

# Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht

W.H. van Boom<sup>1</sup>

*Eerder verschenen in: RM Themis 2003, p. 297-307  
[originele paginanummers zijn vetgedrukt aangegeven in de tekst]*

[297]

## 1 Algemeen is bijzonder?

Je hebt algemeen en bijzonder. Sommigen zijn gewoon ‘hoogleraar privaatrecht’, anderen zijn ‘hoogleraar burgerlijk recht’, en heel bijzonder zijn de ‘hoogleraren in het burgerlijk recht, in het bijzonder goederen- of verbintenissenrecht’. Een hoogleraar die, heel algemeen, als leeropdracht ‘privaatrecht’ heeft, is in toenemende mate een titelhouder die zijn taak niet waar maakt. Die titelatuur veronderstelt namelijk dat de betreffende hoogleraar over een breed terrein inzetbaar is, terwijl iedereen weet dat ook een gewone hoogleraar zijn of haar specialisaties heeft en op andere gebieden eigenlijk niet inzetbaar is. En zo is het eigenlijk ook steeds vaker met algemene leerstukken in het vermogensrecht: zij wekken vanwege hun naam of plaatsing binnen het burgerlijk wetboek de schijn van brede inzetbaarheid, maar eigenlijk zijn zij in het moderne privaatrecht steeds vaker ofwel terugvaloptie en restregeling of in feite toch een bijzondere regeling. In deze bijdrage ga ik, naar aanleiding van de recente Groningse bundel *Algemeen - Bijzonder*,<sup>2</sup> nader in op een aantal aspecten van die verhouding tussen ‘algemeen’ en ‘bijzonder’ in het vermogensrecht. Daarbij zullen vooral twee perspectieven centraal staan. In de eerste plaats is er het wetgevingsperspectief, waarbij de ordening en onderlinge verhouding van de wetgevingsmaterie centraal staan, en waarbij Europese invloeden steeds duidelijker op de voorgrond treden. In de tweede plaats is het er het ‘gebruikersperspectief’, waarbij met name gekeken zou moeten worden naar de behoeften van het rechtsverkeer: hebben burgers behoefte aan algemene of aan bijzondere regels, of nopen hun behoeften misschien tot een geheel andere onderverdeling?

## 2 Het wetgevingsperspectief

### 2.1 Waarom een bijzondere regel?

Wat is anno 2003 de bestaansreden voor een bijzondere regeling in het BW? De Jong en Wissink stellen dat de bestaansreden wellicht de minst problematische eis is, in vergelijking met het vereiste van een duidelijk toepassingsgebied en duidelijke verhouding tot andere regelingen.<sup>3</sup> Ik denk echter dat die bestaansreden in veel gevallen juist wel de meest problematische is. Redenen

---

<sup>1</sup> Gewoon hoogleraar privaatrecht, Universiteit van Tilburg. De tekst bouwt voort op een voordracht bij het CRBS-RUG symposium ‘Algemeen – Bijzonder’, gehouden ter gelegenheid van het verschijnen van de gelijknamige bundel. Met dank aan I. Giesen, M.J. van Laarhoven en J.B.M. Vranken voor commentaar op eerdere versies van deze bijdrage.

<sup>2</sup> G. T. De Jong et al., *Algemeen-Bijzonder* (De wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht), Den Haag: BJU 2003. Korte tijd later verscheen ook de Rotterdamse bundel P.G.J. van den Berg en W.A. Zondag (red.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2003, met een vergelijkbare opzet.

<sup>3</sup> De Jong et al., *Algemeen - Bijzonder*, p. 5.

voor het in het leven roepen van een bijzondere regeling kunnen heel divers zijn. Soms is slechts sprake van bevestiging van wat ook al voortvloeide uit de algemene regel, vaak worden dwingende regels afgekondigd ten behoeve van consumenten, soms is eenmaking van de Europese markt de reden, soms is een bijzondere regel slechts de voortzetting van een onder het oude recht geldende regel – wie zou vandaag de noodzaak van een regeling van de bewaarneming, de rederij of het wissel- en chequerecht nog willen verdedigen? Van sommige regelingen kan men werkelijk het bestaansrecht betwijfelen. Van het nieuwe verzekeringsrecht had men bijvoorbeeld achteraf gezien wellicht een goed deel achterwege kunnen laten en voornamelijk de consumentenverzekeringen dwingend regelen.

En waarom andere, belangrijker rechtsverhoudingen juist niet of niet uitgebreid worden geregeld, is ook niet altijd duidelijk.<sup>4</sup> De aansprakelijkheid van de hotelier voor in bewaring gegeven zaken is wel geregeld in ons BW (art. 7:609), maar de tussen een bank en een consument in acht te nemen regels bij [298] het verstrekken van krediet niet. Dat is opmerkelijk.<sup>5</sup> Dat de bancaire relatie *destijds* niet geregeld is, daar valt wel een verklaring voor te geven: de voorgenomen codificatie kende al regelingen voor zekerheden, rekening-courant, algemene voorwaarden, opdracht, bewaarneming en vaststelling.<sup>6</sup> Er zouden dus al veel bijzondere regels van toepassing zijn. Hoe zou een algemeen kader voor bancaire relaties in te passen zijn? Daar komt bij<sup>7</sup> dat de bancaire wereld ten tijde van de codificatiebezigdheden al een goed georganiseerde en in toenemende mate gereguleerde sector was, waar de consumentenbescherming door toezicht, zelfregulering en onderhandeling met belangenorganisaties op een hoog niveau was gebracht.<sup>8</sup> De behoefte aan een bijzondere regeling was daarmee niet heel groot, althans in vergelijking met branches waar een dergelijke homogeniteit door (zelf)regulering ontbrak. Maar inmiddels geldt voor veel branches wat al langer voor het bankwezen gold. Zo kent bijvoorbeeld de verzekeringsbranche vandaag de dag ook een hoge organisatiegraad. Consequent geredeneerd zou de huidige regeling van verzekeringsrecht dan dus net zo overbodig of net zo nodig zijn als een regeling van de bancaire verhouding. In dit opzicht lijkt titel 7.17 daarom – behoudens het dwingende consumentenverzekeringsrecht – overbodig.

Een vergelijkbare onevenwichtigheid tussen bijzondere en algemene regelingen doet zich voor bij die regels die heel algemeen geformuleerd zijn, en vervolgens in de rechtspraak en literatuur verregaand gerubriceerd en onderverdeeld zijn, maar waar geen bijzondere wettelijke regels voor zijn ingevoerd. In wezen geeft elke algemeen geformuleerde regel in het BW aanleiding tot verbijzondering: als het wetsartikel niet meer stelt dan dat toerekenbaar onbetamelijk handelen of ongerechtvaardigde verrijking tot schadevergoeding verplicht, ontstaat vroeg of laat een bijzonder systeem van interactie tussen rechtspraak en wetenschap dat tot bijzondere, zij het ongeschreven regels, aanleiding geeft.<sup>9</sup> Als *kenbaarheid* van het recht een van de doelen van civielrechtelijke codificatie is, dan is het niet alleen vreemd maar zelfs zonder rechtvaardiging

---

<sup>4</sup> De parlementaire totstandkomingsgeschiedenis van boek 7 BW heeft veel weg van een rijdende trein die men niet wenste te stoppen om de invoering van de boeken 3, 5 en 6 niet te vertragen. Zie bijv. het V.V. I en de M.v.A. I, Parl. Gesch. Boek 7, p. 10-11.

<sup>5</sup> Eerdere auteurs die zich hierover hebben verbaasd: E.H. Hondius, in: Om wille van de consument (Clausing-bundel), Zwolle 1990, p. 67 e.v. en S.B. van Baalen, in: De Jong et al., Algemeen - Bijzonder.

