

## Tilburg University

### **Niets in het recht is blijvend, behalve verandering. Een onderzoek naar de betekenis en grenzen van nieuwe vormen van private regelgeving in het privaatrecht**

Vranken, J.B.M.

*Published in:*

WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie

*Publication date:*

2004

*Document Version*

Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Vranken, J. B. M. (2004). Niets in het recht is blijvend, behalve verandering. Een onderzoek naar de betekenis en grenzen van nieuwe vormen van private regelgeving in het privaatrecht. *WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, (6560), 1-13.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

J.B.M. Vranken\*

## **NIETS IN HET RECHT IS BLIJVEND, BEHALVE VERANDERING<sup>1</sup>**

**Een onderzoek naar de betekenis en grenzen van nieuwe vormen van private regelgeving in het privaatrecht.**

*In deze bijdrage ga ik in op het verschijnsel private regelgeving, zoals dat in de vorm van gedragscodes, richtlijnen en protocollen steeds meer ook in het privaatrecht begint door te dringen. Deze nieuwe vormen van private regelgeving doorbreken tot op zekere hoogte het strakke schema wetgeving-rechtspraak waarin civilisten gewend zijn te denken. Tegelijk bieden zij ongekende, maar nog onvoldoende onderzochte mogelijkheden het privaatrecht bij de tijd te houden. De Hoge Raad wacht een nieuwe taak bij het bepalen wat recht is waaraan in cassatie getoetst moet worden (art. 79 RO).*

### *1      Gevangen in het schema wetgeving-rechtspraak*

In aanvragen voor subsidie van onderzoekvoorstellen antwoorden juristen op de vraag naar de te hanteren methode van onderzoek steevast dat die bestaat uit bestudering van wetgeving, rechtspraak en literatuur. Tegenwoordig wordt hieraan als afzonderlijke methode nog de rechtsvergelijking toegevoegd, maar dit is in zoverre onjuist dat ook bij de rechtsvergelijking de wetgeving, rechtspraak en literatuur wordt bestudeerd, alleen dan van buitenlandse rechtsstelsels. Wel draagt de rechtsvergelijking bij aan een relativering van het eigen rechtsstelsel. Zij maakt bewust van andere oplossingen, andere mogelijkheden en andere denkstijlen. Een onmiskenbare verdienste is bovendien dat zij dwingt tot een bestudering op hoofdpunten met weglating van details.

Ook in de dagelijkse praktijk kenmerkt de omgang met het burgerlijk recht zich door een concentratie op wetgeving, rechtspraak en literatuur. Hoe verhoudt dit zich tot de permanente veranderingen die in het burgerlijk recht plaatsvinden en die onvermijdelijk zijn als gevolg van de niet aflatende behoefte aan nieuw recht? Dat is wat ik in dit artikel wil onderzoeken. Mijn stelling is dat ons denken in het burgerlijk recht gevangen is in het schema wetgeving-rechtspraak (en literatuur, maar daarover een andere keer meer), en dat

---

\* Ik dank de leden van de Onderzoeksgroep Codificatie van de Onderzoekschool voor Wetgevingsvraagstukken van het Schoordijk Instituut, Universiteit van Tilburg, voor de inspirerende gesprekken over het onderwerp van dit artikel en voor hun commentaar op eerdere versies ervan. In alfabetische volgorde zij dit Maurits Barendrecht, Peter Essers, Ivo Giesen, Marc Groenhuisen, Theo Raaijmakers, Jonathan Verschuuren en Boudewijn de Waard.

<sup>1</sup> De titel is geïnspireerd door de uitspraak van de Griekse wijsgeer Heraclitus: Niets is permanent, behalve verandering. Zie ook P. Nijkamp, *Cris du coeur*, 2003, p. 30.

met behulp hiervan aan de intrinsieke veranderlijkheid van het recht niet volledig kan worden tegemoet gekomen. Het artikel is als volgt opgebouwd. In par. 2 schets ik het schema en zijn exclusiviteitsaanspraak. Vervolgens bespreek ik de tekortkomingen van het schema en de gebruikelijke reactie, die de oplossing zoekt in een verbetering van de kwaliteit van de wetgeving (par. 3). Sinds kort wordt als oplossing tevens gepleit voor een rechtspraak, die stelselmatiger, bewuster en pro-actiever dan nu het geval is haar taak als rechtsvormer vervult (par. 4). In par. 5 laat ik het schema wetgever-rechtspraak achter mij en vraag aandacht voor wat genoemd kan worden de privatisering van het privaatrecht. Ik ga na of daarmee beter op de intrinsieke veranderlijkheid van het burgerlijk recht kan worden ingespeeld.

## 2 *De exclusiviteit van het schema*

Ter wille van het juiste perspectief, moet ik beginnen met een “lus”.<sup>2</sup> Wetgeven in zijn eenvoudigste vorm is het geven van algemene regels voor rechtsrelaties tussen rechtssubjecten, aldus Eijlander en Voermans in hun boek over wetgevingsleer.<sup>3</sup> Wetgeving op omvangrijke rechtsgebieden zoals het burgerlijk recht moet ingevolge art. 107 Grondwet (het codificatieartikel<sup>4</sup>) in beginsel in een wetboek geschieden. Door zijn omvang stelt dit hogere eisen. Niet alles kan worden voorzien. Terecht wordt dit steeds opnieuw benadrukt en bijvoorbeeld voorgehouden aan de voormalige Oostbloklanden die codificaties overwegen: een codificatie kan nooit uitputtend en volledig zijn, mag dat zelfs niet zijn, want dan gaat het mis. “The reason why in countries with old Civil Codes the courts are still able to find their ways lies in the fact that the legislators did not attempt too much.”<sup>5</sup> Portalis’ omschrijving in zijn Discours Préliminaire voor de Code Civil van de taak van de wetgever bij de totstandbrenging van codificaties is klassiek, maar nog steeds onovertroffen: “L’office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit: d’établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.”

<sup>2</sup> Deze paragraaf is een ingrijpende bewerking en aanvulling van hoofdstuk 12, par. 2 van het Interim-rapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, 2003, p. 249-251, uitgebracht door W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken en I.N. Tzankova.

<sup>3</sup> Philip Eijlander en Wim Voermans, *Wetgevingsleer*, 1999, p. 129. Ik spreek van wetgeven, waar regelgeven beter zou zijn, omdat er ook bijvoorbeeld verdragen, EG-richtlijnen en EG-verordeningen onder zijn begrepen. Wetgeven geeft echter duidelijker het overheidskarakter van regels aan, ter onderscheiding van wat hierna in par. 5 e.v. private regelgeving wordt genoemd.

<sup>4</sup> Daarover, in plaats van velen, P.A.J. van den Berg, *Codificatie en staatsvorming*, diss. 1996, en een artikel in *RM Themis*, 2002, p. 195-203, getiteld: *De paradox van de codificatie: over de gevolgen van codificatie in Europa voor de rechtsvinding*.

<sup>5</sup> W. Lorenz, *On the “Calling” of our time for Civil Legislation*, in: A. Harmathy en A. Németh, *Civil law Codification and Special Legislation*, Boedapest, 1990, p.128. Het citaat is met instemming aangehaald door R. Zimmermann, *Codification: history and present significance of an idea. À propos the recodification of private law in the Czech Republic*, *ERPL* 1995, p. 95-120 (114), die eraan toevoegt: “This requires the legislature to exercise considerable self-restraint”.

Portalis vervolgt met de zin die inmiddels in barnsteen geslagen lijkt en tot algemeen aanvaarde opvatting is geworden: het is de taak van de rechtspraak en de literatuur om door te dringen in de geest van de wet en om van daaruit haar toepassing te sturen.<sup>6</sup> Elders, zoals in Oostenrijk en later in Duitsland en Zwitserland, zijn soortgelijke formuleringen gebruikt.<sup>7</sup> Ook de wetgever nieuw BW in Nederland heeft de beantwoording van reeksen vragen en de verdere ontwikkeling van bepaalde leerstukken welbewust geëndosseerd aan de rechtspraak, in samenwerking met de juridische literatuur. De consequentie dat rechtspraak en literatuur dan ook rechtsvormende taken hebben, is voor de rechtspraak in de meeste landen pas betrekkelijk recent openlijk erkend, en voor de literatuur in het algemeen nog steeds niet. In Nederland lag de kwestie in feite nog scherper. Een belangrijke reden voor het parlement om in te stemmen met de hercodificatie van het burgerlijk recht was de onwenselijkheid dat het privaatrecht zich buiten het BW om had verder ontwikkeld, met name in de jurisprudentie van de Hoge Raad.<sup>8</sup> Er zijn echter, denk ik, weinig burgerlijke wetboeken te vinden waarin uiteindelijk meer en openlijker geleund wordt op de rechtspraak als bron van recht dan het nieuwe BW.

Uit het voorgaande volgt dat in landen met een codificatie<sup>9</sup> van het burgerlijk recht wordt uitgegaan van een schema wetgeving-rechtspraak. Natuurlijk is het beeld in werkelijkheid ingewikkelder, maar als röntgenfoto voor wat ik over het burgerlijk recht in dit artikel aan de orde wil stellen, acht ik het voldoende verantwoord. In het burgerlijk recht stelt de wetgever algemene regels vast, de rechter moet die algemeenheden in concrete gevallen tot leven brengen. Daarbij dient hij, mede met behulp van de juridische literatuur, steeds opnieuw de reikwijdte ervan te bepalen, knelpunten en onvolkomenheden op te lossen, samenhang en verdieping aan te brengen, onder meer door achterliggende waarden en beginselen op te sporen, scherpe kanten weg te slijpen, en de regels op de hoogte van de tijd te houden door ze te interpreteren in het licht van de veranderende behoeften, omstandigheden en inzichten. Op onderdelen grijpt ook de wetgever in, met name onder invloed van Europese of internationale ontwikkelingen, maar in het burgerlijk recht komt veel

---

<sup>6</sup> "C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétré de l'esprit général des lois, à en diriger l'application". Over sturende rechtspraak ook W. Witteveen, Evenwicht van machten, oratie 1991, p. 84-91.

<sup>7</sup> Zie R. Zimmermann, a.w. (nt. 5), p. 113-114 en 116-117 over deze landen. In dezelfde zin, maar vanuit de invalshoek van een regelscepticus, Cass R. Sunstein, Problems with Rules, California Law Review, 1995, p. 955-1026.

<sup>8</sup> J.H.A. Lokin & W.J. Zwolve, Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis, 2001, p. 306-311 (307).

