

Rechtsontwijking en de functies van het privaatrecht

T.F.E. (Eric) Tjong Tjin Tai¹

1. Tegen het einde van zijn inaugurele rede bij het Collège de France kwam Foucault te spreken over de betekenis van Hegel in de Franse filosofie. Hegels filosofie omvat de ontwikkeling van het gehele denken, althans pretendeert dat, en vormde daarmee een intellectuele kooi waarbinnen het niet mogelijk zou zijn daadwerkelijk nieuwe filosofische gedachten te ontwikkelen, immers alles had al een plaats in het Hegeliaanse systeem. Daarom was Foucaults generatie van filosofen gepreoccupeerd met het zoeken naar wegen om aan dit systeem te ontkomen. Foucault opperde dat uiteindelijk al die ontsnappingspogingen misschien niet meer zullen blijken te zijn dan een list van Hegel, “une ruse qu’il nous oppose et au terme de laquelle il nous attend, immobile et ailleurs.”²

Regelmatig kan men eenzelfde houding ontmoeten tegenover het recht, dat sommigen beschouwen als een dominante aanwezigheid waaraan zij het liefst zouden willen ontsnappen. Dit is niet nieuw; klachten over het recht en juristen zijn zo oud als het recht zelf. Toch lijkt deze beweging met name ten aanzien van het privaatrecht nieuw elan te hebben gekregen, reden om dit fenomeen onder de loep te nemen, waarvoor ik de naam ‘rechtsontwijking’ gebruik. Ik bespreek enkele (Nederlandse) voorbeelden van de verschuiving naar domeinen buiten het privaatrecht, deels theoretisch, deels praktisch.

2. Binnen de rechtswetenschap wordt al geruime tijd kritiek uitgeoefend op de focus op het positieve recht als geconstitueerd door wetgeving en rechtspraak. Dit zien we met name in de stroming van het rechtspluralisme: de gedachte dat het positieve recht slechts een deel, en misschien zelfs het minst belangrijke deel, is van recht in de brede zin, zijnde de normatieve regels die ons handelen bepalen, en waarin fenomenen als private regelgeving, standaardisering en soft law veel belangrijker zijn.³ Dit gaat gepaard met een herdefinitie van het rechtsbegrip, waarin ook die andere regels daaronder worden geschaard, ook al voldoen zij niet aan de eisen van statelijk, positief recht. De gedachte is dat de fixatie op positief recht ons het zicht beneemt op hoe het handelen van burgers daadwerkelijk wordt bepaald. Juristen zouden daarom een bredere blik moeten ontwikkelen en ook kennis vanuit onder meer sociale wetenschappen moeten benutten om die andere verschijnselen adequaat te kunnen bestuderen. Alleen doctrinaire wetenschap voldoet niet langer: de rechtswetenschap moet zich kortom afwenden van het positieve recht, althans van de fixatie daarop.

3. Een concreet voorbeeld van het relativeren van het belang van het recht binnen het contractenrecht zien we bij het rechtssociologische inzicht dat commerciële partijen in de praktijk het contract in een la stoppen als iets dat irrelevant is voor hun

¹ Hoogleraar privaatrecht, Tilburg University.

² M. Foucault, *L'ordre du discours*, Gallimard: Parijs 1971, p. 75.

³ Recent bijvoorbeeld zeer uitvoerig S. Grundmann, H-W. Micklitz en M. Renner (red.), *New Private Law Theory: A Pluralist Approach*, Cambridge University Press: Cambridge 2021, V. Mak, *Legal Pluralism in European Contract Law*, Oxford University Press: Oxford 2020, met verwijzingen.

dagelijkse samenwerking.⁴ Er zijn echter meer redenen waarom het contractenrecht voor de praktijk aan betekenis lijkt te verliezen.

Binnen het commerciële contractenrecht is algemeen bekend dat bij een aanzienlijk deel van de contracten hoogstens over de kernprestaties wordt onderhandeld terwijl de overige voorwaarden zijn neergelegd in tot in de puntjes uitgewerkte standaardvoorwaarden.⁵ Zulke voorwaarden zijn inmiddels belangrijker geworden dan de gewone wettelijke regels.⁶ Daarmee is, naar het lijkt, het contractenrecht nauwelijks meer van belang behalve voorzover het dwingend recht omvat, zoals ten aanzien van oneerlijke bedingen.

4. Een specifieke vorm van private regelgeving is te vinden in de digitale wereld: men spreekt ook wel van ‘Code as law’,⁷ de gedachte dat met de opkomst van IT en Internet grote delen van het maatschappelijk leven deels buiten het recht staan en bovenal merendeels worden gereguleerd door computercode, programmatuur. In nog sterkere mate werd dit realiteit bij de opkomst van bitcoin en andere cryptocurrency, gebaseerd op blockchain technologie, of breder, het concept van een Decentralized Autonomous Organization (DAO):⁸ een gedecentraliseerde organisatie die vanzelf opereert zonder afhankelijk te zijn van een partij, en die door haar structuur niet of nauwelijks vatbaar is voor overheidsingrijpen, en daardoor feitelijk buiten het juridische domein staat.⁹ Hoewel het wel degelijk mogelijk blijkt voor de overheid om enige grip te krijgen op blockchains¹⁰ is dit inderdaad niet zo gemakkelijk, en is vooral tekenend dat velen het überhaupt wenselijk vinden zich aan de macht van het recht te onttrekken.

