maarten is nog altijd het equivalent van artikel 3:305a BW opgenomen zoals deze wetsbepaling in Nederland luidde in 1994. In tegenstelling tot Nederland heeft in de andere delen van het Koninkrijk dus géén verzwaring of nadere concretisering van ontvankelijkheidseisen voor collectieve acties plaatsgevonden.

In deze bijdrage gaan wij in op de ontvankelijkheidseisen voor collectieve acties met een ideëel doel en brengen wij de rechtsontwikkeling in het Koninkrijk op dit vlak in kaart.⁴ Onze bijdrage heeft de volgende structuur. Wij gaan in paragraaf 16.2 eerst kort in op het (Nederlandse) begrip van collectieve acties met een ideëel doel en enkele spraakmakende Nederlandse voorbeelden van zulke acties. Daarna bespreken wij in paragraaf 16.3 de ontwikkeling van Nederlandse ontvankelijkheidseisen voor acties met een ideëel doel in de periode tussen 1994 en 2022. Vervolgens staan in paragraaf 16.4 de overzeese delen van het Koninkrijk centraal. Hier bespreken we de ontvankelijkheidseisen voor (ideële) collectieve acties in Aruba, de BES-eilanden, Curaçao en Sint Maarten en met name de toepassing van die eisen in een aantal ideële collectieve acties ingesteld in deze delen van het Koninkrijk. In de conclusie in paragraaf 16.5 maken we de balans op en gaan we kort in op de vraag of over en weer lessen te trekken zijn en of (verdere) concordantie van wetgeving binnen het Koninkrijk gewenst is.

16.2 COLLECTIEVE ACTIES MET EEN IDEËEL DOEL: EEN BEGRIPSVERKENNING

In de Nederlandse literatuur is het gebruikelijk om bij collectieve acties een onderscheid te maken tussen groepsacties en algemeenbelangacties. Met name Verburgh heeft dit onderscheid benadrukt.⁵ Van groepsacties wordt gesproken bij collectieve acties waarin een belangenbehartiger opkomt voor de belangen van een bepaalde of (eenvoudig) bepaalbare groep van personen. Daarentegen zouden belangenbehartigers in algemeenbelangacties opkomen voor een algemeen (maatschappelijk) belang, ongeacht of dit (ook) een belang van personen is.⁶

4. Wij gaan niet in op ontvankelijkheidseisen die in het algemeen gelden voor civiele procedures, dus ook voor andere procedures dan collectieve acties.

5. Verburgh 1975, p. 8-10. Zie nader Barbiers 2021, par. 2.1, 2.4.

6. Zie voor dit onderscheid Schutgens & Sillen 2021, p. 159-160, 179.

Belangrijk is echter dat voor elke civielrechtelijke collectieve actie, dus ook voor die met een ideëel doel, geldt dat een belangenbehartiger opkomt voor de belangen en rechten van personen (rechtssubjecten). Het kan in een ideële collectieve actie dus niet gaan om een zuiver abstract algemeen belang dat niet is gekoppeld aan rechts-subjecten.⁷ De tekst van artikel 3:305a lid 1 BW ('belangen van andere personen'), de wetsgeschiedenis⁸ én de jurisprudentie van de Hoge Raad⁹ benadrukken dat ook. Vanuit een privaatrechtelijk en grondwettelijk perspectief ligt dit bovendien voor de hand. De civiele rechter oordeelt over aanspraken van rechtssubjecten die zij baseren op het objectieve burgerlijke recht, zo volgt nadrukkelijk uit het standaardarrest *Noordwijkerhout/Guldemond* en artikel 112 lid 1 GW.¹⁰ Kenmerk van ideële collectieve acties is dat in dergelijke acties vaak wordt opgekomen *voor alle ingezetenen van het land*.

-
7. Zie Barbiërs 2020, par. 2, voetnoot 17, met verdere verwijzingen; Wissink 2021, par. 3.2, i.h.b. voetnoot 24; Barbiërs 2021, par. 2.1, 2.4. Het maken van een onderscheid tussen verschillende typen collectieve acties is echter niet *in het algemeen* nutteloos, wat voornoemde bijdragen ook niet tegenspreken. Vgl. in deels andere zin over een onderscheid tussen typen collectieve acties, Schutgens en Sillen 2021, p. 159 en p. 179 (voetnoot 79). Een belangenorganisatie (een rechtssubject) kan onder omstandigheden voor een *eigen* belang opkomen. Zie *Kamerstukken II 1991/92*, 22486, nr. 3 (MvT), p. 21, 29; *Kamerstukken II 1992/93*, 22486, 5 (MvA), p. 8-10; HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0808, r.o. 4.1.2; HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2314, r.o. 4.5; HR 22 mei 2015, ECLI:NL:2015:1296, r.o. 3.4.3; Frenk 1994, p. 65; Barbiërs 2021, par. 3.3. Vgl. nog recent Rb. Gelderland 11 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:6063, r.o. 3.5; Rb. Amsterdam 13 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4035, r.o. 4.15-4.18.
 8. *Kamerstukken II 1991/92*, 22486, nr. 3 (MvT), p. 20-22; *Kamerstukken II 1992/93*, 22486, nr. 5 (MvA), p. 4, 9-10; *Kamerstukken II 1992/93*, 22486, 8 (NnavE), p. 2-5; *Kamerstukken I 1993/94*, 22486, nr. 103b (MvA), p. 4. Vgl. evenwel ook *Kamerstukken II 2021/22*, 36034, nr. 3 (MvT), p. 3; Aanhangsel bij *Handelingen II 2019/20*, 2971, p. 1. De staatssecretaris noemde in de memorie van toelichting (bij wetsvoorstel 22486) wel dat meer ideëel getinte belangen *van personen* aan de orde kunnen komen in een collectieve actie, maar benadrukte in de wetsgeschiedenis op verschillende plekken dat enkel een algemeen belang dat niet gekoppeld is aan een (grote) groep personen niet voldoende is.
 9. Zie HR 22 mei 2015, ECLI:NL:2015:1296, r.o. 3.3.5; HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049, r.o. 4.3.2; HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1400, r.o. 4.6.2 (vgl. over bundeling, r.o. 4.9.5). De Hoge Raad benadrukte relatief vroeg dat een collectieve actie de belangen van andere personen bundelt, zie HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0808, r.o. 4.1.2: 'het [gaat] bij de belangen waarvan de Stichtingen de behartiging op zich hebben genomen – de ecologische belangen welke worden gediend door de aanwijzing van de Deurnese Peel tot beschermd natuurmonument –, (...) om belangen van burgers (...)' Vgl. ook HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD3741, r.o. 3.2.
 10. De civiele rechter is bevoegd om te oordelen in geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen, zie art. 112 lid 1 GW. Een vordering van een gerechtigde tot naleving van een verplichting van een bepaalde partij op grond van (een dreigende) onrechtmatige daad en/of op grond van mensenrechten is een schuldvordering. Zie o.m. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 8.2.1; *Kamerstukken II 1979/80*, 16162, nr. 3 (MvT), p. 6, 10; Damen 2010, aant. 33; HR 31 december 1915, ECLI:NL:HR:1915:AG1773 (*Noordwijkerhout/Guldemond*). De wetsgeschiedenis definieert geschillen over 'schuldvorderingen' verder als 'geschillen met als inzet de schending van een aan het objectieve burgerlijk recht ontleend subjectief recht', in navolging van het arrest *Noordwijkerhout/Guldemond*. Zie *Kamerstukken II 1991/92*, 22495, nr. 3 (MvT), p. 83-84. Dat een dergelijke schuldvordering (mede) een publiekrechtelijke aard kan hebben, maakt niet dat zij geen schuldvordering is in de zin van art. 112 lid 1 GW. Zie HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1806, r.o. 3.5.2.

Dit neemt niet weg dat collectieve acties (mede) een ideëel *doel* kunnen hebben, ook als een collectieve actie maar voor een beperkte groep personen opkomt (bijvoorbeeld ‘omwonenden’)¹¹. Belangenbehartigers vorderen in die acties veelal geen financiële remedie (zoals schadevergoeding,¹² prijsvermindering, ongedaanmaking, onverschuldigde betaling), maar een verklaring voor recht dan wel een gebod of verbod met het oog op de bevestiging en/of handhaving van normen met een zekere ideële lading (ter voorkoming van schade). Wij geven drie voorbeelden aan de hand van de zaken die ook in de inleiding al kort aan de orde kwamen. In de *Urgenda*-zaak vorderde Urgenda op grond van onder andere artikel 2 en 8 EVRM een gebod met als strekking dat de Staat tegenover Nederlandse ingezetenen verplicht is om voor een reductie van broeikasgassen te zorgen. In de *SGP*-zaak vorderde Bureau Clara Wichmann c.s. in een kwestie over discriminatie van vrouwen een verklaring voor recht en een gebod en verbod. Die vordering was gebaseerd op de mensenrechten, en dus de belangen, van alle Nederlandse ingezetenen. Een ander voorbeeld is Stichting Privacy First die op basis van de Privacyrichtlijn (Richtlijn 95/46/EG), artikel 8 EVRM en artikel 8 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, een verklaring voor recht vorderde met als strekking dat de opslag van persoonlijke gegevens (bijvoorbeeld vingerafdrukken) van personen met de Nederlandse nationaliteit onrechtmatig was. Ook vorderde Privacy First een gebod dat regelgeving over die opslag buiten werking moest worden gesteld. In elk van deze gevallen komt een belangenbehartiger op voor de rechten en belangen van andere personen. De vorderingen en de inhoud van de rechtsstrijd geven deze collectieve acties wel een ideële ‘lading’.

Een verschil tussen collectieve acties met en zonder ideëel doel is mogelijk wel dat de belangen waarvoor de belangenbehartiger in een actie met een ideëel doel opkomt *op individueel niveau* niet voor alle belanghebbenden voldoende hoeven te zijn in de zin van artikel 3:303 BW.¹³ Zo kan men betwijfelen of ook *elke* Nederlandse ingezetene de vorderingen in de hiervoor genoemde *SGP*-zaak tegen de Staat zou kunnen instellen. Mogelijk staat artikel 3:303 BW dan individuele acties van sommige personen in de weg, omdat niet vaststaat dat elk van deze individuen voldoende wordt geraakt door (een dreiging van) de geschonden norm. Dat hoeft echter niet altijd het geval te zijn:¹⁴ in milieuzaken is onzes inziens niet direct uitgesloten dat (sommige) personen die (op termijn) wellicht last ondervinden van milieuvervuiling wel degelijk nu reeds een voldoende individueel belang hebben

11. Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 6 (NnavV), p. 17.

12. Het vorderen van geldelijke schadevergoeding in een collectieve actie is in de Caribische delen van het Koninkrijk niet mogelijk; zie nader par. 4.

13. Zie hierover uitgebreid Barbiers 2021, par. 2.4, met verdere verwijzingen en bespreking, ook naar en van de *SGP*-zaak.

14. Vgl. ook art. 3:305a lid 2 aanhef BW (‘vertegenwoordigde vorderingen’) en art. 1018k Rv (de uitkomst van een collectieve actie kan de belanghebbenden in juridische zin binden, voor zover de actie niet in kort geding plaatsvindt), welke artikelen ook voor ideële collectieve acties gelden (art. 1018k Rv mist toepassing in kort geding, zie art. 1018b lid 1 Rv).

bij een individuele vordering ter voorkoming van die (toekomstige) milieuvervuiling.¹⁵

Verder lijkt nog een praktisch verschil dat er in de rechtspraktijk van collectieve acties met een ideëel doel niet (altijd) sprake lijkt van een commerciële cultuur. Belangenbehartigers lijken in deze acties doorgaans niet gefinancierd te worden door commerciële procesfinanciers, maar lijken vaak subsidies, (vrijwillige) bijdragen en/of pro-deo-rechtsbijstand te gebruiken.¹⁶ Ook wordt in dit type acties vaak geen schadevergoeding of andersoortige financiële vergoeding gevorderd waarover de belangenbehartiger vervolgens op een goed moment kan komen te beschikken en die hij (deels) aan belanghebbenden moet uitbetalen. Te verwachten valt dus dat eventuele belangenconflicten tussen financiers, belanghebbenden en/of de belangenorganisatie over processtrategie en schikkingsonderhandelingen minder aan de orde zijn bij collectieve acties met een ideëel doel dan bij andersoortige collectieve acties; hetzelfde geldt voor zorgen over een adequate uitdeling van toegekende (schade)vergoeding aan belanghebbenden. Dit alles neemt echter niet weg dat zorgvuldige belangenbehartiging ook voor ideële collectieve acties belangrijk is: voor belanghebbenden is het in deze acties eveneens van belang dat de belangenbehartiger is berekend op zijn taak en de relevante feiten en juridische argumenten zo goed mogelijk naar voren brengt. Zeker nu de uitkomst van een ideële collectieve actie (buiten kort geding) in Nederland sinds 1 januari 2020 volgens de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) bindend is voor belanghebbenden¹⁷ is het belangrijk dat er voldoende waarborgen zijn voor een deugdelijke belangenbehartiging.¹⁸

16.3 ONTVANKELIJKHEIDSEISEN VOOR IDEËLE COLLECTIEVE ACTIES IN NEDERLAND

Ontvankelijkheidseisen in de Wet collectieve actie, Richtlijn stakingsvorderingen en de Wet collectieve afwikkeling massaschade

Welke ontvankelijkheidseisen gelden voor ideële collectieve acties in Nederland? Volgens de tekst van het in 1994 ingevoerde artikel 3:305a BW is een belangenbehartiger slechts ontvankelijk in een collectieve actie op de voet van dat artikel als (1) de belangenbehartiger een stichting of vereniging is met volledige rechtsbevoegdheid, (2) hij volgens zijn statuten opkomt voor de belangen van de belang-

15. Vgl. bijv. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 5.9.3: hier lijkt de Hoge Raad de mogelijkheid open te houden dat Nederlandse ingezetenen zelf 'slachtoffers' zijn.

16. Vgl. Van der Sloot & Van Schendel 2019, p. 57.

17. Een bepaling als art. 1018k Rv, dat hiervoor de grondslag vormt, geldt niet in de Caribische delen van het Koninkrijk. Zie De Boer 2019, par. 4.77.

18. Vgl. voor deze gedachte in het kader van het representativiteitsvereiste, de noot van Van der Kooij & Wijnberg 2022, rn. 5-6.

hebbenden,¹⁹ (3) die belangen gelijksoortig zijn en (4) de belangenbehartiger voldoende heeft overlegd over de vordering met de gedaagde partij voordat hij de collectieve actie instelt.²⁰ Verder werd onder het oude artikel 3:305a-regime al aangenomen dat een belangenbehartiger wellicht niet-ontvankelijk kan zijn (5) als de collectieve actie geen enkel efficiëntievoordeel heeft boven (gebundelde) individuele procedures (bijvoorbeeld als het aantal belanghebbenden zeer klein is).²¹ Daarnaast (6) kon volgens artikel 3:305a BW (oud) een belangenbehartiger geen vordering instellen die strekte tot schadevergoeding in geld. Ten slotte geldt, volgens althans de parlementaire geschiedenis, dat moet blijken dat de belangenorganisatie daadwerkelijk door middel van feitelijke werkzaamheden de belangen behartigt die in de statuten zijn vermeld (7).²²

Deze ontvankelijkheidseisen zijn niet al te problematisch gebleken in het kader van ideële collectieve acties. Elk van deze hordes bleek bij dergelijke collectieve acties over het algemeen goed te nemen. Voor ideële collectieve acties geldt in het bijzonder dat die acties over het algemeen efficiënter zijn dan gelijkkluidende individuele acties van belanghebbenden, omdat die individuele acties niet altijd (praktisch) mogelijk zijn (zie voor complicaties bij individuele acties par. 16.1 en 16.2 hiervoor).²³ Vaak zijn de gebundelde belangen in ideële collectieve acties ook gelijksoortig geacht omdat vorderingen in ideële collectieve acties geen beoordeling

-
19. Zie over dit vereiste *Kamerstukken II 1991/92*, 22486, nr. 3 (MvT), p. 20; *Kamerstukken II 1992/93*, 22486, 5 (MvA), p. 6-7 ('een uit de statuten blijkende voldoende concrete doelstelling'). Zie ook *Jongbloed 2022*, aant. 17.1; *Barbiers 2021*, par. 2.3.
 20. Zie over het overlegvereiste: *Kamerstukken II 1991/92*, 22486, nr. 3 (MvT), p. 21, 28-29; *Kamerstukken II 1992/93*, 22486, 5 (MvA), p. 3, 7, 12, 15-16; *Kamerstukken II 1992/93*, 22486, 8 (NnavE), p. 3-4, 6; *Kamerstukken I 1993/94*, 22486, 103b (MvA), p. 2-3; *Barbiers 2021*, par. 2.3.
 21. Het lag volgens de wetsgeschiedenis en de doctrine voor de hand dat eiser hier niet proactief stellingen over hoefde in te nemen, en dat het aan de gedaagde partij was om te stellen en zo nodig aannemelijk te maken dat hieraan niet is voldaan. Wellicht kan dit (onder omstandigheden) een concretisering van het leerstuk van misbruik van procesbevoegdheid opleveren. Zie hierover nader *Barbiers 2021*, par. 2.3, met verwijzing naar de conclusie van A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2021:834, punt 5.6-5.8, 6.19-6.21 (die de wetsgeschiedenis uitgebreid analyseert); *Frenk 1994*, p. 117-119; *Kamerstukken II 1991/92*, 22486, nr. 3 (MvT), p. 22-23; *Kamerstukken I 1993/94*, 22486, nr. 103b (MvA), p. 1-2, 3; *Handelingen II 1993/94*, 18, p. 1300; *Handelingen I 1993/94*, 26, p. 1387-1388; *Kamerstukken II 2011/12*, 33126, nr. 3 (MvT), p. 6-7.
 22. De wet stelt dit niet heel expliciet als eis, maar de wetsgeschiedenis wel. Dit vereiste heeft echter vrijwel niets om het lijf: aan dit vereiste kan al voldaan zijn door de oprichting van de belangenbehartiger, het instellen van een actie en/of het voeren van overleg. Zie *Barbiers 2021*, par. 2.3, met verwijzing naar *Kamerstukken II 1991/92*, 22486, nr. 3 (MvT), p. 20; *Kamerstukken II 1992/93*, 22486, nr. 5 (MvA), p. 6-7; *Kamerstukken II 1992/93*, 22486, nr. 8 (NnavE), p. 3-4.
 23. Zie reeds HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0808, r.o. 4.1.2: 'In het onderhavige geval (...) moet een uitzondering worden aanvaard op de regel dat de doelomschrijving van een rechtspersoon deze niet zonder meer bevoegd maakt om bij de burgerlijke rechter een vordering in te stellen (...). Zulks wordt daardoor gerechtvaardigd dat het bij de belangen waarvan de stichtingen de behartiging op zich hebben genomen (...) gaat om belangen van burgers welke zich slecht ervoor lenen om door individuele rechtsvorderingen te worden beschermd (...). Efficiënte bescherming van deze belangen tegen zulk een aantasting door optreden voor de burgerlijke rechter (...) vergt daarom "bundeling" als door het optreden in rechte van de stichtingen tot stand gebracht.' Zie ook HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD3741, r.o. 3.2.

vergden van mogelijk variërende omstandigheden in elk individueel geval.²⁴ Een discussiepunt over ontvankelijkheid in een ideële collectieve actie was evenwel aan de orde in de *SGP*-zaak. De Staat stelde in die actie dat Bureau Clara Wichmann c.s. in haar collectieve actie onvoldoende werd gesteund door belanghebbenden, zodat zij eigenlijk tegen de wil van personen die de actie raakte (*SGP*-stemmers en vrouwen die zich eventueel verkiesbaar willen stellen voor de *SGP*) een collectieve actie voerde. De Hoge Raad overwoog echter dat Bureau Clara Wichmann c.s. met haar actie voor de belangen van alle Nederlandse ingezetenen opkwam en dat niet aan de collectieve actie in de weg zou kunnen staan ‘dat de specifieke groep vrouwen die zich eventueel voor de *SGP* kandidaat zouden willen stellen, de actie van Clara Wichmann c.s. niet wenst’.²⁵

Na 1994 zijn de ontvankelijkheidseisen van artikel 3:305a BW een aantal keer gewijzigd en met name uitgebreid. In 2001 is vanwege de implementatie van Richtlijn 98/27/EG over consumentenbelangen toegevoegd aan artikel 3:305a lid 2 BW dat ‘Een termijn van twee weken na de ontvangst door de gedaagde van een verzoek tot overleg onder vermelding van het gevorderde’ voor het voldoen aan het overlegvereiste voldoende is.²⁶ En in 2013 heeft de wetgever als ontvankelijkheidsvereiste in artikel 3:305a lid 2 BW toegevoegd dat de belangen van de belanghebbenden voldoende moeten zijn gewaarborgd. Voor het waarborgvereiste geldt – grof gezegd – dat aan dit vereiste is voldaan als de belanghebbenden baat hebben bij de collectieve actie en de kwaliteit van de belangenorganisatie voldoende is.²⁷ Voor ideële collectieve acties lijkt het waarborgvereiste niet echt een grote drempel, vermoedelijk omdat de (financiële) belangenconflicten die aan de orde zijn bij collectieve acties van meer commerciële belangenbehartigers (en procesfinanciers) mogelijk geen of amper een rol spelen bij ideële collectieve acties (zie par. 16.2). Ook de *Claimcode*²⁸ – een zelfreguleringsinstrument dat rechters kunnen gebruiken om het waarborgvereiste te concretiseren met eisen aan de transparantie, financie-

24. Zie HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, r.o. 4.3.2 (‘Het hof heeft – in cassatie onbestreden – vastgesteld dat Clara Wichmann c.s. ingevolge hun statuten ook de belangen behartigen waarvoor zij in deze procedure opkomen, te weten het algemeen belang van alle burgers in Nederland bij handhaving van het grondrecht op gelijke behandeling door optreden van de Staat tegen discriminatie wegens geslacht. Nu het Clara Wichmann c.s. met hun vorderingen te doen is om het handhaven van dat grondrecht, is, voorzover in dit geding van belang, voldaan aan de door art. 3:305a gestelde eis van gelijksoortigheid.’); vgl. ook HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, r.o. 4.2; Wissink 2021, par. 3.2 (i.h.b. voetnoot 24). Zie ook HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 5.9.2. Vgl. (evenwel) ook Rb. Amsterdam 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.2.

25. HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, r.o. 4.3.2. Eerder overwoog de Hoge Raad in het *Plaza-casa*-arrest dat in dit verband o.m. relevant was dat art. 3:305a BW geen representativiteitsvereiste stelde (met verwijzing naar de wetsgeschiedenis). Zie HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, r.o. 4.2.

26. *Stb.* 2000, 178.

27. Zie uitgebreid Klaassen 2013, par. 5; Meijerink 2021, par. 2.2.

28. *Idem.*

ring en *governance* van belangenorganisaties – lijkt nauwelijks een rol te hebben gespeeld in ideële collectieve acties.²⁹

Nieuwe ontvankelijkheidseisen in de WAMCA

De WAMCA heeft in Nederland nieuwe ontvankelijkheidseisen geïntroduceerd en bestaande ontvankelijkheidseisen verduidelijkt.³⁰ Het gaat daarbij met name om de toevoeging van een (expliciet)³¹ representativiteitsvereiste en concrete verplichtingen die ertoe strekken dat de belangen van de achterban voldoende gewaarborgd zijn (lid 2).³² Deze laatste verplichtingen hebben met name betrekking op de *governance*, de financiële huishouding en de transparantie van de belangenbehartiger. Een belangenbehartiger wordt volgens lid 2 in het algemeen voldoende representatief geacht als voldoende belanghebbenden zich hebben aangesloten bij de belangenbehartiger (hem ondersteunen) en de omvang van hun vorderingen voldoende groot is.³³ In lid 3 voegt de WAMCA een verbod op een winstoojmerk van bestuurders toe alsook een ‘nauwebandeis’: de rechtsvordering moet voldoende te

-
29. De Claimcode 2019 onderkent dat afwijkingen van de Claimcode gerechtvaardigd kunnen zijn vanwege (onder meer) een lage bijdrage van deelnemers aan de belangenbehartiger of geringe individuele schade. De Claimcode 2011 (de voorloper van de Claimcode 2019) bevatte voor ‘kleine stichtingen en verenigingen’ afwijkende bepalingen (of een belangenorganisatie klein was hing onder meer af van de hoogte van de individuele schade en gevraagde bijdrage).
 30. Zie uitgebreid Klaassen 2018, par. 3.2, 3.4.1; Klaassen 2019, par. 4, 7. Wij betrekken in onze bijdrage niet ontvankelijkheidsprikelen die samenhangen met art. 1018c lid 1-3 Rv. Zie daarover uitgebreid De Monchy & Kluwen 2022, par. 2. Zie over recente ervaringen met ontvankelijkheid onder de WAMCA, met verwijzingen naar feitenrechtspraak, De Monchy & Kluwen 2022, par. 3; Schrama & Bosselaar 2021, p. 22 e.v. In beginsel gelden de verzwaarde eisen voor alle soorten collectieve acties (*Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3 (MvT), p. 15-16). Vgl. wel art. 1018b Rv (art. 1018c lid 5 Rv lijkt niet van toepassing in kort geding, zie art. 1018b lid 1 Rv) en art. 3:305a lid 6 BW.
 31. In de WCA zag de wetgever nog af van een (expliciet) representativiteitsvereiste (vgl. onder het pre-WCA-recht, HR 11 december 1987, NJ 1990/73, r.o. 3.2). Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3 (MvT), p. 21; *Kamerstukken II* 1992/93, 22486, nr. 5 (MvA), p. 19; *Kamerstukken I* 1993/94, 22486, nr. 103b (MvA), p. 3. Wel konden aspecten van representativiteit vanaf 2013 meewegen bij het waarborgvereiste. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, nr. 3 (MvT), p. 5-6, 12-13; *Kamerstukken II* 2012/13, 33126, nr. 7 (NnavV), p. 9-10. Zie over het representativiteitsvereiste in de WAMCA, *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3 (MvT), p. 18-19; *Handelingen I* 21 juni 2022, p. 34-7-64. Zie over de interpretatie van de representativiteitsvereiste in de WAMCA, Tzankova 2017, p. 116; Van Boom 2019, par. 2; Schutgens & Sillen 2021, p. 174-175, 184-186; Bosselaar 2022, rn. 3-12; Katan & Wallinga 2021, p. 72; Hautvast 2022; Barbiere & Walree 2022, rn. 1 e.v.; De Monchy & Kluwen 2022, par. 3.1; Beenders & Kluwen 2022, par. 5; Simons 2022; Sweerts & Hackeng 2022.
 32. Een vraag is of resttoetsing aan het algemene waarborgcriterium van art. 3:305a lid 1 BW mogelijk is; zie hierover Meijerink 2021, par. 2.2.
 33. Vgl. voor deze (mogelijke) interpretatie: *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3 (MvT), p. 18-19, 43 (‘aangesloten personen’); *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 6 (NnavV), p. 22 (‘eigen achterban’) en nr. 9 (NnavNV), p. 7 (‘eigen leden’, ‘aangesloten bij een belangenbehartiger’); *Kamerstukken II* 2021/22, 36034, nr. 6 (NnavV), p. 14-15. Wat precies voldoende is, lijkt afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

maken hebben met de Nederlandse rechtssfeer.³⁴ In lid 5 is met de WAMCA een verplichting voor belangenbehartigers geïntroduceerd om een jaarrekening en bestuursverslag op te maken (en om een bestuursverslag binnen een bepaalde termijn te publiceren).³⁵ Daarnaast heeft de WAMCA twee ontvankelijkheidseisen geïntroduceerd met artikel 1018c lid 5 Rv. Als de vordering summierlijk ondeugdelijk is, eindigt de collectieve actie in het ontvankelijkheidsstadium (onder c).³⁶ Dat geldt ook als het voeren van een collectieve actie niet efficiënter en/of effectiever is dan het instellen van individuele vorderingen, gelet op een aantal in de wet genoemde factoren (onder b). Artikel 1018c lid 5 Rv lijkt niet van toepassing in kort geding (art. 1018b lid 1 Rv).