<sup>9</sup> Een beroemd voorbeeld in common law van precies dezelfde rolverdeling is art. 2 Uniform Commercial Code, ontworpen door de legal realist Karl Llewellyn. Ook hij ging ervan uit dat bepaalde open normen in art. 2 UCC door de rechtspraak nader ingevuld zouden worden. Dat is niet gebeurd, aldus Stewart Macaulay, The Real and the Paper Deal, Modern Law Review, 2003, p. 49-51. Zie ook hierna par. 4, waar gewezen wordt op de rol van het toeval die bepaalt of en welke zaken tot de (hoogste) rechter doordringen.

op de rechter neer. Hij is het die het recht in beweging moet houden. In het nieuwe BW van 1992 is deze taakverdeling als het ware gecodificeerd.<sup>10</sup>

Met een fraaier, aan Dworkin ontleend, beeld kan men ook zeggen dat wetgeving en rechtspraak in het burgerlijk recht te vergelijken zijn met auteurs van een kettingroman waarin het verhaal zich steeds verder ontwikkelt.<sup>11</sup> Onverwachte wendingen of zelfs een nieuw plot zijn niet uitgesloten, mits ze uiteindelijk zijn in te passen in de verhaallijn. De ervaring leert dat het eindresultaat in het algemeen heel anders is dan in het begin redelijkerwijs te verwachten was. Vergelijk als proef op de som het burgerlijk recht van 1838 met dat van eind 1991, net voor de invoering van het nieuwe BW. De “ketting” die beide met elkaar verbindt is het BW van 1838, maar inhoudelijk zijn er zodanige werelden van verschil gegroeid, dat zelfs een Cassandra het zou hebben laten afweten.<sup>12</sup>

Het schema wetgeving-rechtspraak vertoont exclusieve trekken, niet alleen in de zin dat beide op elkaar zijn aangewezen, maar vooral dat stilzwijgend ervan wordt uitgegaan dat beide de enige rechtsvormers zijn in het burgerlijk recht.<sup>13</sup> Ik beschouw dit exclusiviteitsdenken als een essentieel kenmerk van de omgang van juristen met het burgerlijk recht. Wat de wetgever niet doet of gedaan heeft, wordt op het bord van de rechter (Hoge Raad) gelegd. Laat die het afweten of krijgt hij de kans niet zich erover uit te spreken, dan blijft naar algemene overtuiging onduidelijk wat het geldende recht is. Pas als de rechter heeft gesproken en helder is geweest, vindt men dat men weet hoe het is. De literatuur verschaft deze zekerheid niet, ook niet als sprake is van een heersende leer.

### 3 *Tekortkomingen*

Exclusiviteit wil echter niet zeggen omvattendheid en duidelijkheid. Geconstateerd moet worden dat wetgeving en rechtspraak er samen niet in slagen de behoefte aan voldoende en duidelijke regels in het burgerlijk recht te dekken. Daarin slagen ze zeker niet indien men voor iedere rechtskwestie heel concrete, precieze en scherpe rechtsregels verlangt. Zo'n eis vind ik echter onrealistisch, onwerkbaar en onjuist. Regels kunnen naar hun aard niet anders dan tot op zekere hoogte abstract, algemeen en, zo men wil, vaag (open) zijn. Zij zijn er op

---

<sup>10</sup> Over de maatstaven aan de hand waarvan deze taakverdeling door de wetgever nieuw BW tot stand is gebracht, vergelijk PG boek 6, p. 26-28, uitgewerkt door regeringscommissaris W. Sniijders in zijn artikelen *Privaatrechtelijke problemen*, in: W.F. de Gaay Fortmann (red.), *Problemen van wetgeving*, 1982, p. 181-19, en in *Systematiek en uitleg van het nieuwe BW*, NTBR 1992, p. 84-87.

<sup>11</sup> Ik ontleen dit aan W. Witteveen, a.w. (nt. 6), p. 97.

<sup>12</sup> Het treurige lot van Cassandra was dat niemand haar voorspellingen geloofde. Een nog sprekender voorbeeld overigens van het in de tekst gestelde, is de vergelijking tussen de ontwikkelingen in het Franse recht en het Nederlandse recht: het BW van 1838 was een nagenoeg getrouwe kopie van de Code Civil van 1804.

<sup>13</sup> Gebruik of gewoonte wordt ook erkend, maar heeft een veel minder eenduidig juridische betekenis. Bij de totstandkoming van het nieuwe BW is ervan afgezien de verhouding van de gewoonte tot de wet te bepalen. Er is besloten dit aan de rechter in het concrete geval over te laten (PG boek 6, p. 30-32; PG boek 3 Inv. Wet, p. 1019-1024).

gericht een diversiteit van situaties te bestrijken. Dat kan alleen wanneer men aangeeft wat deze situaties gemeenschappelijk hebben, dit wil zeggen door te abstraheren van alle details die niet ter zake doen. Lukt dit niet of wil men het niet, dan wordt elk concreet geval tot regel verheven. Het gevolg daarvan is dat er geen regels meer zijn. Wat resteert, is louter casuïstiek, omdat ieder nieuw geval meestal wel iets verschilt van voorgaande gevallen. Degenen die als De Mot en De Geest<sup>14</sup> een extreem gedetailleerd wetboek met vele honderdduizenden artikelen voor het Europese privaatrecht propageren, miskennen dit. Bij hen is sprake van de hypertrofie van wat Sunstein<sup>15</sup> het regelenthousiasme heeft genoemd: het geloof dat “full ex ante specifications of outcomes” mogelijk zijn. Ook historisch wordt een dergelijke aanpak gelogenstraft. Het Pruisische Allgemeines Landrecht van 1794 was eveneens zeer casuïstisch en is om die reden niet succesvol gebleken. Daarentegen hebben de uniformerende codificaties van Frankrijk, België, Nederland, Oostenrijk en het Duitse BGB met hun talrijke abstracte bepalingen zich juist wèl gehandhaafd, sommige tot op de dag van vandaag.<sup>16</sup>

Toch moet, ook wanneer men een zekere algemeenheid, abstractie en vaagheid (openheid) van het burgerlijk recht onmisbaar acht en zelfs, zoals ik, positief waardeert, worden vastgesteld dat het exclusieve schema wetgeving-rechtspraak er niet in slaagt de behoefte aan voldoende en duidelijke regels te dekken. Tot voor kort was het gebruikelijk de oplossing, althans een begin van een oplossing, vooral te zoeken in een verbetering van de kwaliteit van de wetgeving en het wetgevingsproces. Men dacht dat als die kwaliteit maar omhoog gaat, het pleit goeddeels gewonnen is. In feite geloven velen dat nog steeds. Er wordt voortdurend aan gewerkt. Op theoretisch niveau gebeurt dit door na te denken over de vraag wanneer de wetgever tot regeling dient over te gaan en in welke vorm dit het beste kan geschieden. Er zijn veel verschillende soorten wetten en regels en er zijn ook veel verschillende markten en sectoren in de samenleving die bediend moeten worden. Op praktisch niveau hebben verbetervoorstellen onder meer betrekking op de taal<sup>17</sup> en op het

<sup>14</sup> J. de Mot & G. de Geest, De toekomst van het Europees privaatrecht na het Groenboek, NJB 2002, p. 881-890.

<sup>15</sup> Cass R. Sunstein, a.w. (nt. 7), p. 1022 noemt het geloof van het regelenthousiasme “a chimara”. Stewart Macaulay, a.w. (nt. 9), p. 51 schrijft: “I would be very uncomfortable with a contract law that attempted to apply a plain meaning rule and a strict parole evidence rule to every situation.”

<sup>16</sup> Onder meer P.A.J. van den Berg, a.w. (nt. 4), p. 198-201.

<sup>17</sup> De gedachte overigens dat regels zodanig moeten worden geredigeerd dat burgers in staat zijn zelf hun geschillen en conflicten op te lossen, is sympathiek, werd in het verleden en wordt ook thans nog regelmatig geuit, maar is onrealistisch, ook als men aanvaardt dat aan de huidige wijze van redigeren nog veel verbeterd kan worden. Het onrealistische schuilt in de taal- en leesvaardigheid die men impliceert van burgers verwacht en hun vermogen om bepaalde situaties op een algemener, abstracter niveau te duiden (want hoe dan ook zijn regels altijd tot op zekere hoogte algemeenheden, abstracties). Over de aandacht die in bijvoorbeeld Zweden aan de taal en de toegankelijkheid van wetten wordt besteed – er is een aparte afdeling op het Ministerie van Justitie, bemenst met 5 linguïsten -, schrijven B.M.J. van Klink en W.J. Witteveen, Machtenscheiding of machtendeling?, RegelMaat, 2003, p. 2-14.

verantwoord gebruik van vage normen en discretionaire bevoegdheden.<sup>18</sup> Heel belangrijk is voorts het inzicht dat in de voorbereidingsfase meer nadruk gelegd moet worden op onderzoek, inspraak, overleg, experimenten, klankbordgroepen, pilot projecten, rapporten en commissies. Inmiddels worden ook websites geopend om de mening van de direct betrokkenen te polsen. Het zijn allemaal middelen voor de wetgever om beter zicht te krijgen op de materie, en tegelijk om draagvlak te creëren voor zijn plannen. De term onderhandelend wetgeven is al gevallen.<sup>19</sup> Daarnaast is er tegenwoordig nadrukkelijker dan ooit aandacht voor de hanteerbaarheid, handhaafbaarheid, kosten en effecten van regelingen, dit laatste onder meer door middel van evaluaties van wetgeving.<sup>20</sup> De oprichting van een Academie voor Wetgeving sluit naadloos aan bij deze brede kwaliteitszorg voor wetgeving.<sup>21</sup>

Hoe belangrijk ook, het is niet te verwachten dat hiermee de problemen van onvoldoende of onduidelijke regels in het burgerlijk recht kunnen worden opgelost. Want de regering mag bij de voorbereiding nog zo haar best doen, en het samenspel met het parlement en de juridische literatuur in de ontwerpfase van een wet of wetboek mag nog zo goed zijn, altijd is meer nodig. De vastgestelde abstracte en algemene regels blijken in concrete gevallen voor meerdere uitleg vatbaar te zijn, leemten te vertonen, aanleiding te geven tot vragen die niet meteen beantwoord kunnen worden, of te botsen met onvoorziene situaties of nieuwe ontwikkelingen. Wat bij alle verbeteringen ook blijft, is de plicht tot inpassing van Europese richtlijnen in het burgerlijk wetboek. Nu al leidt dit tot veel inconsistenties en afstemmingsproblemen die niet eenvoudig opgelost kunnen worden. Tenzij men andere wegen van implementatie vindt, zullen ze alleen maar groter worden.<sup>22</sup> Veranderen zal evenmin dat de wetgever bepaalde kwesties niet zelf tot in detail wil regelen, maar aan de rechtspraak overlaat, bijvoorbeeld omdat details de rechtsontwikkeling kunnen blokkeren of omdat het onderwerp nog niet voldoende rijp is voor algemene regelgeving.