<sup>6</sup> En oorspronkelijk was er ook nog het voornemen tot hercodificatie van het wissel- en chequerecht, dat destijds nog een substantieel onderdeel van het bankrecht was.

<sup>7</sup> S.B. van Baalen wijst hier op, in: De Jong et al., Algemeen - Bijzonder, p. 29.

<sup>8</sup> Die 'self help' van consumenten wordt door ons vermogensrecht gestimuleerd: zie art. 6:240 BW, en ook de richtlijn inbreuken en bescherming consumentenbelangen (98/27/EG, PbEG L 166). Dat is een reguleringswijze waarbij dwingende bijzondere regels achterwege kunnen worden gelaten en waarmee toch een redelijk evenwicht tussen commerciële en consumentenbelangen kan worden bereikt.

<sup>9</sup> F.T. Oldenhuis, in: De Jong et al., Algemeen - Bijzonder, p. 140, wijst op dit verschijnsel.

dat we uiterst gedetailleerde regels over – laten we zeggen – de elektronische handtekening hebben, maar slechts één, heel algemeen geformuleerd artikel over het onrechtmatigedaadsrecht. Nu kan men zeggen: bijzondere artikelen voor allerlei gevallen van onrechtmatigedaadsrecht of verkrijgingsrecht zullen slechts een herhaling zijn van hetgeen al uit de algemene regel op te maken valt. Maar zoals gezegd kan dat vanuit rationeel wetgevingsperspectief niet beslissend zijn, nu aan die maatstaf gemeten veel van hetgeen in Boek 7 staat, overbodig is. Daar staat bovendien een belangrijk argument tegenover om die verbijzondering voor bijvoorbeeld het onrechtmatigedaadsrecht wél te overwegen: ‘het’ onrechtmatigedaadsrecht bestaat niet meer omdat door rechterlijke uitspraken en praktijkbehoeften een vergaande verbijzondering heeft plaatsgevonden. Zo hebben het letselschaderecht en het recht inzake oneerlijke concurrentie inhoudelijk nauwelijks raakvlakken, terwijl zij wel de voordeur van art. 6:162 BW moeten delen. Vanuit een oogpunt van kenbaarheid van recht schiet het algemene kader van art. 6:162 BW daarom naar mijn mening inmiddels tekort.<sup>10</sup>

## 2.2 Bedreiging van eenheid in het wettelijke stelsel

Eenheid in het vermogensrecht wordt door veel auteurs als centrale waarde gezien, die bepalend is voor de verhouding tussen algemene en bijzondere regelingen. Voorspelbaarheid van het burgerlijk recht en rechtszekerheid zijn – zo wordt gezegd – gebaat bij die eenheid.<sup>11</sup> Mede op deze gronden spreekt bijvoorbeeld Hartlief zich uit tegen de wildgroei van bijzondere regels van consumentenrecht die bescherming beogen te bieden bovenop het algemene kader van Boek 6, nu zij ertoe dreigen te leiden dat het algemene deel van het verbintenissenrecht minder zeggingskracht krijgt.<sup>12</sup> De voorvechters van de bijzondere regelingen onderschatten kennelijk de mogelijkheden van het algemene deel, aldus Hartlief. Dat algemene deel geeft bescherming en geeft tegelijk aan individuen verantwoordelijkheid [299] over hun eigen beslissingen, zo vat ik het betoog van Hartlief samen. De weg die nu is ingeslagen dreigt het contract tot een wankel fundament te maken: bij zo ongeveer elk contract is het welzijn van individuen in het geding, en als we doorgaan op de ingeslagen weg van het beschermen van dat welzijn, leidt dat tot een contractenrecht dat op een geheel andere leest is geschoeid dan het klassieke contractenrecht, aldus Hartlief.

Ik stel in dit verband twee tegenvragen: is ‘het’ contractenrecht voor consumenten niet allang op die andere leest geschoeid, en – indien het antwoord bevestigend luidt – is dat erg? Zoals hierna zal blijken, lijkt een bevestigend antwoord op de eerste vraag voor de hand te liggen<sup>13</sup> en heeft een ontkennend antwoord op de tweede vraag gevolgen voor de aard en inhoud van onze codificatie als algemene regeling. Ik kom daar nog op terug. Eerst wil ik nog stilstaan bij de implicaties van de ‘klassieke’ opvatting voor de eenheid in ons vermogensrecht. Hartlief bepleit bijvoorbeeld dat het algemene kader ‘niet uit elkaar mag vallen’, en dat differentiatie zoveel

---

<sup>10</sup> Vgl. over de keuze tussen een ‘kleine’ codificatie met algemene regelingen en de kosten van uitleg daarvan enerzijds en een ‘grote’ codificatie met gedetailleerde bijzondere regelingen J. de Mot en G. de Geest, NJB 2002, p. 881 e.v.

<sup>11</sup> Zo bijv. R. P. J. L. Tjittes, De hoedanigheid van contractspartijen een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de (onderlinge) hoedanigheid van partijen voor de totstandkoming en de vaststelling van de inhoud van rechtshandelingen, diss. Groningen 1994, p. 250-251; V.C.A. Lindijer, in: De Jong et al., Algemeen - Bijzonder, p. 189; R.D. Lubach, in: De Jong et al., Algemeen - Bijzonder, p. 121. Vgl. echter A.S. Hartkamp, NJB 1983, p. 1075, die terecht stelt dat eenheid geen doel op zich is, maar hulpmiddel bij het verwezenlijken van beter recht.

<sup>12</sup> T. Hartlief, in: De Jong c.s. 2003. Vgl. T. Hartlief, Contracteren 2003/1, p. 5 e.v.

<sup>13</sup> Zo ook E.H. Hondius, in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), Contractvrijheid, Deventer: Kluwer 1999, p. 392-393.

mogelijk binnen dat algemene kader moet plaatsvinden.<sup>14</sup> Ik twijfel of ik mij in deze opvatting kan vinden. Op zich kan ik vanuit wetgevingsperspectief het streven naar concentratie op algemene regelingen onderschrijven, maar als we constateren dat bij algemene regelingen in ons vermogensrecht bijvoorbeeld steeds weer de *hoedanigheid* van de betrokken personen een bijzondere inkleuring aan de norm geeft (consument tegenover professional, terzake kundige ten opzichte van onkundige), dan komt er toch een moment waarop de algemene regel als het ware een vrucht afwerpt in de vorm van een bijzondere regel – gecodificeerd of niet.<sup>15</sup> Als we ook daarna blijven vasthouden aan de algemene regel, bewijzen we dan niet slechts lippendienst aan het ‘eenheidsvereiste’ en gebruiken we dan niet in wezen een steeds leger wordende wettelijke huls om door middel van diversificatie in rechtspraak en praktijk toch die verbijzondering mogelijk te maken?<sup>16</sup> Dat is wat op een aantal plaatsen in ons vermogensrecht gebeurt, en ik zie eerlijk gezegd geen winst in het vasthouden aan eenheid in de letter van de wet als de rechtspraktijk die eenheid al heeft prijsgegeven.