5. Tot slot wijs ik op de al langer bestaande beweging naar buitengerechtelijke geschilbeslechting of Alternative Dispute Resolution (ADR). Dit heeft een extra impuls gekregen door de opkomst van het Internet, waardoor men tegenwoordig vooral kijkt naar Online-Dispute Resolution.¹¹ Hoewel een belangrijk deel van ADR nog vooral is vormgegeven op basis van quasi-juridische regels,¹² is er interesse om de juridische inbedding te verlaten. Diverse auteurs lijken uit te kijken naar een

⁴ Zie de befaamde studie L. Bernstein, ‘Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry’, *Journal of Legal Studies* 21 (1992), en voor een breder perspectief H. Collins, *Regulating Contracts*, Oxford University Press 1999.

⁵ Voor Nederlands recht zie Asser/Sieburgh 6-III 2022/458 met verwijzingen. Meer algemeen bijv. B.Z. Tamanaha, *A Realistic Theory of Law*, Cambridge University Press: Cambridge 2017, p. 139-141, M.J. Radin, *Boilerplate. The Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law*, Princeton University Press: Princeton 2013.

⁶ H. Collins, *The European Civil Code: The Way Forward*, Cambridge University Press: Cambridge 2008, p. 220: door de toename van standaardvoorwaarden is de taak van de rechter niet langer het opvullen van leemten maar het controleren van de billijkheid van voorwaarden.

⁷ L. Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, New York: Basic Books 1999.

⁸ O.a. <https://lawcom.gov.uk/project/decentralised-autonomous-organisations-daos/>, B. Mienert, *Dezentrale autonome Organisationen (DAOs) und Gesellschaftsrecht*, Mohr Siebeck: Tübingen 2022. Over blockchain zie bijv. T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Juridische aspecten van blockchain en smart contracts’, *TPR* 2017 (54), p. 563-608.

⁹ Dit gebeurt onder meer door wisselbeursen (*exchanges*) aan te pakken, door criminele geldstromen te analyseren, door regelgeving omtrent het handelen met crypto-tussenpersonen.

¹⁰ Zoals door het aanpakken van wel bekende partijen zoals *gatekeepers*.

¹¹ Dit kan overigens ook online overheidsrechtspraak omvatten, maar vaak bedoelt men vooral online ADR.

¹² Dit geldt bijvoorbeeld voor arbitrage en bindend advies, die in grote mate gebonden zijn aan de algemene vereisten van art. 6 EVRM.

toekomst waarin juristen niet meer nodig zouden zijn voor de meeste geschillen,¹³ of in elk geval men niet meer gebonden is aan het keurslijf van de civiele procedure en het civiele recht. Dit zou misschien ook leiden tot een grote mate van standaardisering, maar dat is dan een onvermijdelijk en niet erg belangrijk verlies. Het maatwerk zou dan alleen zijn weggelegd voor de weinige geschillen tussen welgestelde partijen.¹⁴

Dat procederen duur is, is niets nieuws. Von Jhering wees er al op dat in de Romeinse tijd een procedure vereiste dat eiser vooraf een substantieel bedrag als *sacramentum* zou deponeren en daarmee voor gewone mensen niet weggelegd zou zijn.¹⁵ Maar het valt op dat bedrijven in diverse jurisdicties op grote schaal proberen de gewone procedure te ontwijken. In de Verenigde Staten zijn arbitrale bedingen in consumentenovereenkomsten niet principieel verboden, met gevolg dat veel zaken aan de jurisdictie van de overheidsrechter zijn onttrokken.¹⁶ Weliswaar zijn in Europa zulke bedingen al snel verdacht,¹⁷ maar het is wel toegestaan dat consumenten op vrijwillige basis na ontstaan van het geschil instemmen met het volgen van een goedkope en snelle, laagdrempelige procedure. In Nederland zijn er bijvoorbeeld de vele geschillencommissies voor consumentenzaken.¹⁸ Intermediaire Internetplatformen hebben meestal klachtenprocedures die snel en goedkoop werken en daarmee zaken van de rechter afhouden, ook al gedragen zij zich niet geheel conform onze noties van procedurele rechtvaardigheid.¹⁹ Mogelijk verklaren deze laatste ontwikkelingen het teruglopen van het aantal handelszaken bij de Nederlandse gerechten,²⁰ niettegenstaande pogingen om met internationale handlungsgerechten meer zaken te trekken.²¹

¹³ Zie bijvoorbeeld het overzicht van auteurs en initiatieven in F. Ryan, 'Delivering legal services without lawyers', in: E. Jones, F. Ryan, A. Thanaraj en T. Wong, *Digital Lawyering: Technology and legal practice in the 21st century*, Routledge: London 2022, p. 103-136. Ik laat dan nog buiten beschouwing de geluiden dat generatieve kunstmatige intelligentie als ChatGPT het werk van juristen geheel zou kunnen overnemen.

¹⁴ R.E. Susskind, *The Future of Law*, Oxford: Oxford University Press 1996, R. Susskind, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford: Oxford University Press 2019.

¹⁵ R. Von Jhering, 'Reich und arm im römischen Zivilprozess', in: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 9^e dr., Breitkopf und Härtel: Leipzig 1904, p. 175-231, op p. 185, een bedrag van 50 of 500 as afhankelijk van het belang van de procedure.

¹⁶ D. Noll, 'Regulating Arbitration' 105 *California Law Review* 985 (2017), <https://ssrn.com/abstract=2822527>, die de jurisprudentie van de Supreme Court beschrijft waarbij dit werd toegelaten. R.M. Alderman, 'Consumer Arbitration: The Destruction of the Common Law', *Journal of American Arbitration*, vol. 2/1 (2003), <https://ssrn.com/abstract=923462> beschouwt dit als een verlies voor rechtsontwikkeling.