#### 4 *Een actievere rechtspraak als remedie?*

In het licht van het schema wetgeving-rechtspraak en de daarin geldende taakverdeling zou de rechtspraak deze opengelaten velden moeten vullen. Maar ook de rechtspraak kent een

<sup>18</sup> In plaats van velen: B.W.N. de Waard, Samenwerkende machten. Wetgeving en rechtspraak, in dienst van het recht, oratie 1994, p. 14-37 (Wat kan de wetgever voor de rechter doen?).

<sup>19</sup> W.S.R. Stoter en N.J.H. Huls, Onderhandelend wetgeven: een proces van geven en nemen, 2003, waarin vier case studies worden besproken van de manier waarop wetgeving tot stand komt.

<sup>20</sup> Vergelijk onder meer H.B. Winter, Evaluatie van wetgeving. Structurering en institutionalisering van wetsevaluatie in Nederland, preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, 2002. Het Belgische preadvies over dit onderwerp is van de hand van J. van Nieuwenhove.

<sup>21</sup> De Academie is in september 2001 officieel geopend.

<sup>22</sup> Peter-Christian Müller-Graf, EC Directives as Means of Private Law Unification, in: Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar du Perron (eds.), Towards a European Civil Code, 1998, p. 71-89, met een uitvoerige literatuuropgave.

aantal inherente beperkingen. De wetgever kan kwesties wel willen doorschuiven naar de rechtspraak, maar hij kan dit proces niet sturen. Hij is geheel<sup>23</sup> afhankelijk van het initiatief van partijen of die bepaalde rechtsvragen aan de rechter wensen voor te leggen en of zij bereid zijn om door te procederen tot de Hoge Raad. Dat kost veel geld, tijd en moeite. Waarom zou een burger dit er voor over hebben? Zijn interesse om bij te dragen aan de rechtsvorming zal niet bijster groot zijn, vermoed ik. Zelfs als hij gesponsord wordt door een organisatie of door zijn verzekeraar en welbewust rechtspraak uitlokt om over een bepaalde kwestie zekerheid te verkrijgen, is het eigen belang van de organisatie of verzekeraar de motor achter procedures. De consequentie van dit systeem is dat wij er niet van mogen uitgaan dat dringende of kwalitatief belangrijke zaken altijd de Hoge Raad bereiken. En indien het al gebeurt, moet nog maar afgewacht worden wanneer<sup>24</sup> en of in de loop van de procedure niet zoveel verloren of misgegaan is dat de rechtsvraag niet meer in alle scherpheid aan de Hoge Raad kan worden voorgelegd. Lezing van uitspraken van de Hoge Raad stemt in dit opzicht niet optimistisch.

Toeval en financiële spankracht spelen dus een grote rol. Dat is geen nieuwe stelling, maar is al decennia geleden geconstateerd, onder meer door Veegens en G.J. Wiarda.<sup>25</sup> Ik heb mij bij hen aangesloten en opnieuw een lans gebroken om rechterlijke rechtsvorming minder afhankelijk te maken van dit soort omstandigheden. Natuurlijk besef ik dat de Hoge Raad niet eigener beweging zaken naar zich toe kan trekken. Hij blijft in dat opzicht afhankelijk van partijen. Wetgeving en rechtspraak kunnen diens initiatief echter wel uitlokken of faciliteren. Het is een kwestie van reorganisatie van de toegang tot de hoogste rechter. Ik verwijs voor een opsomming van ideeën en voorstellen die hierover in de literatuur zijn aangedragen naar eerdere publicaties.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad Cassatie in het belang van de wet instelt.

<sup>24</sup> Over het nog nauwelijks onderkende belang van de volgorde waarin zaken aan de Hoge Raad worden voorgelegd, kom ik elders te spreken.

<sup>25</sup> D.J. Veegens, Cassatie in burgerlijk zaken, 1971, nr. 182 en G.J. Wiarda, Dient de regeling van cassatie in burgerlijke zaken te worden gewijzigd en zo ja, in hoeverre en op welke wijze?, Handelingen 1978 der Nederlandse Juristen-Vereniging, 1, 2e st., Zwolle 1978, p. 86-87. In deze zin ook al E.M.M. Meijers in het kader van de hercodificatie van het burgerlijk recht in het nieuwe BW. Zie de Parlementaire Geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Algemeen Deel, p. 122 e.v., waarin hij aangeeft hoe incidenteel en onvolkomen rechtersrecht noodgedwongen is. Hij trekt er alleen een andere conclusie uit, te weten dat de opvulling van leemten in het BW niet geheel aan het eigen inzicht van de rechter moet worden overgelaten, maar dat de richting door het wetboek moet worden bepaald (a.w., p. 125). Kortom: hij zoekt de oplossing in de "klassieke" richting: een verbetering van het BW. Zie ook noot 9 over art. 2 Uniform Commercial Code, waar de toevalsfactor eveneens bepalend blijkt te zijn voor het resultaat.

<sup>26</sup> J.B.M. Vranken, Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters, NJB 2000, p. 1-5; J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), De Hoge Raad binnenstebuiten. Verslag van een experiment, 2003, met name de door de redactie geschreven Inleiding en verantwoording, p. 11-14. Enkele van de ideeën en voorstellen zijn: vaker gebruik maken van cassatie in het belang van de wet, prejudiciële vragen, versnelde afdoening van bepaalde typen klachten, sprongcassatie, selecteren vooraf



Naast deze organisatorische maatregelen ter versterking van zijn rechtsvormende taak, kan de Hoge Raad ook inhoudelijk veel meer doen dan thans. Ik vat samen waartoe de literatuur hem in dit verband oproept<sup>27</sup>: een opener en minder technisch-juridische manier van argumenteren, ingaan op de conclusies van het parket en op de literatuur, nadrukkelijker opteren voor een bijdrage aan de Europeanisering van het privaatrecht, indien nodig een breder feitenonderzoek mede op instigatie van de Hoge Raad zelf, oog hebben voor de gevolgen van zijn uitspraken, en een bewustere en pro-actievere houding bij het onderkennen en beslissen van rechtsvragen. Dit laatste kan bijvoorbeeld geschieden doordat de Hoge Raad een rechtsvraag scherper formuleert dan in het concrete geval als gevolg van de wijze van procederen, processuele complicaties of het ontbreken van bewijs op tafel ligt. Soms doet hij dat al, maar veel vaker duikt hij weg. De casusgerichtheid, het recht doen in het concrete geval en niet meer dan dat, overheerst nog steeds.

Behalve door verbetering van wetgeving en rechtspraak ieder voor zich, kan ook een intensivering van de samenwerking tussen beide ertoe leiden dat tekortkomingen van het schema wetgeving-rechtspraak worden ondervangen. Ik noem de advisering van de wetgever door de rechter, bijvoorbeeld rechtstreeks in daartoe bestemde adviezen<sup>28</sup>, dan wel in jaarverslagen waarin melding gemaakt wordt van knelpunten of te verwachten nieuwe ontwikkelingen in het burgerlijk recht, die om structurele aandacht vragen.<sup>29</sup> Mogelijk is ook om in jaarverslagen belangrijke uitspraken "ter lering" te voorzien van kanttekeningen, zoals de Klachtencommissie voor de effectenhandel pleegt te doen.<sup>30</sup> Een nieuwe, in het strafrecht en het fiscale recht al bewandelde weg is om de wetgever "op termijn te stellen". De rechter spreekt dan uit dat hij er thans van afziet rechtsvormend in te grijpen omdat hij vindt dat het onderwerp meer op de weg van de wetgever ligt, maar hij kondigt meteen aan dat hij in een later geval anders kan oordelen als de wetgever te lang draait.

## 5 Naar een privatisering van het privaatrecht

---

(verlofstelsel) of meteen na de poort, een meer abstracte toetsing en een rigoureuze beperking van de controlefunctie in cassatie.

<sup>27</sup> J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), a.w. (nt. 26), p. 172-176, waarin de proef op de som is genomen of de genoemde ideeën ook realiseerbaar zijn. Zie ook J.M. Barendrecht, Door muren kijken. Suggesties voor hervorming van de civiele cassatierechtspraak, NJB 2002, p. 294-300 die eveneens pleit voor een bewuste aansturing van rechtsvorming.

<sup>28</sup> Art. 74 (voorheen art. 22) RO. In 2001 en 2002 heeft de Hoge Raad vier adviezen aan de Minister van Justitie uitgebracht. Daarnaast hebben de President en de Procureur-Generaal zes keer geadviseerd, maar dat berust dan niet op art. 74 RO. Bron: Jaarverslag Hoge Raad 2001/2002, p. 8.

<sup>29</sup> Iemand die zich voor dit onderwerp in Nederland altijd sterk heeft gemaakt, is J.M. Polak. Vergelijk ook B.W.N. de Waard, a.w. (nt. 19), p. 37-50 (Wat kan de rechter voor de wetgever doen?).

<sup>30</sup> Eerst de Klachtencommissie Effectenbeurs en Klachtencommissie Optiebeurs, beide per 1 januari 1997 omgezet in de Klachtencommissie Beursbedrijf (KCB), en inmiddels in de Klachtencommissie Dutch Securities Institute (KCD). In jaarverslagen van de Hoge Raad treft men ook een rubriek Een greep uit de jurisprudentie aan, maar niet om knelpunten te signaleren.

Ik ben er dus van overtuigd dat in het schema wetgeving-rechtspraak (en literatuur) nog veel verbeterd kan en moet worden. Tegelijk stel ik vast dat het ook na deze verbeteringen niet zal lukken de behoefte aan voldoende en duidelijke regels in het burgerlijk recht genoegzaam te dekken. Ik meen dat deze constatering aanleiding moet zijn ons af te vragen of het schema zelf, met name zijn exclusiviteit, niet aan heroverweging toe is, beter: aanvulling behoeft, want dat het schema onmisbare positieve kanten heeft, staat voor mij vast.<sup>31</sup> In het burgerlijk recht is dit onderwerp nog nauwelijks in discussie. Ongetwijfeld hangt dit samen met de totstandkoming van het nieuwe BW in 1992, nadat er zo'n 45 jaar aan was gewerkt. Die hele operatie is één voortdurende bevestiging geweest van het schema. De gedachte aan andere rechtsvormers is niet gerezen en, indien al, zorgvuldig ingekapseld.<sup>32</sup> Bekend is dat Meijers een uitgesproken tegenstander was van particuliere wetgeving, zoals hij het noemde. Waar hij kon, overlaadde hij het met hoon en wantrouwen. Bregstein viel hem hierin bij. "Er bestaat in Nederland geen particuliere wetgeving", luidde met veel aplomb nog in 1954 zijn antwoord op een rechtsvraag over algemene voorwaarden.<sup>33</sup> Mede hierin is de verklaring gelegen dat de standaardregeling van art. 6:214 BW, bedoeld als private regelgeving, zo zwaar is opgetuigd dat er tot nu toe geen gebruik van is gemaakt. Het verklaart ook waarom pas in het laatste stadium van de hercodificatie de wetgever nieuw BW zich met algemene voorwaarden is gaan bezighouden.