De WAMCA heeft al met al voor een verzwaring en concretisering van bestaande ontvankelijkheidseisen gezorgd. Die verzwaring en concretisering gelden *in beginsel* voor alle collectieve acties die belangenbehartigers instellen (maar zie hierna over art. 3:305a lid 6 BW). Dat vormt een extra last voor belangenbehartigers, ook (voor een deel) in ideële collectieve acties. Met name de toepassing van het representativiteitsvereiste op ideële collectieve acties kan een serieus te nemen horde zijn, maar in welke mate is natuurlijk afhankelijk van de precieze toepassing van

-
34. Over de geldigheid van de nauwebandeis wordt gediscussieerd. Zie Dufour 2019, p. 951-956; Van der Plas 2019, p. 540-549. De impact van het verbod op een winstoogmerk kan voor ideële collectieve acties meevallen: vgl. Rb. Den Haag 9 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1747, r.o. 4.16. Zie over het nauwebandvereiste: Rb. Midden-Nederland 2 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2142, r.o. 2.15-2.18; Rb. Rotterdam 18 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8228, r.o. 4.4 e.v.; Rb. Amsterdam 29 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7647, r.o. 5.15.
35. Het is enigszins onduidelijk of dit een *ontvankelijkheidseis* is. Zie *Kamerstukken II* 2021/22, 36034, nr. 3 (MvT), p. 35: hier lijkt – duidelijk is dat niet – de minister wellicht impliciet aan te geven dat lid 5 geen *ontvankelijkheidsvereiste* is. Het is niet duidelijk of lid 5 inderdaad geen *ontvankelijkheidsvereiste* is, gelet ook op de tekst van art. 3:305a lid 6 BW ('De rechter kan een rechtspersoon als bedoeld in lid 1, ontvankelijk verklaren, zonder dat aan de vereisten van lid 2, subonderdelen a tot en met e, en lid 5 behoeft te zijn voldaan (...)'), zie ook *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3 (MvT), p. 8; *Kamerstukken II* 2021/22, 36034, nr. 3 (MvT), p. 25). Zie De Monchy & Kluwen 2022, par. 3.1, i.h.b. voetnoot 20 (met verwijzing naar o.a. p. 30-31 van de MvT, vgl. ook *Kamerstukken II* 2021/22, 36034, nr. 6 (NnavV), p. 7); Meijerink 2021, voetnoot 25; Rb. Midden-Nederland 2 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2142, r.o. 2.9; Rb. Amsterdam 28 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5271, r.o. 5.4.
36. Zie ook art. 7 lid 7 Richtlijn (EU) 2020/1828; *Handelingen II* 23 januari 2019, p. 44-6-17. Zie over summierlijke ondeugdelijkheid, De Monchy & Kluwen 2022, par. 3.3; Horeman & De Monchy 2021, p. 270-274; Postma 2021; Wissink 2021; De Bie Leuveling Tjeenk & Van de Velden 2017, par. 6-6.1.

dit vereiste.³⁷ Een vraag is bijvoorbeeld wat een voldoende aantal belanghebbenden is dat bij de belangenbehartiger is aangesloten (hem ondersteunt). In ideële collectieve acties komt een belangenbehartiger vaak voor veel personen op (bijv. de gehele Nederlandse bevolking). Het halen van een relatief klein percentage (10%) kan dan (voor ad-hoc-organisaties) een grote opgave zijn.³⁸ Afhankelijk hoe intensief de inhoudelijke toets van summierlijke ondeugdelijkheid plaatsvindt, kan ook de toetsing aan deze eis in het ontvankelijkheidsstadium in een bodemzaak een extra belasting vormen. Maar het lijkt erop dat die toetsing niet heel intensief zal zijn: slechts in 'uitzonderlijke gevallen' is deze eis volgens de wetsgeschiedenis een reden om een collectieve actie in het ontvankelijkheidsstadium te laten stranden.³⁹ Mogelijke voorbeelden van dergelijke gevallen zijn wellicht: de vordering is (evident) verjaard, er is (evident) onvoldoende belang, of de zaak hoort (evident) bij de bestuursrechter thuis.⁴⁰

Omdat de wetgever meende dat bij ideële collectieve acties minder waarborgen nodig zijn, heeft de wetgever wel een mogelijkheid gecreëerd om af te wijken van

-
37. Vgl. ter illustratie: Hof Den Haag 19 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:643, r.o. 6.3 e.v.; Rb. Amsterdam 13 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4423, r.o. 2.3; Rb. Midden-Nederland 11 augustus 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3778, r.o. 3.13; Hof Arnhem-Leeuwarden 8 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10177, r.o. 4.25; Hof Amsterdam 9 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3418, r.o. 3.4-3.5; Rb. Noord-Holland 26 april 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3821, r.o. 5.2-5.3; Rb. Den Haag 23 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12811, r.o. 3.6-3.7. Een vraag is nog of steeds feitelijk op individueel niveau (evt. met bewijslevering) uitgebreid moet worden gecontroleerd of aangesloten belanghebbenden tot de nauw omschreven groep behoren. Anders dan Sweerts & Hackeng 2022 (par. 3.2) lijken – geheel duidelijk is dit voor ons niet – te suggereren, sluiten Barbiers & Walree 2022, rn. 4-5, niet uit dat de rechter toetst of aangesloten belanghebbenden met een voldoende specifiek aanmeldformulier hebben aangegeven dat zij tot de nauw omschreven groep behoren.
38. Zie hierover De Monchy & Kluwen 2022, par. 3.1. Voor *repeat players* kan de last meevallen: zie bijv. Rb. Amsterdam 13 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4035, r.o. 4.27-4.29.
39. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3 (MvT), p. 39; *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 6 (NnavV), p. 3, 5; *Handelingen II* 23 januari 2019, p. 44-6-11: 'Het mag dus niet gaan om onzinclaims, zou je kunnen zeggen.' Zie ook p. 44-6-17. De recente feitenrechtspraak is ook (zeer) terughoudend. Zie De Monchy & Kluwen 2022, par. 3.3, met nadere verwijzingen.
40. Vgl. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3 (MvT), p. 39; Broekveldt 2003, par. 6.2.4.2; Rb. Den Haag 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:11258, r.o. 2.4.

een aantal eisen (art. 3:305a lid 6 BW).⁴¹ Het gaat daarbij om de onderdelen a-e van lid 2 en lid 5.⁴² Voorwaarde voor het buiten toepassing laten van deze eisen is wel dat (i) de rechtsvordering niet strekt tot schadevergoeding in geld en (ii) dat sprake is van een vordering met een ideëel doel en een zeer beperkt financieel belang (dit betreft zowel het individuele als het collectieve financiële belang bij de zaak)⁴³ óf dat de aard⁴⁴ van de vordering of van belanghebbenden aanleiding geeft tot een uitzondering.⁴⁵ De overige vereisten van artikel 3:305a BW blijven echter van toepassing. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de rechter in een concreet geval moet afwegen of het toepassen van de uitzondering van lid 6 gepast is.⁴⁶ De wetsege-

-
41. *Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3 (MvT), p. 16:* 'Een uitzondering is mogelijk voor bepaalde collectieve acties waarvoor niet nodig en niet redelijk is de verscherpte ontvankelijkheidseisen te stellen, (...)'. vgl. ook p. 18. *Kamerstukken II 2017/18, 34608, nr. 6 (NnavV), p. 11:* 'Lid 6 beoogt om voldoende ruimte te laten voor organisaties die nu een belangrijke rol spelen in het handhaven van collectieve belangen in collectieve acties en die per definitie niet zijn gericht op het verkrijgen van schadevergoeding. Het is niet de bedoeling om het deze organisaties met het wetsvoorstel onnodig moeilijk te maken hun werk voort te zetten.'; *Kamerstukken II 2017/18, 34608, nr. 6 (NnavV), p. 21:* 'Het doel van lid 6 is ruimte te laten voor collectieve acties en die in beginsel niet zijn gericht op het verkrijgen van schadevergoeding.'; *Handelingen II 23 januari 2019, p. 44-6-10:* 'Deze eisen zijn niet in alle gevallen nodig, want wat we belangenorganisaties vragen om op te tuigen, is best een flink construct. Zeker in sommige zware gevallen, ook daar waar financiële schadevergoeding wordt geëist, vind ik het terecht, maar je moet kijken of het altijd terecht is.'; *Kamerstukken II 2021/22, 36034, nr. 3 (MvT), p. 25; nr. 6 (NnavV), p. 3.* Zie voorts Klaassen 2018, par. 3.2.
42. Amendementen hebben lid 6 nog aangepast. Zie *Kamerstukken II 2018/19, 34608, nr. 14* (Amendement lid Van Gent c.s.); *Kamerstukken II 2018/19, 34608, nr. 15* (Amendement lid Van Gent c.s.). Zie over deze amendementen ook de (neutrale) reactie van de minister: *Handelingen II 23 januari 2019, p. 44-6-10 en p. 44-6-11.* Over de vraag van welke ontvankelijkheidseisen precies afgeweken kon worden, bestond overigens wel discussie. Hierover o.a. De Monchy & Kluwen 2022, par. 3.1; *Kamerstukken II 2021/22, 36034, nr. 3 (MvT), p. 25-26.*
43. *Kamerstukken II 2017/18, 34608, nr. 6 (NnavV), p. 11, 21, 28.*
44. Zie ook *Kamerstukken II 2017/18, 34608, nr. 6 (NnavV), p. 21:* 'Ten slotte heeft de rechter de keuze om vanwege de aard van de vordering af te wijken van de ontvankelijkheidseisen. Dit kan bijvoorbeeld gepast zijn, wanneer een representatieve belangenorganisatie een andere vordering instelt dan een schadevergoeding en er een maatschappelijk belang mee is gemoeid.' Zie ook p. 28. In de wetsgeschiedenis noemt de minister dat ook de aard van de rechtspersoon een reden voor toepassing van de uitzondering kan zijn. Zie *Kamerstukken II 2017/18, 34608, nr. 6 (NnavV), p. 17, 28.* Vgl. op p. 17: 'Ook particulieren die zich hebben verenigd in een patiëntenvereniging zouden door de aard van de rechtspersoon onder de uitzondering van lid 6 kunnen vallen, bijvoorbeeld voor een vordering tegen het College voor Zorgverzekeringen wegens onjuiste beoordeling van de werking van een bepaald medicijn.'
45. De minister achtte deze uitzondering onder meer nodig omdat (sommige) collectieve acties naar hun aard niet aan sommige ontvankelijkheidseisen zouden kunnen voldoen (*Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3 (MvT), p. 29*). Enigszins onduidelijk is echter welke ontvankelijkheidseisen hier precies worden bedoeld. De minister noemt wel als voorbeeld: 'Een voorbeeld is een belangenorganisatie die wil dat bepaalde algemene voorwaarden worden aangepast.'
46. *Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3 (MvT), p. 29; Kamerstukken II 2017/18, 34608, nr. 6 (NnavV), p. 17* ('Ten slotte is denkbaar dat de uitzondering van toepassing is op een organisatie die opkomt voor de handhaving van intellectuele eigendomsrechten en daarom voor de gedupeerden die zij vertegenwoordigt uitsluitend een verbod vordert tot inbreuk op een auteursrecht bij een verweerder.').

schiedenis noemt het voorbeeld van ‘een vordering waarin van de aangesproken partij een bepaalde handeling wordt gevorderd en niet een bedrag als schadevergoeding’, die vanwege een zeer gering financieel belang en een ideële doelstelling in aanmerking zou kunnen komen voor de uitzondering.⁴⁷ De eerste ervaringen in de feitenrechtspraak leren dat rechters er in voorkomende gevallen niet voor terugdeinzen om lid 6 toe te passen wanneer een belangenbehartiger geen schadevergoeding in geld vordert.⁴⁸ Deze lijn heeft echter ook kritiek uitgelokt: rechters zouden in voorkomende gevallen zonder voldoende motivering deze uitzondering toepassen.⁴⁹ In de literatuur treft men overigens ook wel de opvatting aan dat (sommige) ontvankelijkheidseisen van artikel 3:305a BW en artikel 1018c lid 5 Rv

-
47. *Kamerstukken II 2017/18, 34608, nr. 6 (NnavV), p. 17: ‘Bijvoorbeeld de vordering van omwonenden van een fabriek die in strijd met de milieuvergunning lozingen in de rivier uitvoert, tot het stoppen met deze lozingen.’* Zie ook *Kamerstukken II 2017/18, 34608, nr. 6 (NnavV), p. 21: ‘Een mogelijke uitzondering (...) is een vordering van het Clara Wichman proefprocessenfonds. Dit fonds zet zich in voor de verbetering van de positie van vrouwen, een ideëel doel. De meeste procedures die deze organisatie instelt, hebben een principiële karakter en zijn niet primair gericht op het verkrijgen van een schadevergoeding.’* Vgl. ook *Handelingen II 23 januari 2019, p. 44-6-10. Maar het enkele feit dat slechts een verklaring voor recht wordt gevorderd (voortuitlopend op een collectieve schadevergoedingsactie) leidt (doorgaans) niet tot toepassing van de uitzondering van lid 6: Kamerstukken II 2016-2017, 34 608, nr. 3 (MvT), p. 29; Kamerstukken II 2017/18, 34608, nr. 6 (NnavV), p. 21.*
48. Zie Rb. Amsterdam 28 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5271, r.o. 5.7-5.10; Rb. Midden-Nederland 2 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2142, r.o. 2.9-2.11; Rb. Den Haag 26 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:535, r.o. 4.5-4.9; Rb. Den Haag 19 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10080, r.o. 4.5; Rb. Den Haag 2 juni 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:16864, r.o. 4.5; Rb. Den Haag 9 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1747, r.o. 4.8 e.v.; Rb. Oost-Brabant 18 mei 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1995, r.o. 5.2-5.5; Rb. Oost-Brabant 18 mei 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1995, r.o. 5.4; Rb. Amsterdam 13 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4035, r.o. 4.15-4.18. Vgl. (evenwel) daarnaast Hof Den-Haag 19 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:643, r.o. 6.3 e.v.; Rb. Midden-Nederland 16 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4512, r.o. 4.3-4.4; Rb. Noord-Nederland 22 oktober 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3583, r.o. 4.7 e.v.; Rb. Rotterdam 21 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7940, r.o. 2.6; Rb. Rotterdam 18 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8228, r.o. 4.8; Rb. Den Haag 23 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12811, r.o. 3.8-3.9; Rb. Amsterdam 26 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2050, r.o. 4.14.
49. Vgl. de kritiek van Katan & Den Hartog 2022, onder ‘Ontvankelijkheid: uitzondering lid 6’, in hun noot bij Rb. Midden-Nederland 2 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2142. De rechtbank stelt in deze zaak niet vast of het financiële belang van betrokkenen bij deze zaak zeer gering is (zie r.o. 2.11-2.12). De rechtbank lijkt een maatschappelijk doel van deze actie (vgl. de parlementaire geschiedenis in voetnoot 44) te identificeren dat samenhangt met het in de dagvaarding benadrukte ideële doel van deze collectieve actie (‘daarmee hangt samen’, r.o. 2.11; zie verder par. 12, 15-16 van de dagvaarding). Samen met andere omstandigheden geeft dit maatschappelijke doel volgens de rechtbank aanleiding tot het toepassen van lid 6. Dit maatschappelijke doel lijkt wellicht te passen bij de door Stichting Brein in de dagvaarding genoemde statutaire doelstelling, die strikt genomen niet beperkt lijkt tot aangesloten belanghebbenden (Dagvaarding, par. 12, 15-16; r.o. 2.13). De rechtbank constateert verder dat Stichting Brein geen schadevergoeding vordert en dat de procedure geen opmaat voor schadevergoeding van gedaagden is (r.o. 2.11). *In die zin* is een financieel belang niet aan de orde (vgl. Rb. Den Haag 26 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:535, r.o. 4.8). Een en ander kan relevant zijn voor de eventuele toepassing van lid 6. Zie daarvoor de aangehaalde wetsgeschiedenis in voetnoten 41-47. Vgl. nog Sweerts & Hackeng 2022, par. 5.2.

relatief zwaar zijn voor collectieve acties waarin de belangenbehartiger niet uit is op een financiële remedie en dat toepassing van een uitzondering voor die acties daarom vaak wenselijk is.⁵⁰ Deze laatste opvatting is in lijn met de centrale doelstelling van lid 6: het bieden van een lichter ontvankelijkheidsregime voor bepaalde collectieve acties waarin de belangenbehartiger geen schadevergoeding in geld vordert.⁵¹

Aanpassingen van ontvankelijkheidseisen door de Richtlijn representatieve vorderingen

De Europese Richtlijn representatieve vorderingen (Richtlijn (EU) 2020/1828, hierna: 'Richtlijn') noopt tot een aantal wijzigingen in de WAMCA-ontvankelijkheidseisen voor Nederlandse (binnenlandse)⁵² collectieve acties.⁵³ Deze wijzigingen moeten op 25 juni 2023 van kracht zijn. Het toepassingsbereik van de Richtlijn is beperkt tot collectieve acties die betrekking hebben op bepaalde onderdelen van Europees (consumenten)recht. Ook ideële collectieve acties kunnen mogelijk binnen dit toepassingsbereik vallen, in een geval waarin een belangenbehartiger in een collectieve actie opkomt voor de belangen van consumenten met een vordering die in het algemeen strekt tot staking van een bepaalde (toekomstige) inbreuk op een onderdeel van het Europees consumentenrecht (vgl. art. 3 onder 3 van de Richtlijn).

Als belangrijke wijziging geldt dat nadere eisen worden gesteld in het kader van procesfinanciers voor collectieve acties die binnen het toepassingsbereik van de Richtlijn vallen (art. 3:305a lid 2 onder f BW). Daarnaast zal na inwerkingtreding als ontvankelijkheidsvereiste gelden dat belangenbehartigers op hun website de resultaten moeten publiceren van collectieve acties waarbij zij betrokken zijn (art. 3:305a lid 2 onder d sub 7° BW). Ten slotte wordt het hiervoor besproken uitzonderingsregime van lid 6 aangepast. Na implementatie geldt namelijk dat de tekst van het gewijzigde uitzonderingsregime van lid 6 bepaalt dat voor collectieve acties die binnen het toepassingsbereik van de Richtlijn vallen altijd voldaan moet zijn aan artikel 3:305a lid 2 onder c (financiële- en governance-eis) en d, aanhef en sub 7° en 8° BW (informatieverplichtingen van de belangenbehartiger met betrekking tot zijn website), dus óók bij toepassing van de uitzondering van lid 6.

50. Vgl. hiervoor Van Boom 2019, par. 4; De Monchy & Kluwen 2022, par. 3.1; Peters & Van Wees 2022, par. 4 e.v.; Schutgens & Sillen 2021, p. 174-175, 184-186.

51. Zie aangehaalde wetsgeschiedenis in voetnoot 41.

52. Dit zijn acties die worden ingesteld in Nederland door een belangenbehartiger die in Nederland is aangewezen (al dan niet door een rechter in een concrete collectieve actie) voor het instellen van collectieve acties. Wij laten grensoverschrijdende collectieve acties in deze bijdrage geheel buiten beschouwing.

53. Zie over (de interpretatie van) deze wijzigingen *Kamerstukken II* 2021/22, 36034, nr. 2 (VvW), p. 1-2, 3-4; *Kamerstukken II* 2021/22, 36034, nr. 3 (MvT), p. 23-26, 35; nr. 6 (NnavV), p. 2-5, 8-10, 14, 17-18.

Wij verwachten dat deze aanpassingen van ontvankelijkheidseisen niet al te belemmerend zullen werken voor ideële collectieve acties. De bepaling over procesfinanciers (art. 3:305a lid 2 onder f BW) zal in voorkomende gevallen relevantie kunnen missen voor ideële collectieve acties, nu financiers (die een concurrent van of afhankelijk van de verweerder zijn) daarbij mogelijk niet betrokken hoeven te zijn, en deze bepaling is volgens de Nederlandse wetgever ook slechts van toepassing op (alle) collectieve acties die binnen het toepassingsbereik van de Richtlijn vallen (art. 10 en preambule nr. 52 van de Richtlijn lijken overigens, als wij het goed zien, deze verplichting nog in het bijzonder in het kader van herstelmaatregelen te plaatsen). Ook de impact van de wijziging van artikel 3:305a lid 6 BW (beperking van het uitzonderingsregime) lijkt mee te vallen, in het bijzonder gelet op de beperking van deze wijziging tot collectieve acties die binnen het toepassingsgebied van de Richtlijn vallen. Artikel 3:305a lid 2 onder c BW beoogt te waarborgen dat de belangenorganisatie over voldoende (financiële) middelen beschikt en dat zij voldoende zeggenschap heeft over de collectieve actie. Als een belangenorganisatie geen gebruik maakt van procesfinanciering door een commerciële partij en voldoende wordt ondersteund door subsidies, (vrijwillige) bijdragen en/of pro-deo-rechtsbijstand, lijkt dit vereiste een ideële collectieve actie niet al te zeer te belemmeren. Ook het voldoen aan de informatieverplichtingen van onderdeel d, aanhef en sub 7° en 8° lijkt niet al te veel kosten, moeite en tijd mee te brengen.

16.4 EEN BLIK OP HET CARIBISCHE DEEL VAN HET KONINKRIJK:
ONTVANKELIJKHEID VAN IDEËLE COLLECTIEVE ACTIES OP ARUBA,
CURAÇAO, SINT MAARTEN EN DE BES-EILANDEN

Zoals wij hierboven al aangaven, heeft een verzwaring en concretisering van ontvankelijkheidseisen in de Caribische delen van het Koninkrijk niet plaatsgevonden. Daar geldt nog altijd het equivalent van artikel 3:305a BW zoals dat in (Europees) Nederland in 1994 luidde (hierna aangeduid als 'artikel 3:305a OZBW').⁵⁴ Evenals in Nederland worden collectieve acties met een ideëel doel in deze delen van het Koninkrijk geregeld ingesteld. Wij bespreken hierna een viertal (recente) overzeese collectieve acties met een ideëel doel⁵⁵ en bezien met name op welke wijze daarin is omgegaan met de in artikel 3:305a OZBW neergelegde ontvankelijkheidseisen voor belangenorganisaties.

Allereerst een zaak betreffende de heikele problematiek van de industriële luchtvervuiling op Curaçao. De artikel 3:305a-stichting Foundation Clean Air Every-

54. BW Aruba: www.overheid.aw/actueel/nieuws_46856/item/geldende-tekst-burgerlijk-wetboek-van-aruba-per-1-september-2021_58045.html, BW Curaçao: <https://lokaleregelgeving.overheid.nl/CVDR143984>, BW Sint Maarten: <https://lokaleregelgeving.overheid.nl/CVDR142364>, BW BES-eilanden: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0028745/2021-01-01>. Websites laatst geraadpleegd op 1 december 2022.