¹⁷ Voor Nederland geldt art. 6:236 sub n BW dat eist dat de consument de optie moet hebben om binnen een maand alsnog voor de overheidsrechter te kiezen. Hierover HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1731, NJ 2020/305.

¹⁸ E.H. Hondius, 'De geschillencommissies', in: E.H. Hondius en V. Mak (red.), *Handboek Consumentenrecht*, 5^e dr., Paris: Zutphen 2020, hfdst. 25, met uitvoerige verwijzingen.

¹⁹ E. Tjong Tjin Tai & P. Frenken, 'Procedurele rechtvaardigheid bij platformprocedures', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2023/3, p. 56-66, P. Cortés, *Online Dispute Resolution for consumers in the European Union*, Routledge London 2010, E.M. van Gelder, *Consumer Online Dispute Resolution Pathways in Europe*, diss. Rotterdam. Boom juridische uitgevers: Den Haag 2022, A. Kamphorst, *Applying the right to a fair trial to alternative consumer dispute resolution*, diss. Groningen 2023. Zie internationaal R. Van Loo, 'The Corporation as Courthouse', *Yale Journal on Regulation*, Vol. 33, No. 547, 2016, <https://ssrn.com/abstract=2872096>.

²⁰ Rechtspraak Jaarverslag 2022, p. 59

(<https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Jaarverslag%20Rechtspraak%202022.pdf>), laat voor handelszaken een terugloop qua instroom zien van 2018 (rechtbanken 75.020 en hoven 7.670)

6. Deze ontwikkelingen lijken erop te wijzen dat het positieve recht verlaten wordt, zowel door burgers als wetenschappers, ten gunste van andere domeinen. Het recht wordt kennelijk steeds minder van belang. Zou dit alles betekenen dat het recht een esoterische hobby wordt, zoals de bestudering van Latijn of oud-Grieks? Een luxe die alleen wereldvreemde wetenschappers zich kunnen veroorloven? Voordat we zo'n verstrekkende conclusie kunnen trekken moeten we eerst eens preciezer kijken wat er aan de hand is.

7. De heel verschillende gevallen die ik hierboven noemde zijn in verband te brengen met reeds bekende categorieën. Deels gaat het om wat we in het procesrecht beschouwen als partijautonomie, het beginsel dat partijen het binnen zekere grenzen eens mogen worden over de wijze van geschilbeslechting. In het contractenrecht hebben we het dan vooral over aanvullend recht versus dwingend recht.²² Zolang het gaat om regels waarvan afwijking is toegestaan, kunnen partijen onderling hun eigen rechtsverhouding²³ vormgeven, en dat kan in principe op tal van manieren. Waarom zou dit bezwaarlijk zijn?

8. Deze vraag is een aanwijzing voor de achterliggende kwestie. Twee Nederlandse voorbeelden maken dit concreter door te laten zien waar de bedoelingen van het privaatrecht niet geheel verwezenlijkt worden.

Volgens art. 7:26 lid 2 BW hoeft de consument bij een aankoop slechts de helft van de koopprijs vooruit te betalen.²⁴ Deze dwingendrechtelijke regel voor consumentenbescherming wordt echter, als het gaat om aankopen van geringe waarde op Internet, op grote schaal genegeerd.²⁵ Weliswaar bieden webshops een mogelijkheid tot gedeeltelijke vooruitbetaling, maar het is van algemene bekendheid dat de meeste mensen de voorkeur geven aan directe vooruitbetaling van het gehele bedrag, deels uit kostenoverwegingen en deels vanwege het gemak. De regel wordt dus juist vaak genegeerd door degenen die daardoor beschermd worden.

Een ander voorbeeld: het energiecertificaat (of preciezer: energiestatificaat), dat in Nederland bij de koop van woningen zou moeten

naar 2022 (rechtbanken 50.230 en gerechtshoven 6.070). Dit is ook waarneembaar in de U.S.A.: B.Z. Tamanaha, *A Realistic Theory of Law*, p. 143, met verwijzingen, noemt de teruglopende zaaksaantallen in de U.S.A.

²¹ M. Neekilappillai, 'Netherlands Commercial Court. Regelgevingsconcurrentie op de markt voor geschilbeslechting', *Nederlands Juristenblad* 2017, p. 1594-1601, C.H. van Rhee, 'The Netherlands Commercial Court in an International Context', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2016, p. 120-121.

²² Vgl. in Nederland R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht*, diss. Tilburg, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2005, M. Loth, *Dwingend en aanvullend recht*, Mon. BW A19, 2^e dr. Kluwer: Deventer 2009; in Duitsland Florian Möslin, *Dispositives Recht*, Mohr Siebeck: Tübingen 2011. Zie ook M.E. Storme, 'Dwingend recht in vele tinten', *TPR* 2023/1, p. 5-7.

²³ Terecht wees M.E. Storme er op ('Het contractsbegrip op dieet?', *TPR* 2008, p. 305-319), dat het bij het contractenrecht primair om de rechtsverhouding gaat en niet om het contract (in de zin van de akte van overeenkomst).

²⁴ Afwijking is wel toegestaan bij individueel beding, art. 7:6 lid 2 BW.