Inmiddels echter hebben de ontwikkelingen niet stil gestaan en is het huidige burgerlijk recht misschien al aan het wegdrijven van de exclusiviteit van het schema wetgeving-rechtspraak. Meer en meer wordt private regelgeving geaccepteerd en door de wetgever zelfs welbewust bevorderd. Sommige markten en sectoren zijn hierin verder dan andere. Ik begin met een paar concrete voorbeelden (de rest van par. 5). Vervolgens geef ik in par. 6 een nadere afbakening van het begrip, waarbij ik onderscheid tussen "oude" en nieuwe vormen van private regelgeving. Ik sluit af met een theoretische verankering van het verschijnsel, waarin ik de brug sla met de in het begin van dit artikel genoemde invalshoek: de intrinsieke veranderlijkheid van het burgerlijk recht. (par. 7).

---

<sup>31</sup> De positieve kanten van het schema zijn voor mij gelegen in de abstractie en algemeenheid van regels die ruimte laten voor concretisering, aanpassing en verandering. Daardoor kan veel wetgeving worden voorkomen.

<sup>32</sup> Behalve aan de hierna in de tekst te noemen voorbeelden, is ook illustratief dat bij de komst van Europese richtlijnen, in het begin vooral op het terrein van het vennootschapsrecht, ervoor gekozen is deze in beginsel in het BW te implementeren. Over de problemen die dit oproept, par. 3 slot.

<sup>33</sup> Verzameld Werk van Prof. Mr. M.H. Bregstein, 1960, p. 739, alsmede in zijn Rotterdamse rede, a.w., p. 197-198. Veel informatie bevat ook H.J. Sluyters, *Standaardcontracten. De grenzen van de particuliere wetgever*, 1972.

### Kouwenberg/Rabo

Het eerste voorbeeld is HR 11 juli 2003, RvdW 2003, 123 (Kouwenberg/Rabo).<sup>34</sup> Het is zo illustratief dat ik er wat langer bij stil sta. Aan de orde was de relatie tussen een bank en een cliënt die in opties handelde. De cliënt was bekend met de optiehandel en zich bewust van de grote risico's die hij nam door daaraan deel te nemen. De bank liet bovendien niet na hem voortdurend op de risico's te wijzen. De betrokkene was evenwel eigengereid en moeilijk te overtuigen. Met enige regelmaat leidde zijn handelen tot een dekkingstekort. De bank nam dan onmiddellijk contact op en sprak met hem over maatregelen om het tekort zo spoedig mogelijk aan te zuiveren. Vast staat dat de bank soms is meegegaan met de wens van de cliënt als dekkingpercentage 100% van zijn beleggingsportefeuille te accepteren, waar slechts 70% voorgeschreven was.<sup>35</sup> De cliënt stond dan meestal al in het rood en hoopte op de bekende klapper waarmee hij in één keer zijn verlies kon goed maken. Dat lukte niet en uiteindelijk resteerde een ongedekt tekort van ruim f. 300.000,- (het is 1987, na de beurskrach van dat jaar). Wie moet het verlies dragen?

De cliënt verweet de bank niet voldaan te hebben aan haar zorgverplichting jegens hem door niet steeds het gebruikelijke dekkingpercentage van 70% aan te houden. De bank had, toen het percentage overschreden werd, zijn opdrachten moeten weigeren. Nu zij dit niet gedaan heeft, is zij aansprakelijk en moet zij hem het bedrag van ruim f. 300.000,- in effecten terugbetalen. Rechtbank en hof wezen de vordering af, maar de Hoge Raad oordeelde anders. Volgens de Hoge Raad heeft de bank in de gegeven omstandigheden in strijd gehandeld met haar zorgplicht door ondanks het dekkingstekort opdrachten van de cliënt uit te voeren. De Hoge Raad gebruikt veel bijvoeglijke naamwoorden om dit oordeel kracht bij te zetten<sup>36</sup>: de bank heeft als *professionele* en *deskundige* dienstverlener op het *risicovolle* terrein van de optiehandel een *bijzondere* zorgplicht om *particuliere* cliënten te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht.<sup>37</sup> De *enkele* bekendheid van de cliënt met de optiehandel in het algemeen en met de daaraan verbonden risico's in het bijzonder, kunnen niet leiden tot het oordeel dat de cliënt een deskundige is die voor zijn eigen handelen aansprakelijk is. Hieruit volgt, aldus de Hoge Raad, dat waarschuwingen van de bank aan een cliënt niet voldoende zijn om aan aansprakelijkheid te

---

<sup>34</sup> Over het arrest ook W.H. van Boom, Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de optieschrijvende particuliere belegger, NTBR 2003, , wiens bronvermeldingen mij zeer behulpzaam zijn geweest.

<sup>35</sup> Deze terminologie is, evenmin als die van de Hoge Raad (gebruikelijke margeverplichting), echt zuiver, maar dat doet er in dit kader niet toe.

<sup>36</sup> Zie het onderzoek van de sociaal psycholoog G. Semin, die een Linguistic Category Model ontwikkelde om emotionele betrokkenheid te testen. Het gebruiken van bijvoeglijke naamwoorden als in het arrest is gedaan, is één van de categorieën.

<sup>37</sup> Vergelijkbare termen waren al eerder gebruikt in HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (Van de Klundert/Rabo), en door het hof in de zaak die heeft geleid tot HR 24 januari 1997, NJ 1997, 260 (D/ING). Vergelijk conclusie A-G Mok, sub 2.2 en arrest HR sub r.o. 5.3.2.

ontkomen, indien gehandeld wordt terwijl de gebruikelijke dekkingsgraad ontoereikend is, ook niet als de cliënt eigengereid en moeilijk te overtuigen is.

Wat ik interessant vind in deze uitspraak is hoe de Hoge Raad omgaat met private regelgeving. Private regelgeving vormt een van de drie lagen van regelgeving die in dit geval op elkaar gestapeld zijn en voor een deel over elkaar heen tuimelen. De eerste laag is het BW. De verhouding tussen een bank en haar cliënt is, juridisch gezien, een overeenkomst van opdracht, geregeld in boek 7 BW. Art. 7:401 BW bepaalt dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. Welbewust is het criterium zo algemeen en open geformuleerd, omdat zeer veel uiteenlopende activiteiten, met name in de dienstensector, door overeenkomsten van opdracht worden beheerst. Voor al deze activiteiten moet het criterium worden geconcretiseerd en geoperationaliseerd. Daarbij zijn onderlinge (accent)verschillen per beroep of bedrijf onvermijdelijk. In het schema wetgeving-rechtspraak is het de rechtspraak, in samenwerking met de literatuur, aan wie deze taak is toebedeeld.

De tweede laag regelgeving bestaat uit de algemene voorwaarden die de overeenkomst van opdracht beheersen.<sup>38</sup> In het concrete geval waren dit de Algemene Bankvoorwaarden, de Bijzondere Bepalingen voor cliënten van de Rabobank m.b.t. de Optiehandel op de European Options Exchange (EOE)<sup>39</sup>, en de Verklaring inzake Optiehandel. Algemene voorwaarden kunnen de rechtspraak behulpzaam zijn bij het invullen van de zorgplicht van de bank die voortvloeit uit het criterium “een goed opdrachtnemer”, doordat zij bepaalde aspecten ervan nader regelen. De rechtspraak hoeft dan ten aanzien daarvan niet meer zelf op zoek te gaan naar wat een goed opdrachtnemer behoort te doen. Zij kan volstaan met de uitleg van de algemene voorwaarden en met de toets of ze onredelijk bezwarend zijn. In het onderhavige geval bevatten de voorwaarden echter geen bepalingen die toegesneden waren op de specifieke situatie. Wel behoorde tot de overeenkomst de verplichting van de cliënt om dekking te bieden tot een percentage dat door de EOE wordt voorgeschreven (de eerder genoemde 70%).

De derde laag regelgeving is van private aard. In 1987 was dit vooral het toenmalige Reglement voor de handel op de optiebeurs (RHO). Het Reglement beheerste de relatie tussen de Optiebeurs en de effecteninstellingen, zoals banken, die toegelaten waren op de beurs te handelen. Art. 31m RHO schreef voor dat de bank alvorens orders uit te voeren, van de cliënt moest vorderen dat hij de door de Optiebeurs vereiste dekking zou verschaffen. In een eerdere uitspraak had de Hoge Raad al beslist dat deze bepaling onmiskenbaar mede

---

<sup>38</sup> In naar schatting ongeveer 95% van de overeenkomsten van opdracht zijn algemene voorwaarden van toepassing.

<sup>39</sup> De EOE is begonnen in 1978. Per 1 januari 1997 is de EOE gefuseerd met Amsterdam Stock Exchange N.V. tot Amsterdam Exchanges N.V. (AEX), en die is vervolgens in 2000, samen met de beurzen van Brussel en Parijs, onder de holding Euronext N.V. is gebracht ([www.euronext.com](http://www.euronext.com)).

de strekking had de cliënt te beschermen. Het is deze derde laag regelgeving, die mij boeit. Net als in Algemene Voorwaarden hebben de direct betrokkenen in het RHO onder meer invulling gegeven aan de zorgplicht van banken jegens cliënten die in opties willen handelen. De direct betrokkenen weten beter dan de rechter en beter dan welke andere buitenstaander ook, hoe het er in deze tak van handel aan toe gaat. Op grond van hun ervaringen en voortschrijdende inzichten over wat volgens hen behoorlijk is, blijven zij bovendien voortdurend aan het reglement sleutelen. Men kan dus zeggen dat het RHO de normen bevat waaraan de banken zich zowel in het belang van de handel als, voor zover ze daarop mede betrekking hebben en dat is bij art. 31m het geval, in het belang van de cliënten moeten houden. Een Klachtencommissie en tegenwoordig ook een Commissie van beroep, bieden cliënten gelegenheid de banken hierop aan te spreken. Ook dat leidt, net als bij de overheidsrechtspraak, tot bijstelling en aanscherping van de normen.

