

Innovatieve handhaving in het vermogensrecht

[eerder verschenen in: *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2006/4, nr. 16 (p. 121)]

Van oudsher draait het in het vermogensrecht om remedies als nietigheid en vernietigbaarheid, ontbinding, schadevergoeding. Deze klassieke remedies komen onder druk te staan, onder andere als gevolg van het toenemend gebruik in recente wetgeving van andere instrumenten van handhaving. De recente wetgeving en voorstellen rondom financiële dienstverlening, productveiligheid, consumentenautoriteit et cetera geven bijvoorbeeld tal van regels die niet hadden misstaan in het BW.

Er is dus competitie tussen de rechtsgebieden gaande. En in een goed werkende ‘markt’ van juridische oplossingen zal de rechtszoekende dan kiezen voor de ideale mix van goedkope, snelle en effectieve handhaving van de materiële regel. Die competitie is niet nieuw, maar ze dringt naar mijn indruk wel steeds dieper door tot het hart van het vermogensrecht. En dat stelt ons voor de vraag of de klassieke remedies de concurrentie nog wel aan kunnen. We zien dat bijvoorbeeld aan de nietigheid. Nulliteit betekent terugwerkende kracht, en die leidt soms tot overmatige of juist ondermaatse handhaving van de overtreden norm.

Overmatig is de nietigheidssanctie in die gevallen waarin het wederzijds ongedaan maken van de prestaties gevolgen heeft die niet in proportie staan tot de strijdigheid van de betreffende rechtshandeling met de overtreden norm. Bij een aandelenlease die wegens strijd met een wetsbepaling nietig wordt verklaard moet de maandelijkse inleg retour naar de belegger en de aandelen – als die al in handen waren van de belegger – moeten weer in handen komen van de beleggingsinstelling. Dat zou zonder nadere correctie ertoe kunnen leiden dat de nietigheidssanctie de verliezende ‘aandelen-lessee’ in staat stelt om op risico van zijn wederpartij te beleggen! Dat ligt niet voor de hand als de nietigheid ‘slechts’ het ontbreken van een vergunning voor het uitlenen van geld betreft en de sanctie alleen beoogt banken tot het aanvragen van een vergunning te bewegen.

Overmatigheid van de sanctie is niet altijd verkeerd als de overtreding en de nietigheidssanctie op voorhand duidelijk en bekend zijn. Maar bij nietigheid wegens wetsovertreding ligt dat vaak genuanceerd en is het meer een kwestie van een knoop doorhakken. Soms kan de rechter dan concluderen dat de overtreden wetsbepaling niet strekt tot nietigheid van de rechtshandeling. Maar als voordien onzekerheid heerst over de strekking van een wetsbepaling, dan kunnen marktpartijen kopschuw raken. Zo bezien is onzekerheid over nietigheid – het duurt toch enige tijd voordat de rechter uitsluitsel geeft – helemaal niet te prefereren. In het voorstel Wet Financieel Toezicht (Wft) wordt voorgesteld om de nietigheidssanctie in beginsel uit te sluiten. De centrale gedachte is kennelijk dat er voldoende andere mogelijkheden zijn om Wft-overtredingen civielrechtelijk te sanctioneren.

Ondermaatse handhaving ontstaat als de nietigheid helemaal niet tot ongedaanmaking van de overeenkomst leidt. Dat is al snel het geval bij overeenkomsten waarbij de ene partij geld betaalt en de ander een onstoffelijke dienst verricht. Als de dienst in een redelijk werkende markt tot stand is gekomen, moet de waarde van de dienst worden gesteld op de waarde die deze in het economische verkeer had ten tijde van het presteren. Langs die maatstaf gemeten zijn bepaalde nietige overeenkomsten die al zijn uitgevoerd nauwelijks terug te draaien. Dat noem ik weinig doelmatig handhaven.

Als de onderliggende norm door middel van nietigheid niet doelmatig wordt gehandhaafd, rijst natuurlijk de vraag hoe het anders kan en óf het anders moet. Die laatste vraag is niet in algemene zin te beantwoorden. Voor sommige deelterreinen zal gelden dat alternatieve instrumenten tegenwicht kunnen bieden aan het civielrechtelijk handhavingstekort.

Maar soms ook zijn er aanwijzingen dat het privaatrecht een grotere rol zou kunnen spelen. Bijvoorbeeld: liever dan achteraf de nietigheid constateren van een aandelenlease-constructie waar al vele ‘exemplaren’ van zijn verkocht, zou bijvoorbeeld meer moeten worden gestreefd naar *zekerheid vooraf*. Zou het niet mooi zijn als een bank zijn product op voorhand juridisch zou kunnen testen bij de civiele rechter op nietigheid wegens niet-naleving van een bepaalde vergunningplicht, op naleving van de ongeschreven zorgplicht, op mogelijk misleidende reclame en op dwaling? Een dergelijke ‘audit’ vooraf door de burgerlijke rechter zou de tegenvoeter van de Wet Collectieve Schadeafwikkeling Massaschade kunnen zijn: niet collectief afwikkelen van schade *achteraf*, maar collectieve helderheid *vooraf* ter voorkoming van schade staat centraal. En dan mag de individuele eiser achteraf aantonen waarom in zijn concrete geval afwijking van het algemene oordeel vooraf aangewezen is...

Uiteraard is dit een nogal abstract vergezicht dat niet direct toepasbaar is. Maar zoals competitie tot innovatie leidt, zo zal het hier ook gaan. Innoveren dus, die handhaving.

W.H. van Boom