²⁵ Daarom wordt er voor gepleit deze bepaling te schrappen: M. Loos, *Consumentenkoop*, Monografieën BW B65b 2019/41, T.J. de Graaf, 'Het vooruitbetalingsverbod van art. 7:26 lid 2 BW in tijden van e-commerce', *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 2019, p. 172-181.

worden overhandigd door de verkoper aan de koper.²⁶ Dit zou moeten werken doordat dit een element zou zijn van de conformiteitseis bij koop. Vanaf het begin was er echter aarzeling of dit de praktijk van verkoop van woningen zou veranderen.²⁷ Uiteindelijk bleek dit niet te leven, en is – mede onder druk van de Europese Commissie en nieuwe regelgeving – een nieuw stelsel opgezet met sterkere verplichtingen.²⁸

9. Deze twee voorbeelden betreffen regels die met een bepaalde bedoeling zijn opgesteld, om gedrag te veranderen en sociale doelen te bewerkstelligen. Zij zijn een voorbeeld van de moderne tendens om privaatrecht vooral als een instrument van regulering te beschouwen.²⁹ Dit biedt een verklaring voor rechtsontwijking. Als het privaatrecht zich in dienst stelt van *governance* zoals dat tegenwoordig wordt genoemd, moeten we niet verbaasd zijn dat mensen zich inspannen om buiten het bereik van die macht te blijven. Foucault had al gewezen op de ontwikkeling naar een wetenschap van gouvernementaliteit,³⁰ waar wetenschappers zich in dienst stelden van overheidsmacht om het leven van burgers steeds beter in hun greep te krijgen voor de verwezenlijking van beleidsdoelen. Niettegenstaande zijn kritiek heeft deze ontwikkeling zich alleen maar versterkt.

Tegelijk wees Foucault er ook op dat deze overheidsmacht niet onweersproken blijft. Waar macht is, is weerstand, verzet tegen die macht.³¹ Rechtsontwijking is een uiting van dat verzet. Wanneer het recht onvoldoende vrijheid lijkt te bieden, zoeken mensen een uitweg. En die vinden zij door een toevlucht te zoeken in een rechtsvrije zone. Misschien is het goed als niet alles onder het recht valt.

10. Vanuit deze optiek kan de beweging naar ODR worden beschouwd als een mooi initiatief om geschillen op te lossen waar het niet kostenefficiënt zou zijn om de gewone rechter in te zetten. Dat er ook juristen zijn die dit beschouwen als een aanklacht tegen ontoegankelijkheid van de gewone rechter doet hier niet aan af; het procesrecht is nooit bedoeld geweest om elk geschil, hoe miniem ook, te behandelen;³² het is juist beter dat de rechter er alleen is als vangnet voor gevallen waar partijen er niet zelf uitkomen. Dit blijkt uit de talrijke mechanismen in het

²⁶ Ter implementatie van Richtlijn 2002/91/EG betreffende de energieprestatie van gebouwen (inmiddels vervangen door Richtlijn 2010/31/EU). Zie hierover W.Th. Braams, A.B. van Rijn en M.W. Scheltema, *Klimaat en Recht*, Kluwer: Deventer 2010, par. 4.2 en 4.3.

²⁷ A.A. van Velten, 'Het energiecertificaat', *Weekblad voor Notariaat, Privaatrecht en Registratie* 6735 (2007), p. 1039-1040.

²⁸ *Staatscourant* 2014/29575 en *Staatsblad* 2014/294, zie de beschrijving van A-G Wissink in zijn conclusie voor HR 19 oktober 2018, NJ 2020/40, ECLI:NL:PHR:2018:690. Ook R. Meijer, 'De relativiteit van een energielabel: EnergyClaim/Staat', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2018, p. 123-128.

²⁹ De titel van eerdergenoemd boek van Hugh Collings, *Regulating contracts*, spreekt voor zich. In bredere zin kritisch over deze ontwikkeling: B.Z. Tamanaha, 'The Perils of Pervasive Legal Instrumentalism', Montesquieu lecture, Tilburg 2004, <https://ssrn.com/abstract=725582>, en *Law as a Means to an End*, Cambridge University Press: Cambridge 2009.

³⁰ M. Foucault, 'Governmentality', in: *The Essential Foucault*, P. Rabinow en N. Rose (red.), The New Press: New York 2003, p. 229-245.

³¹ M. Foucault, 'Power and strategies', in: *Power/Knowledge: selected interviews & other writings 1972-1977*, C. Gordon (ed.), Pantheon Books: New York 1980, p. 134-145, op p. 142: "there are no relations if power without resistances; the latter are all the more real and effective because they are formed right at the point where relations of power are exercised (...)".

³² *De minimis non curat praetor*, vgl. over zke mechanismen G. van Daal, *Nederlands Juristenblad* 2003, p. 2201.

procesrecht om partijen aan te moedigen te schikken, en hen te ontmoedigen om door te procederen, in het bijzonder ontmoedigen om rechtsmiddelen in te stellen.³³ We moeten dit dus niet zien als ontsnappen aan het recht, maar als een wenselijke vrije ruimte naast of buiten het gereguleerde deel van de samenleving. Hetzelfde zouden we kunnen zeggen over de vlucht naar de techniek, het gebruik van standaardvoorwaarden. Alleen als we alles beschouwen vanuit het oogpunt van regulering zijn zulke initiatieven bij voorbaat verdacht.