Toch houdt de Hoge Raad afstand. Kortaf overweegt hij dat het RHO private regelgeving bevat en dat dit geen recht in de zin van art. 79 RO is. In lijn hiermee spreekt hij heel subtiel niet van het “*reglementair*” voorgeschreven dekkingspercentage van 70%, maar van het “*gebruikelijke*” dekkingspercentage. Art. 31m acht hij slechts “mede van betekenis” voor het bepalen van de omvang van de zorgplicht van de bank. Niet doorslaggevend, want ondanks haar onmiskenbare strekking de belangen van cliënten te beschermen, reikt de bepaling in de uitleg van de Hoge Raad niet zo ver dat bij onvoldoende dekking de bank zich altijd van uitvoering van de opdracht dient te onthouden of posities dient te sluiten. Wat de bank in zo’n geval wèl moet doen, hangt van meer factoren af. De Hoge Raad grijpt voor dit meerdere terug op zijn in de laatste decennia gebruikelijke manier van argumenteren: hij somt een catalogus van relevante gezichtspunten op die samen de maatstaf vormen waaraan in een concreet geval getoetst moet worden. De lijst omvat redelijkheid en billijkheid, de aard van de overeenkomst, de deskundigheid van de cliënt, diens inkomens- en vermogenspositie, het toezicht van de bank op inachtneming van het dekkingspercentage en het daarover informeren van de cliënt, en of de bank terstond na het ontstaan van een dekkingstekort aanvullende dekking heeft verlangd. De catalogus zet hoog in, maar de uitvoering valt tegen, omdat wanneer de Hoge Raad in de daarop volgende overweging het concrete geval toetst aan de geformuleerde maatstaf, blijken uiteindelijk de bijvoeglijke naamwoorden die ik hierboven heb genoemd, het te moeten doen. Daaruit moet de overtuigingskracht spreken voor het oordeel dat de bank bij onvoldoende dekking nog slechts één keuze heeft: opdrachten niet uitvoeren, openstaande posities sluiten om verdere schade te voorkomen, en cliënten dwingen hun verlies te nemen.

Met deze uitspraak komt de Hoge Raad tot een resultaat dat niet of nauwelijks afwijkt van wat hij ook rechtstreeks op basis van de private regelgeving van art. 31m RHO had kunnen beslissen. Waarom heeft hij dit niet gedaan, en in plaats daarvan gemeend de lange,

uiteindelijk weinig inzicht gevende omweg van een toetsing aan de hand van een reeks gezichtspunten te moeten volgen? Echt duidelijk is hij hierover niet. In de ene overweging lijkt het erop dat zijn oordeel steunt op een uitleg van art. 31m. Voor die uitleg wordt evenwel geen enkel argument gegeven, zelfs niet - en dat zou toch wel het minste zijn geweest<sup>40</sup> - een verwijzing naar de toenmalige (1987) opvattingen over de bepaling in onder meer de literatuur, de toelichtende stukken, of de uitspraken van de klachtencommissie. Die had bijvoorbeeld al sedert 1985 vaak uitgesproken dat art. 31m mede ertoe strekte de belangen van de cliënten te beschermen. De Hoge Raad heeft dit pas jaren later gedaan, overigens ook toen zonder verwijzing naar de klachtencommissie of andere direct betrokkenen.<sup>41</sup> Voorts was al sedert 1985 het openlijke standpunt van de klachtencommissie dat wanneer een bank de marginvoorschriften niet toepaste, zij er ernstig rekening mee moest houden dat de commissie haar aansprakelijk zou stellen voor de verliezen die de cliënten daardoor hadden geleden.<sup>42</sup>

In een andere overweging lijkt het alsof de Hoge Raad niet de uitleg van art. 31m, maar het ontbrekende rechtskarakter ervan doorslaggevend heeft geacht voor het oordeel over wat de bank had moeten doen bij onvoldoende dekking. Het belang om te weten welk van beide overwegingen het echte argument voor de Hoge Raad bevat - en daarmee welk standpunt hij inneemt tegenover private regelgeving -, blijkt wanneer wij de casus verplaatsen van 1987 naar 2003. In 2003 is het regelbestand omtrent de optiehandel aanzienlijk uitgebreid. Behalve met het RHO vergelijkbare regels waarin nog steeds soortgelijke marginvoorschriften als art. 31m zijn opgenomen, bestaat een Nadere Regeling gedragtoezicht 2002. Art. 28 lid 2 van deze Nadere regeling houdt in dat de bank zich onthoudt van het uitvoeren van optieopdrachten wanneer onvoldoende dekking aanwezig is. Lid 4 voegt eraan toe dat wanneer op zeker ogenblik door koersschommelingen de dekking onvoldoende wordt, de bank erop moet toezien dat de cliënt aanvullende zekerheden stelt. Lukt dit niet of gebeurt het niet, dan moet de bank de posities zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk binnen vijf dagen sluiten, behoudens bijzondere omstandigheden.

Wanneer het geval Kouwenberg zich in 2003 had voorgedaan, zou de Hoge Raad de beslissing dan uitsluitend op art. 28 lid 4 van de Nadere Regeling hebben gebaseerd? Het antwoord luidt ontkennend, indien voor hem het karakter van de Nadere regeling als private regelgeving op dezelfde manier als bij het RHO doorslaggevend is.<sup>43</sup> Dan had hij ook in 2003

---

<sup>40</sup> Ik vind het significant dat in de catalogus een verwijzing naar de toenmalige rechtsopvattingen ontbreekt. Of ligt deze verwijzing, via art. 3:12 BW, besloten in de redelijkheid en billijkheid?

<sup>41</sup> HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (Rabo/Everaars), r.o. 3.3 slot. Overigens was de A-G Mok wel uitgebreid ingegaan op de vaste rechtspraak van de Klachtencommissie. Zie ook reeds HR 24 januari 1997, NJ 1997, 260 (D/ING).

<sup>42</sup> Zie C.J. van Zeven in nr. 3 van zijn noot onder HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (Rabo/Everaars)

<sup>43</sup> Of zij dit karakter heeft, is overigens niet helemaal zeker. Wellicht dat zij voldoende grondslag vindt in de Wet toezicht effectenverkeer 1995 en het daarop gebaseerde Besluit toezicht effectenverkeer

nog steeds de catalogus van gezichtspunten moeten langslopen om tot een beslissing te komen die inhoudelijk dezelfde is als art. 28 lid 4. Ik heb hier grote aarzelingen over. De mogelijke rechtvaardiging dat de beslissingen inhoudelijk wellicht niet precies dezelfde zijn, bijvoorbeeld omdat de Hoge Raad meer of minder ruimte laat voor het verweer van eigen schuld, overtuigt niet, maar roept integendeel de vraag op of de afwijking wel gerechtvaardigd is. Waarom zou de Hoge Raad het beter weten dan de direct betrokkenen die, steunend op een schat aan ervaring en kennis, proberen om al doende en denkende, via trial and error, normen van behoren te ontwikkelen in een tak van handel die voortdurend verandert? Ik zie maar één mogelijke rechtvaardigingsgrond: omdat private regelgeving door de direct betrokkenen zelf tot stand wordt gebracht, is niet zonder meer verzekerd dat de belangen van alle betrokkenen voldoende tot hun recht komen. De legitimiteit en representativiteit van private regelgeving is niet steeds gewaarborgd, en ook procedureel is de totstandkoming ervan niet altijd brandschoon. Ik beschouw de controle daarop mede als een nieuwe taak van de Hoge Raad. Hij zal daarvoor andere criteria dienen te ontwikkelen dan art. 79 RO, omdat deze geen geschikt kader bieden voor een adequaat antwoord op de meervoudige gelaagdheid van het privaatrecht die hier aan de orde is. Art. 79 RO gaat uit van het exclusieve schema wetgeving-rechtspraak, terwijl de meervoudige gelaagdheid daar nu juist welbewust buiten wil treden.

#### Ziekenhuisprotocol

In een enkele uitspraak lijkt de Hoge Raad wèl al een begin te hebben gemaakt met zijn nieuwe taak. Zo met name in HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (trombose-arrest). In een ziekenhuisprotocol was voorgeschreven dat na een knieoperatie de patiënt een tromboseremmend middel moest worden toegediend. In het concrete geval was de arts dit vergeten. Enige tijd later wordt bij de patiënt trombose geconstateerd. Hij vordert schadevergoeding voor de burgerlijke rechter. Die wordt dus geconfronteerd met twee normenstelsels. Het ene is de in art. 7:453 BW (geneeskundige behandelingsovereenkomst) opgenomen plicht de zorg te betrachten van een goed hulpverlener, het andere is de plicht uit het protocol. Net als bij algemene voorwaarden en het RHO in de zaak Kouwenberg, kan men het protocol aanmerken als een door de direct betrokkenen tot stand gebrachte nadere invulling van de algemene norm. De arts had het protocol duidelijk overtreden, maar is dat voldoende voor aansprakelijkheid? Het protocol bevat slechts private regelgeving die bovendien niet eens voor de gehele beroepsgroep geldt – het nut van tromboseremmers wordt niet algemeen gedeeld -, maar slechts tussen het desbetreffende ziekenhuis en de daarin werkzame artsen. De Hoge Raad overweegt dat aangezien het protocol berust op

---

1995. Over deze onduidelijkheid ook C.M. Grundmann-Van de Krol, Het effectenrecht tussen publiek- en privaatrecht, oratie, 2002, p. 11-12 en p. 32 e.v.

consensus tussen het ziekenhuis en zijn artsen met betrekking tot medisch verantwoord handelen, zij zich moeten houden aan de door henzelf opgestelde voorschriften. Alleen als het belang van de patiënt anders vereist, is gemotiveerd afwijken toegestaan. Daarbij kan dan relevant zijn wat de hele beroepsgroep denkt over het nut van anti-stollingsmiddelen na een operatie.

Het contrast met de uitspraak in de zaak Kouwenberg vind ik groot. Ook over het protocol had de Hoge Raad kunnen overwegen dat het geen recht vormde in de zin van art. 79 RO. Vervolgens had hij dan zelf de maatstaf moeten ontwikkelen om te toetsen of het niet toedienen van tromboseremmers door de beugel kon. Waarschijnlijk had hij dan opnieuw zijn toevlucht gezocht in de catalogus-benadering. Hij heeft dat niet gedaan. Hij heeft de moed gehad om zich los van de criteria van art. 79 RO een oordeel te vormen over het juridisch gehalte van het protocol als private regelgeving. Toegespitst op het concrete geval heeft hij de bindende kracht ervan aanvaard en, anders dan met art. 31m RHO, de aansprakelijkheid van de arts uitsluitend gegrond op overtreding van het protocol. Uiteraard is deze beslissing niet meer dan een eerste stap, omdat er vele soorten protocollen, voorschriften en richtlijnen zijn.<sup>44</sup> De mate waarin zij verbindend zijn varieert en hangt onder meer af van hoe en tussen wie ze overeengekomen zijn, waarop ze betrekking hebben (levensbedreigende kwesties of niet), hoe ze zich verhouden tot de “state of the art”, en of de belangen van alle betrokkenen voldoende zijn gewaarborgd.