55. Andere collectieve acties – zoals bijv. Gemeenschappelijk Hof van Justitie 3 juli 2018, ECLI:NL:OGHACMB:2018:287 – behandelen wij ook voor de Cariben niet.

where (hierna 'CAE') stelde op 11 november 2016 samen met tientallen individuele personen vorderingen in tegen het Land Curaçao met als doel deze luchtvervuiling op het eiland, en in het bijzonder in het gebied benedenwinds van het Schottegat, tegen te gaan.⁵⁶ Het Land vorderde niet-ontvankelijkverklaring van CAE omdat zij niet zou voldoen aan de ontvankelijkheidseisen van artikel 3:305a. In een ontvankelijkheidsincident oordeelde het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao echter dat de stichting CAE ontvankelijk was.⁵⁷ Aan het gelijksoortigheidsvereiste is volgens het Gerecht voldaan: ook als niet alle belanghebbenden waarvoor CAE optreedt (in dezelfde mate) de gestelde hinder ervaren, laat dit naar het oordeel van het Gerecht onverlet dat de belangen ter bescherming waarvan de gevorderde verklaringen voor recht en het gebod strekken zich naar hun aard lenen voor bundeling met het oog op een efficiënte en effectieve rechtsbescherming, en dit is voldoende voor ontvankelijkheid, aldus het Gerecht, terwijl het Land verder op dit punt onvoldoende verweer heeft gevoerd. Evenmin stond het overlegvereiste aan ontvankelijkheid van CAE in de weg. Het Gerecht oordeelt dat, nog daargelaten dat het ontbreken van overleg door CAE gemotiveerd is weersproken, het Land gelet op de reeds decennialange (tevergeefs) gevoerde bestuursrechtelijke en civielrechtelijke procedures over de gevolgen van de overmatige luchtvervuiling had moeten toelichten welk belang met overleg zou zijn gediend. 'Immers, als rechtsgedingen geen soelaas brengen, kan zonder nadere toelichting die is uitgebleven niet worden verwacht dat overleg wel tot resultaat zou leiden', aldus het Gerecht. Verder werd overwogen dat de vorderingen zoals door CAE ingesteld in voldoende mate passen binnen (een redelijke uitleg van) haar statutaire doelomschrijving als ook dat CAE onbetwist heeft gesteld dat zij reeds in de praktijk activiteiten ontplooit op dit terrein. Na dit incident is de ontvankelijkheid van CAE niet meer aan de orde gekomen.⁵⁸ Het Gerecht in eerste aanleg heeft de vorderingen inhoudelijk vervolgens (grotendeels) toegewezen.⁵⁹ Dit oordeel bleef in hoger beroep in stand.⁶⁰

Een tweede zaak betreft de door de stichting Pro Soualiga in 2020 bij het Gerecht van eerste aanleg van Sint Maarten aanhangig gemaakte artikel 3:305a-procedure tegen de Staat der Nederlanden over het dekolonisatieproces van Sint Maarten.

56. Refineria di Korsou NV, Curaçao Refinery Utilities BV en Refinaria Isla Curaçao BV hebben zich in deze procedure aan de zijde van het Land gevoegd.

57. Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 11 december 2017, ECLI:NL:OGECAC:2017:259, r.o. 4.7 e.v. Zie over deze zaak Van Gestel & Sybesma 2019, p. 329-360.

58. Afgezien van een (impliciete) ontvankelijkheidsdiscussie m.b.t. vorderingen over schadeplichtigheid, die Clean Air Everywhere later kennelijk heeft laten rusten. Zie Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 14 januari 2019, ECLI:NL:OGECAC:2019:17, r.o. 4.13-4.14; Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 26 augustus 2019, ECLI:NL:OGECAC:2019:172, r.o. 2.40; Gemeenschappelijk Hof van Justitie 1 juni 2021, ECLI:NL:OGHACMB:2021:167, r.o. 3.2-3.3.

59. Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 26 augustus 2019, ECLI:NL:OGECAC:2019:172, r.o. 3.1-3.7.

60. Gemeenschappelijk Hof van Justitie 1 juni 2021, ECLI:NL:OGHACMB:2021:167. Zie voor het vervolg Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 19 juli 2022, ECLI:NL:OGECAC:2022:184 (kort geding).

Het Gerecht heeft Pro Soualiga niet-ontvankelijk verklaard op de volgende gronden:

1. de versie van de statuten van Pro Soualiga die het Gerecht tot uitgangspunt dient te nemen⁶¹ is te algemeen geformuleerd, zodat de vorderingen daar niet onder vallen;
2. Pro Soualiga heeft geen daadwerkelijke feitelijke activiteiten ontplooid; en
3. zij heeft niet voldaan aan het overlegvereiste.⁶²

De door Pro Soualiga aan de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties verstuurde brief waarin wordt verzocht om binnen een termijn van veertien dagen in overleg te treden over een gezamenlijke procedure over de stand van zaken van het dekolonisatieproces voldoet volgens het Gerecht niet aan de eis tot het voeren van overleg.⁶³ Beslissing 2 lijkt voor discussie vatbaar. Zoals hierboven aan de orde kwam, is het vereiste van het ontplooiën van activiteiten niet expliciet in de wet opgenomen – ook niet in de wet van Sint Maarten – en volgt uit althans de Nederlandse wetsgeschiedenis dat al heel snel voldaan is aan dit (impliciete) vereiste. Beslissing 1 is wellicht eveneens voor discussie vatbaar: artikel 3:305a OZBW eist dat uit de statuten blijkt dat de stichting opkomt voor de belangen die in de collectieve actie aan de orde zijn. De relevante statutaire bepaling is in deze zaak inderdaad erg breed ('to promote, in the broadest sense, the (...) development and progress of the people and the country of Sint Maarten'), maar kan men juist daarom niet stellen dat de belangen van de inwoners van Sint Maarten bij deze actie daar onder vallen?⁶⁴ Enigszins opvallend is verder de vrij restrictieve uitleg van het overlegvereiste (3) (mede in het licht van het hiervoor besproken oordeel van het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao). Niettemin moet worden erkend dat door Pro Soualiga inderdaad geen uitnodiging is verstuurd om het *gevorderde* door middel van overleg te bereiken. Verder lijkt Pro Soualiga enigszins hardleers wat betreft het overlegvereiste.⁶⁵

Ten derde een Arubaanse zaak. De artikel 3:305a-stichting Fundacion Orguyo Aruba heeft op 16 september 2019 samen met twee vrouwen een procedure ahangig gemaakt tegen het Land Aruba over het openstellen van het huwelijk en/of geregistreerd partnerschap voor mensen van hetzelfde geslacht. Het Gerecht in eerste aanleg van Aruba wees een gevorderde verklaring voor recht toe. Wat

61. Vgl. ook Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 9 oktober 2020, ECLI:NL:OGTEAM:2020:72, r.o. 4.4.1.

62. Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 23 maart 2021, ECLI:NL:OGTEAM:2021:30, r.o. 4.3 e.v.

63. Het Gerecht overwoog ook nog dat de stichting (in een ander opzicht) onvoldoende representatief was, r.o. 4.8. Dit laten wij verder rusten.

64. Niettemin is denkbaar dat een dergelijke ruime statutaire bepaling onvoldoende concreet is. Zie bijv. *Kamerstukken II* 1992/93, 22486, nr. 5 (MvA), p. 6-7 ('een uit de statuten blijkende voldoende concrete doelstelling').

65. Vgl. ook Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 9 oktober 2020, ECLI:NL:OGTEAM:2020:72, r.o. 4.5.

betreft de ontvankelijkheid van Fundacion Orguyo Aruba overweegt het Gerecht: ‘Het Land heeft niet betwist dat Orguyo op grond van artikel 3:305a BW belang heeft bij het instellen van de vorderingen, zodat het gerecht Orguyo in haar vorderingen ontvankelijk acht.’⁶⁶ Ambtshalve toetsing aan de (overige) in artikel 3:305a OZBW gestelde ontvankelijkheidseisen vindt kennelijk niet plaats.⁶⁷

Tot slot een appelkortgeding tussen de vereniging Point Blanche Inmates Association tegen het Land Sint Maarten over de leefomgeving van gedetineerden.⁶⁸ Het Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten heeft een deel van de vorderingen van de vereniging toegewezen. Het Land heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld en voert in zijn eerste grief aan dat de vereniging niet-ontvankelijk verklaard had dienen te worden omdat zij tevoren geen overleg heeft gevoerd. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie honoreert deze grief. Overwogen wordt:

‘De vereniging stelt dat er meerdere malen overleg is geweest met vertegenwoordigers van het Land over de situatie binnen de penitentiaire inrichting, maar dat ondanks herhaalde beloften en toezeggingen tot op heden geen sprake is van enige verbetering. Het voorgeschreven overleg ex artikel 3:305 lid 2 BW betreft echter (voldoende) vooroverleg tussen partijen over het door de vereniging gevorderde in de rechtszaak die de vereniging heeft aangespannen tegen het Land. Niet weersproken is door de vereniging dat geen dergelijk overleg is gevoerd. Niet kan worden gezegd dat dit overleg zinloos zou zijn geweest of niet van de vereniging kon worden gevergd of dat het Land op het ontbreken van overleg in redelijkheid geen beroep kan doen. Het Land heeft gesteld ten tijde van het aanspannen door de vereniging van het kort geding bezig te zijn met het ontwikkelen van een plan tot verbetering van de situatie in de gevangenis, in samenspraak met de Raad voor de Rechtshandhaving, het Openbaar Ministerie, de reclassering, de Voogdijraad, het Korps Politie Sint Maarten en de vakbonden. Het zou in het geheel niet zijn te verwachten dat het Land geen overleg ook met de vereniging zou willen voeren over de in rechte te vorderen verbeteringen of dat dit overleg zinloos zou zijn.’

Kortom: ook hier wordt specifiek overleg geëist over de ingestelde vordering. Anders dan blijktbaar het Gerecht in eerste aanleg, acht het Hof het eerdere overleg over de leefomstandigheden van de gedetineerden, dat kennelijk niet tot verbetering heeft geleid, niet voldoende.⁶⁹

66. Gerecht in eerste aanleg van Aruba 27 mei 2020, ECLI:NL:OGEEA:2020:239, r.o. 4.1 e.v.

67. Vgl. over ambtshalve toetsing o.a. Hoogervorst, Klaassen & Knigge 2021, par. 6.4.2 en De Monchy en Kluwen 2022, par. 4.2-4.4.

68. Gemeenschappelijk Hof van Justitie 22 februari 2019, ECLI:NL:OGHACMB:2019:63, r.o. 4.6. Zie voor de voorafgaande uitspraak van het Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten van 31 maart 2017 (KG 20/2017) www.gemhofvanjustitie.org/uploads/files/2017%2003%2031%20Inmate%20Association%20vs%20Land%20Sint%20Maarten.pdf, r.o. 4.2 e.v. (laatst geraadpleegd op 1 december 2022).

69. Zie voor de uitspraak van het Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten van 31 maart 2017 (KG 20/2017) www.gemhofvanjustitie.org/uploads/files/2017%2003%2031%20Inmate%20Association%20vs%20Land%20Sint%20Maarten.pdf, r.o. 4.2 e.v. (laatst geraadpleegd op 1 december 2022).

Het is ‘gevaarlijk’ op grond van slechts een viertal uitspraken conclusies te trekken. In het oog springt evenwel dat, naast een toereikende statutaire doelomschrijving, vooral het overlegvereiste in de praktijk een serieus te nemen ontvankelijkheidseis blijkt voor belangenorganisaties die voornemens zijn in de Caribische delen van het Koninkrijk te procederen. Voor het overige levert hun ontvankelijkheid minder processueel debat op.

16.5 AFSLUITEND: CONCORDANTIE GEWENST?

De mogelijkheid om als belangenorganisatie op grond van artikel 3:305a (OZ)BW een collectieve actie in te stellen met een ideëel doel vormt een belangrijk instrument ter verwezenlijking van de toegang tot het recht in zaken waarin dit anders problematisch zou zijn. Zowel voor (Europees) Nederland, maar in het bijzonder ook voor de overzeese delen van het Koninkrijk geldt dat bescherming van het milieu via de aanspraken van rechtssubjecten bij uitstek een voorbeeld is dat dit illustreert,⁷⁰ maar de relevantie van deze mogelijkheid is aan beide zijden van de oceaan geenszins hiertoe beperkt, zoals de praktijk laat zien. Enerzijds ‘gedwongen’ vanuit Europeesrechtelijke context, anderzijds hiertoe aangezet door althans vermeende onzuivere motieven of zelfs wanpraktijken van (ad-hoc-)claimstichtingen, zijn de ontvankelijkheidseisen voor een belangenorganisatie die een 3:305a-actie wil instellen in Nederland in de loop der tijd aangescherpt en nader geconcretiseerd. Weliswaar biedt de wet (art. 3:305a lid 6 BW) de rechter de mogelijkheid om onder omstandigheden van dit aangescherpte regime (deels) af te wijken, maar ten opzichte van het oude, in 1994 ingevoerde artikel 3:305a BW en de in de Caribische delen van het Koninkrijk geldende versies van artikel 3:305a BW bestaan desalniettemin diverse extra ontvankelijkheidseisen.

Op grond van het in artikel 39 lid 1 van het Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden opgenomen concordantiebeginsel dienen de wetgevers van de diverse landen binnen het Koninkrijk (onder andere) het burgerlijk recht en ‘de burgerlijke rechtsvordering’ zo veel mogelijk op overeenkomstige wijze te regelen.⁷¹ ‘Uniformiteit hoeft dus niet, maar *discordantie* mag niet’, zo vat De Haan de regeling van artikel 39 lid 1 Statuut samen.⁷² Het concordantiebeginsel werkt twee kanten op: het geldt zowel voor de overzeese gebieden als voor (Europees) Nederland. De gedachte van het concordantiebeginsel is het belang van zo veel mogelijk rechts-eenheid binnen het Koninkrijk. Klik en Schols signaleren dat er in werkelijkheid ‘van de wederkerigheid’ aan Nederlandse zijde niet zo veel ‘terecht komt’.⁷³ Hier-

70. Vgl. Van Gestel & Sybesma 2020, m.n. onder 5 en 6. Zie verder bijv. <https://nos.nl/artikel/2449775-bonaire-merkt-als-eerste-nederlandse-gemeente-gevolgen-van-klimaatverandering> (laatst geraadpleegd op 1 december 2022).

71. Zie over het concordantiebeginsel o.a. De Boer 2019, par. 1.6-1.7. Vgl. verder bijv. De Haan 2022, p. 2248-2254.

72. De Haan 2022, p. 2248.

73. Zie Klik & Schols 2022, p. 398.

naast kan worden geconstateerd dat – al dan niet welbewust en op goede gronden – op de Caribische eilanden de laatste jaren nogal wat Nederlandse regelingen of aanpassingen (vooralsnog) niet zijn overgenomen⁷⁴ en de civielrechtelijke wetgeving (steeds meer) uiteen is gaan lopen. Wat betreft de aanpassingen van het Nederlandse artikel 3:305a BW lijkt de pas op de plaats aan Caribische zijde misschien zo gek nog niet, althans wat betreft (sommige) ontvankelijkheidseisen voor ideële collectieve acties. Immers, bij de wenselijkheid van diverse aanpassingen zijn wel vraagtekens te plaatsen. De praktijk wijst uit dat deze tot het nodige processuele debat leiden, terwijl gediscussieerd kan worden over de vraag of de efficiënte en effectieve rechtsbescherming die een collectieve actie beoogt te bieden hiermee steeds is gediend. In het bijzonder bij ideële collectieve acties, die niet zien op schadevergoeding in geld, lijkt voor sommige onderdelen van de Caribische regeling het nodige te zeggen. Voor Nederland lijkt er echter geen weg terug (ook gelet op Europeesrechtelijke verplichtingen) ...

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Barbiers 2020

D.L. Barbiers, 'Beoordeling van schadevergoedingsvorderingen door de rechter in collectieve actie', *NTBR* 2020/35, afl. 8.

Barbiers 2021

D.L. Barbiers, 'De collectieve actie in het Surinaamse ontwerp voor een Nieuw BW. Enkele opmerkingen vanuit Nederlands perspectief', *SJB* 2021, afl. 3, p. 99-120.

Barbiers & Walree 2022

D.L. Barbiers & T.F. Walree, 'Noot bij Rb. Amsterdam 29 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7647', *Computerrecht* 2022/55, afl. 2.

Beenders & Kluwen 2022

D.J. Beenders & T.D.A. Kluwen, 'De ontvankelijkheidsfase onder de WAMCA: de beperkte conclusie van antwoord en het vonnis', *TvPP* 2022, afl. 4, p. 125-132.

Bosselaar 2022

M.J. Bosselaar, 'Noot bij Hof Den Haag 19 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:643', *JBP* 2022/39, afl. 3.

Broekveldt 2003

L.P. Broekveldt, *Derdenbeslag (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 1) (diss. Leiden)*, Deventer: Kluwer 2003.

Damen 2010

GS Onrechtmatige daad, L.J.A. Damen, 33 De bevoegdheid hangt af van het ingeroepen recht (bijgewerkt tot en met 1 april 2010).

74. Vgl. tevens Klik & Schols 2022, p. 402 ('daarbij achterloopt').

De Bie Leuveling Tjeenk & Van de Velden 2017

J. de Bie Leuveling Tjeenk & J.B. van de Velden, 'Collectief schadeverhaal vanuit de optiek van de aangesproken partij', *Ondernemingsrecht* 2017/85, afl. 10-11, p. 473-484.

De Boer 2019

J. de Boer, *Het nieuwe BW overzee. Afwijkingen in het BW van Aruba, Curaçao, Sint Maarten, de BES-eilanden en Suriname ten opzichte van het Europees-Nederlandse BW* (Monografieën BW nr. A31), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

De Haan 2022

J.P. de Haan, 'Tussen uniformiteit en discordantie. Vijfentwintig jaar civiele rechtsontwikkeling op de Antillen', *NJB* 2022/1943, afl. 28.

De Monchy & Kluwen 2022

M.V.E.E. de Monchy & T.D.A. Kluwen, 'De WAMCA leeft! In vogelvlucht door twee jaar rechtspraak – Ontvankelijkheid, ambtshalve toetsing, meerdere acties, schikkingstermijn en bevoegde rechter', *MvV* 2022, afl. 3, p. 83-94.

Dufour 2019

R. Dufour, 'Over de dam die een claimtsunami moet gaan tegenhouden: de scope rule en zijn (on)verenigbaarheid met Europees bevoegdheidsrecht', *Ondernemingsrecht* 2019/169, afl. 17.

Frenk 1994

N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht (diss. Utrecht)*, Deventer: Kluwer 1994.

Hautvast 2022

T.S.F. Hautvast, 'Representativiteit onder de WAMCA', *MvO* 2022, afl. 3-4, p. 80-87.

Hoogervorst, Klaassen & Knigge 2021

E.M. Hoogervorst, C.J.M. Klaassen & A. Knigge, 'Hoger beroep en cassatie in een collectieve actie op grond van de WAMCA: een blik vooruit', *TCR* 2021, afl. 4, p. 111-122.

Horeman & De Monchy 2021

D. Horeman & M.V.E.E. de Monchy, 'De summere ondeugdelijkheidstoets in de WAMCA: het brede belang van een zwaardere invulling', *MvV* 2021, afl. 7-8, p. 270-274.

Jongbloed 2022

GS Vermogensrecht, A.W. Jongbloed, art. 3:305a BW, aant. 17.1 (laatst bijgewerkt tot en met 19 maart 2022).

Katan & Den Hartog 2022

B.M. Katan & W.G.E.B. den Hartog, 'Noot bij Rb. Midden-Nederland 2 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2142', *JBPr* 2022/13.

Katan & Wallinga 2021

B.M. Katan & M.W. Wallinga, 'WAMCA – exclusieve belangenbehartiger, inclusief complicaties', *TCR* 2021, afl. 3, p. 67-77.

Klaassen 2013

C.J.M. Klaassen, 'De rol van de (gewijzigde) WCAM bij de collectieve afwikkeling van massaschade "en nog wat van die dingen"', *AA* september 2013/0627.

Klaassen 2018

C.J.M. Klaassen, 'Enkele opmerkingen bij het Wetsvoorstel afwikkeling massaschade in collectieve actie vanuit procesrechtelijke optiek', p. 45-63, in: T.M.C. Arons e.a., *Collectief schadeverhaal. Ondernemingen, belangenorganisaties en hun achterban (Onderneming en recht nr. 105)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Klaassen 2019

C.J.M. Klaassen, 'De Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie: eindelijk werkelijkheid, nu nog gaan werken...', *TCR* 2019, afl. 4, p. 145-152.

Klik & Schols 2022

P. Klik & F.W.J.M. Schols, 'Concordant (namen)recht', *WPNR* 2022/7371, p. 397-402.

Meijerink 2021

A.J. Meijerink, 'Procesfinancieringseisen in de Richtlijn representatieve vorderingen en de WAMCA', *MvV* 2021, afl. 11, p. 374-385.

Peters & Van Wees 2022

F.M. Peters & A.J. van Wees, 'Wachten op Godot – de problematische toepasbaarheid van de WAMCA op ideële zaken', *TOP* 2022/241, afl. 4.

Postma 2021

M. Postma, 'De toetsing van de summierlijk blijkende ondeugdelijkheid van een collectieve vordering in de WAMCA', *VR* 2021/78.

Schrama & Bosselaar 2021

H.K. Schrama & M.J. Bosselaar, 'Een jaar WAMCA; het eerste stof neergedaald?', *TOP* 2021/111, afl. 2.

Schutgens & Sillen 2021

R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen, 'Algemeenbelangacties bij de burgerlijke rechter', p. 155-208, in: A. Wirtgen (red.), *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*. Preadviezen 2020-2021. Den Haag: Boom juridisch 2021.

Simons 2022

J. Simons, 'De afwikkeling van massaschades in collectieve actie: Amerikaanse toestanden in het personenschaderecht?', *PPS-bulletin* 2022, afl. 3.

Sweerts & Hackeng 2022

T.M. Sweerts & J.F. Hackeng, 'Eén voor allen en allen door één: over representativiteit in het collectieve actierecht', *NTBR* 2022/33, afl. 8.

Tzankova 2017

I.N. Tzankova, 'Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie: een oplossing voor welk probleem ook alweer?', *TVP* 2017, afl. 4, p. 107-119.

Van Boom 2019

W.H. van Boom, 'WCA → WCAM → WAMCA', *TvC* 2019, afl. 4, p. 154-160.

Van der Kooij & Wijnberg 2022

D.A. van der Kooij & I.J.F. Wijnberg, 'Noot bij Rb. Amsterdam 29 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7647', *JBPr* 2022/31.

Van der Plas 2019

C.G. van der Plas, 'De collectieve actie 2.0 in grensoverschrijdende zaken: het territoriaal ontvankelijkheidsvereiste onder de loep', *NIPR* 2019, afl. 3, p. 537-552.

Van der Sloot & Van Schendel 2019

B. van der Sloot & S. van Schendel, *De modernisering van het Nederlands procesrecht in het licht van big data: Procedurele waarborgen en een goede toegang tot het recht als randvoorwaarden voor een data-gedreven samenleving* (WODC-onderzoek), Tilburg: TILT 2019.

Van Gestel & Sybesma 2019

R.A.J. van Gestel & J. Sybesma, 'Annotatie bij de vonnissen ECLI:NL:OGECAC:2017:259, ECLI:NL:OGECAC:2019:17, ECLI:NL:OGECAC:2019:172 en ECLI:NL:OGECAM:2019:61', *CJB* 2019, afl. 4, p. 329-360.

Van Gestel & Sybesma 2020

R.A.J. van Gestel & J. Sybesma, 'De olievlekwerking van Urgenda in het Koninkrijk', *NJB* 2020/425, afl. 7.

Verburgh 1975

M.J.P. Verburgh, *Privaatrecht en kollektief belang*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1975.

Wissink 2021

P.G.J. Wissink, 'De preliminaire ontvankelijkheidsbeslissing onder de WAMCA: hoe "inhoudelijk" mag de voorfase zijn?', *TCR* 2021, afl. 1, p. 1-14.

DEEL VII

VERRE HORIZONTEN EN HET BW

OVER VERNIEUWING, STILSTAND EN RECHTSONTWIKKELING BUITEN HET BW

Lianne Wijntjens en Jan Vranken

17.1

INLEIDING*

In dit artikel reflecteren wij op de vraag ‘wat als het nieuwe Burgerlijk Wetboek niet zou zijn ingevoerd?’. Dertig jaar na de inwerkingtreding kunnen we constateren dat de rechtsontwikkeling niet heeft stilgestaan. Wij zullen ons bezighouden met de vraag wat de bijdrage van het nieuwe BW is geweest aan deze rechtsontwikkeling.

Afbakening van de materie

Wij richten onze aandacht uitsluitend op het algemene vermogensrecht dat geregeld is in Boek 3 (Vermogensrecht in het algemeen), in Boek 6 (Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht) en in Boek 7 (Bijzondere overeenkomsten). De materie van deze boeken vormt inhoudelijk een samenhangend geheel, zoals onder meer blijkt uit het gegeven dat de gelaagde structuur van het BW juist in deze boeken het meestomvattend tot uitdrukking komt. De andere boeken betreffen specifieke onderwerpen zoals het personen- en familierecht, erfrecht, verkeers- en vervoerrecht en internationaal privaatrecht, die meer op zichzelf staan en een eigen dynamiek kennen. Ze verdienen ieder een eigen studie.

Vrijwel alleen speculatieve antwoorden

Ook met deze rigoureuze beperking van ons onderwerp tot ongeveer een derde van het BW zijn wij er nog niet. Wat kunnen wij met redelijke zekerheid zeggen over de vraag ‘*what if...?*’. Het eerlijke antwoord is: vaak niet veel. De vergelijking die gevraagd wordt, kan niet goed gemaakt worden, omdat het oude BW zich niet verder heeft kunnen ontwikkelen toen het nieuwe BW in werking trad. Misschien hadden onder het oude recht deels dezelfde ontwikkelingen plaatsgevonden, mis-

* Met dank aan, in alfabetische volgorde, Willem van Boom en Marnix Snel voor hun commentaar op een eerdere versie van het artikel.

schien ook niet, maar dat helpt ons niet verder omdat wij niet kunnen vaststellen op welke terreinen (leerstukken, rechtsvragen, enzovoort) het wel of niet anders gelopen zou zijn. Het oude recht is immers stilgezet en daarmee tot rechtsgeschiedenis geworden, net als het Romeinse recht: interessant, maar dood. Een voorbeeld: wij kunnen niet nagaan of en, zo ja, in hoeverre de oude regeling van de verborgen gebreken zich zou hebben ontwikkeld tot wat nu de klachtplicht van artikel 6:89 BW en artikel 7:23 BW is.¹ Zo'n onderzoek vergt dermate veel aannames en schattingen dat het resultaat niet meer dan nattevingerwerk kan zijn. Dit brengt mee dat ook de kwaliteitsvraag onmogelijk te beantwoorden is: of een bepaalde verandering in het nieuwe BW te verkiezen is boven het oude recht zoals dat zich ontwikkeld zou hebben, onttrekt zich aan ons beoordelingsvermogen.²

Een bijkomend probleem dat zich voordoet bij de beantwoording van de *'what if...?'*-vraag is nog dat het moment van vergelijken onzeker is. Is het demarcatiepunt 1992 of is de invloed van het nieuwe BW al eerder tot het toen nog oude recht doorgedrongen, door de slagschaduw van de anticipatie? Vast staat dat vanaf ongeveer begin jaren tachtig van de vorige eeuw in literatuur en rechtspraak in toenemende mate is geanticipeerd,³ maar daarmee is nog niet gezegd dat op andere manieren niet hetzelfde resultaat zou zijn bereikt, eventueel enkele jaren later. Wij zullen het nooit zeker kunnen weten.