### 2.3 Behoud van de gelaagde structuur?

De winst die behaald wordt met het eenheidsstreven, lijkt vooral gelegen te zijn in het behoud van de gelaagde structuur van het BW. Maar er is een andere kracht die deze winst weer teniet doet: de Europese stroom aan regelgeving op het vlak van consumentenbescherming en vrij verkeer.<sup>17</sup> Europese invloeden zijn niet goed voor de dogmatische eenheid van ons vermogensrecht, dat is inmiddels zonneklaar. Veel auteurs hebben al geconstateerd dat de bijzondere regelingen van Europese herkomst weinig samenhang vertonen, elkaar overlappen en tegenspreken.<sup>18</sup> Het vermogensrechtelijke bouwwerk van het BW, met zijn leerstellige karakter, gelaagde opbouw en schakelbepalingen, is in dit opzicht als een zandkasteel bij opkomend tij. Het is steeds moeilijker om het bouwwerk te handhaven als gevolg van de toename van deze Europese invloeden.<sup>19</sup> Europese richtlijnen bekommeren zich namelijk niet om nationale structuren en inbedding; de implementerende lidstaat moet zich maar zien te redden. En als die

---

<sup>14</sup> Vgl. ook A.S. Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, Mon. Nieuw BW A-0, Deventer: Kluwer 2002, nr. 17, die benadrukt dat door het opnemen van het consumentenrecht in het nieuwe BW ‘de schade’ (‘verstoring’ genoemd in NJB 1983, p. 1069 e.v.) aan de ‘eenheid van het privaatrecht’ beperkt is gehouden. Zie ook A.S. Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, p. 74, die het consumentenrecht een ‘bron van spanning’ binnen het BW noemt.

<sup>15</sup> Vgl. J.M. Smits, R&R 1998, p. 23 e.v.

<sup>16</sup> Aldus Smits, t.a.p., p. 24-25.

<sup>17</sup> Voor een overzicht op het gebied van het vermogensrecht zie bijv. M.H. Wissink, in: B. Wessels en T.H.M. van Wechem (red.), Contracteren in de internationale praktijk deel III, Deventer: Kluwer 1997, p. 21 e.v.

<sup>18</sup> Daarover bijv. E.H. Hondius en L.A.D. Keus, preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 1993; M.H. Wissink, NTBR 1999/1, p. 1 e.v.; E.H. Hondius, Nieuwe methoden van privaatrechtelijke rechtsvinding en rechtsvorming in een Verenigd Europa, Mededelingen KNAW 64-4, Amsterdam 2001, p. 14; M.W. Hesselink, in: S. Grundmann en J. Stuyck (red.), An Academic Greenpaper on European Contract Law, the Hague: Kluwer Law International 2002, p. 182. Zie ook Peter Schlechtriem, ZEuP 2002/2, p. 217 en Peter-Christian Müller-Graff, in: A. Hartkamp et al. (eds.), Towards a European Civil Code (2d Ed.) Nijmegen 1998, p. 80-82 en voor concrete voorbeelden bijv. M.B.M. Loos, in: M.W. Hesselink et al. (red.), Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit, Den Haag: BJU 2003, p. 152 e.v. Ook het kabinet en de Europese Commissie zijn zich bewust van het probleem; zie Nota Wetgevingskwaliteitsbeleid en wetgevingsvisiteatie, Kamerstukken II, 2000/01, 27 475, nr. 2, p. 21 e.v. resp. het actieplan ‘Een coherenter Europees Verbintenissenrecht’ (Pb EG 2003/C 63/1).

<sup>19</sup> Jac. Hijma, in: J.M. Smits (red.), De richtlijn consumentenkoop in perspectief, Den Haag: BJU 2003, spreekt van ‘doffe plekken’ (p. 37) en een wetboek dat ‘lelijk’ aan het worden is. Zie uitgebreider met verwijzingen J.M. Smits, in: M.G. Faure et al. (eds.), Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research, Antwerpen: Maklu 2002, p. 239 e.v. Profetisch in dit verband was K.F. Haak, AAe 1993, p. 12-13, die de duurzaamheid van het nieuwe BW in het licht van het Europees privaatrecht in twijfel trok.

lidstaat omwille van het bouwwerk oprecht meent dat implementatie niet nodig is, kan een inbreukprocedure volgen.<sup>20</sup>

Het is dus goed om hier te benadrukken dat het de eenmaking van de Europese markt is die vrijwel [300] alle bijzondere vermogensrechtelijke regelingen van de afgelopen tien jaar heeft veroorzaakt, en niet onze nationale wetgever. Klachten over het gebrek aan visie op het algemene deel van het vermogensrecht, veroorzaakt door de wildgroei van bijzondere delen, en klachten over de overmatige bescherming, moeten daarom aan het adres van de Europese regelgever worden gericht.<sup>21</sup> En die kan deze kritiek zonder problemen naast zich neerleggen: de koestering van Meijers' systematiek is geen belang dat op Europees niveau enig gewicht in de schaal legt. Op Europees niveau harmoniseert men rechtsstelsels immers vooral ook door *geen* rekening te houden met nationale eigenaardigheden.

Het is daarom juist de keuze van de nationale wetgever – ongeveer dertig jaar geleden gemaakt<sup>22</sup> – om Europese richtlijnen *binnen* het BW te implementeren, waarvan achteraf kan worden gezegd dat daarmee het paard van Troje werd binnengehaald.<sup>23</sup> Dat is geen klacht, maar slechts een constatering: ook vandaag nog proberen nationale wetgevers om Europese vermogensrechtelijke regelgeving binnen de nationale wetsystematiek in te passen, zoals bijvoorbeeld recentelijk in Duitsland.<sup>24</sup> Het gevolg zal zijn dat het BGB de komende jaren veelvuldig gewijzigd moet worden en dat de worsteling met afwijkende terminologie en systematiek zal voortduren.<sup>25</sup> Misschien was een losstaand *wetboek voor consumentenrecht* een verstandiger optie geweest.<sup>26</sup>

Hoe dat ook zij, de wetgevingsjuristen van het Ministerie van Justitie, de hoeders van de gelaagde structuur, staan steeds weer voor moeilijke keuzes: waar delen we de materie in? Hoe bijzonder of algemeen moet de implementatie plaatsvinden? Ik geef een voorbeeld. Richtlijn 2002/47/EG betreffende de zogenaamde financiële zekerheidsovereenkomsten bevat verbintenisrechtelijke, goederenrechtelijke, faillissementrechtelijke en ipr-rechtelijke regels omtrent zekerheidsoverdracht en verpanding van bankrekeningsaldi en effecten en obligaties.

---

<sup>20</sup> Zoals Nederland heeft ervaren met de richtlijn oneerlijke bedingen en het transparantievereiste: HvJ 10 mei 2001, C-144/99Jur. 2001, I-3541 (Commissie/Nederland). Daarover bijv. M.M. Siems, ZEuP 2002/4, p. 747 e.v. alsmede J.M. Smits, WPNR 6461 (2001), p. 853.

<sup>21</sup> En wellicht moeten wij ons die kritiek als Nederlandse civilisten ook zélf aantrekken. De meesten van ons zoeken het Europese debat niet of nauwelijks op; wetenschappelijke publicaties over Europees privaatrecht geschreven in het Nederlands (deze bijdrage niet uitgesloten) dragen in elk geval niet bij aan dat Europese wetenschappelijke debat.

<sup>22</sup> Naar ik schat is de eerste stap in de richting van codificatie van Europese privaatrechtelijke richtlijnen binnen het BW gezet met de implementatie van de eerste Europese vennootschapsrichtlijn, die dateert van 1968. Bij implementatie bij wet van 29 april 1971, Stb. 285, werd gekozen voor implementatie in het WvK. Met de omzetting van de WvK-regeling naar de codificatie in Boek 2 BW in 1976 werd deze lijn gecontinueerd. Voor een historisch overzicht Asser-Maeijer 1-III, nr. 4-6. Sindsdien is er bij mijn weten geen fundamenteel debat geweest over deze lijn.

<sup>23</sup> Vgl. over de 'Trojan Horse' bijv. B. Tilleman en B. du Laing, in: Grundmann en Stuyck (red.), *An Academic Greenpaper on European Contract Law*, p. 82 e.v.