### Tuchtnormen

Een derde interessant voorbeeld van meervoudige gelaagdheid in het burgerlijk recht dat ik hier nog wil noemen, is de verhouding van burgerlijk recht en tuchtrecht. Meestal is het tuchtrecht privaatrechtelijk van aard is, bij de traditionele beroepen als arts, advocaat en notaris berust het op een publiekrechtelijke grondslag. In beide gevallen bevat het, net als de hierboven besproken voorbeelden van het RHO en het medisch protocol, regels die een uitwerking vormen van de algemene norm voor een goede beroepsvervulling. En net als de besproken voorbeelden zijn ook zij het resultaat van de door direct betrokkenen in trial en error verworven ervaring en inzichten over wat het beste is. Ik heb er mij al heel lang geleden over verbaasd dat overtreding van deze voorschriften niet ook in beginsel tot civielrechtelijke aansprakelijkheid leidt. De Hoge Raad heeft echter altijd strikt vastgehouden aan het onderscheid tussen de twee normenstelsels. Het argument was dat de doelstellingen van beide stelsels verschillen. In het aansprakelijkheidsrecht gaat het om vergoeding van schade die de cliënt geleden heeft, in het tuchtrecht om het bewaken van de kwaliteit van de beroepsbeoefening. Het publiek moet erop kunnen vertrouwen dat de beroepsbeoefenaren

---

<sup>44</sup> In plaats van velen de noot van F.C.B. van Wijnen onder HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649, waarin verdere bronvermeldingen.



hun vak verstaan en dat degenen onder hen die dit vertrouwen beschamen, worden aangepakt. Pas onlangs heeft de Hoge Raad de meervoudige gelaagdheid op dit terrein doordringbaar geacht. In een medische zaak heeft hij geoordeeld dat als de civiele rechter afwijkt van de uitspraak van de tuchtrechter over hetzelfde medisch handelen, hij in de motivering van zijn beslissing dient duidelijk te maken waarom hij dit doet. De "bewijslast" ligt dus bij hem.<sup>45</sup> Daarmee gaat de Hoge Raad veel verder dan in 12 januari 1996, NJ 1996, 683 (Kroymans/Sun Alliance), waarin hij de uitspraken van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf via de in Nederland levende rechtsovertuigingen meegewogen heeft bij de uitleg van verzekeringsvoorwaarden.

### 6 "Oude" en nieuwe vormen van private regelgeving

Dat het burgerlijk recht meervoudig gelaagd is, is geen nieuw inzicht. Verwijzingen naar bijvoorbeeld goed koopmanschap, verkeersopvattingen, of gebruiken in een bepaalde kring behoren van oudsher tot de standaarduitrusting van het burgerlijk recht. Door middel van dergelijke verwijzingen worden vensters geopend op "de" maatschappelijke werkelijkheid, waarin de regel functioneert en waarmee hij voeling moet houden, wil hij niet al (te) gauw achterhaald zijn. De verwijzingen zijn even belangrijk als een slagader in het menselijk lichaam of, liever, als een navelstreng, omdat die beter de verbinding symboliseert tussen het bestaande dat zich vernieuwt, en het nieuwe dat uit het bestaande wordt gevoed, totdat het op eigen benen kan staan. In het schema wetgeving-rechtspraak is het de taak van de rechtspraak om - ik houd de beeldspraak nog even aan - op zeker ogenblik de navelstreng door te knippen en de nieuwe boreling levensvatbaar te verklaren. Vroeggeboorten<sup>46</sup> komen even weinig voor als in vitro fertilisaties of buitenbaarmoederlijke concepties. Misschien wordt dit anders onder invloed van het Europese recht en de "legal transplants" van de rechtsvergelijking, maar voorlopig is het zo ver nog niet. Illustratief is de aanpak in de zaak Kouwenberg: de Hoge Raad merkt het *reglementair* voorgeschreven dekkingpercentage niet als rechtsregel aan, maar als *gebruikelijk*. Daarmee is het binnen het schema wetgeving-

---

<sup>45</sup> HR 12 juli 2002, NJ 2003, 151 (A/B). "Daarbij valt in het bijzonder te denken aan een motivering met behulp van verklaringen van een of meer, zo nodig door de rechter te benoemen, deskundigen", aldus r.o. 3.6.3. Zie ook het SER-advies over Bemiddeling in financiële diensten, 2002, p. 39, waarin vermeld wordt dat in de Memorie van Toelichting bij de Wet op het consumentenkrediet een verbinding is gelegd tussen "een goed kredietgever" en de erecode van de brancheorganisatie voor kredietverstrekkers (de VFN).

<sup>46</sup> Een bekend voorbeeld is HR 18 juni 1982, NJ 1983, 783 (Plas/Valburg) over de aansprakelijkheid wegens ontijdig afgebroken onderhandelingen. Daarmee ging de Hoge Raad verder dan welk ander rechtstelsel ook. Later heeft hij onmiskenbaar gas teruggenomen. Zie voor een terugblik onder meer H.J. de Kluiver, Plas/Valburg (HR 18-6-1982), in: E.H. Hondius en G.E. van Maanen (red.), *Civiele klassiekers revisited*, 2003, p. 155-176.

rechtspraak ondergebracht<sup>47</sup> waarin gebruik<sup>48</sup> een plaats heeft. Vervolgens kan het de daaraan verbonden (beperkte) juridische betekenis krijgen.

De meervoudige gelaagdheid die in Kouwenberg c.a. aan de orde was, is van een geheel andere aard dan het door middel van verwijzingen in de wet openen van vensters op de samenleving. In Kouwenberg c.a. was sprake van private regelgeving, of, zoals het verschijnsel meestal wordt benoemd, van zelfregulering. Nu heeft zelfregulering in het burgerlijk recht al heel oude papieren. Met name het overeenkomstenrecht biedt betrokkenen alle vrijheid hun onderlinge verhouding te regelen zoals ze dat zelf willen. Sterker nog: de vrijheid vormt uiteindelijk de rechtvaardiging voor de bindende kracht van hun afspraken. Inmiddels is de vrijheid overgeslagen naar onderdelen van het burgerlijk recht die traditioneel meer gesloten waren. Onder meer het personen- en familierecht, het internationaal privaatrecht en het burgerlijk procesrecht zijn geraakt door deze, wat ik zou willen noemen, contractualiseringstendens. Wel zijn de grenzen strakker getrokken dan in het overeenkomstenrecht, maar meer dan ooit mogen partijen zelf keuzen maken. Ook buiten het burgerlijk recht, in het straf- en het bestuursrecht, doet de tendens zich op beperkte schaal voor.

Bij dit alles gaat het om zelfregulering op individuele schaal. De zelfregulering die in Kouwenberg c.a. aan de orde was, bevindt zich op het niveau van algemene regels, alleen dan niet afkomstig van de overheid, maar uit eigen particuliere kring. De kring wordt gevormd door beroepsgroepen, brancheorganisaties of marktsegmenten. Zij stellen regels op die verplichtingen inhouden voor hen zelf en hun kringgenoten. Ten dele<sup>49</sup> doen zij dit mede uit welbegrepen eigen belang. Door tegemoetkomend te zijn jegens het publiek hebben zij er zelf ook voordeel van, bijvoorbeeld omdat zij kosten besparen, ingrijpen van de wetgever voorkomen, of hun imago verbeteren. In die zin snijdt het mes aan twee kanten. De verplichtingen kunnen onder meer betrekking hebben op behoorlijk gedrag (bijvoorbeeld een gedragscode en protocol), op herkenning en controle van kwaliteit (bijvoorbeeld certificering en accreditatie), op het bevorderen van de uitwisselbaarheid van producten (bijvoorbeeld normalisatie), of - en dat wordt steeds belangrijker - op het voorkomen, beperken en met zo weinig mogelijk pijn en kosten afhandelen van geschillen (bijvoorbeeld klachtenlijnen en mediation). In een recent rapport zijn maar liefst 22 instrumenten van zelfregulering

---

<sup>47</sup> Eenzelfde aanpak lees ik in S.B. van Baalen, De interne autonomie van het bankrecht en de macht der gewoonte, in: G.T. de Jong, W.D. Kolkman, A.H. Santing-Wubs, M.H. Wissink, Algemeen-Bijzonder. De wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht, 2003, p. 27-40.

<sup>48</sup> Zie noot 13. Evenals P. Scholten, Algemeen Deel, 1934, p.104 meen ik dat er geen verschil bestaat tussen gewoonte en gebruik.

<sup>49</sup> Daarnaast kan ook het maatschappelijk belang dat een beroepsgroep, markt of branche goed functioneert, de reden vormen voor zelfregulering.

geïnterpreteerd.<sup>50</sup> De regels die ze bevatten, hebben geen wettelijk bindende kracht, maar zijn soft law.<sup>51</sup> Dit wil zeggen dat ze door betrokkenen feitelijk in acht worden genomen en op die manier, afhankelijk van hun overtuigingskracht, meer of minder regulerend werken. Dat is ook de bedoeling. Soms is hun feitelijk bindende kracht groot, met name als ze in de kring breed gedragen en gehandhaafd worden, soms gering als dat niet het geval is of wanneer ze pas het begin van een ontwikkeling markeren. Dan zijn het meer aspiratieve normen die te hoog gegrepen kunnen zijn. Mogelijk is ook dat wat is begonnen als zelfregulering naderhand door de wetgever wordt overgenomen of onderschreven. Een atypisch voorbeeld van dit laatste is een CAO. Deze is naar haar aard private regelgeving, maar krijgt de status van recht zodra de overheid haar algemeen verbindend verklaart. Toch legt ze daarmee haar achtergrond als private regelgeving niet af. Hetzelfde geldt voor algemene voorwaarden. Dat zijn en blijven private regels, ook al hebben ze nadat ze tot onderdeel van een overeenkomst zijn gemaakt, contractueel bindende kracht.

Ik beschouw algemene voorwaarden als een tussenvorm tussen oude en nieuwe instrumenten van private regelgeving in het burgerlijk recht. Algemene voorwaarden doen meer dan verwijzen naar gebruiken of overtuigingen in de samenleving, die de toepassing van regels mede bepalen. Die verwijzingen zijn niet erg precies. Wanneer moet worden vastgesteld wat in een bepaalde kring over een bepaalde kwestie bijvoorbeeld behoorlijk wordt gevonden, ontbreken vrijwel altijd harde of zelfs maar betrouwbare gegevens. Ik verwijs naar hoofdstuk 4. De practicus of wetenschapsbeoefenaar moet proberen zich zo goed en zo kwaad mogelijk een oordeel te vormen. Daarbij zal hij moeten vertrouwen op zijn toevallige kennis, waarderingen en taxaties, met alle reële risico's van enige zelfprojectie, beroepsmatige blikvernaauwing of ondeugdelijke feitelijke grondslag van dien. Het is niet anders, zeggen wij dan. Bij algemene voorwaarden is het wèl anders. Zij bevatten algemene regels over bepaalde kwesties die zich bij de levering van goederen en diensten kunnen voordoen. De regels zijn opgesteld door de direct betrokken beroeps- of brancheorganisaties, soms eenzijdig, maar tegenwoordig steeds vaker in overleg met vertegenwoordigende organisaties van hun cliënten.<sup>52</sup> Anders gezegd: ook algemene

---

<sup>50</sup> Barbara Baarsma, Flóra Felső, Sjoerd van Geffen, José Mulder, André Oostdijk, Zelf doen? Inventarisatiestudie van zelfreguleringsinstrumenten, 2003. Het onderzoek is uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken.