Orde van het betoog

Wij kennen geen wetenschappelijke methode die ons in staat stelt om met redelijke zekerheid de ons gestelde vraag deugdelijk te beantwoorden. Daarom is wat hierna volgt voor het overgrote deel speculatie, met een hoog gehalte aan 'wij denken', 'wij vinden' of 'wij menen'. In feite komt ons antwoord er vaak op neer dat wij bepaalde regelingen in het nieuwe BW geslaagd vinden of niet,⁴ zonder echt te

-
1. Art. 7:23 BW moest worden uitgelegd conform de Richtlijn 1999/44/EG (Garanties bij consumentenkoop). De richtlijn schreef de klachtplicht niet verplicht voor. Onder meer Duitsland en België hebben die ook niet opgenomen. Onder de per 1 januari 2022 in werking getreden nieuwe Richtlijn (EU) 2019/771 (Conformiteit en remedies bij consumentenkoop) is de klachtplicht evenmin voorgeschreven, maar is art. 7:23 BW niettemin opnieuw, zij het gewijzigd, gehandhaafd. Tegelijk met Richtlijn (EU) 2019/771 is in werking getreden de daarmee samenhangende Richtlijn (EU) 2019/770 (Richtlijn levering van digitale content).
 2. Ook rechtsvergelijking met Frankrijk en België helpt niet, omdat weliswaar de Code Civil voor de drie landen het gemeenschappelijke vertrekpunt was 200 jaar geleden, maar de rechtsontwikkelingen niet synchroon zijn verlopen, althans niet per leerstuk, want soms wordt eenzelfde resultaat bereikt op basis van andere leerstukken. Suriname kent nog het oude BW, maar is niet representatief genoeg voor een vergelijking. Zie ook De Boer 2019.
 3. Onder meer Van Buchem-Spangens 1986.
 4. Hierover bestaat al een vracht aan literatuur. Zie o.a. het *WPNR*-themanummer '10 jaar Nieuw Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 2002/6472; De serie Rode draad '20 jaar Nieuw BW', *Ars Aequi* 2012; Bijdragen congres 25 jaar Nieuw BW 'Met het oog op de toekomst', *NJB* 2019, afl. 25; het *WPNR*-themanummer '25 jaar Nieuw Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 2017/7133; Van de Pol e.a. 2017; Degenkamp 2013; Snijders 2017; Snijders 2007.

kunnen vergelijken met wat onder het oude recht bereikt had kunnen worden. Waar mogelijk zullen wij niettemin de vergelijking proberen te maken. Vier nogal ongelijksoortige onderwerpen waarin vergelijken wél kan, springen eruit. Wij rubriceren ze onder het lemma: Autonome ontwikkelingen buiten het oude en nieuwe BW om (par. 17.2). Bij andere onderwerpen varieert de vergelijkbaarheid van moeizaam tot nagenoeg onmogelijk. Wij beginnen met vernieuwingen die goed hebben gewerkt of zelfs tot een nieuwe rechtsontwikkeling hebben geleid. Die zouden wij misschien hebben gemist wanneer het nieuwe BW niet zou zijn ingevoerd (par. 17.3). Er zijn ook vernieuwingen die weinig of niets hebben 'gebracht' en die we in vergelijking met het oude recht mogelijk niet zouden hebben gemist. Wij laten deze vernieuwingen onbesproken.⁵ Een laatste categorie vormen onderwerpen waarin de wetgever te weinig heeft veranderd en waarin in sommige gevallen ook de rechtspraak niet het voortouw heeft genomen.⁶ Dit heeft geleid tot betrekkelijke stilstand, vergeleken met de rechtsontwikkeling die ook mogelijk en volgens ons wenselijker was geweest. Wij beperken ons tot enkele 'grote' onderwerpen (par. 17.4). Wij sluiten af met een korte evaluatie (par. 17.5). Helaas moeten wij vanwege de omvang van deze bijdrage meer dan eens nogal kort zijn. In die gevallen blijft het bij signaleren en aanstippen, voor een fors deel ook alleen nog maar in voetnoten.

17.2 AUTONOME ONTWIKKELINGEN BUITEN HET OUDE EN NIEUWE BW OM

Europa

Dit onderdeel staat voor omvangrijke en diepingrijpende ontwikkelingen in het Nederlandse algemene vermogensrecht, eerst door wat thans de Europese Unie is,

-
5. Wij noemen art. 6:110 BW (limitering van aansprakelijkheid bij algemene maatregel van bestuur); art. 6:168 BW (afwijzing van een verbod op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen); art. 6:214 BW (de standaardregeling, die nog nooit gebruikt is); art. 6:240-6:242 BW (de abstracte toetsing van algemene voorwaarden die ook nog nooit is gebruikt); de tenzij ook indien-uitzondering bij de risicoaansprakelijkheden van art. 6:169 BW (kinderen), art. 6:170-6:172 BW (vertegenwoordiger, gebrekkige zaken, opstallen) en art. 6:179 BW (dieren) waarover veel is geschreven tijdens de parlementaire behandeling van het BW, maar die nauwelijks tot rechtspraak heeft geleid; titel 3.2 BW over Rechtshandelingen die geen meerwaarde heeft gehad; het moeilijk hanteerbare onderscheid in art. 3:40 BW tussen diverse nietigheidscategorieën; de aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden bij vernietigbaarheden die niet echt tot ontwikkeling zijn gekomen, met uitzondering, lijkt het, van de *imprévision* van art. 6:258 BW; de complexe regeling van het debiteursverzuim in art. 6:81 e.v. BW (een 'labyrint van dwaalwegen' – zie Verheij 2012; in HR 11 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1581, NJ 2020/197 (*Fraanje/Alukon*) is een overzichtsarrest gegeven); de overbodigheid van de rechtsfiguur schuldeisersverzuim van art. 6:58 e.v. BW.
 6. Zie hierover de bijdrage van Van Deursen en Giesen in deze bundel.

en later ook door de mensenrechten, zoals opgenomen in met name⁷ het EVRM van 1950 en in het Handvest voor de grondrechten van de Europese Unie van 2009. De vloed aan EU-regelgeving en aan literatuur en rechtspraak op beide terreinen is enorm. Zelfs bij benadering kunnen wij er geen schets van geven.⁸ Voor het thema van deze bijdrage is relevant dat de meeste ontwikkelingen dateren van na de invoering van het BW in 1992 en dat het BW daarin niet voorziet.⁹ Ook onder het oude recht was er nog geen belangstelling voor (behalve voor het Europese mededingingsrecht en de productaansprakelijkheid¹⁰). De conclusie kan dan ook geen andere zijn dan dat de invloed van Europa zich met en zonder nieuw BW op dezelfde wijze zou hebben voltrokken. Het nieuwe BW is in dit opzicht dus niet anders, beter of slechter dan het oude. Europa is een autonome, externe bron van ontwikkeling gebleken. Zij is nog lang niet voltooid. Steeds meer onderwerpen worden van origine Europees. Hele rechtsgebieden zijn nieuw, zoals consumentenrecht en financieel recht. Het trekt veel onderzoekers aan; zo zijn er inmiddels in Nederland meer hoogleraren op deze rechtsgebieden dan hoogleraren algemeen privaatrecht. Ook actuele onderwerpen als digitalisering, servitizatie, de opkomst van platforms, verduurzaming en circulaire economie worden meer en meer Europees aangepakt. De Nederlandse wetgever heeft niet langer het initiatief. Op het door ons in dit artikel bestreken terrein zijn al enkele jaren weinig louter nationale wetsvoorstellen ingediend in het parlement.¹¹

Ook is de Hoge Raad niet langer onze enige hoogste rechter. Onduidelijkheden over recht van Europese origine moeten worden voorgelegd aan en beslist door het Hof van Justitie van de Europese Unie. Onder meer ten aanzien van de toetsing van de geldigheid van algemene voorwaarden voor consumenten is het Hof heel actief en inmiddels leidinggevend. Op het terrein van de mensenrechten heeft vooral het Europees Hof voor de Rechten van de Mens het voor het zeggen. Onder

-
7. Er zijn ook internationale verdragen, bijv. van de ILO (arbeidsrecht) en VN-mensenrechtenverdragen: Universele verklaring voor de rechten van de mens 1948, Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, beide van 1966, voor Nederland geldend sinds 1979.
 8. Vergelijk onder heel veel meer Keus 2019; Asser/Hartkamp 3-I 2019; Van Dam 2017; Busch e.a. 2002.
 9. In de parlementaire geschiedenis van Boek 3, 6 en 7 zoekt men vrijwel (zie volgende noot) tevergeefs naar trefwoorden als Europa of Europese richtlijnen. Zie ook Florijn 1994. Wel is veel gebruik gemaakt van rechtsvergelijking, met name door het Driemanschap, maar die diende niet de unificatie van de rechtsstelsels in Europa. Rechtsvergelijking werd louter ter inspiratie gedaan (*a.w.*, p. 233). Vaak werden ook alleen buitenlandse wetsartikelen vermeld, niet hoe de artikelen in die landen werden uitgelegd en gehanteerd. Dit past bij het beeld dat Florijn schetst in zijn dissertatie.
 10. Parl. Gesch. Boek 6, p. 787-788; Parl. Gesch. Boek 6 (Inv.), p. 1399.
 11. Een uitzondering is wetsvoorstel 35482 over de opheffing van bepaalde contractuele overdraagbaarheids- en verpandingsverboden; Wet Van Dam over stilzwijgende verlenging en opzegtermijnen (*Stb.* 2010, 789); Wet vergoeding affectieschade (*Stb.* 2018, 132); Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (*Stb.* 2019, 130 en *Stb.* 2019, 130 jo. *Stb.* 2020, 507); Wet Franchise (*Stb.* 2020, 251).

invloed van zijn rechtspraak zijn mensenrechten de laatste tien, vijftien jaar steeds breder en dieper doorgedrongen in het algemene vermogensrecht, niet tot ieders genoegen overigens. Voorlopig hoogtepunt (of dieptepunt, al naargelang) zijn de beslissingen in de klimaatzaken *Urgenda* en *Shell*, waarvan de motivering in belangrijke mate steunt op schending van mensenrechten.¹² Interessant in dit verband is het pleidooi voor aansprakelijkheid wegens schending van mensenrechten als een eigen rechtsfiguur naast het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.¹³

Een onderdeel van het BW dat in het bijzonder is beïnvloed door de europeanisering van het privaatrecht betreft het recht inzake bijzondere overeenkomsten. In 1992 bevatte Boek 7 BW slechts vier titels: koop en ruil, lastgeving, bewaarneming en borgtocht (later onderdeel van opdracht). Het was de bedoeling om geleidelijk meer bijzondere overeenkomsten te (her)codificeren, waaronder enkele van de overige overeenkomsten van Boek 7A. Hoewel er inmiddels inderdaad veel nieuwe titels zijn toegevoegd,¹⁴ is een volledige, kwalitatief hoogstaande codificatie van alle relevante bijzondere overeenkomsten niet bereikt.¹⁵ Een groot gedeelte van de in de afgelopen decennia ingevoerde nieuwe regelingen danken hun bestaansrecht aan Europa.¹⁶ Boek 7 BW bevat een verzameling van de regelingen inzake bijzondere overeenkomsten met een afwisselende Europese en nationale oorsprong. Het voordeel van deze aanpak is dat alle relevante regelingen op één plek zijn samengebracht. Het nadeel is dat er een lappendeken is ontstaan van regelingen waartussen weinig samenhang en systematiek bestaat. Het biedt geen kader voor contracten in bijvoorbeeld de sport, het theater, of het onderwijs en

12. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda/Staat*); Rb. Den Haag, 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/Royal Dutch Shell*).

13. Emaus 2013.

14. Het zijn er inmiddels 22 (Koop en ruil (titel 1), overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten tussen handelaren en consumenten (titel 1aa), overeenkomsten betreffende het gebruik in deeltijd, vakantieproducten van lange duur, bijstand en uitwisseling (titel 1a), financiële zekerheidsovereenkomsten (titel 2), consumentenkredietovereenkomsten (titel 2a), goederenkrediet (titel 2b), geldlening (titel 2c), overeenkomst van pandbelening (titel 2d), schenking (titel 3), huur (titel 4), pacht (titel 5), opdracht (titel 6), pakketreisovereenkomst en gekoppeld reisarrangement (titel 7A), betalingstransactie (titel 7b), bewaarneming (titel 9), arbeidsovereenkomst (titel 10), aanneming van werk (titel 12), borgtocht (titel 14), vaststellingsovereenkomst (titel 15), franchise (titel 16), verzekering (titel 17) en lijfrente (titel 18)).

15. Zo concludeert ook Tjong Tjin Tai 2012, p. 869-874. Hij noemt hiervoor verschillende verklaringen: (i) de populariteit van een titel zou afhangen van de koppeling aan een functioneel rechtsgebied (daardoor zouden bijvoorbeeld de arbeidsovereenkomst en de verzekeringsovereenkomst meer aandacht krijgen dan de borgtocht of bewaarneming), als gevolg waarvan de oude indelingen hun magie zouden hebben verloren; (ii) er zou sprake zijn van een tendens om het recht vooral te zien als een beleidsinstrument, wat haaks staat op de klassieke gedachte van recht als zelfstandig normstelsel; en (iii) men zou heden ten dage minder belang hechten aan het systematisch bijhouden van regelingen in Boek 7.

16. Zie voor een overzicht Hartkamp e.a. 2014 en Schelhaas 2019.

evenmin voor moderne contractsvormen als het streamen van muziek, downloaden van apps en het tegen betaling opslaan van bestanden in de *cloud*.¹⁷

Zelfregulering

Zelfregulering (alternatieve regelgeving, *soft law*, private normstelling) is een tweede voorbeeld van een autonome ontwikkeling die zich buiten het oude en nieuwe BW om heeft voltrokken. Er zijn weinig beroepsgroepen en sectoren in het bedrijfsleven waar niet op enigerlei wijze van zelfregulering sprake is. Ook de overheid zelf of aan de overheid gelieerde organisaties met algemeen publieke taken, zoals toezichthouders, hanteren zelfregulering. De verschijningsvorm is heel divers. Wij noemen zonder pretentie van volledigheid gedragscodes, leidraden, (medische) protocollen, *best practices*-richtlijnen, keurmerken, productnormen, NEN-kwaliteitseisen en standaardproducten waarbij alleen op de prijs mag worden geconcurrereerd. Soms komen ze in de plaats van overheidsrecht, soms staan beide naast elkaar en vullen ze elkaar aan. Het initiatief kan liggen bij de beroepen en sectoren die ze opstellen, maar ze kunnen ook onderdeel zijn van wetgevingsbeleid. Dit laatste komt in het privaatrecht van louter Nederlandse origine minder vaak voor dan in het Europese privaatrecht, waarin zelfregulering regelmatig wordt aangemoedigd of voorgeschreven als een legitieme en wenselijke manier om de doeleinden van de Europese richtlijn of verordening te realiseren.¹⁸ Multinationals en andere grote vennootschappen geven deels eigener beweging uitdrukking aan hun maatschappelijke verantwoordelijkheid, onder meer door (internationale) codes,¹⁹ waarin ze zich committeren aan bijvoorbeeld internationaal aanvaarde klimaatdoelen, aan het verantwoord omgaan met de natuur en aan het actief tegengaan van uitbuiting, misbruik van kinderarbeid en andere vormen van mensenrechtenschendingen in de landen waarin zij opereren. Ook nemen zij daarop betrekking hebbende bepalingen op in de commerciële contracten die zij met lokale producenten en met leveranciers in de keten afsluiten. Toezicht en afdwingbaarheid zijn niet altijd zonder problemen.²⁰ Formeel juridisch hebben *soft law*-codes meestal geen bindende kracht, maar afhankelijk van onder meer hoe specifiek en duidelijk ze zijn en de mate waarin ze in de sector aanvaard worden, kunnen ze wel juridisch van betekenis zijn. In Nederland lijkt de lagere rechtspraak

17. Spath 2015; Neppelenbroek 2014; Op Heij 2021.

18. Zo blijkt met name uit het empirisch onderzoek van Menting 2016. Zie ook over *soft law*: Verbruggen 2014; Veldt 2020.

19. Onder meer de UN Guiding Principles for Business and Human Rights en de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen (MVO). De mensenrechten zijn een belangrijk onderdeel van deze (en vergelijkbare) documenten.

20. Dat zijn, naast andere, de steeds terugkerende thema's in de literatuur die overigens niet bijster omvangrijk is. Zie onder meer Asser/Vranken 2005; Giesen 2007; Menting, Vranken & Scheltema 2013, en de hierboven in noot 18 genoemde dissertaties.

eerder gebondenheid aan te nemen dan de Hoge Raad.²¹ Een proef op de som wordt de uitspraak van Milieudefensie c.s. tegen Royal Dutch Shell.²² De rechtbank heeft het door Royal Dutch Shell onderschreven commitment aan internationale *soft law*-codes als een van de factoren meegewogen bij de invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW waaraan het gedrag van Royal Dutch Shell is getoetst. De zaak zal zeker tot aan de Hoge Raad worden gevoerd. Wij zijn benieuwd of de Hoge Raad de benadering van de rechtbank zal delen.²³

Louter codificatie, bijvoorbeeld remedies

Een derde voorbeeld waarin oud en nieuw geen verschil maakt, is wanneer een leerstuk onder het oude recht niet in ontwikkeling was en het nieuwe recht dat voetstoots heeft overgenomen.²⁴ Een sprekend voorbeeld vormen het aantal en de soort remedies. Traditioneel zijn dit nakoming, ontbinding, nietigheid of vernietiging, schadevergoeding, een verklaring voor recht, en een gebod of verbod. In het nieuwe recht is er weliswaar aan de afzonderlijke remedies gesleuteld, maar is niet ten principale de vraag gesteld of er behoefte was aan andersoortige remedies in bepaalde situaties.²⁵ Te denken valt bijvoorbeeld aan het aanbieden en ontvangen van excuses in het aansprakelijkheidsrecht om tegemoet te komen aan niet-financiële belangen van benadeelden.²⁶ Ook in het oude recht was die vraag niet gesteld. Pas na 1992 is er aandacht voor gekomen onder invloed van andere rechtsstelsels waar wetgeving werd geïntroduceerd om excuses te beschermen²⁷ of te stimuleren.²⁸ Over het nut van excuses werd en wordt heel verschillend gedacht.²⁹ Een van ons heeft in haar proefschrift empirisch aangetoond dat de veelal opgeworpen bezwaren en belemmeringen tegen het aanvaarden van excuses als een civielrechtelijke remedie niet steekhoudend zijn en dat er reële mogelijkheden zijn om excu-

21. Aldus Menting 2016.

22. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/Royal Dutch Shell*).

23. Enige jaren geleden leek civielrechtelijke aansprakelijkheid nog heel ver weg te zijn. Zie Enneking e.a. 2014, p. 217-222 (conclusie privaatrecht); Van Dam 2017 zag al meer mogelijkheden. Toch is de uitspraak ook heel sterk betwist. Zie onder meer Van Veen 2022.

24. Zie de bijdrage van Ivo Giesen en Stijn van Deursen elders in deze bundel waarin beoordeeld wordt de situatie dat een leerstuk dat *wel* volop in ontwikkeling was toch is gecodificeerd en hoe dat heeft uitgepakt.

25. Onder invloed van de Europese regelgeving zijn wel enkele nieuwe remedies erkend, zoals herstel en vervanging (art. 7:21 BW) en prijsvermindering (art. 7:22 BW) bij koop.

26. Zie onder meer Carroll 2013; Vines 2007; Vandenbussche 2019.

27. Bijvoorbeeld door het introduceren van excuses beschermende wetgeving als gevolg waarvan het mogelijk wordt om excuses aan te bieden zonder dat er sprake kan zijn negatieve juridische consequenties zoals het erkennen van aansprakelijkheid.

28. Bijvoorbeeld door de mogelijkheid te creëren om excuses te vorderen (door partijen) en op te leggen (door rechters).

29. Zwart-Hink 2017; Wijntjens 2016; Verheij 2010; Hoogenboezem 2014; Hulst 2008.

ses bij de schadeafwikkeling in en buiten rechte een nuttige plaats te geven.³⁰ Met betrekking tot remedies kan voorts gedacht worden aan de introductie van een plicht van de verkoper of leverancier om producten te repareren en terug te nemen voor recycling, ook ver na afloop van de garantieperiode. De plicht is een uitvloeisel van de pas recent in het Europese recht opgekomen aandacht voor een duurzame en circulaire economie en draagt bij aan het vermijden van een afvalberg. Herstel is ook nu soms al mogelijk, maar als optie. Een reparatie- en terugneemplicht als hier voorgesteld zou veel dieper en dwingender ingrijpen.³¹

Pluralisme in rechtswetenschappelijk onderzoek

De veranderingen die zich voltrokken hebben en zich nog aan het voltrekken zijn in rechtswetenschappelijk onderzoek lijken niet direct te zijn beïnvloed door het BW van 1992. Gesteld kan worden dat ten tijde van de totstandkoming van het BW, zeker vanaf eind jaren zeventig van de vorige eeuw, sprake is geweest van een grote kwantitatieve toename van juridische literatuur.³² Die literatuur was net als voordien in hoofdzaak juridisch-dogmatisch van aard en methode: het vanuit een intern perspectief beschrijven, systematiseren, interpreteren, analyseren, kritiseren en verder ontwikkelen van het in Nederland geldende privaatrecht (het positieve privaatrecht).³³ Bijzonder was alleen dat het positieve privaatrecht nagenoeg geheel op de schop werd genomen in wat een nieuw BW moest worden. In de juridische literatuur werd flink mee- en tegengedacht met wat aan wetsvoorstellen aan het parlement werd aangeboden, maar dat gebeurde nagenoeg steeds binnen de grenzen van de juridische-dogmatiek. Doel was een zo goed mogelijke wettelijke regeling ten behoeve van de praktijk, met name voor de oplossing van casus die zich zouden (kunnen) voordoen. Daarop werden de wetsvoorstellen ‘doorgerekend’. De rechter was het rolmodel voor iedere, ook wetenschappelijke, omgang met het recht. In de juridische literatuur zijn in die tijd geen fundamenteel vernieuwende inzichten ontwikkeld over bijvoorbeeld de grondslagen van het privaatrecht, al of niet in verbinding met nut of noodzaak van codificatie. Ook empirisch en multidisciplinair juridisch onderzoek vormden toen niet meer dan een minieme fractie van de totale wetenschappelijke productie. De wetgever zelf had

30. Wijntjens 2020.

31. In plaats van velen: Pavillon 2021, p. 11-112, met veel verwijzingen. Zij baseert zich mede op de tien (!) relevante (voorstellen tot) EU-verordeningen en -richtlijnen over consumentenbescherming.

32. Mede als gevolg van het met name sinds het begin van de jaren zeventig van de vorige eeuw sterk toegenomen aantal wetenschappelijk medewerkers aan de Nederlandse rechtenfaculteiten, waarvan velen ook onderzoekstaken hadden. Mogelijk is hierin een van de redenen gelegen die tot de pluraliteit van rechtswetenschappelijk onderzoek hebben geleid, maar mogelijk is ook (zelfs waarschijnlijker, denken wij) dat ze zich *en masse* hebben gestort op actuele onderwerpen, met name recente rechtspraak. Zie in deze zin Du Perron 1996.

33. Voor andere omschrijvingen van juridisch-dogmatisch onderzoek, mét bronvermeldingen, verwijzen wij naar o.m. Vranken 2007; Tjong Tjin Tai & Verbruggen 2022, par. 2.

er zich ook niet of nauwelijks op beroepen. Aan rechtsvergelijking werd met name in proefschriften weliswaar iets meer gedaan dan de tot dan vaak gebruikelijke ‘blik over de grens’, maar in het algemeen was het juridische onderzoek praktijkgericht, vrijwel helemaal nationaal, en ook niet Europees,³⁴ net als het wetsvoorstel nieuw BW dat het becommentarieerde.

Deze kenschets geldt in belangrijke mate ook nog voor het huidige rechtswetenschappelijke onderzoek. Veranderd is wel de veel grotere rol van het Europees recht – zie hierboven – en ook de rechtsvergelijking is toegenomen, althans opnieuw vooral alleen in proefschriften, niet in de tijdschriften die wekelijks of (twee)maandelijks verschijnen. Tijdschriften besteden in het algemeen onevenredig veel aandacht aan rechtspraak, vooral aan die van de Hoge Raad, het Hof van Justitie van de Europese Unie en, inmiddels ook, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.³⁵ Daarnaast zijn er veel gespecialiseerde tijdschriften die vooral de lagere rechtspraak onder de aandacht van hun beroepsgroepen brengen. Du Perron³⁶ heeft aangetoond dat ze er in 1992 ook al waren, maar sindsdien zijn het er veel meer geworden. Wij noemen bij wege van voorbeelden *JOR*, *JAR*, *JOL*, *JB*, *MvV*, *BB*, *ToI*, *EB*, *Tijdschrift voor scheidingsrecht*, *Tijdschrift voor Curatoren*, *Tijdschrift voor Toezicht*, *Tijdschrift voor Sport & Recht*, *Vastgoedrecht* en *Proces*. Het geheel wijst op de onverminderd paradigmatische rol van de rechtspraak in juridisch onderzoek. Uit een in 2015 onder rechtswetenschappers gehouden enquête³⁷ blijkt dat zij ook voor het overige, bijvoorbeeld in hand- en studieboeken, bundels en monografieën, overwegend juridisch-dogmatisch onderzoek publiceren.