<sup>24</sup> In Duitsland heeft men de implementatie van de richtlijnen consumentenkoop (1999/44/EG) en oneerlijke bedingen (1993/13/EEG) te baat genomen om het kooprecht geheel te herzien en om de AGBG te incorporeren in het BGB. Zie daarover diepgaand J.M. Smits, NTBR 2002/8, p. 368 e.v., m.n. p. 374 e.v.

<sup>25</sup> Minder pessimistisch, maar toch kritisch is T.M.J. Moellers, ERPL 2002, p. 777 e.v., m.n. p. 783 e.v.

<sup>26</sup> In bijv. Frankrijk heeft de wetgever met de Code de la Consommation (zie: [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)) deze optie gekozen, en in Oostenrijk met de Konsumentenschutzgesetz (zie: [www.ris.bka.gv.at/bundesrecht](http://www.ris.bka.gv.at/bundesrecht)). Voor een overzicht van de landen die al dan niet een eenvormige codificatie hebben, zie E.H. Hondius, NJB 1988, p. 669 e.v., E. H. Hondius, *Consumentenrecht*, Mon. Nieuw BW A-8, Deventer: Kluwer 1992, nr. 13, met verwijzing naar voor- en tegenstanders van aparte codificatie. Vgl. voor een voorzichtige benadering bijv. Jac. Hijma, in: J.M. Smits, *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, p. 39. Zie ook P. Klik, in: P.G.J. van den Berg en W.A. Zondag (red.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht*, p. 214-215, die in dit opzicht het *fait accompli* van implementatie binnen het BW accepteert.

Essentie van de richtlijn is het harmoniseren van de regels inzake dergelijke zekerheidstellingen tussen met name verzekeraars en banken en andere grote spelers. Gewone ondernemers mogen van het werkingsbereik worden uitgesloten.<sup>27</sup> De richtlijn kent de mogelijkheid van toe-eigening door de zekerheidseigenaar (art. 4), een verbruiksbevoegdheid (art. 5), en verrekeningsmogelijkheden.

De wetgevingsjuristen hebben de volgende implementatievoorstellen geformuleerd.<sup>28</sup> Na titel 7.1 wordt een nieuwe titel 7.2 getiteld 'financiëlezekerheidsovereenkomsten' ingevoerd, waarin een overeenkomst wordt geregeld die eigenlijk altijd accessoir is aan of voortbouwt op een andere overeenkomst – zoals geldlening – waar *geen* bijzondere wettelijke regeling voor bestaat. Titel 7.2 regelt voornamelijk het object van zekerheid, alsmede het verbruiksrecht en het toe-eigeningsrecht. Ook wordt expliciet geregeld dat het fiduciaverbod van art. 3:84 BW niet in de weg staat aan de zekerheidsoverdracht.

De juristen hebben er voor gekozen om het bereik van titel 7.2 groter te maken dan waartoe de richtlijn verplicht: *alle* zekerheidsovereenkomsten waarbij geen consument is betrokken, worden door de titel bestreken. Het gebruikte argument is dit: het valt niet in te zien waarom op zekerheden tussen ondernemingen onderling andere regels zouden moeten gelden.<sup>29</sup> Dit is dus een geval waarin blijkbaar geen reden te bedenken is waarom de bijzondere Europese regel niet ook algemener zou moeten gelden. Erg sterk beargumenteerd is deze keuze niet. De richtlijn kent bijvoorbeeld ook een regel die afwijkt van het nationale faillissementsrechtelijke [301] beginsel van 'die dag daaronder begrepen'. Valt wel in te zien waarom die bijzondere regel niet algemeen zou moeten gelden?

Als ik wetgevingsjurist was, zou ik buikpijn krijgen van richtlijnen als deze. Heeft men eenmaal de beslissing genomen om de richtlijn op alle zekerheden tussen ondernemers toe te passen, ligt het dan echt voor de hand om in Boek 7 een titel op te nemen die fundamentele ingrepen doet in het regime van verpanding in Boek 3 voor een groot aantal gevallen? Ligt het dan niet veeleer voor de hand om het object van de regeling te verbreden zodat ook 'gewone' handelsvorderingen onder het regime vallen? Kan dan niet beter Boek 3 worden herschreven om er direct een tweesporig zekerhedenrecht van te maken: één voor consumenten en één voor ondernemers?<sup>30</sup> Het dilemma van de wetgevingsjurist is dus: kies ik voor dogmatische zuiverheid, dan moet ik de systematiek aanpassen aan de Europese bijzondere regels; kies ik voor een minimalistische inpassing, dan is over tien jaar het BW onbegrijpelijk van opbouw. Houd ik de materie bij elkaar, dan doorkruis ik de gelaagde structuur. Hak ik de materie in mootjes en verspreid ik ze over het wetboek, dan ontstaat het gevaar dat de samenhang uit het oog wordt verloren en dat over enige tijd niemand meer beseft dat de regeling oorspronkelijk uit één blok Europees hout was gesneden (met het risico van veronachtzaming van de gemeenschapstrouw).<sup>31</sup> Het gevolg van de bij richtlijn 2002/47/EG gekozen implementatiemethode is in elk geval op termijn dat de jurist die het zekerhedenrecht wil bestuderen, eigenlijk bij Boek 7 moet beginnen.

Deze dilemma's van indeling zijn niet nieuw.<sup>32</sup> De gelaagde structuur was al vanaf de conceptie een moeilijk te handhaven uitgangspunt, ook afgezien van de implementatie van richtlijnen. Hoe verklaart men immers in een gelaagde structuur dat bijvoorbeeld in Boek 8 BW van alles

---

<sup>27</sup> Art. 1 lid 3 Richtlijn 2002/47/EG.

<sup>28</sup> Wetsvoorstel 28 874.

<sup>29</sup> Kamerstukken II 2002/03, 28 874, nr. 3, p. 4.

<sup>30</sup> Misschien moeten we het nog algemener stellen: van WSNP tot de bescherming van letselschadeslachtoffers bij de toepassing van afdeling 6.1.10, uit vrijwel alles blijkt dat, als het er op aankomt, natuurlijke personen een andere behandeling krijgen in het vermogensrecht. Rechtvaardigt dat niet een bijzonder wetboek?

<sup>31</sup> In wetgevingskringen zijn dit soort dilemma's een weerkerend thema, waar bijv. de Raad van State regelmatig behartenswaardige opmerkingen over maakt. Zie bijv. Jaarverslag 2002, p. 30; Jaarverslag 2000, p. 40 e.v., p. 58.

<sup>32</sup> P.G.J. van den Berg, in: De Jong et al., Algemeen - Bijzonder, p. 17 e.v. beschrijft mooi hoe het burgerlijk recht wat dit betreft niet veel anders is dan de plantkunde.

meermalen geregeld is, zowel in verhouding tot het algemene vermogensrecht als in verhouding tot de bijzondere vervoersregelingen? De gangbare verklaring<sup>33</sup> is die van het ‘eigen karakter’, de ‘vreemde eend in de bijt’, etc. Maar dat is natuurlijk geen verklaring, hooguit een conclusie. Zo bijzonder is het vervoerrecht niet; de verklaring is m.i. veeleer dat het wetgevingswerk bij het BW door verschillende personen binnen en buiten het departement werd verricht die uiteenlopende wetgevingsstijlen hadden.<sup>34</sup> Zo liet Schadee, verantwoordelijk voor het ontwerp van Boek 8, zich weinig gelegen liggen aan de verhouding met het algemene vermogensrecht en concentreerde zich op zijn eigen bouwwerk.<sup>35</sup>