11. Zo'n welwillende houding tegenover rechtsvrije domeinen past bij de traditionele opvatting van privaatrecht als gericht op het bereiken van rechtvaardige uitkomsten in concrete geschillen. Een aspect hiervan is dat privaatrecht vooral gericht zou moeten zijn op het faciliteren, het ondersteunen van een vrije samenleving, een vrije marktordering.³⁴

De rol van het privaatrecht is in die visie niet om het beter te weten dan partijen; privaatrecht wil niet de hoofdrol spelen. Privaatrecht is in zoverre, zoals Hegel het zei over het recht in het algemeen, gericht op verwezenlijking van *vrijheid*.³⁵

12. Maar deze polaire tegenstelling tussen reguleren en faciliteren stelt de zaken te eenvoudig voor. Instructief is de analyse van Paul Scholten over de verhouding tussen aanvullend recht en gewoonterecht.³⁶ Gewoonte, wat tot op zekere hoogte kan worden beschouwd als de traditionele verschijningsvorm van wat we tegenwoordig private regelgeving noemen,³⁷ is een manier waarop de maatschappij zichzelf organiseert en regels opstelt waar het recht enigermate volgzzaam tegenover staat.³⁸ Scholten betoogt nu dat er twee soorten aanvullend recht zijn: recht dat de veronderstelde wil van partijen weergeeft (en dus direct wijkt als er een andere wil is), en recht dat meer ordenend is, dat een bepaalde richting op wijst. Wij zouden tegenwoordig zeggen dat dit 'nudget'.³⁹ De eerste soort moet wijken voor gewoonterecht, maar de tweede soort gaat in principe boven gewoonte, tenzij die gewoonte sterk is. "Zodra we de bevoegdheid van de wetgever aanvaarden (...) moeten wij hem volgen, als hij het maatschappelijk leven door zijn voorschriften wil sturen. Doch als dat leven weerstand biedt, als dus een gebruik zich ontwikkelt of stand houdt *na* de regel, kan het ogenblik komen, dat het gebruik voorgaat."⁴⁰

Wat deze intrigerende passage laat zien is ten eerste dat er meer schakeringen zijn tussen dwingend en aanvullend recht: de mate waarin het recht overeind blijft bij

³³ Vgl. P. Bravo-Hurtado en Ch. Van Rhee (red.), *Supreme Courts Under Pressure: Controlling Caseload in the Administration of Civil Justice*, Cham: Springer, 2021, T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Cassatie in het belang der wet als instrument van rechtsvorming', *Ars Aequi* 2022/11 (71), p. 975-983.

³⁴ Over deze opvatting en de beperkingen daarvan: T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Markt en privaatrecht', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 6843 (2010), p. 396-404.

³⁵ G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlijn 1821, § 4 en § 29.

³⁶ P. Scholten, *Algemeen deel*, 3^e dr., W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1974, § 21-23.

³⁷ Er zijn wel verschillen, zoals schriftelijke vastlegging, een min of meer geregelde procedure tot vaststelling bij private regelgeving.

³⁸ Over gewoonterecht: J.J. Valk, 'Het gewoonterecht anno 2021', p. 91-97, P.P. Polanski, *Customary Law of the Internet*, T.C.M. Asser Press: Den Haag 2007, p. 99-141. B.Z. Tamanaha, 'Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global', *Sydney Law Review* vol. 30/2 (2008), p. 375-411 bespreekt de marginalisering van gewoonte als gevolg van de opkomst van statelijk recht (p. 380-381).

³⁹ C.R. Sunstein en R.H. Thaler, *Nudge*, Penguin: New York 2009, T. Bouwman, *Nudging in het contractenrecht ter bescherming van zwakkere partijen*, diss. Utrecht 2023.

⁴⁰ Scholten, a.w., § 22.

enige drang tot afwijking, kan wisselen. In de modernere Nederlandse rechtsliteratuur spreekt men wel van ‘maten van dwingend recht’,⁴¹ wat aansluit bij het ordenend, ‘nudgend’ aanvullend recht. Om deze nuances te realiseren zijn er verschillende privaatrechtelijke instrumenten: manieren waarop afwijking is toegestaan, sancties om hiertegen op te treden e.d. Het is dus geen kwestie van alles of niets.

Ten tweede laat dit zien dat het recht altijd al een zekere openheid heeft gehad naar ontwikkelingen buiten het recht in strikte zin, en dat dit geen louter eenzijdige verhouding was maar één waar het recht soms toegaf aan de wensen van het maatschappelijk leven.

13. Die spanning tussen recht en samenleving is heel concreet zichtbaar in een deel van de boven besproken verschijnselen. Code wordt ook gebruikt door bedrijven om onwenselijke of zelfs onaanvaardbare macht uit te oefenen over consumenten. De ontwikkeling omtrent standaardvoorwaarden past daar ook binnen. Het is bij uitstek een taak van het recht in zijn ordenende, regulerende functie om bescherming te bieden bij zulke asymmetrische machtsverhoudingen. Bij de ontwikkelingen rond blockchain en cryptocurrency is inmiddels gebleken dat waar een transactie misloopt of er sprake is van fraude, de betrokkenen ineens roepen om rechtvaardigheid en ingrijpen door het recht.⁴²

Voor zulke situaties is het recht onmisbaar. Het privaatrecht dient mede als vangnet, veiligheidsgordel. Het zorgt er voor dat er geen grote ongelukken gebeuren, en beschermt tegen machtsmisbruik. Dit impliceert een zekere mate van sturing en dwang: ordening, regulering of governance. Het is onvermijdelijk dat dit leidt tot enige onvrede. De veiligheidsgordel knelt misschien bij het omdoen, maar bij een botsing ben je blij dat je toch niet helemaal vrij was.