Niettemin is de laatste twee decennia empirisch en multidisciplinair juridisch onderzoek in de lift gekomen en, mede in het verlengde hiervan, ook de methodologische verantwoording. De redenen hiervoor zijn heel divers en eigenlijk nog niet of nauwelijks goed geanalyseerd. Het is hier niet de plaats om dit te doen. Wij noemen slechts één heel directe en dringende *aanleiding*: de financiering van wetenschappelijk onderzoek door (voorgangers van) NWO. De beoordeling van subsidieaanvragen geschiedde vanaf zeker ogenblik³⁸ mede door *peers* van andere disciplines en die beschouwden de vaak overwegend nationaalrechtelijk juridisch-

34. Smits 1996 heeft dit onderzocht voor de periode tot 1994. Hij kwam onder meer tot gemiddelde percentages rechtsvergelijkende artikelen per jaar in het *NJB* van 1,87%, in het *WPNR* van 1,06%, en in *RM Themis* van 0,69%. De publicaties in tijdschriften waren toen dus vrijwel uitsluitend nationaal.

35. Vergelijk als twee willekeurige voorbeelden de halfjaarlijkse themanummers van het *NJB* over de Staat van het recht, en de Kronieken over rechtsgebieden in het *Advocatenblad*.

36. Du Perron 1996.

37. Van Boom & Van Gestel 2015, p. 1337-1347. Kritisch over de paradigmatische rol van de rechtspraak in de rechtswetenschap onder meer Asser/Vranken 2014 die stap voor stap de verschillen analyseert tussen wat een rechter doet en wat een rechtswetenschappelijk onderzoeker doet.

38. Eerder, toen het NWO nog ZWO heette, deden juristen dat onderling in het kader van REOB (rechtswetenschappelijke onderzoekbeoordeling).

dogmatische onderzoeksvoorstellen zonder veel methodologische verantwoording³⁹ niet als wetenschappelijk. Dat leidde tot een stortvloed⁴⁰ aan publicaties over het wetenschappelijk statuut van juridisch onderzoek en over het belang van methodologie. Deze theoretische exercities over de aard van de rechtswetenschap hebben niet veel opgeleverd.⁴¹ Methodologie wel, in de zin dat een methodenparagraaf standaard is geworden in onderzoek, dat gefinancierd wordt door NWO en door de European Research Council. Ook in facultair gefinancierd onderzoek, met name in proefschriften, gebeurt dit. Maar het heeft niet ertoe geleid dat juridisch-dogmatisch onderzoek bij deze financiers hoog aangeschreven staat. Wij verwijzen naar de resultaten van een survey van een van ons met Marnix Snel.⁴² Het is vooral empirisch en multidisciplinair juridisch onderzoek dat gefinancierd wordt, en zo al juridisch-dogmatisch onderzoek, dan alleen als het ten minste Europees of internationaal dan wel rechtsvergelijkend georiënteerd is. Ook in de door het Ministerie van OCW voor vijf jaar (2019-2024) gefinancierde sectorplannen rechtsgeleerdheid die beogen een impuls te geven aan fundamenteel rechtswetenschappelijk onderzoek, is geen plaats voor juridisch-dogmatisch onderzoek. De thema's zijn wat dat betreft duidelijk: *empirical legal studies* (ELS), conflictoplossende instituties (COI), *digital legal studies* (DLS), *transformative effects of globalising in law* (TEGL), en herijking van publieke belangen in privaatrechtelijke verhoudingen (REPP).⁴³

17.3 WELKE VERNIEUWINGEN DIE GOED HEBBEN GEWERKT Zouden WE HEBBEN GEMIST?

Deze paragraaf gaat over vernieuwingen die goed hebben gewerkt en zelfs tot nieuwe rechtsontwikkeling hebben geleid. Zonder de inwerkingtreding van het nieuwe BW zouden we deze vernieuwingen en rechtsontwikkelingen mogelijk hebben gemist. Mogelijk, want natuurlijk hadden ze onder het oude BW in de rechtspraak kunnen ontstaan, maar daar zou vermoedelijk (veel) meer tijd overheen zijn gegaan. Een in het oog springend voorbeeld betreft de risicoaansprakelijkheid.⁴⁴ Het nieuwe BW heeft hieraan een grote impuls gegeven. De rechtspraak zou dit naar wij denken niet op eigen kracht voor elkaar hebben gekregen. Europese richtlijnen en verordeningen op dit terrein zijn van latere datum (met uitzon-

39. Behalve de vermelding dat als methode van onderzoek de studie van wet, rechtspraak en literatuur werd gehanteerd.

40. Dat is begonnen in het begin van de 21e eeuw met onder meer 'De rechtswetenschap', themanummer *NJB* 2004, p. 1399-1441; zie ook de evaluatie van het rechtswetenschappelijk onderzoek tussen 2003 en 2008 in het visitatierapport *Kwaliteit & diversiteit* (Koers e.a. 2009), p. 30-50 (Discipline in transitie).

41. Het gaat om kwalificaties als hermeneutisch, beschrijvend, normatief, empirisch, in verhouding tot geesteswetenschappen (en maatschappijwetenschappen).

42. Snel & Vranken 2019.

43. Zie de SSH-Raad (Social Sciences & Humanities: www.sectorplan-ssh.nl/). REPP staat voor Rethinking Public Interests in Private Relationships.

44. De Hoogh & Lindenberg 2012; Kolder en Oldenhuis 2017.

dering van de productaansprakelijkheid). Waar risicoaansprakelijkheden onder het regime van het oude BW nog uitzonderlijk waren,⁴⁵ is dat nu zeker niet meer het geval. Met de inwerkingtreding van het nieuwe BW in 1992 (en ook daarna) zijn veel verschillende en uiteenlopende kwalitatieve aansprakelijkheden geïntroduceerd. De vrees die door sommigen werd geuit dat de uitbreiding van het aantal risicoaansprakelijkheden zou leiden tot een onwenselijke toename van claims is ongegrond gebleken.⁴⁶ De rechtspraak is er in het algemeen goed in geslaagd tot een duidelijke omlijning te komen.⁴⁷ Alleen bleek de aansprakelijkheid jegens (niet: van) een medebezitter in het BW niet te zijn geregeld. De Hoge Raad heeft het voortouw genomen, maar onomstreden is zijn rechtspraak niet.⁴⁸ Een tweede voorbeeld van een heel succesvolle vernieuwing⁴⁹ is de regeling inzake algemene voorwaarden. Het is een van de meest diep ingrijpende vernieuwingen die het nieuwe BW heeft gebracht. Hoewel niet feilloos,⁵⁰ heeft de regeling een lacune onder het oude recht opgevuld waarin de rechtspraak naar wij denken onvoldoende zou hebben kunnen voorzien.⁵¹ Onder invloed van Europese regelgeving en het Hof van Justitie van de Europese Unie is haar belang alleen maar groter geworden, zowel door een strengere inhoudelijke toetsing als door de aan de nationale rechter opgelegde plicht om in consumentengeschillen ambtshalve te toetsen.⁵² Een belangrijke bron van rechtsontwikkeling kan gevonden worden in de open normen die in het nieuwe BW zijn opgenomen, deels ter codificatie, maar ook nieuw. De open normen maken het BW adaptief van karakter, in die zin dat het soepel is tegenover / open staat voor allerlei nieuwe ontwikkelingen en die gemakkelijk in zich kan opnemen. Denk aan massaschade, *public interest litigation*, digitalisering,⁵³ servitizatie,⁵⁴ circulaire economie en de opkomst van platforms, voor zover ze nog niet bestreken waren of zijn door (toenemende) Europese

45. Hierbij ging het om de (risico)aansprakelijkheid voor ondergeschikten (art. 1403 lid 3 oud BW), dieren (art. 1404 oud BW) en gebouwen (art. 1405 oud BW).

46. Zie o.a. Klaassen 2015 en De Hoogh & Lindenbergh 2012.

47. O.a. in HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155 (*Wilnis*).

48. In HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465 (*Hangmat*) over opstal luidde het antwoord van de Hoge Raad bevestigend, maar in HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:169 (*Imagine*) over dieren ontkennd.

49. Er zijn tal van andere voorbeelden van vernieuwingen die in literatuur positief zijn beoordeeld zoals het stelsel van nietigheden en vernietigbaarheden dat – met uitzondering van art. 3:40 BW (zie noot 5 hierboven) – met de invoering van Boek 3 en 6 BW ingrijpend is gemoderniseerd (Hijma 2017) en de gemeenschapstitel (Perrick 2017; Van Veen 2005; Van Veen 2018).

50. Pavillon 2017.

51. Hondius 2002.

52. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 m.o. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*), sindsdien vaste rechtspraak en heersende leer. Zie recent bijv. HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677 (*Webwinkel*) over de ambtshalve toetsing aan de vele informatieplichten van webwinkels.

53. Onder meer Moerel e.a. 2016; Gerards & Van Schaick 2019; Berlee e.a. 2020; Op Heij 2021; Linardatos 2021; Wibier 2016.

54. Zie onder meer Tjong Tjin Tai, Van Gulijk & Wibier 2021, p. 401-423. In voetnoot 2 van de bijdrage van Tjong Tjin Tai zijn veel verdere verwijzingen naar anderen te vinden.

regelgeving. Hier dient allereerst genoemd te worden de onrechtmatigheidsrubriek ‘strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’ van artikel 6:162 BW. Deze open geformuleerde onrechtmatigheids-categorie was reeds onder het oude recht in de rechtspraak aanvaard in het standaardarrest *Lindenbaum/Cohen*.⁵⁵ In die zin bracht het nieuwe BW niet veel nieuws, enkel een codificatie van wat krachtens de rechtspraak al gold. Evenwel blijkt deze open norm door de jaren heen een dankbare grond voor rechtsontwikkeling te zijn. Een recent voorbeeld is de reeds aangehaalde *soft law* inzake klimaataansprakelijkheid in *Milieudefensie/Royal Dutch Shell* en, ruimer, de doorwerking van grond- en mensenrechten in het privaatrecht, ook tussen burgers onderling.⁵⁶ Beide worden via de open zorgvuldigheidsnorm het burgerlijk recht ‘in getrokken’.

Ook de vervanging van de objectieve goede trouw door de redelijkheid en billijkheid, die hun wettelijke grondslag hebben gevonden in artikel 6:2 BW (voor verbintenissen) en artikel 6:248 BW (voor obligatoire overeenkomsten),⁵⁷ heeft het privaatrecht in Nederland sterk beïnvloed, zo niet blijvend veranderd, doordat het in de rechtspraak heeft geleid tot het veelvuldig hanteren van gezichtspuntencatalogi als rechtsvindingsmethode. Het belang van het begrippenpaar redelijkheid en billijkheid voor het hedendaagse burgerlijk recht kan moeilijk worden overschat. Snijders gaat zover te stellen dat de redelijkheid en billijkheid de dienst uitmaken in het huidige BW⁵⁸ en inderdaad liggen ze ten grondslag aan veel privaatrechtelijke leerstukken en zijn ze onderwerp van veel literatuur en rechtspraak.⁵⁹ Een illustratief voorbeeld is de verjaring. Op zichzelf is de sterk gewijzigde regeling van de verjaring in het BW al een voorbeeld van een redelijk geslaagde verandering in het BW. Bij de totstandkoming van het nieuwe BW was het de bedoeling om te komen tot een consistent systeem van verjaringstermijnen met een sterke nadruk op de rechtszekerheid.⁶⁰ Dat is zeker gelukt, zij het dat men meende dat bij de aard van het leerstuk past dat daarbij harde regels worden gehanteerd waarop geen uitzondering mogelijk is. Inmiddels weten we dat de redelijkheid en billijkheid zelfs hierop hebben ingegrepen. In de rechtspraak is zowel de korte (subjectieve) als de

55. HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919, p. 161.

56. Mak 2007; Sieburgh 2013; Van der Kurk & Mohring, in: *GS Verbintenissenrecht*; Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*; Trstenjak & Weingerl 2016; Emaus 2018; De Graaff 2016; Sieburgh 2015a; Schild 2012.

57. Schakelbepalingen als art. 6:216 BW zorgen voor een breder toepassingsbereik dan het verbintenissenrecht (in wezen het gehele privaatrecht). Zie over diverse soorten schakelbepalingen Hartkamp 2017.

58. Snijders 2012.

59. Voor een overzicht Schelhaas 2017, waarvan wij hier alleen noemen de proportionaliteitstendens die zich aftekent in het contracten- en aansprakelijkheidsrecht (nr. 38.2 resp. 36.3). Andere landen kennen het begrippenpaar redelijkheid en billijkheid niet, maar bereiken bijvoorbeeld met het leerstuk van rechtsmisbruik vaak vergelijkbare resultaten, zoals in België. Vergelijk onder meer Claeyes & Tanghe 2021. Zo is het in België ook gecodificeerd in art. 5.7 van het wetsvoorstel Verbintenissenrecht van 2019 (a.w., p. 794).

60. Snijders 2007.

lange (objectieve) verjaringstermijn doorbroken. Met name de doorbreking van de objectieve verjaringstermijn is opmerkelijk, aangezien juist aan die termijn de rechtszekerheid het sterkst ten grondslag ligt. In het arrest *Van Hese/De Schelde* oordeelde de Hoge Raad dat in uitzonderlijke gevallen een beroep op de lange verjaringstermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁶¹ Of dat het geval is, dient te worden beoordeeld aan de hand van een gezichtspuntencatalogus met een sterke nadruk op de omstandigheden van het geval.⁶² Hoewel de Hoge Raad er nog niet over heeft geoordeeld, lijkt er in de (lagere) rechtspraak een nieuwe doorbrekingsgrond te zijn aanvaard voor historisch onrecht, ook hier weer aan de hand van een eigen gezichtspuntencatalogus.⁶³

17.4 TE WEINIG VERNIEUWEND

Eén onderwerp van deze categorie hebben wij hierboven in paragraaf 17.2, onderdeel *Europa*, al genoemd: de bijzondere overeenkomsten van Boek 7. Wij verwijzen daarnaar. Hier bespreken wij twee andere onderwerpen. Het eerste is het fiducia-verbod van artikel 3:84 lid 3 BW waarmee belemmeringen kunnen worden opgeworpen voor de (internationale) financieringspraktijk. Het tweede is het grotendeels vasthouden aan de tweerelatie als het centrale ordeningsbeginsel bij de codificatie van het overeenkomsten- en verbintenissenrecht. Derden spelen in dit omvangrijke deel van het vermogensrecht in het BW nog steeds geen rol van betekenis. Dit was en is volgens ons niet in overeenstemming met de maatschappelijke werkelijkheid en laat te veel ruimte voor het ontgaan of afschuiven van aansprakelijkheden.

Fiduciaverbod

Een van de meest omstreden ingrepen bij de invoering van het nieuwe BW betrof de introductie van het fiduciaverbod in artikel 3:84 lid 3 BW. Onder het oude recht werd op grote schaal gebruik gemaakt van de eigendomsoverdracht tot zekerheid.⁶⁴ Een debiteur draagt daarbij – teneinde zekerheid te bieden voor nakoming van een geldelijke verplichting – een goed in eigendom over aan zijn crediteur in het vertrouwen (de fiducia) dat de crediteur na betaling van de schuld het goed weer terug zal leveren. De figuur werd gebruikt om de beperkingen te omzeilen

61. HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635, NJ 2000/430.

62. In het genoemde arrest ging het om verborgen personenschade waarbij de vordering was verjaard voordat zij kon worden ingesteld (de blootstelling aan asbest leidde tot een vorm van kanker die zich pas decennia later openbaarde).

63. Rb. Den Haag 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BS8793 (*Rawagedeh*), waarover Loth 2018.

64. De eigendomsoverdracht tot zekerheid werd in 1929 door de Hoge Raad erkend in twee arresten (HR 25 januari 1929 ECLI:NL:HR:1929:392, NJ 1929/616 m.nt. P. Scholten (*Bierbrouwerij-arrest*) en HR 21 juni 1929, ECLI:NL:HR:1929:317, NJ 1929/1096 (*Hakkers/Van Tilburg*)).

die onder het oude BW aan de vestiging van pandrecht verbonden waren.⁶⁵ Meijers was een fervent tegenstander van de zekerheidsoverdracht waarbij hij zich beriep op zowel dogmatische als praktische bezwaren.⁶⁶ Dogmatisch omdat de constructie in strijd zou zijn met het goederenrechtelijke systeem, aangezien de schuldeiser met het eigendomsrecht meer rechten en bevoegdheden kreeg dan zijn positie als crediteur rechtvaardigde. Hiermee werd volgens Meijers de regeling van pandrecht omzeild. De praktische bezwaren waren in de kern te herleiden tot de wens om de fiduciair debiteur te beschermen tegen de gevolgen van de hierboven genoemde overbedeling in recht die in de positie van de fiduciair crediteur besloten lag.⁶⁷ Het verzet tegen de zekerheidsoverdracht heeft er uiteindelijk toe geleid dat deze in het nieuwe BW met de inwerkingtreding van artikel 3:84 lid 3 BW werd verboden en werd vervangen door het stille pandrecht.⁶⁸ Het fiduciaerverbod is in de literatuur kritisch ontvangen.⁶⁹ De bepaling zou belemmeringen opwerpen voor een goed functionerende financieringspraktijk en zij zou slecht passen in de internationale ontwikkelingen van het zekerheidsrecht.⁷⁰ De regeling zou daarmee miskennen dat de aanvaarding van fiduciaire rechtsfiguren in de internationale rechtsontwikkeling juist in opmars is. Illustratief is in dit verband dat in het Caribisch deel van ons Koninkrijk, waar het fiduciaerverbod nooit is geïntroduceerd, inderdaad anders dan in Nederland een uitgebreide regeling van de trust is ingevoerd.⁷¹ In die zin lijkt de introductie van het fiduciaerverbod in het nieuwe BW een verstarrende werking te hebben gehad. Anderzijds moet de betekenis niet worden overschat; ontwikkelingen in de rechtspraak en in internationaal verband hebben de betekenis van het fiduciaerverbod inmiddels aanzienlijk beperkt. Sinds het *Sogelease*-arrest is duidelijk dat het fiduciaerverbod door de Hoge Raad beperkt wordt uitgelegd.⁷² Tevens is het fiduciaerverbod met de invoering van artikel 7:55 BW niet van toepassing op de financiële zekerheidsovereenkomsten. Daarnaast brengt het Haags Trustverdrag met zich dat dat de buitenlandse trust reeds in ons recht wordt aanvaard. Volgens sommige auteurs is het een kwestie van tijd voordat een trustachtige figuur ook in het Nederlandse vermogensrecht wordt erkend.⁷³

65. Zie art. 1198 (oud) BW waarin enkel een vuistpandrecht was opgenomen hetgeen een belemmering voor de financieringspraktijk opleverde. Vorderingen konden op hun beurt enkel openbaar verpand worden.

66. De Lange & Meijers, p. 273 e.v.

67. Nieuwesteeg 2020.

68. Zie uitgebreid over deze ontwikkeling: Nieuwesteeg 2020.

69. Hartkamp 2012; Bartels 2012; Hartlief 2018. Zie tevens Struycken & Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, waar een opsomming wordt gegeven van alle voor- en tegenstanders.

70. Zie Van den Heuvel 2005 & Van Andel 2007.

71. De Boer 2019.

72. HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, NJ 1996/119 m.nt. W.M. Kleijn (*Sogelease*).

73. Struycken & Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*.

De tweerelatie als centraal ordeningsbeginsel met slechts specifieke uitzonderingen

De wetgever van het nieuwe BW heeft ervoor gekozen het in artikel 1376 (oud) BW verankerde relativiteitsbeginsel, op grond waarvan overeenkomsten alleen van kracht zijn tussen de contracterende partijen, niet over te nemen. Het beginsel ligt weliswaar nog steeds ten grondslag aan de regeling van het overeenkomstenrecht naar nieuw recht, aldus de wetgever van het nieuwe BW, maar omdat onder het oude recht reeds veel uitzonderingen en nuanceringen waren aangebracht alsook om ruimte te bieden aan de rechtsontwikkeling op dit gebied, heeft hij ervan afgezien het beginsel opnieuw uitdrukkelijk te verwoorden.⁷⁴ Wel heeft hij een aantal onder het oude recht in rechtspraak en literatuur erkende uitzonderingen in het nieuwe BW gecodificeerd.⁷⁵ Voorts heeft hij – en dat is nieuw – in artikel 6:279 BW een regeling opgenomen voor de meerpartijenovereenkomst. Hoewel beperkt tot één artikel, heeft het onderwerp hiermee een naam in het wetboek gekregen.⁷⁶ Daarnaast zijn er de gevallen van derdenwerking in niet in de wet geregelde gevallen. Voor een deel waren die er onder het oude recht al.⁷⁷ Wij noemen zonder volledigheid: de derdenwerking van (exoneratie)bedingen ten voordele of nadele van derden,⁷⁸ de situatie waarin een wanprestatie van een partij bij een overeenkomst tevens een onrechtmatige daad oplevert jegens een derde⁷⁹ en gevallen waarin er dusdanige (lots)verbondenheid bestaat tussen twee of meer overeenkomsten dat een bevoegdheid of verweermiddel uit de ene contractuele verhouding kan doorwerken in de andere.⁸⁰ Deze laatste categorie was in de beginjaren van het nieuwe BW nieuw en veelbelovend. Zij heeft tot veel publicaties geleid, waaronder enkele dissertaties die vanuit verschillende conceptuele begrippen, zoals samenhangende verhoudingen, groepen van contracten en netwerkaansprakelijkheid,⁸¹ de gevallen proberen af te bakenen. Het is niet gelukt, omdat het er steeds om gaat waar men

74. Parl. Gesch. Boek 6, 1981, p. 916 e.v.

75. Zie voor een overzicht Asser/Sieburgh 6-III 2018/531-600; Hijma e.a. 2022 en Vranken 2002.

76. Hierover: Tjong Tjin Tai 2019.

77. Zie over de derdenwerking van overeenkomsten buiten de in wet geregelde gevallen o.a.: Du Peron 1999, p. 71 e.v.; Van Laarhoven 2006; Sieburgh 2015b; Van Dongen 2016; Van Dongen 2017; Zegveld 2018; en als meest recent en met een heel breed overzicht, Tjong Tjin Tai 2019.

78. HR 7 maart 1969, NJ 1969/249 (*Gegaste uien*); HR 12 januari 1979, NJ 1979./362 (*Securicor*) en HR 20 juni 1986, NJ 1987/35 (*Citronas*). Zie hierover: Van Gulijk 2015.

79. HR 3 mei 1946, NJ 1946/323 (*Staat/Degens*); HR 17 november 1967, NJ 1968/42 m.nt. GJS (*Pos/Van den Bosch*); HR 29 mei 1998, NJ 1999/98 m.nt. JBMV (*Zonneranda's of Mooiman/Netjes*); HR 24 september 2004, NJ 2008/587 (*Vleesmeesters/Alog*); HR 20 januari 2012, NJ 2012/59 (*Wierds/Visseren*); HR 28 maart 2014, NJ 2014/194 (*Joba/Tjin-Hin-Tjoe*); HR 11 juni 2014, NJ 2015/2 (*Eneco/Stichting Ronde van Nederland*) en HR 14 juli 2017, NJ 2017/364 (*Vissers/Compaen*) m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai. Zie hierover: Lamers & Rossum 2017; HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3106 (*Forelfilet*), r.o. 5.1.4 en 5.1.5.

80. HR 23 januari 1998, NJ 1999/97 m.nt. J.B.M. Vranken (*Jans/FCN*); HR 29 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2660, NJ 1999/98 m.nt. J.B.M. Vranken (*Mooijman/Netjes*); HR 14 januari 2000, NJ 2000/307 m.nt. J.B.M. Vranken (*Meissnes/Arenda*).

81. Zie noot 77.

de grens legt. Kennelijk wil de rechtspraak (Hoge Raad) op dit ogenblik geen verdere stappen zetten. Daarmee lijkt de rechtsontwikkeling waarvoor de wetgever van het nieuwe BW ruimte creëerde, op een rustpunt te zijn gekomen. Hopelijk is het geen eindpunt. Hetzelfde hopen wij voor de hierboven genoemde, wel in het nieuwe BW erkende uitzonderingen in wet en rechtspraak en voor de meerpartijenovereenkomst. Die zijn ook niet of nauwelijks verder ontwikkeld.⁸² Evenmin zijn er op dit terrein nieuwe rechtsfiguren bij gekomen.

Van belang voor het onderwerp overeenkomst en derden zijn ook de nieuwe bepalingen van artikel 6:171 BW en artikel 6:172 BW, over de aansprakelijkheid van een opdrachtgever voor fouten van een zelfstandig hulp persoon (niet-ondergeschikte) bij het verrichten van de opgedragen werkzaamheden ter uitoefening van diens bedrijf, respectievelijk van een vertegenwoordigde voor fouten van een vertegenwoordiger bij de uitoefening van de hem als zodanig toekomende bevoegdheden. Eveneens nieuw is artikel 6:76 BW, waarin staat dat wanneer een schuldenaar bij de uitvoering van een verbintenis gebruik maakt van de hulp van andere personen, hij voor hun gedragingen als voor eigen gedragingen aansprakelijk is. Alle drie bepalingen bevatten in het BW geïntroduceerde uitbreidingen van de aansprakelijkheid voor handelingen en gedragingen van derden, maar wel met een stevige handrem, omdat de cruciale voorwaarden – ter uitoefening van diens bedrijf, ter uitoefening van de hem als vertegenwoordiger toekomende bevoegdheden, en ter uitvoering van diens verbintenis – nogal restrictief worden uitgelegd.⁸³ Met name artikel 6:76 en 6:171 BW zijn daardoor niet echt van de grond gekomen.