Dat de gelaagdheid ook vandaag de dag moeilijk te handhaven is, lijkt te volgen uit de nieuwe huurtitel en de maatschapstitel, waar het karakter van de gelaagde structuur ook niet altijd recht wordt gedaan:<sup>36</sup> de wetgever herhaalt in bijzondere regels soms (letterlijk) wat ook al staat in algemene regels, of hij wijkt af van de algemene regel om vervolgens een bijzondere regel te introduceren die in essentie hetzelfde doet als de regel waarvan werd afgeweken.<sup>37</sup> Hier wreekt zich waarschijnlijk dat boek 7 BW niet uit één blok is gehouwen, maar dat integendeel voor elk onderwerp een andere geleerde tekende.<sup>38</sup>

### 3 Het gebruikersperspectief

#### 3.1 Verbijzondering door verschillende hoedanigheden

Het wetgevingsperspectief levert vooral klachten op over systematische onvolkomenheden en over inbreuken op dogmatische uitgangspunten. Niet onbelangrijke punten, zeker voor wetgevingsjuristen, maar er is ook nog het ‘gebruikersperspectief’; vooral [302] de gebruiker moet met de algemene en bijzondere regelingen uit de voeten kunnen. En dan bedoel ik mij niet te mengen in de discussie of een wetboek leesbaar moet zijn voor gewone mensen, maar doel ik meer op de vraag of de regels die het vermogensrecht stelt, aansluiten bij de in onze maatschappij levende behoeften. Tegenstrijdigheden en overlappingsen zijn immers niet bevorderlijk voor gebruiksgemak, maar vage algemeenheden ook niet. Hebben burgers en ondernemingen liever een flexibel maatpak of de confectie van rechtszekerheid?<sup>39</sup>

---

<sup>33</sup> Zie bijv. R.D. Lubach, in: De Jong et al., Algemeen - Bijzonder, met nadere verwijzingen.

<sup>34</sup> Voor een kort overzicht van de ‘spelers’ zie A.S. Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, nr. 1-3. Vgl. J.H. Beekhuis, in: Goed & Trouw (Van der Grinten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 333, die wijst op de moeizame samenwerking binnen het driemanschap. Zie ook, voor een bespreking van de (problemen van) wetgevingsorganisatie, W. Snijders, in: Problemen van wetgeving, Deventer: Kluwer 1982, p. 182 e.v.

<sup>35</sup> Zie E.O.H.P. Florijn, Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Maastricht: UPM 1994, p. 502-503. Vgl. het interview met Schadee in: AAe 1993, p. 339 e.v. Zie ook nog de discussie die zich ontspint in het verslag van de vergadering van de Vereniging ‘Handelsrecht’, gehouden op 19 september 1997, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 32 e.v. Geheel onbegrijpelijk is dit overigens niet, aangezien Schadee zijn ontwerpen schreef in een periode dat nog ongewis was of en zo ja in welke precieze vorm het nieuwe algemene vermogensrecht zou worden ingevoerd.

<sup>36</sup> Zie uitgebreid daarover de bijdragen van L. Timmerman en A.M. Kloosterman, in: De Jong et al., Algemeen - Bijzonder.

<sup>37</sup> En dan zwijg ik nog maar over de terminologische nachtmerries die bijzondere regelingen soms veroorzaken: ‘geld’ in financiëlezekerheidsvereenkomsten – ‘contanten’ zoals richtlijn 2002/47/EG het noemt – betreft alleen banksaldi en rekeningcourantsaldi, en dus niet chartaal geld.

<sup>38</sup> Florijn, a.w., p. 455 e.v. spreekt over de ‘herverkaveling’ van boek 7.

<sup>39</sup> S.B. van Baalen, in: De Jong et al., Algemeen - Bijzonder, p. 36, stelt dat de samenleving behoefte heeft aan toegesneden recht en aan een overkoepelend geheel; algemeen én bijzonder dus! Volgens T. Hartlief, in: De Jong et al., Algemeen - Bijzonder, p. 43, bestaat behoefte aan meer nadruk op de algemene regels en minder bijzondere regelingen, omdat de algemene regels vaak goed genoeg zijn. Vgl. ook R.P.J.L. Tjittes, diss., p. 251, die refereert aan de ‘uit de hand gelopen differentiatie’.

Als we aannemen dat de ontwikkelingen in de rechtspraak en de verbijzonderingstendens in het BW de maatschappelijke behoeften weerspiegelen, dan moeten we concluderen dat de maatschappij vooral behoefte heeft aan verschillende regels voor verschillende personen.<sup>40</sup> We kunnen ons tegen die achtergrond zo langzamerhand afvragen of de fundering van het algemene deel van het vermogensrecht inmiddels niet flink verzakt is onder de last van de twee gebouwen die er *de facto* op staan, het vermogensrecht voor *ondernemers en rechtspersonen* en het vermogensrecht voor *consumenten*.<sup>41</sup> Daarom zou ik er voor willen pleiten om juist binnen die twee categorieën te kijken naar algemene en bijzondere regelingen van vermogensrecht. Als zo tegen de materie wordt aangekeken, lijkt het ‘klassieke’ vermogensrecht nog slechts een onderdeel te zijn van een groter geheel van vermogensrechtelijk relevante regelingen. En het zijn met name de ontwikkelingen *buiten* het BW die een belangrijke impuls aan het vermogensrecht lijken te geven. Ik wil dat illustreren aan de hand van ontwikkelingen in het consumentenvermogensrecht, waar verbijzondering zozeer is voortgeschreden dat het recht de belangrijkste impulsen tot vernieuwing lijkt te ontvangen van buiten het ‘klassieke’ vermogensrecht.

### 3.2 Een voorbeeld: verdere verbijzondering van consumentenrecht

#### 3.2.1 Drie desiderata voor het consumentenvermogensrecht

Binnen de klassieke structuur van ons vermogensrecht bestaan bijzondere regels die – veelal dwingend – afwijken van de algemene regeling, met het doel om niet-bedrijfsmatig handelende personen in bescherming te nemen. De verbijzondering die hiervan het gevolg is heeft naar mijn mening een zodanig stadium bereikt dat nog nauwelijks kan worden gesproken van een gemene basis in ‘het’ klassieke, algemene vermogensrecht. Maar die verbijzondering betekent niet dat consumenten zonder meer in de watten worden gelegd. De minister van Financiën zegt het in verband met de aandelenlease-affaire zo: ‘De consument is primair zelf verantwoordelijk voor de keuzes die hij maakt.’<sup>42</sup> Maar hij voegt er aan toe dat dienstverleners de zorgplicht hebben om die verantwoordelijkheid waar te kunnen maken.

Die opvatting staat niet op zichzelf; het lijkt in toenemende mate gemeengoed te worden dat de consument recht heeft op volledige en relevante informatie over zijn aankoop, op transparante voorwaarden en laagdrempelige geschilbeslechting zodat hij zijn keuzevrijheid optimaal kan benutten en daarmee vooral ook de (intra)communautaire concurrentie optimaliseert.<sup>43</sup> In de *Hoofdpunten van het regeringsbeleid 2004* heet het daarom: ‘de consument moet geprikkeld worden om zijn positie als volwaardige marktpartij op te eisen, hij moet kunnen beschikken over juiste, betrouwbare informatie en het moet duidelijk zijn waar hij terecht kan met zijn klachten.’<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> Zie over deze discussie (op een filosofischer niveau dan hier) P.G.J. van den Berg, *Rechtvaardigheid en privaatrecht*, diss. Rotterdam 2000, p. 604 e.v.

<sup>41</sup> Deze stelling is niet origineel. Voor een overzicht van auteurs die zich eerder in dit debat hebben gemengd, zie A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, nr. 12. J.M. Smits, *R&R* 1998, p. 24 spreekt in dit verband van een ‘verborgen’ overeenkomstenrecht voor consumenten. Ik trek het debat hier breder: ook het onrechtmatigedaadsrecht en het zekerhedenrecht kent duidelijke onderscheidingen tussen consumenten en ondernemers. Vgl. M.W. Hesseling, in: S. Grundmann en J. Stuyck (eds.), *An Academic Greenpaper on European Contract Law*, p. 190.