<sup>51</sup> Linda Senden, Soft Law in European Community Law, diss. 2003 omschrijft op p. 104 soft law als volgt: "Rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects." Ik wijs er op dat ook de door private studiegroepen in Europa tot stand gebrachte Principles, bijvoorbeeld de Principles of European Contract Law, aangemerkt worden als soft law.

<sup>52</sup> Vergelijk de Cördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg van de SER. Sinds 11 april 2003 zijn de in dat overleg tot stand gebrachte of gewijzigde algemene voorwaarden gepubliceerd op internet ([www.ser.nl/publicaties](http://www.ser.nl/publicaties)). Het waren er in 2002 ruim 50, gemaakt door 27 overleggroepen, en betrekking hebbend op onderwerpen die variëren van schoenen en kinderopvang tot uitvaarten.

voorwaarden bieden een doorkijk naar wat in de desbetreffende sector van de samenleving leeft, maar zij zijn veel preciezer doordat de sector al zelf de doorkijk in algemene regels heeft neergelegd en van de wetgever daarbij inhoudelijk veel vrijheid heeft gekregen. De practicus of wetenschapsbeoefenaar mag ten aanzien van die regels niet meer alleen op zijn eigen kompas te varen, behalve als hij kan motiveren waarom hij het beter weet.

Algemene voorwaarden zijn, voor zover ik kan zien, het belangrijkste instrument van private regelgeving in het burgerlijk recht, zowel in aantal als in kwaliteit. In aantal, omdat er nog maar weinig terreinen zijn waar geen algemene voorwaarden worden gebruikt.<sup>53</sup> Hun maatschappelijk belang kan nauwelijks overschat worden. Ook kwalitatief steken zij ver uit boven andere instrumenten van private regelgeving. Private regelgeving worstelt in het algemeen met drie problemen: de bevoegdheid en de procedure van totstandbrenging, het toezicht op het resultaat, en het juridisch gehalte. Alle drie problemen zijn ten aanzien van algemene voorwaarden min of meer opgelost. De totstandkoming is vergaand geïstitutionaliseerd in de SER, het toezicht wordt gevormd door de art. 6:231 e.v. BW, en als de algemene voorwaarden deze toets doorstaan, hebben zij volledig juridisch bindende kracht.<sup>54</sup>

In het licht van dit succes is het begrijpelijk dat de vraag rijst of op de terreinen waar nog geen algemene voorwaarden bestaan, de beroeps- en brancheorganisaties niet verplicht zouden moeten worden ze tot stand te brengen. Als repeat players hebben zij het meeste overzicht. Daarom lijken zij de eerst aangewezenen om het initiatief te nemen de rechtsverhouding met hun cliënten nader in te vullen. Laten zij dit na, dan zouden onduidelijkheden over de onderlinge rechten en plichten in hun nadeel kunnen worden uitgelegd. Ik beseft dat met deze sanctie de contra proferentem-regel tot ver buiten zijn gebruikelijke betekenis wordt opgerekt, maar dat vind ik nog geen overtuigend tegenargument.<sup>55</sup> Een andere uitbreiding van het gebruik van algemene voorwaarden, zijn algemene procesvoorwaarden. Daarin kunnen voorschriften worden opgenomen hoe betrokkenen zich over en weer dienen te gedragen indien bij de uitvoering van de overeenkomst meningsverschillen ontstaan. Tot nu toe is standaard dat algemene voorwaarden aan het slot een bepaling bevatten waarin de bevoegde overheidsrechter of geschillencommissie wordt aangewezen. Dat is te weinig en past niet meer bij de huidige

---

<sup>53</sup> Precieze gegevens ontbreken, zoals meestal in het privaatrecht. Zie recent Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Mon. NBW B55, nr. 10.

<sup>54</sup> Doordat de wetgever de toelaatbaarheid, grenzen en voorwaarden van algemene voorwaarden heeft bepaald, zijn ze ingepast in het schema wetgeving-rechtspraak. Bij de hierna te noemen buitencontractuele typen private regelgeving is dit mogelijk (nog) niet het geval. Het is een cruciaal punt. Ik kom er in par. 7 op terug.

<sup>55</sup> Ik heb hiervoor gepleit in J.B.M. Vranken en I. Giesen, a.w. (nt. 26), p. 31-40, waarin ik HR 27 april 2001, NJ 2002, 54 over het paard en de dierenarts heb proberen te herschrijven. De Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor Diergeneeskunde is bezig met het opstellen van algemene voorwaarden.

opvattingen over conflictoplossing.<sup>56</sup> De inzet dient er veeleer op gericht te zijn escalatie van geschillen te voorkomen en betrokkenen aan te moedigen er in onderling overleg uit te komen. In plaats van te verwijzen naar de wetgever om dit te regelen, kan private regelgeving betere, op de bijzonderheden van het beroep of de branche toegesneden oplossingen brengen. Algemene procesvoorwaarden zouden even normaal moeten zijn als gewone algemene voorwaarden. Wel zal dan het toetsingskader van art. 6:231 e.v. BW enige aanvulling behoeven.<sup>57</sup>

Het instrument van de algemene voorwaarden is echter niet onbeperkt inzetbaar. In de eerste plaats omdat voorkomen moet worden dat zij uitpuilen van de details. Op zichzelf is het bijvoorbeeld mogelijk om ziekenhuisprotocollen in te kleden als algemene voorwaarden, die toepasselijk zijn op behandelingsovereenkomsten.<sup>58</sup> Dat is echter niet erg praktisch, omdat niet alle protocollen voor elke patiënt relevant zijn en men moeilijk elke patiënt met een heel boekwerk vol details over alle mogelijke behandelingsvoorschriften kan opzadelen. Waar het om gaat, is dat zij ter beschikking komen zodra er een geschil is. Ik sluit overigens niet uit dat in het trombose-arrest juist de inwisselbaarheid van algemene voorwaarden en protocollen als instrumenten van private regelgeving heeft meegewogen bij het aanvaarden van het protocol als voldoende grondslag voor de aansprakelijkheid van de arts.

De belangrijkste beperking van het bereik van algemene voorwaarden is vanzelfsprekend dat zij alleen in contractuele verhoudingen dienst kunnen doen. In buitencontractuele relaties moet men zijn toevlucht zoeken in andere instrumenten. De variëteit is groot. Ik noem, behalve de hierboven al onderscheiden typen, nog leidraden, privacyreglementen, beleidsregels, normeringstabellen bij schadevergoeding, bijsluiters, en helpdesks. Voor een uitwerking verwijs ik naar de literatuur.<sup>59</sup> Hier gaat het mij om de theoretische verankering van private regelgeving tegen de achtergrond van de tekortkomingen van het exclusieve schema wetgeving-rechtspraak.

### 6.7 *De veranderlijkheid van het burgerlijk recht*

---

<sup>56</sup> Onder meer W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, I.N. Tzankova, a.w. (nt. 2), met name hoofdstuk 7.

<sup>57</sup> Ik laat in het midden of dit in het BW moet of in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

<sup>58</sup> Andere voorbeelden zijn woningcorporaties, banken, verzekeringsmaatschappijen, en telecombedrijven. Zie ook mijn noot onder HR 21 maart 2003, NJ 2003, 591 over de hantering van art. 7:268 BW (voortzetting huurovereenkomst na overlijden huurder).

<sup>59</sup> In het kader van de Onderzoekschool voor Wetgevingsvraagstukken van het Schoordijk Instituut, UvT, verschijnt binnenkort de bundel Alternatieven voor codificatie, 2004, waarin I. Giesen voor het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht onderzocht heeft welke instrumenten van private regelgeving bestaan. Voor het burgerlijk procesrecht is een eerste aanzet te vinden in W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, I.N. Tzankova, a.w. (nt. 2), p. 252-260.

De reden dat wetgeving en rechtspraak de behoefte aan voldoende en duidelijke regels van burgerlijk recht niet dekken, ook niet in samenwerking met de literatuur, is dat “de” maatschappelijke werkelijkheid waarop het burgerlijk recht betrekking heeft, voortdurend in beweging is. Vaak is dit een sluipend proces dat pas na verloop van tijd zichtbaar wordt, als trend of als ontwikkeling op lange termijn. Ongetwijfeld gaat daarvan invloed uit op het burgerlijk recht, maar welke dit precies is, is niet eenvoudig vast te stellen. Als het al kan, zal het meestal pas achteraf zijn. Wat betekent bijvoorbeeld de thans geproclameerde herijking (afbraak zeggen sommigen) van de sociale verzorgingsstaat en de grotere nadruk op de eigen verantwoordelijkheid voor onder meer het aansprakelijkheidsrecht, de bescherming van consumenten, of de verdeling tussen partijen van informatie- en onderzoeksplichten in het overeenkomstenrecht? De vraag is op dit moment in het geheel nog niet te beantwoorden. Soms gaan veranderingen sneller, zoals bij informatisering, globalisering en in de technologie. Deze veranderingen zijn voor een deel meteen manifest, maar ook zij hebben een niet te onderschatten onderhuidse invloed.

In het schema wetgeving-rechtspraak is de beantwoording van de vraag welke maatschappelijke veranderingen, hoe en in welke mate doorwerken in het burgerlijk recht, voorbehouden aan de wetgeving en de rechtspraak. Zij zijn de sluizen die gepasseerd moeten worden, willen maatschappelijke veranderingen rechtens relevant zijn. Private regelgeving kan hierbij een brugfunctie vervullen tussen wat in bepaalde sectoren van de maatschappij aan kennis, ervaring en inzichten van de direct betrokkenen leeft, en de regel die in die sector moet functioneren. Zij vormt een belangrijke bron van informatie voor de wetgever of de rechter, die veel preciezer is dan verwijzingen naar bijvoorbeeld gebruiken of overtuigingen in de samenleving. In de regel is de informatie ook actueler, omdat het bewegingsritme van private regelgeving beter inspeelt op nieuwe ontwikkelingen. In sectoren met een goed georganiseerde private regelgeving kunnen maatschappelijke veranderingen daarom sneller doorwerken in het burgerlijk recht. Voorwaarde is wel dat de wetgever en rechtspraak er open voor staan en, wat de rechtspraak betreft, dat zij de kans krijgt zich uit te spreken. Ik verwacht in de nabije toekomst dat private regelgeving een zodanige omvang en betekenis zal krijgen, dat algemene criteria kunnen worden geformuleerd voor het bepalen van haar juridisch bindende kracht. In feite is het zo ook gegaan bij algemene voorwaarden, eerst in de rechtspraak, daarna in de wetgeving. Hetzelfde zal gebeuren met de buitencontractuele instrumenten van private regelgeving die ik genoemd heb. De drie problemen van private regelgeving zullen binnenkort dan ook prominent op de agenda staan.