Het geheel van de huidige wettelijke en jurisprudentiële regelingen omtrent de positie van derden in het overeenkomsten- en verbintenissenrecht overziend, stellen wij vast dat zij geen hulp bieden tegen constructies waarbij een partij welbewust derden inschakelt om haar aansprakelijkheid te ontgaan of af te schuiven. Het is niet gebruikelijk om (ook) vanuit dit perspectief de problematiek van overeenkomsten en derden te benaderen. Het zou meer aandacht verdienen, menen wij. Tot nu toe wordt het verschijnsel alleen benoemd in het rechtspersonenrecht met het leerstuk misbruik van rechtspersoonlijkheid (vereenzelviging). Aan de daarvoor geldende eisen is echter niet snel voldaan.⁸⁴ Vaker komt de *doorbraak* van

82. Misschien dat in HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1355, NJ 2017/364 (*Vissers c.s./Compaen*) een aanvulling of aanscherping kan worden gelezen in de zin dat voor toepassing van de rechtsregels van HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587 (*Vleesmeesters/Alog*) en HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496, NJ 2012/59 (*Wierds/Visseren*) niet nodig is dat de betrokken contractspartij wanprestatie heeft gepleegd om jegens een derde maatschappelijk onzorgvuldig te handelen. Ook zonder wanprestatie kan daarvan sprake zijn. Het hangt af van de omstandigheden van het geval, waarvan de Hoge Raad er een reeks noemt.

83. Vergelijk HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0657, NJ 2002/495 (*Kwantum/Geldnet*) voor art. 6:76 BW en HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD7395, NJ 2002/75 (*Delfland/Stoeterij*) voor art. 6:171 BW.

84. In HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, NJ 2000/698 m.nt. Maeijer (*Rainbow*) is de vereenzelviging als uitzondering aangemerkt en zal de crediteur die benadeeld is zijn toevlucht moeten nemen tot een onrechtmatige daad.

aansprakelijkheid bij rechtspersonen voor. Alleen heeft die niet per se met misbruik te maken, evenmin als de pas later ontwikkelde bestuurdersaansprakelijkheid.⁸⁵ Buiten het rechtspersonenrecht kan het verschijnsel zich onder meer voordoen wanneer de partij die een product of dienst wil leveren, zich bedient van tussenpersonen – al of niet rechtspersonen – die niet bij haar in dienst zijn en ook niet als haar vertegenwoordiger optreden, maar die zij nauwgezet en dwingend instrueert. Indien de tussenpersonen fouten maken, kunnen die niet aan hen toegerekend worden. De tussenpersonen zelf bieden vaak geen verhaal. De miljoenen effectenleasetransacties tussen 1990 tot 2022 waren op deze manier georganiseerd. Het duurde tot 2016, met vervolg in 2022, voordat het optreden van de tussenpersonen in één type geval (de tussenpersoon had de afnemer geadviseerd) aan de aanbieder als achterliggende partij kon worden toegerekend, en dat was dan nog alleen omdat er publiekrechtelijk regelgeving bestond die adviseeren door tussenpersonen verbood en de aanbieder die dit wist of behoorde te weten een contracteerverbod oplegde.⁸⁶ Degene die zijn verkoop of dienstverlening op deze manier inkleedt, kan heel handig zelf lang buiten schot blijven.

De digitale ontwikkelingen en de platformeconomie openen nog weer nieuwe mogelijkheden, maar die waren in 1992 nog niet te voorzien. Een voorbeeld is wanneer de achterliggende partij niet meer zelf het product of de dienst levert, maar uitsluitend aanbieders en afnemers op haar digitale platform met elkaar in verbinding brengt en daarvoor, op enigerlei manier, een vergoeding ontvangt van een of van beide partijen. De overeenkomst wordt rechtstreeks gesloten tussen aanbieder en afnemer.⁸⁷ Bekende voorbeelden van dit type platforms zijn Airbnb, Marktplaats, Uber, Deliveroo, Take Away, TaskRabbit (klussen) en Peerby (uitlenen). Te veel bemoeienis van de platformbeheerder met wat de aanbieders moeten doen, kan meebrengen dat hij zijn beoogde neutrale bemiddelende rol kwijtraakt en de aanbieders als zijn werknemers worden aangemerkt, zoals inmiddels in recht-

85. Wanneer de bestuurder, kort gezegd, een ernstig persoonlijk verwijt treft, waarbij twee hoofdtypen worden onderscheiden (Asser-Sieburgh 6-IV 2019/336). Daarnaast is er ook de aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover de rechtspersoon (art. 2:9 BW) en tegenover de gezamenlijke schuldeisers in faillissement (art. 6:248 BW).

86. HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2026:2012 (*Beckers/Dexia*): een cliëntenremisier (tussenpersoon) mocht niet adviseren. Wat een advies is, was evenwel omstreden totdat in een prejudiciële procedure van HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:862 (*Dexia/Yüksel*) hierover meer duidelijkheid is gegeven.

87. Er is dan sprake van bemiddeling. Zie HR 19 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1725, NJ 2021/396 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Airbnb*), alsook HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527 (*Booking.com*). In HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, NJ 2016/108 (*Duinzigt*) is geoordeeld dat geen sprake is van bemiddeling wanneer er enkel een 'elektronisch prikbord' is en partijen is toegestaan ook rechtstreeks met elkaar te contracteren. Over dit onderscheid onder meer A-G De Bock in haar conclusie ECLI:NL:PHR:2020:890, punt 3.49-3.71 voor HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527 (*Booking.com*).

spraak over Uber is geoordeeld.⁸⁸ De ontwikkeling is Europees breed – een EU-richtlijn hierover is in de maak⁸⁹ – en nog lang niet voltooid, maar wij moeten volstaan met deze heel korte signalering.⁹⁰

17.5 ANTWOORD OP DE WHAT IF-VRAAG

‘*What if...?*’-onderzoek levert veel speculatieve en onzekere resultaten op, schreven wij in het begin van ons artikel. Het minst onzeker zijn wij over paragraaf 17.2, de autonome ontwikkelingen. Die hadden zich naar alle waarschijnlijkheid ook zonder een nieuw BW voorgedaan. Nieuwe, niet voorziene ontwikkelingen zijn onvermijdelijk, bij iedere codificatie. Ze houden ook niet op; er zullen altijd nieuwe ontwikkelingen bij komen. Voor de nabije toekomst denken wij onder meer aan een versterking van de bijdrage van het privaatrecht (vermogensrecht) aan het realiseren van publieke belangen en waarden,⁹¹ zoals duurzaamheid, circulaire economie, klimaat, digitalisering, genderinclusiviteit, en diversiteit. Binnenkort kan daar, met een beroep op het EVRM, het Handvest voor de grondrechten van de Europese Unie en het Kinderrechtverdrag, misschien aan worden toegevoegd armoede en haar verwoestende effecten op gezins- en familielevens, onderwijs, zorg, levensverwachting en kansen voor kinderen, bijvoorbeeld bij ontbinding van woninghuurovereenkomsten wegens betalingsachterstand. Betrokkenen bij de nieuwe ontwikkelingen zijn naast de overheid private rechtspersonen, burgers, semipublieke instellingen en ngo’s. Wie welke taak te vervullen heeft, kan alleen rechtsgebiedoverschrijdend (publiek- en privaatrecht samen, met mensenrechten bovenaan) en multidisciplinair worden bepaald. In het voetspoor hiervan wordt effectieve handhaving steeds belangrijker en dat leidt, verwachten wij, tot een amalgaam van pri-

88. Rb. Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029, waarin een opsomming is te vinden waaraan de chauffeurs moeten voldoen willen ze Uberchauffeur blijven. Er is nauwelijks ruimte voor eigen invulling. Buitenlandse beslissingen in dezelfde zin gingen al voor, met name in de UK in de zaak *Uber BV and others vs. Aslam and others* [2021] UKSC 5. Zie ook HvJ EU 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:981 (*Elite Taxi/Uber Systems Spain*).

89. Concept-EU-Richtlijn tot verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk, december 2021. Ook andere regelingen komen eraan, zoals de Digital Services Act en de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten. De Moderniseringsrichtlijn consumentenbescherming moet sinds 28 mei 2022 geïmplementeerd zijn. Deze richtlijn scherpt andere richtlijnen aan, onder meer ten aanzien van onlinemarktplaatsen, onlinezoekfunctionaliteiten en onlinereviews. Zo moeten onlineplatforms consumenten informeren met wie het contract wordt gesloten, met het platform of met een derde.

90. Zie behalve de in noten 53 en 54 genoemde literatuur, ook Schaub 2020; Mak 2020; Mak 2021; Van Schaick 2022, p. 161-163.

91. Het onderwerp is al heel oud en heeft bijvoorbeeld in de jaren negentig van de vorige eeuw een bloeiperiode gekend. Ook voor Meijers was het al een onderwerp van belang: privaatrecht werd meer en meer doortrokken van publiekrechtelijke elementen. Hij wilde die een plaats geven in het BW. Zie Meijers 1961, p. 7. Dat is niet gelukt. Een recent overzicht geven Keirse & Mak 2022, p. 70 e.v. Over de functie van de markt in het privaatrecht schrijft Van Boom 2020. Zie ook het nieuwe sectorplan Nederlandse rechtenfaculteiten Rethinking Public Interests in Private Relationships (REPP): www.sectorplan-ssh.nl.

vaat- en publiekrechtelijke sancties, en tot aandacht voor procesrechtelijke instrumenten, zoals collectieve acties, onder meer in de vorm van *public interest litigation*. Over de andere paragrafen zijn wij onzeker. De vernieuwingen van paragraaf 17.3 die goed hebben uitgepakt, zijn misschien niet louter creatieve vondsten van de wetgever, maar hij heeft wel geluisterd naar de tekenen van de tijd en die ingepast in het BW. Als dat juist is, zouden de vernieuwingen zonder wetboek wellicht ook zijn doorgebroken, waarschijnlijk in de rechtspraak. Voor de onderwerpen van paragraaf 17.4 waarbij wij een gebrek aan vernieuwing meenden te constateren, geldt mogelijk het omgekeerde: indien ze wel op de door ons gewenste manier waren opgenomen in het BW, is niet uit te sluiten dat ze tot niets hadden geleid. Dan hadden wij ze kunnen toevoegen aan het rijtje 'vernieuwingen die volgens ons niets hebben gebracht'.⁹² Mogelijk zijn de tijdsgeest en de daarbij behorende maatschappelijke ontwikkelingen veel bepalender voor een geslaagde rechtsontwikkeling op een bepaald deelterrein dan codificatie. De wetgever kan die niet bijbenen, rechtspraak wel. De opvolgers van Meijers hebben dit al snel onderkend. Hele leerstukken zijn overgelaten aan de rechtspraak. Ook overigens komen abstracte bepalingen pas tot leven in de casuïstiek van de rechtspraak. In handboeken en commentaren gaat het inmiddels, na dertig jaar, meestal minder om de bedoelingen van de wetgever dan om een uitleg van rechterlijke uitspraken. Het rechtspraakregister is zeker zo lang als onder het oude recht. De rol van de rechtspraak is derhalve onder het nieuw Burgerlijk Wetboek onverminderd groot.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Van Andel 2007

W.J.M. van Andel, 'Heeft het fiduciaverbod zijn langste tijd gehad?', *Tijdschrift voor insolventierecht* 2007, afl. 1, p. 1-7.

Asser/Hartkamp 3-I 2019

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Asser/Sieburgh 6-III 2018

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/Sieburgh 6-IV 2019

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Asser/Vranken Algemeen deel*** 2005

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel****, Deventer: Kluwer 2005.

92. Zie de voorbeelden in noot 5.

Asser/Vranken Algemeen deel **** 2014

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel*****, Deventer: Kluwer 2014.

Bartels 2012

S.E. Bartels, '20 jaar Nieuw BW en het goederenrecht: er is in die tijd veel-weinig* gebeurd. *Doorhalen wat niet van toepassing is', *Ars Aequi* 2012, p. 478-486.

Berlee e.a. 2020

A. Berlee e.a., *De toekomst van de jurist, de jurist van de toekomst* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2020-1), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

De Boer 2019

J. de Boer, *Het nieuwe BW overzee. Afwijkingen in het BW van Aruba, Curaçao, Sint Maarten, de BES-eilanden en Suriname ten opzichte van het Europees-Nederlandse BW* (Monografieën BW nr. A31), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Van Boom & Van Gestel 2015

W.H. van Boom & R.A.J. van Gestel, 'Rechtswetenschappelijk onderzoek. Een samenvatting van de uitkomsten van een landelijke enquête', *NJB* 2015/960, afl. 20, p. 1336-1347.

Van Boom 2020

W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt. Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

Van Buchem-Spapens 1986

A.M.J. van Buchem-Spapens, *Anticipatie* (Monografieën BW nr. A23), Deventer: Kluwer 1986.

Busch e.a. 2002

D. Busch e.a., *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Carroll 2013

R. Carroll, 'Apologies as a Legal Remedy', *Sydney Law Review* 2013, p. 317-347.

Claeys & Tanghe 2021

I. Claeys & T. Tanghe, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen: Intersentia 2021.

Van Dam 2017

C.C. van Dam, *Enhancing Human Rights Protection: a Company Lawyer's Business* (oratie Rotterdam), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2017.

Degenkamp 2013

J. Degenkamp, '20 jaar nieuw BW; vanaf het begin verouderd?!', *NJB* 2013/60, p. 87.

Van Dongen 2016

S. van Dongen, *Groepen van contracten* (diss. Nijmegen; Serie Onderneming en Recht, deel 95), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van Dongen 2017

S. van Dongen, 'Overeenkomst en derden na 25 jaar nieuw BW', *WPNR* 2017/7133, p. 61-67.

Emaus 2013

J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht. Over de inpassing van de fundamentele rechtsschending in het Nederlandse burgerlijk recht*, Den Haag: Boom juridisch 2013.

Emaus 2018

J.M. Emaus, 'Grondrechten, gamechangers: Over recente ontwikkelingen op het gebied van de doorwerking van de Europese grondrechten in het vermogensrecht', *MvV* 2018, afl. 7/8, p. 246-254.

Enneking e.a. 2014

L. Enneking e.a., *Zorgplichten van Nederlandse ondernemingen inzake internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen. Een rechtsvergelijkend en empirisch onderzoek naar de stand van het Nederlandse recht in het licht van de UN Guiding Principles*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

Florijn 1994

E. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek 1994* (diss. Maastricht), Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 1994.

Gerards & Van Schaick 2019

J.H. Gerards & A.C. van Schaick, *Digitalisering, vermogensrechten, de platformeconomie en grondrechten. Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2019.

Giesen 2007

I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Monografieën Privaatrecht, nr. 8), Deventer: Kluwer 2007.

De Graaff 2016

R. de Graaff, 'De betekenis van redelijkheid en billijkheid voor de bescherming van grondrechten', *RM Themis* 2016, afl. 4, p. 202-213.

Van Gulijk 2015

S. van Gulijk, 'Derdenwerking van exoneratiebedingen: een analyse van recente rechtspraak en enige opmerkingen over de ontwikkeling van dit leerstuk vanuit het bouwcontractenrecht', *WPNR* 2015/7057, p. 320-326.

Hartkamp 2012

A.S. Hartkamp, 'Het nieuwe BW – ontwikkelingen sinds 1992', *Ars Aequi* 2012, afl. 1, p. 48-55.

Hartkamp e.a. 2014

A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht* (Onderneming en recht, nr. 81-II), Deventer: Kluwer 2014.

Hartkamp 2017

A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het vermogensrecht* (Monografieën BW A1), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Hartlief 2018

T. Hartlief, 'Waarın een klein land groot kan zijn', *NJB* 2018/1237, afl. 25, p. 1776-1778.

Van den Heuvel 2005

N.W.M. van den Heuvel, 'Eigendom tot zekerheid 10 jaar na Sogelease', *Onderneming en Financiering* 2005, afl. 67, p. 2-11.

De Hoogh & Lindenberg 2012

A.N.L. de Hoogh & S.D. Lindenberg, 'Risicoaansprakelijkheden. Over verwachtingen, ontwikkelingen en verwachtingen', *Ars Aequi* 2012, p. 669-675.

Hijma 2017

J. Hijma, 'Nieuw nulliteitenrecht', *WPNR* 2017/7133, p. 10-17.

Hijma e.a. 2022

Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Hondius 2002

E.H. Hondius, 'Tien jaar nieuw Burgerlijk Wetboek: de regeling van de algemene voorwaarden', *WPNR* 2002/6472, p. 48-53.

Hoogenboezem 2014

K.P. Hoogenboezem & M.C. Hees, 'Het verbod tot erkenning van aansprakelijkheid', *WPNR* 2014/7025, p. 638-642.

Hulst 2008

J.E. Hulst e.a., 'Excuses in het privaatrecht', *WPNR* 2008/6772, p. 778-784.

Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*

K.J.O. Jansen, 'Doorwerking van grondrechten, internationaal recht en rechtsbeginselen in zorgvuldigheidsnormen', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer.

Keirse & Mak 2022

A. Keirse & V. Mak, 'Op de schommel tussen autonomie en repressie: Een privaatrechtelijk perspectief op de repressieve samenleving', in: J. Bijlsma e.a., *De repressieve samenleving. Vanuit civiel-, bestuurs- en strafrechtelijk perspectief* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2022-1), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Keus 2019

L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht* (Monografieën BW nr. A30), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Klaassen 2015

C. Klaassen, 'Risicoaansprakelijkheden, bijna een kwart eeuw later. Terugblik op het proefschrift "Risicoaansprakelijkheid. De afdelingen 6.3.2 en 6.3.3, alsmede art. 31 Wegenverkeerswet"', *Verkeersrecht* 2015, afl. 12, p. 446-452.

Koers e.a. 2009

A.W. Koers e.a., *Kwaliteit & Diversiteit. Rechtswetenschappelijk onderzoek in Nederland*, Rapport van de Evaluatiecommissie Rechtswetenschappelijk Onderzoek 2003-2008, Amsterdam: Vrije Universiteit Amsterdam 2009.

Kolder & Oldenhuis 2017

A. Kolder & E.T. Oldenhuis, '25 jaar risicoaansprakelijkheid voor personen en zaken', *WPNR* 2017/7133, p. 46-52.

Van der Kurk & Mohring, in: *GS Verbintenissenrecht*

A. van der Kurk & M.E.A. Mohring, 'Doorwerking van grondrechten', in: R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.), *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Van Laarhoven 2006

M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

Lamers & Van Rossum 2017

A.H. Lamers & M.M. van Rossum, 'Samenhangende rechtsverhoudingen in het overeenkomstenrecht in nader perspectief: de Hoge Raad zet de deur verder open. Noot naar aanleiding van HR 14 juli 2017, *NJ* 2017/364 (*Vissers c.s./Compaen*)', *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2017, afl. 6, p. 354-358.

De Lange & Meijers 1936

C.J. de Lange & E.M. Meijers, *Eigendomsoverdracht tot zekerheid: prae-adviezen uitgebracht voor de jaarlijksche algemeene vergadering van de Broederschap der Notarissen in Nederland*, Amsterdam: Van Mantgem 1936.

Linardatos 2021

D. Linardatos, 'Autonome und vernetzte Aktanten im Zivilrecht. Grundlinien zivilrechtlicher Zurechnung und Strukturmerkmale einer elektronischen Person', *German Journal of Risk and Insurance* 2021, afl. 4/5, p. 347-349.

Loth 2018

M.A. Loth, 'Houdbaar recht: Over de aansprakelijkheid voor historisch onrecht', in: M.A. Loth & L.P.W. van Vliet, *Recht over tijd. Hoever reikt het privaatrecht in het verleden* (Pre-adviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2018), Zutphen: Paris 2018.

Mak 2007

C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law. Fundamental Rights in European Contract Law* (diss. Amsterdam ÚvA), Deventer: Kluwer Law International 2007.

Mak 2020

V. Mak, *Legal Pluralism in European Contract Law*, Oxford: Oxford University Press 2020.

Mak 2021

V. Mak, *De prosument en de digitale economie. Een verkenning van het privaatrecht van de toekomst* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2021.

Meijers 1961

E.M. Meijers, 'Nota over het nieuwe burgerlijk wetboek', in: C.J. van Zeben, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Voorgeschiedenis en algemene inleiding*, Deventer: Kluwer 1961.

Menting 2016

M.C. Menting, *Industry Codes of Conduct in a Multi-Layered Dutch Private Law*, Tilburg: Prisma Print 2016.

Menting, Vranken & Scheltema 2013

M.C. Menting, J.B.M. Vranken & M.W. Scheltema, *Gedragscodes in internationaal, Europees en privaatrechtelijk perspectief, Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013.

Moerel e.a. 2016

E.M.L. Moerel e.a., *Homo digitalis* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2016-1), Deventer: Wolters Kluwer 2016

Neppelenbroek 2014

E.D.C. Neppelenbroek, 'Digitale inhoud en consumentenkooprecht. Een groot bezwaar en een kleine wijziging', *NJB* 2014/413, afl. 8, p. 515-518.

Nieuwesteeg 2020

W. Nieuwesteeg, 'Het fiduciaverbod en de beschermingsgedachte: miskend, ontkend of vergeten?', *Ars Aequi* 2020, afl. 2, p. 169-178.

Op Heij 2021

D.J.B. Op Heij, *De overeenkomst over digitale inhoud in een B2C rechtsverhouding*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021.

Pavillon 2017

C.M.D.S. Pavillon, 'De aanpak van verrassende bedingen onder het nieuw BW: de mazen van afdeling 6.5.3 inzake algemene voorwaarden', *WPNR* 2017/7133, p. 53-60.

Pavillon 2021

C.M.D.S. Pavillon, 'Herijking van consumentencontractenrecht: duurzaamheid als nieuw ijkpunt', in: C.M.D.S. Pavillon & W.H. van Boom, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt* (Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2021), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021.

Perrick 2017

S. Perrick, 'De gemeenschapstitel is een geslaagd product van wetgeving', *WPNR* 2017/7133, p. 18-23.

Du Perron 1996

C.E. du Perron, 'De grote aandacht voor rechtspraak in tijdschriften', *WPNR* 1996/6207, p. 40-43.

Du Perron 1999

C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999.

Van de Pol e.a. 2017

F.Q. van de Pol e.a. (red.), *Vijftig weeffouten in het BW*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.

Van Schaick 2022

A.C. van Schaick, 'Verlos ons van de koopovereenkomst', *WPNR* 2022/7362, p. 161-163.

Schaub 2020

M.Y. Schaub, *Onlineplatformen* (Monografieën Privaatrecht nr. 19), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Schelhaas 2017

H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Monografieën BW A5), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schelhaas 2019

H.N. Schelhaas & A.J. Verheij, *Bijzondere Overeenkomsten*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Schild 2012

A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Sieburgh 2013

C.H. Sieburgh, 'De betekenis van grondrechten voor het algemene vermogensrecht', in: J.H. Gerards & C.H. Sieburgh (red.), *Fundamentele rechten*, Deventer: Kluwer 2013.

Sieburgh 2015a

C.H. Sieburgh, 'Waarom het Unierecht de invloed van grondrechten op het privaatrecht aanjaagt en versterkt', *RM Themis* 2015, afl. 1, p. 3-13.

Sieburgh 2015b

C.H. Sieburgh, 'Nul, één, drie, veel. De gevalsgeladen benadering van samenhangende overeenkomsten', *WPNR* 2015/7045, p. 16-26.

Smits 1996

J.M. Smits, "'A Brooding omnipresence in the sky's": over rechtsontwikkeling en buitenlandse literatuur', *WPNR* 1996/6207, p. 44-47.

Snel & Vranken 2019

M.V.R. Snel & J.B.M. Vranken, 'Het gefinancierde rechtswetenschappelijk onderzoek onder de loep', *Ars Aequi* 2019, afl. 9, p. 712-719.

Snijders 2007

W. Snijders, 'Een blik op het BW', *NJB* 2007/3, afl. 1, p. 10-16.

Snijders 2012

H.J. Snijders, 'Redelijkheid en billijkheid in het vermogensrecht van het Burgerlijk Wetboek voor en na 1992', *Ars Aequi* 2012, afl. 10, p. 771-778.

Snijders 2017

H.J. Snijders, 'NBW-vermogensrecht 25 jaar', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2017, afl. 12, p. 317-320.

Spath 2015

H. Spath, 'Digitale gegevensuitwisseling tegen betaling lijkt op koop, of niet?', *NTBR* 2015/15, afl. 4, p. 101-103.

Struycken & Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*

T.H.D. Struycken & M.A. Heilbron, 'Schraping van het fiduciaverbod?', in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Tjong Tjin Tai & Verbruggen 2022

T.F.E. Tjong Tjin Tai & P. Verbruggen, 'Onderzoeksmethoden in de rechtswetenschap. Over pluraliteit en vernieuwing', *NJB* 2022/2, afl. 1, p. 4-12.

Tjong Tjin Tai 2012

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Twintig jaar nieuw BW: bijzondere overeenkomsten. Van oude wetboeken, de dingen die voorbijgaan...', *Ars Aequi* 2012, afl. 11, p. 869-874.

Tjong Tjin Tai 2019

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Meerpartijenovereenkomst en samenhangende overeenkomsten* (Monografieën BW nr. A29), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Tjong Tjin Tai, Van Gulijk & Wibier 2021

T.F.E. Tjong Tjin Tai, S. van Gulijk & R.M. Wibier, *Privaatrechtelijke aspecten van servitization* (WPNR 2021/7326, themanummer), Den Haag: Sdu Uitgevers 2021.

Trstenjak & Weingerl 2016

V. Trstenjak & P. Weingerl, *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*, Cham: Springer 2016.

Vandenbussche 2019

W. Vandenbussche, 'Introducing Apology Legislation in Civil Law Systems. A New Way to Encourage Out-of-Court Dispute Resolution', in: L. Cadiet, B. Hess & M.R. Isidro (red.), *Privatizing Dispute Resolution. Trends and Limits* (Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, volume 18), Baden-Baden: Nomos 2019.