<sup>42</sup> Kamerstukken II, 2002/03, 28 965, nr. 1.

<sup>43</sup> In deze sleutel de bijdrage van R.J. van den Bergh, in: J.M. Smits, *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*. Vgl. C. Twigg-Flesner et al., *Journal of Consumer Policy* 2002, p. 291 e.v.

<sup>44</sup> Vgl. H.-W. Micklitz, *Journal of Consumer Policy* 2002, p. 385.



Het huidige consumentenvermogensrecht voorziet nog niet optimaal in die behoeften, zo lijkt het. De algemene regels van ons BW lijken voornamelijk excessen uit te bannen, terwijl de bijzondere regels in het BW vaak beschermingsinstrumenten zoeken in formaliteiten (bedenkttermijnen, schriftelijkheidsvereiste, terhandstelling etc.). Maar daarmee zijn belangrijke en in brede kringen levende behoeften niet bevredigd. Ik sta kort stil bij een aantal van deze, hiervoor al kort genoemde behoeften: *transparantie*, [303] *een redelijke prijs/kwaliteitverhouding* en *effectieve geschilbeslechting*.<sup>45</sup>

### 3.2.2 Meer transparantie bij de contracteerbeslissing

*Transparantie* staat op het verlanglijstje van consumenten teneinde hun contracteerbeslissingen te kunnen baseren op relevante overwegingen.<sup>46</sup> Gebrekkige informatie leidt tot eenzijdig onvoordelige contracten. Als je ongemerkt op een SMS-berichtenservice geabonneerd kunt raken en niet weet hoe je de berichtenstroom kunt stoppen, blijf je betalen. De bedragen zijn te klein om een juridische procedure te rechtvaardigen, zodat dit bewust achterhouden of moeilijk bereikbaar maken van informatie op grote schaal winsten oplevert.<sup>47</sup> Als je niet verteld wordt dat de groenestroommarkt over twee jaar veel voordeliger of juist veel duurder zal zijn dan nu (terwijl daar al wel aanwijzingen voor bestaan), hoe weet je dan of het aanbod dat je nu krijgt voor een meerjarige verplichting (met welkomstcadeau en al) op langere termijn voordelig is? Als je niet precies het verschil tussen twee schadeverzekeringen en hun aanbieders kunt achterhalen, dan kun je toch alleen kiezen op basis van de premiehoogte?<sup>48</sup> Van een Miele-wasmachine weten we dat die gemiddeld genomen langer meegaat dan een Indesit, maar hoe weten we of de betalingsbereidheid van Interpolis na een brand beter is dan die van Stad Rotterdam? En van sommige producten is de prijs transparantie minimaal, bijvoorbeeld omdat het product moeilijk te vergelijken is door verschil in langlopende contractverplichtingen en omdat leveranciers graag aan het ondoorzichtige *bundling* doen: de goedkope printer blijkt in het gebruik heel duur uit te vallen door de hoge prijs van nieuwe inktpatronen, de gratis GSM blijkt in gebruik duur uit te vallen door de langlopende abonnementsverplichtingen. Het gaat hier om een breed spectrum van handelspraktijken, die nu eens heel gebruikelijk zijn, maar niettemin in de weg staan aan markttransparantie, en dan weer in de buurt komen van oneerlijke handelspraktijken en misleiding. Het algemene vermogensrecht lijkt geen prominente rol te spelen bij de bestrijding van deze praktijken. Door bijvoorbeeld niet van leveranciers te eisen dat zij hun producten ‘ontbundelen’ – bijvoorbeeld door vermelding van een ‘effectieve koopprijs’<sup>49</sup> – laat het vermogensrecht kansen liggen.<sup>50</sup> Voor wat betreft informatieverschaffing omtrent ontastbare of anderszins ingewikkelde zaken en diensten is er daarnaast iets voor te zeggen om – bijvoorbeeld in bijzondere vermogensrechtelijke regelingen – meer aandacht te

<sup>45</sup> Over deze behoeften en de uitdaging waar zij voor het Europese privaatrecht voor stellen, zie bijv. J. Basedow, AcP 200 (2000), p. 445 e.v., m.n. p. 485 e.v.

<sup>46</sup> Uitgebreid vanuit een economische invalshoek hierover G. K. Hadfield et al., Journal of Consumer Policy 1998, p. 131 e.v.

<sup>47</sup> Over die praktijk en de zelfregulering die er op volgde, zie I. Hotsma, Mediaforum 2003/6, p. 194 e.v.

<sup>48</sup> Vgl. over dit soort transparantieproblemen bij verzekeringsovereenkomsten bijv. M. Faure en R. van den Bergh, in: T. Hartlief, M.M. Mendel (red.), Verzekering en maatschappij, Deventer: Kluwer 2000, m.n. p. 324-325.

Interessant in dit verband is het voorstel dat M. Müller, Versicherungsrecht 2003, p. 933 e.v., doet om vergelijkbaarheid van algemene voorwaarden van verzekeraars te vergemakkelijken, t.w. door eenzelfde volgorde aan te houden als het VVG en door het verzekeraars te verbieden bepalingen op te nemen die de wettekst herhalen.

<sup>49</sup> Vergelijk de plicht tot melding van de effectieve rente bij consumentenleningen (art. 26 lid 2 WCK).

<sup>50</sup> In die zin, met rechtseconomische motivering, R. van den Bergh, in: J.M. Smits, De richtlijn consumentenkoop in perspectief, p. 88-89.

schenken aan het geven van gestroomlijnde informatie,<sup>51</sup> aan de plicht tot objectievere melding van de risico's verbonden aan het product of de dienst (zomogelijk op uniforme wijze die vergelijking mogelijk maakt), en transparantie van de kwaliteit van de geboden diensten.<sup>52</sup> Nog een stap verder is het openbaar maken en vergelijken van kwaliteits- en klanttevredenheidsscores, of juist het aantal ingediende klachten bij klachtencommissies, raden van toezicht of tucht, ombudsmannen en wat dies meer zij.

Deze ontwikkeling naar meer transparantie is al langzaam op gang gekomen in bijzondere regelingen zoals de *Financiële Bijsluiter*<sup>53</sup> en het recente concept-voorstel *Wet Financiële Dienstverlening*, met zorg-, informatie- en hoedplichten voor o.a. banken en verzekeraars tegenover consumenten.<sup>54</sup> Ook de EU begint zich steeds nadrukkelijker te roeren, bijvoorbeeld op het vlak van oneerlijke handelspraktijken en effectieve borging van Europese transparantiedoelen.<sup>55</sup>

[304] Maar hoe veel er ook ondernomen wordt, vreemd genoeg komt het bij niemand op om in deze initiatieven (ook) een bijzondere regeling van *vermogensrecht* in te zien. Waarom eigenlijk niet?<sup>56</sup> Omdat het niet een wetgevingsinitiatief van Justitie is? Omdat er toezicht door zelfstandige bestuursorganen mee gemoeid is? Omdat het om bijzondere markten gaat, en het dus geen algemeen geldende normen betreft? Geen van deze redenen lijken mij voldoende om aan deze regelingen het karakter van een bijzondere vermogensrechtelijke regeling te kunnen ontzeggen. Het gaat steeds om regelingen die rechtstreeks de vermogensrechtelijke verhouding van grote groepen burgers betreffen, en dat lijkt mij een sterke aanwijzing om van een vermogensrechtelijke regeling te spreken.