14. Dat zulke beschermingsregels in het algemeen nut en zin hebben is echter geen reden om genoegzaam achterover te leunen en te denken dat het alleen aankomt op betere voorlichting. Een bron van ongenoegen kan ook zijn dat de regels nodeloos knellend en gecompliceerd zijn. Bijvoorbeeld kunnen ons dit afvragen als het gaat om de vele Europese regels op het gebied van consumentenrecht. Is het nu echt wenselijk dat er op een bestelknop per se de tekst ‘bestellen met betalingsverplichting’ staat?⁴³ De beoogde duidelijkheid bij de consument zou ook op andere wijze bereikt kunnen worden. Een starre norm leidt eerder tot onduidelijkheid en tal van procedures die inhoudelijk weinig met gerechtigheid van doen hebben.⁴⁴ Is het echt nodig dat we een gedetailleerde keuze maken over de privacy-instellingen op websites, waardoor we uiteindelijk moegestreden toch instemmen met het weggeven van onze privacy? Is het

⁴¹ H.J. Snijders, ‘Maten van dwingend recht’, in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Kluwer: Deventer 1999, p. 153-168, vgl. M.E. Storme, ‘Dwingend recht in vele tinten’, TPR 2023/1, p. 5-7, ook M.A. Loth, *Dwingend aan aanvullend recht*, Monografieën BW A19, 2^e dr., Kluwer: Deventer 2009, nr. 2.

⁴² Een voorbeeld is de afwikkeling van de ‘DAO’ binnen Ethereum (zie T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Juridische aspecten van blockchain en smart contracts’, TPR 2017 (54), p. 563-608). Andere voorbeelden gaan over fraude en diefstal bij bitcoin en NFTs, zie bijv. <https://www.bbc.com/news/business-59571277>, D’Aloia v Persons Unknown [2022] EWHC 1723, Fetch.ai Ltd v Persons Unknown [2021] EWHC 2254) waar de preliminaire beslissing draait om de dagvaarding, maar eiser om materieelrechtelijke gronden de civiele overheidsrechter benadert.

⁴³ HvJ EU 7 april 2022, C-249/21, NJ 2023/133 (Fuhrmann).

⁴⁴ Vgl. Conclusie A-G Drijber 28 november 2023, ECLI:NL:PHR:2023:1083 over tal van procedures waarin consumenten proberen geld terug te krijgen voor evidente betalingsverplichtingen.

nodig dat er twee exact gelijke keuzes moeten worden geboden voor ja of nee bij gebruik van persoonsgegevens?⁴⁵ Zou het niet veeleer erom gaan dat we een eenvoudige manier hebben om zoveel mogelijk toestemming te weigeren voor het gebruik van persoonsgegevens?

De onhandelbaarheid van dergelijke regels kan ten dele worden verklaard uit het feit dat deze regels van bovenaf, *top-down*, zijn opgelegd, terwijl het privaatrecht zich nu juist grotendeels heeft ontwikkeld in een rijke casuïstiek alvorens daaruit algemene regels werden gedestilleerd.⁴⁶ De feedback, de ervaringen uit de praktijk komen slechts langs een lange en gebrekkige omweg via evaluaties terug bij de wetgever, in tegenstelling tot de wijze waarop van oudsher de rechter in concrete gevallen probeerde te bemiddelen tussen het recht en de buiten-juridische praktijk. Het zou passend zijn als civiele rechters meer vrijheid zouden hebben om zulke regels aan te laten sluiten bij de praktijk, als er meer in concreto kon worden beoordeeld wanneer de ordenende regel prioriteit behoeft en wanneer de gewoonte moet prevaleren.⁴⁷ In deze tijd zien we dat het een goede zaak is dat rechters en burgers ook uiting kunnen geven aan verzet tegen overheidsdoelen: we weten immers nooit wanneer er een overheid is wier doelen we zelf in strijd achten met fundamentele beginselen. Regulerend, ordenend privaatrecht is er niet alleen voor beschermingsdoelen maar ook voor allerlei andere beleidsdoelen waar burgers oprecht afwijkende opvattingen over kunnen hebben.

15. De ontwijking van het privaatrecht heeft zo gezien ook een positieve functie: het helpt om het privaatrecht scherp te houden. Alleen dan blijven we bezig om het privaatrecht te laten voldoen aan de belofte om vrijheid en rechtvaardigheid goed te realiseren. Het risico van een focus op regulering, ook al is dat bedoeld om vrijheid te bevorderen, is dat dit ten koste kan gaan van daadwerkelijke verwezenlijking van vrijheid. Bij vrijheid hoort ook de vrijheid om fouten te maken en de nadelen daarvan zelf te moeten dragen.

Deze continue wisselwerking tussen ontsnappen en terugkeren is inherent aan het recht en aan vrijheid. Je kan alleen vrije keuzes maken als je ook aan die keuzes gebonden bent: als je elk moment van je keuzes kan terugkomen zijn het in feite geen keuzes en is het juist niet mogelijk om een echte keuze te maken.⁴⁸ De gebondenheid, de beperking van de vrijheid, is dus een voorwaarde voor vrijheid, hoe paradoxaal het ook klinkt. Je bent juist vrij doordat het privaatrecht weerstand biedt aan de inspanningen om vrij te zijn.

16. Het privaatrecht gaat kortom niet louter om regulering; het heeft vele gradaties en daarbij behorende instrumenten om partijen aan te moedigen een bepaalde richting in te slaan. Dit is geen zwakte, veeleer maakt dit de kracht van het privaatrecht uit. De nuanceringen zijn de manier waarop het recht maatwerk levert, vrijheid bevordert, zoals een goed maatpak je niet belemmert in je bewegingen maar toch steun biedt.