Van Veen 2005

W.J.M. van Veen, *Bedrijfsopvolging bij personenvennootschappen*. Preadvies Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.

Van Veen 2018

W.J.M. van Veen, 'De personenvennootschap en de bijzondere gemeenschap', *NJB* 2018/1240, afl. 25, p. 1788-1793.

Van Veen 2022

W.J.M. van Veen e.a., *De klimaatzaak tegen Shell* (ZIFO-Reeks nr. 35), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Veldt 2020

G. Veldt, *Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Verbruggen 2014

P. Verbruggen, *Enforcing Transnational Private Regulation: A Comparative Analysis of Advertising and Food Safety*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2014.

Verheij 2010

N. Verheij, 'Excuus is geen recht', *NTB* 2010, afl. 3, p. 67-68.

Verheij 2012

A. Verheij, 'Wie is verantwoordelijk voor hanteerbaar privaatrecht?', in: A.L.M. Keirse e.a., *Beter Burgerlijk Recht: Jubileumbundel van de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2012.

Vines 2007

P. Vines, 'The power of apology: mercy, forgiveness or corrective justice in the civil liability arena', *Journal of Law and Social Justice* 2007, afl. 1, p. 1-51.

Vranken 2002

J.B.M. Vranken, 'Overeenkomst en derden na tien jaar nieuw BW: een kritische evaluatie', *WPNR* 2002/6472, p. 39-47.

Vranken 2005

J.B.M. Vranken, 'Moderne dogmatiek. Over de denkstijl van Herman Schoordijk', *WPNR* 2007/6693, p. 22-30.

Wibier 2016

R. Wibier, 'Big data en goederenrecht', *WPNR* 2016/7110, p. 427-436.

Wijntjens 2016

L.A.B.M. Wijntjens, 'Excuses en aansprakelijkheid: In hoeverre en op welke wijze beïnvloeden excuses het oordeel van de rechter?', *WPNR* 2016/7092, p. 82-88.

Wijntjens 2020

L.A.B.M. Wijntjens, *Als ik nu sorry zeg, beken ik dan schuld? Over het aanbieden van excuses in de civiele procedure en de medische tuchtprocedure*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

Zegveld 2018

C. Zegveld, *Netwerkaansprakelijkheid voor gebrekkige samenhangende zorg* (diss. Tilburg), Tilburg: Prisma Print 2018.

Zwart-Hink 2017

A.M. Zwart-Hink, 'Moet wie excuses aanbiedt ook schade vergoeden? Mythe en werkelijkheid over het verband tussen excuses en aansprakelijkheid', *NJB* 2017/2032, afl. 38, p. 2800-2808.

Enkele conclusies

Redactie

18.1 ALGEMEEN

In dit laatste hoofdstuk trekken we een aantal conclusies; we kiezen daarbij een aantal thema's die op verschillende plekken in het boek een rol spelen en die naar onze smaak relevant zijn om wat nader op in te zoomen. Allereerst kijken we in paragraaf 18.2 naar de meergelaagde rechtsorde die met name onder invloed van het EVRM en het EU-recht de afgelopen dertig jaar is uitgebouwd binnen het privaatrecht. Die invloed is soms subtiel en dan weer woest uitdagend. Verschillende bijdragen vragen daar aandacht voor. Vervolgens bespreken we in paragraaf 18.3 de bijdragen over de opkomst van nieuwe technologie, hoe specifieke regelgeving daar kaders voor stelt en hoe die kaders zich verhouden tot het tamelijk *low tech*-gehalte van het BW. De actuele noodzaak om onze maatschappij en economie te verduurzamen en meer circulair te maken dan deze de afgelopen dertig jaar was, komt in paragraaf 18.4 aan bod. Ons Koninkrijk kent verschillende BW's en daarom is er alle reden voor vergelijking. De bijdragen die daarover gaan, worden besproken in paragraaf 18.5. Ten slotte besteden we in paragraaf 18.6 aandacht aan de academische context: de veranderingen in de manier waarop we de afgelopen dertig jaar het BW bestudeerden.

18.2 EUROPA EN HET BW

Bij de invoering van Boek 3, 5 en 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992 was 'Europa' nauwelijks in beeld. Toegegeven, in het al eerder ingevoerde Boek 1 waren de gevolgen van het *Marckx*-arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens verdisconteerd.¹ Op het terrein van het rechtspersonenrecht was het eveneens al eerder ingevoerde Boek 2 beïnvloed door regelgeving van (toen) de Europese Economische Gemeenschap.² De eerste richtlijn op het terrein van het

1. EHRM 13 juni 1979, NJ 1980, 462 m.nt. E.A. Alkema (*Marckx/België*). Vgl. art. 1:199 BW.
2. Zie hierover in algemene zin Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/32.

vennootschapsrecht had al geleid tot de invoering van de bv als nieuwe rechtsvorm, maar ook nadien zijn veel grote wijzigingen in het rechtspersonenrecht (mede) het gevolg geweest van Europese regelgeving.³ Op het gebied van het vermogensrecht was de invloed van 'Brussel' tot 1992 echter beperkt. Er was een klein aantal Europese richtlijnen die her en der waren geïmplementeerd. Zo werden twee EEG-richtlijnen die al in het oude BW waren geïmplementeerd, overgezet naar de nieuwe codificatie: de Richtlijn misleidende reclame en de Richtlijn productaansprakelijkheid.⁴ Twee andere richtlijnen, de Colportagerichtlijn en de Richtlijn handelsagentuur, waren buiten het BW gehouden.⁵ Voor het overige gold: 'Europa, ach ja, dat is voor het publiekrecht wel interessant, het biedt interessante mogelijkheden voor het rechtspersonenrecht, maar in het vermogensrecht hoeven we daar niet echt iets mee.' Die opvatting werd korte tijd later steeds moeilijker houdbaar. Met de in 1993 vastgestelde Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten⁶ kon nog rekening worden gehouden bij de vaststelling van de nieuwe regeling voor algemene voorwaarden in afdeling 6.5.3 BW. De Richtlijnen pakketreizen, timeshare en zelfs koop op afstand konden als tamelijk exotische onderwerpen in Boek 7 BW worden 'weggestopt'.⁷ Dit werd een stuk lastiger met de Richtlijn consumentenkoop, al voldeed de in titel 7.1 BW opgenomen regeling al grotendeels aan deze richtlijn.⁸ Sinds de eeuwwisseling dringt een niet aflatende stroom 'oneigen' rechtsfiguren 'ons' BW binnen. De Richtlijn betalingsachterstanden bij handelstransacties leidde tot de nieuwe figuur van de wettelijke handelsrente in artikel 6:119a BW,⁹ en de Richtlijn elektronische handel zelfs tot uitgebreide nieuwe regelingen in Boek 3 en Boek 6,¹⁰ om van de implementatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken in afdeling 6.3.3a BW en de Dienstenrichtlijn in de nieuwe afdeling 6.5.2a BW nog maar te zwijgen.¹¹ Opvallend is dat richtlijn-bepalingen onder druk van de Europese Commissie woordelijk en *in extenso* in het BW worden overgenomen. Dat, gevoegd bij de gestaag groeiende hoeveelheid Europees privaatrecht, maakt dat van de oorspronkelijke nummering van wetsartikelen hier en daar weinig is overgebleven. Waar we met de implementatie van de

3. Eerste Richtlijn 68/151/EEG (Bv-richtlijn).

4. Zie resp. Richtlijn 84/450/EEG (Misleidende reclame), geïmplementeerd bij Wet van 6 juni 1980, *Stb.* 1980, 304 en Richtlijn 85/374/EEG (Productaansprakelijkheid), geïmplementeerd bij Wet van 13 september 1990, *Stb.* 1990, 487. Met deze wet werden art. 1407a tot en met 1407j BW ingevoerd.

5. Richtlijn 85/577/EEG (Colportagerichtlijn), geïmplementeerd bij Wet van 3 juli 1989, houdende wijziging van de Colportagewet, *Stb.* 1989, 301 resp. Richtlijn 86/653/EEG (Handelsagentuur), geïmplementeerd in het Wetboek van Koophandel bij Wet van 5 juli 1989, *Stb.* 1989, 312.

6. Richtlijn 93/13/EEG (Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten).

7. Richtlijn 90/314/EEG (Pakketreizen), Richtlijn 94/47/EG (deeltijdgebruik onroerende goederen), resp. Richtlijn 97/7/EG (koop op afstand).

8. Richtlijn 1999/44/EG (Consumentenkoop en garanties).

9. Richtlijn 2000/35/EG (Betalingsachterstand bij handelstransacties).

10. Richtlijn 2000/31/EG (Diensten van de informatiemaatschappij), geïmplementeerd in art. 3:15a-3:15f en art. 6:227a-6:227c BW.

11. Richtlijn 2005/29/EG (Oneerlijke handelspraktijken), geïmplementeerd in art. 6:193a-6:193j BW; Richtlijn 2006/123/EG (Dienstenrichtlijn), geïmplementeerd in 6.5.2a BW (art. 6:230a-6:230f BW).

Richtlijn consumentenrechten en de Richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht nog net toekonden met de letters van het alfabet als toevoeging aan de artikelnummers,¹² zijn we bij de omzetting van de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten inmiddels toe aan *dubbele* letters: artikel 7:50aa tot en met 50ap BW in titel 7.1AA BW.¹³

Al die Europese regels leiden dus in elk geval tot een spaghetti van wetsartikelen. Sommigen zullen met weemoed terugdenken aan het netjes aangeharkte BW van 1 januari 1992 en klagen dat al die Europese invloeden de fraaie systematiek en coherentie van ons burgerlijk recht in gevaar brengen.¹⁴ Maar het zou veel te beperkt zijn, of zelfs ronduit misleidend, om alleen met die weemoedige blik naar de ontwikkelingen van de afgelopen dertig jaar te kijken. Het Unierecht heeft het Nederlandse privaatrecht ook veel gebracht. Naast soms wat exotisch ogende onderwerpen als pakketreizen heeft ‘Europa’ ons een juridisch raamwerk geboden om in te spelen op het ontstaan van het internet en daarmee van het elektronisch contracteren. De regels over koop op afstand, ontworpen met het oog op de traditionele postorderbedrijven, bleken bijvoorbeeld ook bruikbaar voor de stormachtige opkomst van webwinkels. Instrumenten als bedenktijden en precontractuele informatieplichten en de regels over oneerlijke handelspraktijken hebben geleid tot een veel uitgebreidere regeling van de precontractuele fase. Waar we ons in het verleden naar aanleiding van arresten als *Baris/Riezenkamp* en *Plas/Valburg* wel bezighielden met de vraag of er gedurende de precontractuele fase al verplichtingen kunnen ontstaan tussen partijen, is dat naar geldend recht eigenlijk geen vraag meer.¹⁵ De volgende ‘golf’ van rechtsontwikkeling met een belangrijke rol voor de EU is de toenemende bescherming van mkb-bedrijven tegenover grotere ondernemingen, zowel binnen als buiten het BW. Denk aan de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen, de Verordening Online-tussenhandeldiensten en de Digitaledienstenverordening.¹⁶

In veel bijdragen aan dit boek komen aspecten van EU-recht en de invloed van het EVRM aan de orde. Deze rechtsordes zijn de afgelopen dertig jaar verder doorge-

12. Richtlijn 2011/83/EU (Consumentenrechten) werd art. 6:230g-6:230z BW. Richtlijn 2014/104/EU (Kartelschade) werd art. 6:193k-6:193t BW.

13. Richtlijn (EU) 2019/770 (Digitale inhoud en digitale diensten), geïmplementeerd in art. 7:50aa-7:50ap BW in titel 7.1AA BW.

14. En anderzijds kunnen we ons afvragen waarom een regeling als Richtlijn (EU) 2019/633 (Oneerlijke handelspraktijken in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen) juist niet in het BW maar in een afzonderlijke wet is beland (Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen, *Stb.* 2021, 178).

15. HR 15 november 1957, *NJ* 1958/67 m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*); HR 18 juni 1982, *NJ* 1983/723 m.nt. C.J.H. Brunner (*Plas/gem. Valburg*).

16. Richtlijn (EU) 2019/633 (Oneerlijke handelspraktijken in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen); Verordening (EU) 2019/1150 (Verordening Onlinetussenhandeldiensten); Verordening (EU) 2022/2065 (Digitaledienstenverordening; ook wel: Digital Services Act). Vgl. ook de bescherming van de bedrijfsmatig handelende partij door de recente invoering van titel 7.16 BW inzake franchiseovereenkomsten (*Stb.* 2020, 251).

drongen in onze manier van kijken naar het BW. Zo is de relevantie en impact van het EVRM zichtbaar in bijdragen die liggen aan de twee uitersten van ons BW. In de op Boek 1 BW betrekking hebbende bijdrage van Michels en Punselie gaat het daarbij om de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Zij plaatsen afstammings- en gezagsrecht in een mensenrechtelijk perspectief en bepleiten een nieuw en duurzaam ontwerp. Van Bochove behandelt in haar bijdrage over Boek 10 de bescherming van de door het EHRM erkende niet-persoonlijke persoonlijkheidsrechten in conflictenrechtelijk perspectief. Ook Van Deursen en Giesen besteden aandacht aan de rol die het EVRM in de dialoog tussen rechter en wetgever op het terrein van het privaatrecht speelt.

In verschillende bijdragen wordt het vizier gericht op de regelgeving van de Europese Unie. Dat geldt in de eerste plaats voor het deels rechtshistorische artikel van Van Dongen en Milo en voor de bijdrage van Wijntjens en Vranken. In de bijdrage van Berlee en Op Heij staat het snijvlak van het Europese gegevensbeschermingsrecht en Europese consumentenrecht centraal. In het artikel van Duivenvoorde en Goanta passeren de regels over algemene voorwaarden, oneerlijke handelspraktijken en digitale inhoud de revue. Schelhaas en De Graaf gaan in op de bijzondere regels voor commerciële contracten – denk aan dienstenovereenkomsten – die sinds 1992 onder invloed van het Europese recht in het BW zijn geïmplementeerd. In het aansprakelijkheidsrecht wordt de Europese invloed – zowel EU-recht als EVRM – ook krachtig gevoeld. Zie bijvoorbeeld de bijdrage van Wallinga waarin hij de (mogelijke) bijdrage van de bancaire zorgplicht aan de verduurzaming analyseert. En zelfs in de ‘Caribische’ bijdragen van Barbiere en Klaassen, en van Frielink en Hamers, komt het Europese (privaat)recht aan de orde: in beide bijdragen worden verschillen tussen het Nederlandse privaatrecht en dat van de Caribische landsdelen ten dele verklaard door de beperkte invloed van Europees recht in genoemde landsdelen.

Slechts in enkele bijdragen ontbreekt de Europese dimensie. Dat geldt bijvoorbeeld voor de goederenrechtelijke bijdragen in deze bundel, van Vos en Wilod Versprille over het appartementsrecht, van Van der Plank over het deelgebruik van zaken, en van Nieuwesteeg en Van Vliet over het zekerhedenrecht in de Caribische landsdelen. Niet geheel toevallig geldt dat juist op het terrein van het goederenrecht nauwelijks harmonisatie heeft plaatsgevonden.

18.3 EEN OUD RAAMWERK, NIEUWE TECHNOLOGIE EN SPECIFIEKE REGELGEVING

Sinds de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 hebben zich op technologisch vlak tal van ontwikkelingen voorgedaan die de wereld om ons heen flink hebben veranderd. Door de opkomst van het internet zijn innovaties als het online kopen van producten en diensten, social media en andere platforms niet meer weg te denken. Ontwikkelingen zoals de opkomst van het ‘internet of things’, de ver-

spreiding van kunstmatige intelligentie en de verfijning van blockchaintoepassingen volgen elkaar in rap tempo op. Nieuwe juridische regels die daar betrekking op hebben, zien we vaak in het consumentenrecht dat grotendeels voortkomt uit Europese richtlijnen en verordeningen. Verschillende bijdragen aan dit boek houden zich bezig met de verhouding tussen deze nieuwe technologieën, het dertig jaar oude juridische raamwerk van het BW en de technologiespecifieke regels die gaandeweg zijn ingevoerd.

Zo richten Berlee en Op Heij zich in hun bijdrage op de verbinding tussen het consumentenrecht en het gegevensbeschermingsrecht. Zij onderzoeken waar het overlapt en waar het schuurt. Zo moet een handelaar die digitale inhoud of digitale diensten aan een consument verstrekt in ruil voor persoonsgegevens aan bepaalde informatieplichten voldoen op grond van zowel het consumenten- als het gegevensbeschermingsrecht. In zo'n geval van overlap geldt volgens de auteurs dat voor de interpretatie van die plichten in het ene gebied ook de afbakening en uitleg zoals gegeven aan soortgelijke bepalingen uit het andere rechtsgebied relevant kunnen zijn. Schuren doet het in het geval van de onredelijk bezwarende bedingen en de toestemming van betrokkene als grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens als tegenprestatie voor de levering van digitale inhoud. De auteurs beargumenteren dat de mogelijke uitbreiding van de grijze en/of zwarte lijst van onredelijk bezwarende bedingen of het buiten toepassing laten op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid slechts geringe betekenis kan hebben in relatie tot de toestemming voor de verwerking van persoonsgegevens als tegenprestatie voor de levering van digitale inhoud.

Duivenvoorde en Goanta bespreken in hun bijdrage de contractuele verhouding tussen socialmediaplatforms en hun gebruikers. Zij concluderen dat de relatie tussen platform en gebruiker zich kenmerkt door een grote mate van onevenwichtigheid, die voor een deel voortkomt uit de complexiteit en ondoorzichtigheid van de werking van deze platforms. Het BW geeft volgens de auteurs weliswaar handvatten die onevenwichtigheid aan te pakken, maar niet zonder dat dit tot allerlei tot complexe vragen leidt. Het ligt huns inziens voor de hand dat de Europese wetgever ingrijpt.

Schelhaas en De Graaf onderzoeken niet het consumentenrecht, maar het ondernemerscontractenrecht. In het eerste deel van hun bijdrage spreken zij zich uit over de hanteerbaarheid van allerlei ingewikkelde maatstaven (zoals omzetzempels) om te bepalen wie een kleine commerciële contractant is en bescherming behoeft. Zij concluderen dat als met gebruikmaking van het internet automatisch wordt gecontracteerd, die maatstaven onwerkbaar zijn en het recht in zijn faciliterende functie tekortschiet. De balans die zij bepleiten tussen het vertrouwde raamwerk van het vermogensrecht en de nieuwe regelgeving is dus niet primair op differentiatie maar op werkbaarheid gericht.

Ook in de bijdrage van Frielink en Hamers in Deel VI komt de rol van technologische ontwikkeling aan de orde, en dan met name in het rechtspersonenrecht. Zij

zien in de nabije toekomst een ondersteunende rol in de bestuurskamers voor artificial intelligence (AI) weggelegd. De genoemde bijdragen laten zien dat op de besproken gebieden soms sprake is van overlap en schuren, en dat soms verduidelijken en ingrijpen noodzakelijk is. Wij verwachten dat de Europese wetgever vooral meer zal gaan ingrijpen. Of overlap en schuren wordt voorkomen en duidelijkheid toeneemt, valt te bezien. De bijdragen laten nu al zien dat in de praktijk de werkbaarheid van allerlei oude en nieuwe regels onder druk staat. Die weerbaarheid zal bij meer regelgeving naar onze verwachting alleen maar toenemen. Het is te hopen dat de aandacht voor een coherent, consistent en in de praktijk werkbaar rechtssysteem niet verslapt.

18.4 EEN DUURZAAM EN CIRCULAIR BW

Rond 1992 stonden thema's als duurzaamheid en circulariteit in juridisch opzicht nog in de kinderschoenen. Maatschappelijk gezien was er zeker groeiende aandacht voor de grenzen aan onze groei. Al in 1972 werd door de Club van Rome gewaarschuwd dat als de westerse maatschappij in hetzelfde tempo bleef consumeren, binnen honderd jaar grote problemen zouden ontstaan met bevolkingsgroei en industriële productie. In het rapport 'Grenzen aan de groei' werd voor het eerst mondiale aandacht gevraagd voor de verbanden tussen economische groei, industrialisatie, milieuvraagstukken en armoede- en ontwikkelingsproblematiek. Pas in 1987 werden in het Brundtland-rapport 'Our Common Future' door de Verenigde Naties uitgangspunten geformuleerd voor een duurzame planeet. Duurzame ontwikkeling zou het middel worden om tot een duurzame samenleving te komen, aldus de Commissie-Brundtland, die stelde dat de (toen) huidige generatie in al haar beslissingen rekening moest houden met de behoeften van toekomstige generaties.

Duidelijk is dat die maatschappelijke aandacht voor het onderwerp niet al tot juridische veranderingszin uitgroeide toen in 1992 het BW van kracht werd. De urgentie werd niet zo sterk gevoeld als nu, dertig jaar later, het geval is. Pas sinds de Europese Commissie de laatste jaren politieke ambities op het gebied van duurzaamheid ontwikkelt,¹⁷ komen ook juridische vraagstukken uitdrukkelijker aan de orde en raken juristen nauwer betrokken bij het slechten van juridische drempels die het halen van duurzame beleidsdoelen belemmeren. De ambitie van de stap van een duurzame samenleving naar een circulaire economie in de nationale lidstaten, te bereiken in 2050, heeft veel pennen in beweging gebracht, ook als het gaat om privaatrechtelijke vraagstukken. Onder meer op het terrein van het goederrecht, contractenrecht, consumentenrecht, bouwrecht en aansprakelijkheidsrecht (productaansprakelijkheid, 'public interest litigation', oneerlijke handelspraktijken) is de afgelopen jaren veel te doen geweest over de juridische kaders, de

17. Mededeling van de Commissie over de *Green Deal*, COM/2019/640 final.

mogelijkheden en beperkingen van het privaatrecht om bij te dragen aan duurzaamheid en een circulaire economie. Daarbij is vanzelfsprekend steeds het huidige Burgerlijk Wetboek als uitgangspunt genomen, terwijl daarin weinig duurzaamheidsbepalingen zijn opgenomen. Het is daarom goed dat in deze bundel ook bijdragen zijn opgenomen waarin wordt vooruitgeblikt op de transitie naar een circulaire economie en welke wettelijke regelgeving daarvoor nodig is.

De bijdrage van Van der Plank gaat over de vraag of de transitie naar een circulaire economie een gewijzigde kijk op het concept eigendom vereist. Zij beantwoordt die vraag negatief. Hoewel volgens Van der Plank in de rechtspraak natrekkingsregels vaak nogal ruim worden toegepast, wat voor circulair bouwen een hindernis vormt, is zij van mening dat (op een enkele uitzondering na) we terughoudend moeten zijn met het doorvoeren van ingrijpende wijzigingen in het bestaande goederenrechtelijke systeem. Zij acht het beter om via (aanvullende) regelgeving circulariteit te bevorderen. De tweede bijdrage over dit thema is van de hand van Wallinga, die schrijft over duurzame beleggers en hun rechtsverhouding tot de financiële dienstverlener. Wallinga beschrijft dat de sterk toegenomen aandacht voor duurzame beleggingen zal leiden tot meer aandacht voor de mogelijkheden die privaatrechtelijke handhaving te bieden heeft voor deze beleggers, waarbij zij in toenemende mate een beroep kunnen gaan doen op de financiële duurzaamheidsregels van EU-origine. Voor wat betreft het BW voorziet hij dat een gestage uitbreiding van de bijzondere zorgplicht, gecombineerd met de toenemende rol die in het privaatrecht wordt toebedeeld aan bedrijven om klimaatverandering tegen te gaan, voor een uitdijende maatschappelijke verantwoordelijkheid van financiële dienstverleners op dit vlak gaat zorgen. Wallinga inspireert met zijn gedachten over de 'hybridisering' van rechtsmiddelen waardoor beleggers een beroep op uiteenlopende privaatrechtelijke rechtsmiddelen kunnen baseren op schending van (implementatie van) de financiële duurzaamheidsregels, zoals een vordering tot schadevergoeding uit wanprestatie of onrechtmatige daad. Ook Wallinga besluit met een pas op de plaats: laten we na dertig jaar Nieuw Burgerlijk Wetboek behoedzaam omgaan met het zorgvuldig opgebouwde systeem van het nationale privaatrecht.

18.5

PERSPECTIEVEN UIT DE CARIBISCHE KONINKRIJKSDELEN

Het Koninkrijk der Nederlanden bestond op het moment dat in Nederland het nieuwe BW werd ingevoerd in 1992 uit drie landen: Nederland, de Nederlandse Antillen en Aruba. Het nieuwe BW werd alleen in Nederland ingevoerd. In de Nederlandse Antillen en Aruba bleef vooralsnog het bestaande, oude BW van kracht, dat overigens op een aantal punten afweek van het oude Nederlandse BW. In respectievelijk 2001 en 2002 werd ook in de Nederlandse Antillen en Aruba een nieuw BW ingevoerd. Er werd voor gekozen om in grote lijnen het Nederlandse BW te volgen, maar hier en daar zijn er ook andere keuzes gemaakt. Binnen het Koninkrijk geldt op grond van artikel 39 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlan-

den het concordantiebeginsel. Artikel 39 Statuut bepaalt dat onder meer het burgerlijk recht en het handelsrecht in de landen van het Koninkrijk 'zoveel mogelijk op overeenkomstige wijze geregeld' worden. Het schrijft dus niet voor dat het burgerlijk recht en het handelsrecht in de verschillende landen *gelijk* moeten zijn.¹⁸ Evenmin schrijft het voor dat de Caribische landen Nederland moeten volgen, zoals in het verleden wel het geval was; er is sprake van wederkerigheid, zij het dat daarvan in de praktijk niet veel terecht komt.