### 3.2.3 Meer stroomlijning in contracten met partijen met overwegende marktmacht

Een *redelijke prijs/kwaliteitverhouding* is aanwezig op markten met goed werkende concurrentie. Daar speelt dan ook denk ik geen reële behoefte aan bijzondere ingrepen (behoudens verbetering van de hiervoor genoemde transparantie). Dat is anders bij markten waar de consument – maar in essentie geldt hetzelfde voor de ondernemer – met een wederpartij met aanmerkelijke marktmacht wordt geconfronteerd. Ik denk aan kabeldiensten, nutsbedrijven, overheidslichamen, concessionarissen zoals vervoerbedrijven en dergelijke. Het algemene vermogensrecht helpt

---

<sup>51</sup> Vgl. de uniformering van de presentatie van rendementcijfers bij beleggingsproducten (o.a. geregeld in de *Financiële Bijsluiter*); zie daarover het AFM-rapport *Aandelenlease* ten behoeve van de minister van Financiën d.d. 23 oktober 2003, p. 5.

<sup>52</sup> Vgl. voor een voorbeeld van dit streven op een gereguleerde markt de Universeledienstrichtlijn (Richtlijn 2002/22/EG, Pb L 108), welke allerhande regels stelt ten aanzien van kwaliteit, inzichtelijkheid, schadevergoeding, opschorting en geschillenbeslechting.

<sup>53</sup> Daarover bijv. C.W.M. Lieverse, AV&S 2002, p. 151 e.v., G.T.J. Hoff, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 70 e.v., A.R. Filius, in: *Een bewezen bestaansrecht - Lustrumbundel 2002* Vereniging voor Effectenrecht, Deventer: Kluwer 2002, alsmede J. Borgesius en Ph.H.J.G. van Huizen, *Verzekering en informatieverstrekking, preadviezen* Vereniging voor Verzekeringswetenschap, Deventer: Kluwer 2002.

<sup>54</sup> Zie het consultatiedossier op [www.minfin.nl](http://www.minfin.nl).

<sup>55</sup> Zie voorstel voor de richtlijn 'oneerlijke 'business-to-consumer' handelspraktijken' d.d. 18 juni 2003, COM (2003) 356 def. alsmede de ontwerp Vo. betreffende samenwerking met betrekking tot communautaire consumentenrechtenbescherming (COM (2003) 443 def.).

<sup>56</sup> Overigens is ook in het licht van art. 107 Grondwet (opdracht tot codificatie van het burgerlijk recht in een BW) is de plaatsing van bepaalde vermogensrechtelijke regelingen buiten het BW opmerkelijk te noemen. Ik ben mede daarom benieuwd hoe bij het voorstel WFD en ook bij de verplaatsing van het consumentenkrediet uit de WCK naar Boek 7 BW (aangekondigd in bijv. Kamerstukken II 1999/00, 27 231, nr. 1, p. 8) zal worden verdedigd dat het privaatrecht soms wel en soms niet in het BW terecht komt; het voorstel WFD bevat bijvoorbeeld bepaalde ontbindingsmogelijkheden voor op afstand gesloten overeenkomsten, die men eerder in het BW zou verwachten. Het heeft er veel van weg dat art. 107 Gw. in het interdepartementale krachtenspel veeleer een factor is dan een doorslaggevend beginsel.

nauwelijks bij het bevorderen van een redelijke prijs/kwaliteitverhouding, zodat het veelal economische regelgeving is die moet bijstaan. Zou niet een titel in Boek 7 genaamd 'Overeenkomsten met wederpartijen met overwegende marktmacht' kunnen helpen een beter evenwicht te vinden? Een regeling met bijzondere (beperkte) opschortingsbevoegdheden, gedwongen prijsaanpassingen, collectieve klachtafhandeling, waarborgen voor non-discriminatie, een genormeerde schadevergoedingsmethode, misschien een onafhankelijke prijsstoets? De praktijk is momenteel aldus dat dergelijke bijzonderheden in versnipperde rechtspraak zijn terug te vinden, of in bijzondere en niet onderling afgestemde economische wetgeving.<sup>57</sup> Het ontwerpen van een bijzondere overkoepelende regeling in Boek 7 BW lijkt niet van praktisch belang ontbloom.<sup>58</sup>

Of nog algemener: moet de regel dat een ondernemer geen misbruik van zijn economische machtspositie mag maken, en die nominaal gesproken nog in art. 3:44 BW is neergelegd, maar tegenwoordig meer wordt gelezen in art. 24 Mededingingswet, niet (wederom) als een algemene regel van vermogensrecht worden beschouwd? Ik zou menen van wel, en ik begrijp dus niet zo goed dat dergelijke algemene mededingingsrechtelijke regels niet (ook) als vermogensrechtelijke regeling worden behandeld.<sup>59</sup> Ik zou denken dat het materiële mededingingsrecht (mede) een regeling van ons vermogensrecht is (het regelt immers in algemene of bijzondere zin de vermogensrechtelijke verhouding tussen burgers onderling), die civilisten dus als zodanig zouden moeten bestuderen. En dat geldt voor veel meer bijzondere regelingen, van de Wet op het Consumentenkrediet tot de Algemene Wet Gelijke Behandeling, die ten onrechte niet of nauwelijks tot het vermogensrecht, laat staan tot de algemene of bijzondere regelingen van het vermogensrecht, worden gerekend.

### 3.2.4 geschilbeslechting

En vervolgens lijkt aannemelijk dat consumenten een laagdrempelig, snel, effectief en begrijpelijk *geschiloplossings- en preventiesysteem* willen.<sup>60</sup> Daar worden momenteel al de nodige debatten over gevoerd, zodat ik mij beperk tot een enkele opmerking. Het civiele recht biedt niet altijd wat consumenten willen, en vandaar dat laagdrempeliger klachtencommissies een succesnummer zijn. En ik denk ook dat mediadruk door belangenorganisaties, consumentenprogramma's en het fascinerende programma 'Breekijzer' een belangrijk alternatief voor de civiele rechter zijn geworden.<sup>61</sup>

[305] Nu kan men zich afvragen wat dit alles met het vermogensrecht te maken heeft, maar ik denk dat het verband er toch wel is. Van de civiele rechter verwachten wij zowel in consumentenzaken als in ondernemerszaken dat hij zowel de algemene als de bijzondere regels goed kan toepassen, maar hoe meer van die bijzondere regels en rechtsgebieden er komen, des te

---

<sup>57</sup> Deze versnipperingen worden goed in kaart gebracht door M. Loos, De energieleveringsovereenkomst algemene voorwaarden voor de levering van energie aan consumenten, diss. Utrecht 1998, en I.S.J. Houben, in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), Contractvrijheid, p. 247 e.v.

<sup>58</sup> Ik refereer bijvoorbeeld aan algemeen ongenoegen over het functioneren van mono- en oligopolisten als NS en kabelbedrijven, die door (onvermijdelijk) gebrekkige marktwerking prestaties leveren die in een vrije concurrentie onherroepelijk tot klantverlies zouden leiden.

<sup>59</sup> T. Hartlief, in De Jong et al., Algemeen - Bijzonder, p. 48-49, meent dat hier geen sprake is van vermogensrecht en verwijst naar het mededingingsrecht. J.M. Smits, R&R 1998, p. 26-27, lijkt meer te voelen voor de hier verdedigde benadering, zij het dat hij in dit verband toch van 'niet-privaatrechtelijke normen' spreekt.

<sup>60</sup> Over behoeften van consumenten in dit verband bijv. W.A. Jacobs, ADR en consument, diss. Utrecht 1998, p. 25 e.v.