⁴⁵ HvJ EU 1 oktober 2019, zaak C-673/17, ECLI:EU:C:2019: 801 (Planet49).

⁴⁶ Dit is in essentie de ontwikkeling van het civiel recht uit het Romeins recht, welke ontwikkeling ook weerspiegeld is in de geschiedenis van common law.

⁴⁷ Dat de rechter die vrijheid niet heeft is verklaarbaar vanuit het institutioneel verankerde wantrouwen tegen nationale (en dus alle lokale) afwijkingen van EU-recht. Tegenwoordig zou, gelet op het hier betoogde, een andere benadering passend zijn, echter bij mijn weten vindt hier geen noemenswaardige discussie hierover plaats.

⁴⁸ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 12, cf. § 29.

Kennis van deze variëteit aan instrumenten is wat de civilist vóór heeft op anderen. Juist omdat het privaatrecht niet alles tot in de details wil bepalen, wint het aan overtuigingskracht en aanhankelijkheid. Een te sterk doorgevoerde hang naar regulering is onwenselijk en leidt tot ontwijking.

Maar daar staat tegenover dat in de moderne tijd als gevolg van wijzigende machtsverhoudingen en maatschappelijke praktijken de traditionele regels misschien bot zijn geworden en minder effectief zijn, zoals we zagen bij de controle op oneerlijke bedingen e.d. Ten aanzien van diverse regels van consumentenrecht heeft het Hof van Justitie daarom geoordeeld dat deze gelijk behandeld moeten worden aan nationale regels van openbare orde.⁴⁹ Dit leidt tot een grote hoeveelheid werk van nationale rechter, mede omdat deze benadering sterk afwijkt van de traditionele benadering van zulke regels als slechts inhoudende dwingend recht, waar een partij in principe zelf een beroep op moet doen. De benadering van het Hof van Justitie lijkt op het eerste gezicht te berusten op een begripsverwarring doordat zij enerzijds uitgaat van regels die gelijk aan ‘openbare orde’ moeten worden behandeld, welk begrip duidt op regels waar partijen nooit van kunnen afwijken,⁵⁰ maar anderzijds toch de partijautonomie vooropstelt doordat de consument uiteindelijk er, voldoende geïnformeerd, voor kan kiezen om de beschermende regel toch buiten toepassing te laten.⁵¹

Kritisch beschouwd lijkt deze rechtspraak te berusten op een miskennis van het systeem van het privaatrecht en de daarin geïmpliceerde balans tussen vrijheid en bescherming. Maar bij nader inzien kan deze rechtspraak ook worden beschouwd als broodnodige vernieuwing van de traditioneel benadering, waarin het aan de consument was om in een procedure zelf de beschermende regel in te roepen. De veronderstelling van het privaatrecht, dat partijen buiten het recht om zelf in vrijheid hebben gekozen voor andersluidende regels, is soms misschien te lichtvaardig.

Zulke veronderstellingen achter de traditionele instrumenten van het privaatrecht zijn vaak buiten-juridisch te onderzoeken, berusten op aannames over maatschappelijke verhoudingen en moraal. Om het privaatrecht bij de tijd te houden is er dus inderdaad aanleiding om vanuit het recht ook acht te slaan op gebieden die buiten het positief recht in strikte zin liggen. Als rechtspluralisme inhoudt dat we *ook* moeten letten op andere vormen van regelgeving en maatschappelijke organisatie om de functies van het recht beter te vervullen, moet dat van harte worden onderschreven.⁵²

17. Hierbij past wel de kanttekening dat het recht niet louter vanuit het oogpunt van regulering moet worden benaderd. Het is nodig ook tegenwicht, verzet tegen machtsuitoefening toe te laten, we moeten ook erkennen dat het privaatrecht mede staat voor een positief begrip van vrijheid en rechtvaardigheid dat ruimte biedt voor eigen initiatief en handelen van burgers, en dat geen boodschap heeft aan reguleringsdrang ter verwezenlijking van overheidsdoelen (*public policy*). De zachte

⁴⁹ O.a. HvJ EG 6 oktober 2009, C-40/08 (Asturcom). Een overzicht van de rechtspraak is bijv. te vinden in L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht*, Monografieën BW A30, 2^e dr., Wolters Kluwer: Deventer 2019, nrs. 47 en 56, Asser/Hartkamp 3-I, 5^e dr. 2023, nr. 175, S. van Dijk & M. van 't Ende, ‘De recente invloed van het Unierecht op het Nederlandse contractenrecht’, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2022/15, p. 106-119.

⁵⁰ Met de bijbehorende ambtshalve werkzaamheid van de rechter.

⁵¹ HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11 (Asbeek Brusse).

⁵² In die zin begrijp ik de literatuur genoemd in voetnoot 3.

hand van het privaatrecht werkt doordat het mogelijkheden biedt voor afwijking, varianten van dwang kent, en daarmee een productieve spanning tussen positief recht (inclusief reguleringsdoelen) en buiten-juridische werkelijkheid toelaat.

Kennis van private regelgeving en maatschappelijke initiatieven moet niet alleen worden opgedaan ter versterking van overheidsmacht; integendeel kan die kennis – die juist praktijkjuristen vaak bezitten in de vorm van ervaring – benut worden om het recht zelf te verbeteren, en de ambities ten aanzien van beleidsdoelstellingen bij te stellen en realistischer te maken. Het doel zou niet moeten zijn private regelgeving net zozeer onder officiële controle te brengen als het recht teneinde beleidsdoelen te verwezenlijken, maar om de kracht van private regelgeving te ondersteunen in wisselwerking en discussie met het ordenend recht.