Wat de theoretische verankering betreft, passen de meeste theorieën en modellen<sup>60</sup> over private regelgeving bij deze brugfunctie. Voor zover hier relevant en met erkenning van hun onderlinge verschillen, hebben ze gemeen dat ze het dialoogkarakter en de gelaagdheid van wet- en regelgeving benadrukken. De dialoog is permanent. Achtergrond is de overtuiging dat de wetgever er beter aan doet niet te proberen de casuïstiek en de toekomstige ontwikkelingen reeds op voorhand te regelen. Dat kan gemakkelijk leiden tot wat Teubner heeft genoemd het “regulative trilemma”. Hij bedoelt daarmee dat de algemene regel ofwel zijn doel voorbijschiet, ofwel de praktijk alleen maar voor de voeten loopt. Geboden is soepelheid en flexibiliteit, maar als men daarop te veel nadruk legt, ontstaat het derde risico dat minstens even erg is: men verliest het overzicht en het geheel wordt stuurloos.<sup>61</sup>

In de theorieën en modellen over private regelgeving zoekt men de uitweg in samenwerking met direct betrokkenen. Wetgeving kan niet meer de klassieke, hiërarchisch centrale rol van vroeger vervullen, zo wordt gezegd, maar is slechts één van de spelers in een ingewikkeld netwerk van interacties en betrekkingen. Zoals Tjeenk Willink het formuleerde: de vraag is niet of de wetgever het probleem dat aan de orde is, kan oplossen, maar welk aandeel hij daarin kan hebben.<sup>62</sup> Direct betrokkenen zijn beter geïnformeerd en voelen veranderingen meteen aan den lijve. Door hun betrokkenheid zal in de regel ook het draagvlak groter kunnen worden, maar er zijn ook gevaarlijke kanten, met name wie waartoe bevoegd is en of wel voldoende gewaarborgd is dat alle direct betrokkenen hun stem kunnen laten horen.

Indien private regelgeving er in slaagt deze gevaren het hoofd te bieden, verwacht ik dat zal zij op een ongekende schaal het inspelen op de veranderlijkheid van het burgerlijk recht zal bevorderen. Toch blijft zij in haar brugfunctie onderworpen aan de sluizen van de wetgeving en de rechtspraak. Die bepalen uiteindelijk of en in welke mate zij bindende kracht heeft. Hirsch Ballin heeft er zich sterk voor gemaakt een principiële stap verder te zetten.<sup>63</sup> Hij schreef over idealen in het recht en verdedigde dat veranderingen in het recht begrepen

---

<sup>60</sup> Ik noem communicatieve wetgeving, interactieve rechtsvorming, responsief recht, reflexief equilibrium, discursiviteit, interactionisme, wederkerigheid, horizontalisering en rechtspluralisme. Vergelijk hierover onder meer, telkens met veel verdere verwijzingen, de bundel onder redactie van Bart van Klink en Willem Witteveen, *De overtuigende wetgever*, 2000, en de daarin opgenomen bijdragen van onder meer de redacteuren zelf (p. 5-28 en p. 259-275), Wibren van den Burg (p. 105-122), en Bert van den Brink (p. 239-258). Zie voorts Philip Eijlander en Wim Voermans, a.w. (nt. 3), p. 25-27; Rob van Gestel, *Zelfregulering, milieuzorg en bedrijven*, diss. 2000, p. 23-74; Boudewijn de Waard (Ed.), *Negotiated Decision-Making*, 2000, en het rapport van de Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, *Bevrijdende kaders*, 2003 (RMO-advies 24).

<sup>61</sup> G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, 1989.

<sup>62</sup> H. Tjeenk Willink, geciteerd in het rapport van de RMO, 2003, a.w. (nt. 60), p. 29.

<sup>63</sup> Ernst Hirsch Ballin, *De stroom van het recht*, in: Wibren van der Burg en Frans W.A. Brom (red.), *Over idealen. Het belang van idealen in recht, moraal en politiek*, 1998, p. 91-101. Vergelijk ook Wibren van der Burg, *Dynamisch recht. De interactie tussen recht, ethiek en samenleving*, oratie 2001, p. 26 e.v.

moeten worden als een “voortgaande realisering – met vallen en opstaan – van idealen omtrent rechtvaardige verhoudingen tussen mensen (c.q. groepen van mensen) in de historiciteit van een samenleving.” Overgebracht naar het onderwerp van dit hoofdstuk betekent zijn opvatting dat ook private regelgeving beschouwd kan worden als een voortgaande realisering van wat op zeker ogenblik in verhoudingen tussen mensen als het beste, het meest rechtvaardige wordt aangemerkt. Maar, is mijn vraag, kan men daaruit concluderen dat private regelgeving dan ook rechtstreeks zelf bindende kracht heeft, zonder de sluis van wetgeving en rechtspraak?<sup>64</sup>

Niet alle private regelgeving berust op keurig vooraf afgebakende samenwerkingsafspraken met de wetgeving. Vaak is men in een bepaalde sector gewoon begonnen, omdat men niet langer kon wachten. Zeker op nieuwe terreinen die in een internationale context opereren, is dit het geval. Heeft deze private regelgeving dan bindende kracht? Op zichzelf is er misschien niets op tegen de vraag bevestigend te antwoorden. Maar wat zegt dit? Gesteld dat in zo'n situatie meer private regelgevingen tot stand komen op hetzelfde terrein, zodanig dat – en het komt voor - sprake is van een woud van regels zonder veel samenhang. Welke binden? Allemaal? Dat is de chaos die Teubner vreesde. Iemand zal die moeten ordenen. Uiteraard kunnen betrokkenen dit in onderling overleg doen, maar die weg loopt dood zodra ze geen overeenstemming kunnen bereiken. Dan zal de oplossing van elders moeten komen: van de wetgever, de rechter of, wat bij private regelgeving steeds vaker gebeurt, van een wettelijk ingestelde toezichthouder.<sup>65</sup>

Ook als zich conflicten tussen betrokkenen voordoen, is het op zichzelf mogelijk overeen te komen hierover in eigen kring te oordelen, maar daarbij stuit men al meteen op de exclusiviteitsaanspraak van de overheid. Een burger moet altijd toegang hebben tot een overheidsrechter, al was het maar voor een marginale toets van bijvoorbeeld een bindend advies of arbitrage. De toets geschiedt aan de hand van de voor het oplossen van geschillen bepaalde minimumeisen. Deze zijn opgenomen in de wet (het EVRM daaronder begrepen) en de rechtspraak en er mag niet van worden afgeweken. Uiteindelijk komt het erop neer dat het schema wetgeving-rechtspraak niet ontlopen kan worden. Private regelgeving moet om bindend te kunnen zijn steeds op enigerlei manier, direct of indirect, door de sluisen van wetgeving of rechtspraak. De omgang met het burgerlijk recht blijft gevangen in het schema wetgeving-rechtspraak.

---

<sup>64</sup> Hij pleit ervoor om niet bij het op enig moment uit wetgeving en rechtspraak kenbare recht en zijn onderliggende bedoelingen, beginselen en waarden te blijven staan. Dat recht is niet meer dan een momentopname, waarin de strijd om het beste en meest rechtvaardige al gestreden is. Wat interessant(er) is, is de fase van de strijd zelf. Daarin zijn gezichtspunten en inzichten meegewogen die het niet tot geldend recht gebracht hebben. Om die reden zijn ze echter nog niet uitgespeeld. Toch hebben wij er in onze gangbare manier van omgaan met het recht geen aandacht meer voor. Ten onrechte, aldus Hirsch Ballin. Ik ben dat met hem eens.

<sup>65</sup> Die vaak een dubbelrol heeft, omdat hij behalve toezicht ook zelf private regels maakt.



Westerman spreekt in dit verband van een vermaatschappelijking van het recht die gelijk opgaat met een juridisering van de maatschappij in een omvang die wij nog nooit gekend hebben. Het recht verliest een deel van zijn autonomie omdat het private regelgeving moet accepteren. De maatschappij verliest een deel van haar autonomie omdat haar private regelgeving uiteindelijk aan juridische (minimum)maatstaven moet voldoen.<sup>66</sup> Ik kan het ook anders formuleren. Eugen Ehrlich heeft al bijna een eeuw geleden gezegd dat het zwaartepunt van de veranderingen in het recht niet bij de wetgever, rechtspraak of literatuur liggen, maar in de maatschappij zelf. Misschien bedoelde Paul Scholten hetzelfde met zijn gevleugelde woord dat het recht in de feiten ligt. Van Schilfgaarde<sup>67</sup> heeft evenwel op beide een belangrijke aanvulling gegeven: “Hier wordt benadrukt dat de oorsprong van het recht in de feiten, meer precies: in de feitelijke wereld, in de dingen, moet worden gezocht. De grond daarvan is dat het kernbegrip van het recht niet de norm is – in logische zin komt dat begrip pas later aan de orde -, maar het oordeel.” Het is de beoordeelde werkelijkheid die de bron is van (veranderingen in het) recht. De beoordeling wordt niet van buitenaf, vanuit het bestaande systeem, aan de feiten opgelegd, maar wordt gevonden in een confrontatie van het bestaande systeem met de te beoordelen feiten. Daaraan voegt het iets nieuws toe, dat vervolgens opnieuw geconfronteerd wordt met nieuwe feiten, opvattingen en inzichten, en zo weer iets nieuws toevoegt aan het dan bestaande, en zo voort, steeds weer. Het is een proces dat nooit eindigt. De intrinsieke veranderlijkheid van het recht kan met het schema wetgeving-rechtspraak nooit geheel worden ingehaald.

In zoverre is argumenteren in het burgerlijk recht springen met lemen voeten.<sup>68</sup> Mogelijke argumenten worden door het schema wetgeving-rechtspraak buitengesloten, in ieder geval vooralsnog, want in nieuwe confrontaties kunnen ze wel doorbreken.

---

<sup>66</sup> P. Westerman, Een pleidooi voor formalisering II, oratie Groningen, 2003, p. 15 e.v.

<sup>67</sup> P. van Schilfgaarde, Feiten en rechtsoordelen, WPNR 6396 en 6397 (2000), p. 228 l.k.

<sup>68</sup> Er zijn nog meer redenen voor deze beeldspraak, maar die komen in een andere, binnenkort te verschijnen publicatie aan de orde.