<sup>61</sup> Veelzeggend is ook de bemiddelingspoging van het Ministerie van Financiën in het aandelenlease-dossier. Zie Kamerstukken II, 2002/03, 28 965, nr. 1 e.v.

onwaarschijnlijker het wordt dat de rechter aan die verwachting kan voldoen. Om een voorbeeld te geven uit de commerciële praktijk: binnenkort komt aan nationale rechters een aanzienlijk grotere rol toe bij toepassing van de Europese mededingingsregels dan tot op heden het geval was.<sup>62</sup> En al langere tijd wordt de civiele rechter betrokken bij geschillen over openbare aanbestedingen, die door gedetailleerde Europese regels en beginselen worden beheerst. In de civiele rechtspleging is echter nauwelijks sprake van specialisaties die op deze bijzondere regels aansluiten. Natuurlijk zijn er binnen rechtbanken en hoven van oudsher (regionale) specialisaties, maar *heel* erg gespecialiseerd is de civiele rechtspraak niet. Dat heeft voor- en nadelen. Het voordeel is dat overzicht wordt behouden over het gehele vermogensrecht, maar het nadeel is dat binnen die bijzondere regels nog wel eens wordt gestunteld. Dat leidt tot een roep om gespecialiseerde rechters en is aanleiding voor het gebruik van bijzondere geschilbeslechtingmethoden buiten de civiele rechtspraak om. Bijzondere regels eisen dus uiteindelijk misschien wel bijzondere rechters.

Bovendien ondervindt de civiele rechtsgang concurrentie, niet alleen van de hiervoor genoemde alternatieven, maar in toenemende mate ook van *toezicht*. De rol van NMa en AFM in het vermogensrecht neemt toe, en wat betreft de voorkoming van geschillen en schade denk ik dat dit toezicht wel eens effectiever zou kunnen zijn dan het 'toezicht' door de civiele rechter op grond van de algemene delen van vermogensrecht. Zal bijvoorbeeld het toezicht door de AFM op de naleving van de plicht om agressieve verkoopmethoden of niet-transparante, misleidende reclame achterwege te laten bij de verkoop van gecompliceerde financiële producten<sup>63</sup> niet veel effectiever kunnen zijn dan de algemene regeling van het BW, die hooguit een individueel, vaak achteraf- en omstandigheden-van-het-geval-instrument zoals vernietiging wegens gebrekkige wil, dwaling of misbruik van omstandigheden kan bieden?<sup>64</sup>

Toeziht door een derde op vermogensrechtelijke verhoudingen, zo vreemd is dat eigenlijk niet.<sup>65</sup> Het is slechts een kleine stap verwijderd van zelfregulering, een instrument dat nu ook al wordt gebruikt om de algemeenheden van het vermogensrecht een bijzondere invulling te geven.<sup>66</sup> Samen met het instrument van de collectieve actie (art. 3:305a BW) zal, zo denk ik, het instrument van toezicht in het vermogensrecht een veel krachtiger preventief wapen tegen schendingen van bijzondere vermogensrechtelijke regelingen kunnen worden dan de algemene en individuele civiele remedies ooit zijn geweest.

---

<sup>62</sup> Vo. 1/2003, PbEG L 2003/1.

<sup>63</sup> Gedacht kan worden aan de publieke waarschuwing die de AFM in januari 2003 gaf met betrekking tot misleidende reclame van Gelink Adviesgroep B.V., maar ook aan de maatregelen die de AFM nam ten aanzien van aandelenleaseproducten (zie daarover het AFM-rapport Aandelenlease ten behoeve van de minister van Financiën d.d. 23 oktober 2003).

<sup>64</sup> Bedacht dient te worden dat voor consumenten bijvoorbeeld het indienen van een klacht bij de NMa minder bezwaarlijk is dan het instellen van een civiele rechtsvordering, zeker indien het individuele geldelijke belang niet groot is. Denk bijvoorbeeld aan de klachten over gebrekkige dienstverlening door kabelexploitant UPC, waarvan de NMa onderzocht heeft of deze misbruik van economische machtspositie opleverde. In dit opzicht geeft een klachtmogelijkheid bij de NMa een effectiever collectieve rechtsbescherming dan de civiele rechter kan bieden.

<sup>65</sup> Gedacht kan worden aan de toezichthoudende rol van de NMa ter voorkoming van misbruik van economische machtspositie. Uit Engeland kan het voorbeeld worden genoemd van het toezicht op algemene voorwaarden door de Unfair Contract Terms Unit van de Office of Fair Trading (zie J.H. Duyvensz, De redelijkheid van de exoneratieclausule, diss. Tilburg 2003, p. 13). Op Europees niveau wordt bovendien aan intensiever toezicht op consumentenbescherming gewerkt; zie voorstel Vo. betreffende samenwerking met betrekking tot communautaire consumentenrechtenbescherming (COM (2003) 443 def.). Deze ontwikkelingen passen in de door anderen gesignaleerde schaalvergroting in het vermogensrecht; zie bijv. J.B.M. Vranken, in: M.J.G.C. Raaijmakers et al. (red.), Handelsrecht tussen 'Koophandel' en Nieuw BW, Deventer: Kluwer 1988, p. 245 e.v.,

<sup>66</sup> Denk aan de geïnstitutionaliseerde overlegstructuur bij algemene voorwaarden (Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg SER) of aan het Nationaal Platform Personenschade.

## 4 Conclusie

Kritiek op de wetgever is gemakkelijk: het BW is lelijk aan het worden, er heerst een wildgroei aan bijzondere regelingen, het algemene deel verliest zeggingskracht; nieuwe bijzondere regelingen brengen de gelaagde structuur in gevaar, verliezen de beginselen van het algemeen deel van het vermogensrecht uit het oog en plaatsen overbodige ballast.

Deze kritiek is mij té gemakkelijk. De realiteit is dat ons BW op krampachtige wijze *twee* stelsels bij elkaar probeert te houden: het consumentenvermogensrecht en het ondernemersvermogensrecht. Zo sterk als die twee stelsels de laatste tien jaar uit elkaar zijn gedreven, hadden de ontwerpers van het BW niet kunnen voorzien. Dat neemt niet weg dat het inmiddels dus vruchtbaarder is om – en ik ben zeker niet de eerste die het zo stelt – de rechtsmaterie (weer) onder te verdelen in het vermogensrecht voor natuurlijke personen enerzijds en het vermogensrecht voor ondernemingen anderzijds. De onderverdeling in ‘algemeen’ en ‘bijzonder’, bijvoorbeeld om het onderscheid te markeren tussen de [306] Boeken 3 en 6 enerzijds en Boek 7 BW anderzijds, past namelijk nog wel bij de formele structuur van het BW, maar niet langer bij het vermogensrecht in de praktijk.<sup>67</sup>

Zeker wanneer men in de bestudering van het vermogensrecht een scheidslijn aanbrengt tussen consumentenvermogensrecht en het ondernemersvermogensrecht, komt het onderscheid tussen algemene en bijzondere regelingen van vermogensrecht in een ander licht te staan. Het is dan niet langer een onderscheid binnen het BW, maar een onderscheid binnen bijvoorbeeld het consumentenvermogensrecht tussen enerzijds algemene regelingen van contracteren, en anderzijds bijzondere regelingen voor transacties op o.a. gereguleerde markten of ten aanzien van gereguleerde transacties zoals kredietovereenkomsten met consumenten. En zowel die algemene als die bijzondere vermogensrechtelijke regelingen kunnen zich binnen of buiten het BW bevinden. Bestudering van het vermogensrecht zal in afnemende mate beperkt kunnen blijven tot bestudering van de regels van het BW en de rechtspraak daarop. Juist *buiten* die traditionele grenzen vinden steeds vaker beslissende ontwikkelingen voor het vermogensrecht plaats.

---

<sup>67</sup> Aldus reeds J.M. Smits, R&R 1998, p. 27.