Kortom: rechtsontwijking is inherent aan de idee van privaatrecht. Regulerend privaatrecht beoogt weliswaar bepaalde doelen te bereiken, maar zal moeten erkennen dat deze doelen nooit volledig bereikt kunnen worden. Het recht is niet louter instrument van de overheid, de rechtspraak is een zelfstandige macht die de overheid controleert en in balans houdt.

18. We moeten hierbij bedenken dat zelfs bij ‘ontwijking’ het privaatrecht niet helemaal buiten beeld raakt. Dit betreft met name de faciliterende zijde van privaatrecht, gericht op rechtvaardigheid in het individuele geval. In de gevallen waarin men het verst is met het ontkomen aan het privaatrecht zien we ook steeds dat men onvermijdelijk weer uitkomt bij het heruitvinden van de oeroude regels van het privaatrecht.

De opkomst van ODR kan bijvoorbeeld ook worden geïnterpreteerd als dat er behoefte bestaat aan een vorm van rechtvaardigheid. Mensen willen wel rechtvaardigheid, maar niet altijd op de manier zoals die door het recht wordt aangeboden. Juristen zouden er dan beter aan doen te onderzoeken hoe het beste aan die behoefte tegemoet kan worden gekomen tegen aanvaardbare kosten, dan die behoefte voor alle gevallen koste wat kost in de mal van de civiele procedure te willen persen. Het positieve recht is dan een voorbeeld waaraan ODR zich kan spiegelen zonder dit helemaal te willen nadoen. Op die manier kan ODR ook een inspiratie opleveren voor het proces bij de overheidsrechter.⁵³

Bij smart contracts zien we eenzelfde beweging. Hoewel smart contracts beogen buiten het institutionele systeem van het recht (zoals verplichte rechtsbijstand, overheidsrechtspraak, en officiële tenuitvoerlegging) te blijven, is men het er wel over eens dat de algemene juridische principes van contractenrecht moeten worden geïmplementeerd in code, en verschilt men hoogstens van mening over de mate waarin dit mogelijk of wenselijk is.⁵⁴ Inhoudelijk zien we bij smart contracts en cryptocurrency de welbekende spanning tussen een louter ‘tekstuele’ uitleg en een meer op de verwachtingen en bedoelingen gerichte uitleg weer tegen (zij het niet via de rechter uitgespeeld, maar via het forum van de blockchaingemeenschap), en zien we dat men voor de uiteindelijke vormgeving van een DAO weer toevlucht zoekt in

⁵³ Dit is betoogd in Tjong Tjin Tai en Frenken, a.w.

⁵⁴ Bijv. M. Ma, ‘Contracting in Code’, in: M. Ebers, C. Poncibò & M. Zou, *Contracting and contract law in the age of artificial intelligence*, Hart: Oxford 2022, p. 155-180, T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Smart Contracts as Execution Instead of Expression’, in: J.G. Allen & P. Hunn (red.), *Smart Legal Contracts*, Oxford University Press, Oxford 2022, pp. 205-224, E. Mik, ‘The Resilience of Contract Law in Light of Technological Change’, in: M. Furmston (red.), *The Future of the Law of Contract*, Routledge: London 2020, hfdst. 7.

de vertrouwde notie van de vennootschap (maatschap, partnership) met haar beperkte aansprakelijkheid.⁵⁵ Nog een voorbeeld, ditmaal tussen verschillende juridische domeinen: waar in Nederland het bestuursrecht meende beter in staat te zijn om schadevergoeding te bepalen, hoort men nu stemmen dat hiermee noodgedwongen het hele conceptuele apparaat van het privaatrecht moet worden geadopteerd, en de civiele rechter beter in staat is om schadevergoeding te begroten.⁵⁶

Wie denkt buiten het privaatrecht te treden ontkomt er niet aan om in hoofdlijnen de regels te volgen die het privaatrecht allang heeft uitgedacht, omdat dit nu eenmaal de regels zijn die het beste de vrijheid en de rechtvaardigheid bevorderen. Als we het privaatrecht weer herkennen als een sfeer van *vrijheid* is het onvermijdelijk dat we, in die zucht naar een machtsvrij domein, uiteindelijk ook weer op privaatrechtelijke regels uitkomen, ook al is het in een ander jasje. De rol van het privaatrecht is dan om inspiratie te bieden voor domeinen die zich formeel daarbuiten willen houden. En ook als vangnet voor gevallen waar die domeinen tekort schieten in de gewenste bescherming. Juist deze dialectiek – als ik dat zo mag noemen – zorgt ervoor dat het privaatrecht goed blijft aansluiten op de doorleefde werkelijkheid van burgers, en daarmee de vrijheid nog beter verwezenlijkt.

19. Zo lijkt het er inderdaad op dat het privaatrecht toch die onontkoombare aanwezigheid is, die je aan het eind van al die ontsnappingspogingen weer tegen het lijf loopt, minzaam glimlachend.

⁵⁵ Zie voetnoot 8 en 51 voor verwijzingen.

⁵⁶ Bijv. W. Dijkers, 'Dwarssligen in schaapskleren', *Nederlands Juristenblad* 2022/2175 en 'Meer rechtsbescherming in een civiele procedure (naschrift)', *Nederlands Juristenblad* 2022/2700 over schadecompensatie t.a.v. Groninger gaswinning.