Er zijn dus verschillen tussen de BW's van de verschillende landen van het Koninkrijk, terwijl ook de BES-eilanden, die de status hebben van openbaar lichaam van Nederland – vaak wordt gesproken over een 'bijzondere gemeente' – een eigen Burgerlijk Wetboek hebben. In de loop van de tijd zijn (ook) de Caribische BW's aangevuld, waarbij soms keuzes zijn gemaakt die afwijken van het Nederlandse recht. De vraag die in de verschillende bijdragen centraal staat, is of deze keuzes gelukkige keuzes zijn en of de Nederlandse wetgever niet vaker moet kijken naar de keuzes die door de Caribische wetgevers worden gemaakt. Dus niet alleen de vraag wat de Caribische landen kunnen leren van Nederland, maar ook wat Nederland kan leren van de Caribische landen.

In hun bijdrage over het rechtspersonen- en personenvennootschapsrecht geven Frielink en Hamers aan dat de Caribische wetgeving regelmatig voorloopt op die van Nederland. Op bepaalde punten heeft de Caribische wetgever oplossingen bedacht voor problemen die zich in Nederland eveneens voordoen. Het is dan jammer dat hier in Nederland niet naar wordt gekeken. Dat wil overigens niet zeggen dat de Caribische oplossingen altijd overgenomen moeten of kunnen worden (denk aan Europese verplichtingen die gelden voor Nederland, maar niet voor de Cariben). Andersom bezien moeten de Caribische landen evenmin zonder meer Nederlandse regels en oplossingen overnemen. Het Caribische recht moet rekening houden met de eigenheid van de samenleving en de sociale context van de eilanden alsmede de ligging in het Caribisch gebied, met belangrijke handelspartners in de (Latijns-)Amerikaanse omgeving, waarbij ook het recht van de Caribbean Community, CARICOM, een rol speelt. Frielink en Hamers constateren niettemin dat er wat betreft het rechtspersonenrecht veelal overbodige verschillen bestaan tussen de regels in de verschillende landen van het Caribische deel van het Koninkrijk. Zij pleiten dan ook voor het instellen van een Gemeenschappelijke Wetgevingsraad. Wat het personenvennootschapsrecht betreft, zijn zij van mening dat meer concordantie wenselijk is.

De bijdrage van Nieuwesteeg en Van Vliet gaat over zekerheidseigendom. Wijn-tjens en Vranken stellen in hun bijdrage in Deel VII dat een van de meest omstreden ingrepen bij de invoering van het nieuwe BW de introductie van het fiducia-verbod betrof. In de Cariben hebben de wetgevers dit fiduciaverbod niet overgenomen, zonder de fiduciaire eigendom wettelijk te regelen, maar tegelijkertijd ook

18. Vgl. De Boer 2019, nr. 6.

een wettelijke regeling van het stil pandrecht ingevoerd. Volgens Van Mierlo was het een zegen dat de fiduciaire eigendom in Aruba (en dit zal ook gelden voor Curaçao, Sint Maarten en de BES-eilanden) bleef bestaan.¹⁹ De vraag kan worden gesteld of dit inderdaad zo is. In hun bijdrage onderzoeken Nieuwesteeg en Van Vliet de problemen die kunnen ontstaan door het naast elkaar bestaan van fiduciaire overdracht en stil pandrecht. Aan de hand van vele mogelijke casusposities komen zij tot de gezamenlijke conclusie dat het invoeren van een regeling van het stil pandrecht naast de figuur van zekerheidseigendom vele lastig te beantwoorden vragen oplevert. Hoewel die vragen niet tot jurisprudentie aanleiding hebben gegeven, wil dat niet zeggen dat er zich in de praktijk geen problemen kunnen voordoen. Beide auteurs zien dan ook geen heil in het naast elkaar bestaan van beide figuren, maar in hun conclusie leggen ze elk voor zich verschillende accenten. Nieuwesteeg zet wel vraagtekens bij het verbod op de zekerheidsoverdracht in Nederland. Hij vraagt zich af wat, gelet op de ervaringen overzee, nu zo te vrezen valt van de zekerheidsoverdracht zelf. Hij wijst er verder op dat ook het nieuwe pandrecht geen rustig bezit is. Van Vliet geeft aan dat door de complexiteit van de volledig ongecodificeerde fiduciaire overdracht het stille pandrecht te prefereren valt, ondanks dat de regeling ervan geen schoonheidsprijs verdient en een hoofd-pijnleerstuk is geworden.

Barbiërs en Klaassen gaan in op de collectieve actie met een ideëel doel. De mogelijkheid om als belangenorganisatie een collectieve actie met een ideëel doel in te stellen vormt een belangrijk instrument ter verwezenlijking van de toegang tot het recht in zaken waarin dit anders problematisch zou zijn. Zowel in Nederland als in de Cariben biedt artikel 3:305a BW hiervoor een grondslag en heeft de collectieve actie met een ideëel doel bewezen in een behoefte te voorzien. Het Nederlandse artikel 3:305a BW is sinds de introductie hiervan in 1994 diverse malen gewijzigd. Hierbij zijn met name de ontvankelijkheidsvereisten die aan collectieve belangenbehartigers worden gesteld aangescherpt. De reden hiervoor is in belangrijke mate gelegen in de verplichting tot implementatie van Europees recht alsook in de behoefte meer waarborgen te bieden voor een zorgvuldige belangenbehartiging. In de Burgerlijke Wetboeken van Aruba, de BES-eilanden, Curaçao en Sint Maarten is nog altijd het equivalent van artikel 3:305a BW opgenomen zoals deze wetsbepaling in Nederland luidde in 1994. In tegenstelling tot Nederland heeft in de andere delen van het Koninkrijk dus géén verzwaring of nadere concretisering van ontvankelijkheidsvereisten voor collectieve acties plaatsgevonden. Barbiërs en Klaassen brengen de rechtsontwikkeling in kaart wat betreft de ontvankelijkheidseisen voor collectieve acties met een ideëel doel en bespreken de toepassing hiervan in enkele concrete zaken binnen het Koninkrijk. Zij wijzen erop dat de Nederlandse wet (art. 3:305a lid 6 BW) de rechter weliswaar de mogelijkheid biedt om voor collectieve acties met een ideëel doel onder omstandigheden (deels) af te wijken van

19. Van Mierlo 1997, p. 25 e.v.

het in de loop der jaren aangescherpte ontvankelijkheidsregime, maar dat de ontvankelijkheidseisen niettemin voor de nodige complicaties en processueel debat zorgen. Zij werpen de vraag op of de efficiënte en effectieve rechtsbescherming die een collectieve actie beoogt te bieden met de Nederlandse wetwijzigingen steeds is gediend. Zij constateren dat de pas op de plaats die aan Caribische zijde op dit punt is gemaakt – al dan niet bewust – misschien zo gek nog niet is, althans wat betreft (sommige) ontvankelijkheidseisen voor ideële collectieve acties, in het bijzonder bij ideële collectieve acties die niet zien op schadevergoeding in geld. Voor Nederland lijkt er echter geen weg terug (ook gelet op Europeesrechtelijke verplichtingen), zo concluderen zij.

De Caribische wetgeving kent dus op bepaalde punten voordelen boven de Nederlandse. Soms is dat omdat bepaalde regelingen in Nederland eerder zijn ingevoerd dan in de Cariben, waardoor de Caribische wetgevers kunnen profiteren van ervaringen die in de praktijk en de jurisprudentie met de regeling zijn opgedaan. Hierdoor heeft de Caribische wetgever enerzijds aanpassingen achterwege kunnen laten, en anderzijds weeffouten, omissies en in de praktijk gerezen problemen met de regeling kunnen rechtekken. Een voorbeeld van dit laatste is de door Frielink en Hamers genoemde oplossing voor de zogenoemde Bas-C-problematiek betreffende aanvaardingen door een vennootschap in oprichting waardoor de vennootschap na de oprichting wordt gebonden. In andere gevallen heeft de Caribische wetgever regelingen en constructies waarover weliswaar in Nederland is gesproken in de politiek of de literatuur, maar die daar niet tot regelgeving hebben geleid, wel ingevoerd. Hierbij kan worden gedacht aan het afschaffen van de legitieme portie in het erfrecht en het bieden van betere bescherming van timesharegerechtigden door het mogelijk te maken om een onroerende zaak ook op te splitsen in deeltijdappartementenrechten.²⁰ Ten slotte hebben de Caribische wetgevers ook regelingen ingevoerd die zijn overgenomen dan wel geïnspireerd door de (Latijns-)Amerikaanse omgeving. Voorbeelden zijn de mogelijkheid om een dubbele achternaam te voeren²¹ en de regeling van de trust.²²

De Nederlandse wetgever kan dus ook wat leren van de Caribische wetgevers. Soms omdat in de Cariben oplossingen zijn te vinden voor problemen die ook in

20. Een constructie die is uitgewerkt door Mertens in zijn preadvies voor de Koninklijke Notariële Broederschap uit 1997, (Mertens 1997). Zie met verdere verwijzingen ook Bollen 2019. In de jaargang van 2019 van *Ars Aequi* stonden de blauwe pagina's in het teken van Caribisch recht. In deze bijdragen zijn meer voorbeelden te vinden van wetgeving uit de Cariben die ook voor Nederland interessant (kunnen) zijn.

21. Zie hierover met verdere verwijzingen Klik & Schols 2022.

22. Zie ook de bijdrage van Wijntjens en Vranken. De regelgeving betreffende de trust in het BW is in Aruba overigens wel ingevoerd, maar nog niet in werking getreden. Het is de vraag of dit zal gaan gebeuren.

Nederland spelen, soms omdat innovatieve regelgeving in de Cariben wel is ingevoerd en soms omdat in de Cariben is of wordt 'geëxperimenteerd'.²³

18.6 LAW AND...

Sinds 1992 heeft Rechtsgeleerdheid als academische discipline niet stilgestaan. Daarvoor kenden wij uiteraard al doctrinair onderzoek, rechtsvergelijkend onderzoek en de 'recht en...'-benadering, zoals de rechtsgeschiedenis, rechtsfilosofie, rechtstheorie, de rechtssociologie, en – hoewel die nog groeiende was²⁴ – de rechtseconomie. In de periode na 1992 zette Stolker in 2003 de juridische discipline op scherp: geleerd is zij wel, maar hoe wetenschappelijk is zij eigenlijk?²⁵ Wat volgde was een discussie over de aard en methoden van de rechtswetenschap. Een van de positieve uitkomsten van die discussie was dat in de loop der jaren binnen de academische wereld een hernieuwde belangstelling ontstond voor de empirische dimensies van het privaatrecht. Er kwam onderzoek naar de aannames in het privaatrecht over menselijk denken, beslissen en handelen, en naar de uitwerking van privaatrechtelijke regels op het handelen van ondernemingen en overheden.²⁶ Wat volgde in ons land was een langzame beweging van het verwerken van dit soort onderzoek naar het zelf ontwikkelen en uitvoeren ervan op terreinen relevant voor het privaatrecht.²⁷

Wat ons betreft hebben alle genoemde 'recht en...'-benaderingen met elkaar gemeen dat deze zelfstandig beoefend kunnen worden (en ook vaak worden), maar dat de uitkomsten daarvan ook een perspectief of reflectie kunnen bieden op, een model bieden voor, of relevante argumenten opleveren voor de analyse van het geldende recht en de ontwikkeling daarvan. Hoewel vorm en methoden van dit soort onderzoek flink verschillen, is de gemene deler in elk geval dat de onderzoekers die zich ermee bezighouden, de kennis van het privaatrecht willen verbeteren, en niet per se iets willen toevoegen aan de kennis in die andere disciplines zoals de sociale wetenschappen. Dat maakt samenwerking met die disciplines niet eenvoudig, maar de aanhoudende jurist lijkt wel te winnen. Er is 'thuis' overigens ook nog wel wat werk te verzetten zolang sommige juristen deze pogingen tot multidisciplinariteit tot methodenstrijd willen reduceren of zelfs spreken van minachting voor de rechtsgeleerdheid als volwaardig discipline.²⁸ Een pluriforme

23. Het woord 'experiment' in dit verband is van Nieuwesteeg en Van Vliet. Gekeken kan dan worden of sprake is van een geslaagd dan wel mislukt experiment. Dat laatste is volgens Nieuwesteeg en Van Vliet het geval bij het invoeren van het stil pandrecht naast het laten bestaan van de zekerheidsoverdracht.

24. Faure & Visscher 2018, p. 32.

25. Stolker 2003.

26. Gebruik van termen als *civilologie* en *empirical legal studies* riep overigens gemengde reacties op uit de hoek van de gevestigde rechtssociologie.

27. Pannebakker c.s. 2020, p. 9. Vgl. Crijns c.s. 2018, p. 239.

28. Vgl. over methodestrijd recentelijk Tjong Tjin Tai & Verbruggen 2022, p. 4 en over volwaardigheid van de rechtswetenschap bijv. Wibier 2020, p. 885.

rechtswetenschap die niet in polariserende termen van vermeende oikofobie wordt beoefend en monodisciplinaire beoefening gewoon als een van meerdere relevante methoden ziet, klinkt wat dat betreft aantrekkelijker.²⁹

Deze ontwikkelingen binnen de rechtswetenschap hebben niet alleen betekenis voor de perspectieven of methoden die daarbinnen worden gebruikt, maar ook voor onderwerpen zoals rechtsvinding. Door die lens kijkend, valt het nodige waar te nemen.

Hebly stelt bijvoorbeeld de principiële vraag of bij serieuze schade aan de persoon de voorkeur moet uitgaan naar een veroordeling tot periodiek uitkeren van schadebedragen ter vergoeding van toekomstige schade. Artikel 6:105 BW – begroting van toekomstige schade – laat deze werkwijze toe, maar in de rechtspraak wordt hiertoe nauwelijks overgegaan. Zou artikel 6:105 BW minder ‘neutraal’ geformuleerd moeten worden en periodiek uitkeren moeten prioriteren? Hebly combineert doctrinaire, secundair empirisch-juridische en rechtsvergelijkende perspectieven. Uit elk perspectief haalt hij verschillende argumenten voor en tegen periodieke uitkering van schadebedragen. Uiteindelijk neigt Hebly naar een verandering, maar hij schetst ook belangrijke onderzoeksvragen die voortkomen uit deze analyse. De bijdrage van Hebly laat zien hoe een combinatie van perspectieven een kritische analyse van het geldende recht mogelijk maakt.

Huijer zet de context van de wettelijke gronden voor de ondertoezichtstelling uiteen en analyseert deze kritisch vanuit gedragswetenschappelijk perspectief, waarbij hij ook gebruik maakt van data die door hemzelf zijn verzameld. Uit zijn analyse blijkt dat besluitvorming over ondertoezichtstelling per definitie plaatsvindt op het snijvlak tussen pedagogiek en recht. Vanuit dat perspectief vindt Huijer het opvallend dat weinig empirische gegevens bestaan over de besluitvorming over de noodzaak tot ondertoezichtstelling. Hij maakt inzichtelijk wat wij al wel weten over de rechtspraak, en ook dat die werkelijkheid niet altijd overeenstemt met veronderstellingen van de wetgever. Hij laat ook zien dat de wetgever weliswaar recentelijk gebruik heeft gemaakt van gedragswetenschappelijke inzichten voor het juridisch kader, maar dat in die vertaalslag iets mis is gegaan. Hij concludeert dat nog steeds onduidelijk is onder welke omstandigheden is voldaan aan de juridische vereisten voor ondertoezichtstelling, en sluit af met de stelling dat een meer diepgaande integratie van de gedragswetenschappen een belangrijke bijdrage zou kunnen leveren aan de verdere ontwikkeling van wetgeving. Interessant aan de bijdrage van Huijer is dat hij laat zien dat feit en norm in sommige gevallen dicht bij elkaar kunnen liggen en daarom in gezamenlijkheid beschouwd zouden moeten worden.

29. Vgl. over die pluriformiteit bijv. Verheij 2020, p. 2236. Interessant om te melden is dat alle inhoudelijke speerpunten uit het Sectorplan rechtsgeleerdheid 2019-2025 bol staan van multidisciplinariteit. Voor wat betreft de empirie is daar bijv. de *Netherlands Academy for Empirical Legal Studies* uit ontstaan (zie elsacademy.nl).

Het thema codificatie stond in een aantal bijdragen centraal, waarbij telkens andere perspectieven zijn gebruikt. Van Dongen en Milo werpen een rechtshistorisch perspectief op de codificatiegedachte. Zij signaleren gelijkenis tussen (periodes die voorafgingen aan en volgden op) codificatie in de vorm van de veelheid van bronnen die samenkwamen (de meerlagigheid), de instituties die betrokken waren bij de rechtsvorming, en de methoden van rechtsvinding. Ook zien zij een constante in de doelen van codificatie zoals kenbaarheid, rechtszekerheid, uniformiteit en legitimiteit. Voor dit boek is ook interessant wat zij zeggen over het streven naar overzichtelijkheid, rechtszekerheid en rechtvaardigheid. Die doelen, die volgens de auteurs overigens ook worden nagestreefd als er geen algemene codificatie bestaat, maken dat een codificatie in zekere zin slechts een momentopname is, waaromheen een proces van intensivering van rechtsvinding plaatsvindt. Zo bezien is codificatie een 'going concern' en die gedachte lijkt aan te sluiten bij de bijdrage van Van Deursen en Giesen.

In hun bijdrage geven Van Deursen en Giesen een beschouwing op het thema rechtsvinding; zij concentreren zich op de vraag of de invoering van het NBW invloed heeft gehad op de rechterlijke rechtsvorming. In hun bijdrage schetsen zij onder andere de factoren die rechterlijke rechtsvorming beïnvloeden, waarbij ze ook de methoden voor rechtsvinding betrekken. Zij maken deze analyse voor zowel de periode vóór het NBW als de periode daarna. De auteurs komen tot de bevinding dat rechterlijke rechtsvorming ook zonder de invoering van het nieuwe BW zou hebben voortgeduurd, maar dat andere methoden de overhand zouden hebben gehad.

In dezelfde 'wat als'-modus schrijven Wijntjens en Vranken over de bijdrage van Boek 3 en 6 BW aan de rechtsontwikkeling. Zij inventariseren eerst de fenomenen die ook zonder een NBW tot ontwikkeling zouden zijn gekomen; daar noemen zij bijvoorbeeld het hiervoor behandelde methodenpluralisme in de rechtswetenschap. Daarna gaan zij in op thema's die juist vanwege het NBW wel een belangrijke impuls hebben gekregen, zoals de risicoaansprakelijkheid, of een belangrijke bron van rechtsontwikkeling zijn gaan vormen, zoals de redelijkheid en billijkheid die middels gezichtspuntencatalogi is gaan functioneren als een *Fundgrube* voor rechtsvinding. Tot slot staan zij stil bij onderwerpen die de facto te weinig ontwikkeling hebben doorgemaakt, zoals de tweerelatie als centraal ordeningsbeginsel. Zij sluiten af met een bescheiden conclusie: zij zijn niet zeker dat al hun bevindingen waarheid zijn. De laatste zin van hun slotconclusie is wat ons betreft onweerlegbaar, namelijk dat de rol van de rechtspraak onverminderd groot is gebleken. Ook op de eerste dag na invoering van een nieuwe codificatie is de rechter meer dan de *bouche de la loi*.

18.7 AFSLUITING

We sluiten af. De oogst van dit vooruitgedenkboek is wat ons betreft rijk. Enerzijds is er het perspectief dat ‘alles stroomt en niets blijft’, maar anderzijds is het BW van 1992 vaak ook een orgelpunt gebleken. We zijn benieuwd wat *voortuitgedenken* zal opleveren in de jaren waarin we het robijnen en gouden jubileum mogen vieren.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015

M.J. Kroeze, H. Beckman en M.A. Verbrugh, *Asser 2 Rechtspersonenrecht. Deel I De rechtspersoon* (Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht), 9e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

De Boer 2019

J. de Boer, *Het nieuw BW overzee. Afwijkingen in het BW van Aruba, Curaçao, Sint Maarten, de BES-eilanden en Suriname ten opzichte van het Europees-Nederlandse BW* (Monografieën BW A31), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Bollen 2019

C. Bollen, ‘Betere bescherming bij timeshare via het appartementsrecht in de Caribische landen van het Koninkrijk: werkt het?’, *Ars Aequi* 2019, p. 260-261.

Crijns c.s. 2018

J. H. Crijns, I. Giesen & W. Voermans, ‘A traditional lawyer’s perspective on the importance of ELS for legal scholarship’, in: W.H. van Boom, P. Desmet & P. Mascini, *Empirical Legal Research in Action: Reflections on Methods and Their Applications*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited 2018, p. 227-260.

Faure & Visscher 2018

M.G. Faure & L.T. Visscher, ‘Rechtseconomie en privaatrecht in de Lage Landen’, in E. Dirix & J. Falconis, *Interdisciplinariteit in het recht. Law and ...-bewegingen in het privaatrecht*, Antwerpen: Intersentia 2018, p. 15-40.

Klik & Schols 2022

P. Klik & F.W.J.M. Schols, ‘Concordant (namen)recht: Antilliaans recht mag naam hebben’, *WPNR* 2022/7371, p. 397-402.

Mertens 1997

R.F.H. Mertens, ‘Appartementsrecht en timesharing/deeltijdgebruik’ in: *Naar een vernieuwd appartementsrecht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997.

Van Mierlo 1997

A.I.M. van Mierlo, ‘De ontwikkeling in de jurisprudentie van een buitenwettelijk zekerheidsrecht’, *Spes Victoriae* 1997, jaargang 1 nummer 4, p. 25-30.

Stolker 2003

C.J.J.M. Stolker, ‘“Ja, geléerd zijn jullie wel!” Over de status van de rechtswetenschap’, *Nederlands Juristenblad* 2003/15, p. 766-778.

Tjong Tjin Tai & Verbruggen 2022

T.F.E. Tjong Tjin Tai & P.W.J. Verbruggen, 'Onderzoeksmethoden in de rechtswetenschap. Over pluraliteit en vernieuwing', *NJB* 2022, p. 4-12.

Pannebakker c.s. 2020

E.S. Pannebakker, S. Voskamp, W.S. de Zanger & H. Pluut, *Onderweg naar morgen – een inventarisatie van empirische onderzoeksmethoden in juridisch onderwijs*, Platform Empirical Legal Studies 2020.

Verheij 2020

A.J. Verheij, 'Voor de rechtbank staat een been. Over de aard en de taak van de rechtswetenschap', *NJB* 2022, p. 2228-2236.

Wibier 2020

R.M. Wibier, 'De taak van de rechtswetenschapper', *NJB* 2020, p. 883-887.

OVER DE AUTEURS

Mr. D.L. Barbiers is promovendus en docent burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit.

Prof. mr. A. Berlee is hoogleraar gegevensbescherming en privacyrecht bij de Open Universiteit.

Mr. dr. L.M. van Bochove is werkzaam bij het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad der Nederlanden en als raadsheer-plaatsvervanger bij het hof Den Haag.

Mr. S. van Deursen is promovendus aan het Utrecht Center for Accountability and Liability Law (UCALL) en aan het onderzoekscluster voor Empirical Research into Institutions for conflict resolution (ERI) van de Universiteit Utrecht.

Dr. E.G.D. van Dongen is universitair hoofddocent aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht.

Dr. B.B. Duivenvoorde is universitair hoofddocent bij de Universiteit Utrecht.

Mr. dr. K. Frielink is advocaat te Curaçao.

Prof. mr. I. Giesen is hoogleraar privaatrecht bij UCALL en hoofd van het departement Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Utrecht.

Prof. mr. T.J. de Graaf is hoogleraar technologie en privaatrecht aan de Universiteit Leiden.

Dr. C. Goanta is universitair hoofddocent aan de Universiteit Utrecht.

Prof. mr. J.J.A. Hamers is hoogleraar Nationaal en Interregionaal Rechtspersonen- en Personenvennootschapsrecht aan de juridische faculteit van de Universiteit Maastricht en gastdocent Ondernemingsrecht aan de Universiteit van Aruba.

Mr. dr. M.R. Hebly is universitair hoofddocent privaatrecht aan het departement Law & Business van Erasmus School of Law, Erasmus University Rotterdam.

Dr. J.I. Huijter is universitair docent aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht en onderzoeker bij het Utrecht Centre for European Research into Family Law (UCERF) en het Empirical Research into Institutions for conflict resolution (ERI).

Prof. mr. C.J.M. Klaassen is hoogleraar burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht aan de Radboud Universiteit alsook bijzonder hoogleraar privaatrecht aan de University of Curaçao Dr. Moises da Costa Gomez.

Mr. M. Michels is PhD-fellow notarieel recht aan de Universiteit Leiden.

Dr. J.M. Milo is universitair hoofddocent aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht.

Mr. W.H.B.K. Nieuwesteeg is promovendus zekerhedenrecht aan Tilburg University en advocaat te Rotterdam.

Dr. D.J.B. Op Heij is universitair docent privaatrecht aan Tilburg University.

Prof. mr. P.J. van der Plank is hoogleraar privaatrecht aan de Open Universiteit en is als adviseur Real Estate verbonden aan Houthoff.

Prof. mr. E.C.C. Punselie is emeritus hoogleraar familierecht aan de Universiteit Leiden.

Prof. mr. H.N. Schelhaas is hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

Prof. mr. L.P.W. van Vliet is hoogleraar Kunstrecht aan de Universiteit van Maastricht.

Mr. J. Vos is werkzaam als bewaarder van het kadaster en de openbare registers bij het Kadaster.

Prof. mr. J.B.M. Vranken is emeritus hoogleraar methodologie van het privaatrecht aan Tilburg University.

Mr. dr. M.W. Wallinga is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en onderzoeker aan het Groningen Centre for European Financial Services Law (GCEFLS) van de Rijksuniversiteit Groningen.

Mr. A.H.G. Wilod Versprille is werkzaam als notaris bij Olenz Notarissen.

Dr. L.A.B.M. Wijntjens is universitair docent privaatrecht aan Tilburg University.