

# 1 INLEIDING

Dit hoofdstuk geeft inzicht in:

- ✓ de omschrijving van markt en marktregulering en de plaats van vermogensrecht daarin;
- ✓ de structuur van het geldende vermogensrecht en de ‘onder water’ liggende aspecten daarvan.

## 1.1 VOORAF

Het Nederlandse vermogensrecht functioneert niet in ‘splendid isolation’, maar vrijwel altijd in een marktcontext. Op die markt zijn vaak het vermogensrecht én specifieke publiekrechtelijke regels van marktregulering van toepassing. Denk aan een overeenkomst tussen een vleesproducent en een supermarkt voor de koop van vlees. Op dat contract zijn de regels van het Burgerlijk Wetboek (BW) van toepassing en de voorwaarden die partijen hebben afgesproken, maar partijen moeten ook rekening houden met tal van specifieke regels buiten het BW over de minimumkwaliteit van het vlees, verpakkingsmaterialen, transport, bewaring, etikettering en prijsomschrijving. Die gelaagdheid van toepasselijke regels is niet uniek voor de vleesmarkt.<sup>1</sup> We vinden haar overal in onze marktsamenleving. Daarin wordt het functioneren van markten namelijk bepaald en gevormd door het samenspel van de algemene regels van het vermogensrecht en bijzondere regels uit bijvoorbeeld het bestuursrecht en strafrecht die erop van toepassing zijn. Vragen die men daarbij kan stellen, zijn bijvoorbeeld:

- Wat zijn de functies en fundamenteën van het vermogensrecht en de andere bronnen van regulering, zoals bestuursrecht, strafrecht en zelfregulering? Zijn die identiek, vergelijkbaar of tegengesteld?
- Hoe werken die andere bronnen van regulering uit op vermogensrechtelijke leerstukken? Kan het vermogensrecht ondersteunen als handhavinginstrument? En hoe werkt dat vermogensrecht op zijn beurt uit op die betreffende markt?
- Wat rechtvaardigt de bemoeienis van het vermogensrecht en andere bronnen van regulering met het functioneren van markten? Welke feitelijke uitwerking hebben al die vormen van regulering, en is dat goed of slecht?
- Hoe verhouden specifieke instrumenten van regulering uit het publiekrecht en zelfregulering zich tot regulering zoals die in het vermogensrecht besloten ligt? Zijn ze complementair, staan ze betrekkelijk los van elkaar of werken ze elkaar tegen? En kunnen we zeggen wat ‘beter’ is?

Deze vragen zijn samen te ballen in één omvattende hoofdvraag: wat is de plaats van het vermogensrecht binnen de juridische infrastructuur van onze marktsamenleving?

<sup>1</sup> Voor een introductie in de gelaagdheid van het voedselrecht zie bijv. Van der Meulen 2017.

Daarover gaat dit boek. Het belang van de hoofdvraag is drieledig. Allereerst kan de voorgenomen plaatsbepaling van het vermogensrecht bijdragen aan een beter dogmatisch begrip van het Nederlandse systeem van vermogensrecht en zijn ontwikkeling. Dat begrip geeft bijvoorbeeld inzicht in de vervlechting van vermogensrecht en economische wetmatigheden en denkbeelden. In de tweede plaats kan de plaatsbepaling bijdragen aan ons begrip van de feitelijke invloed die uitgaat van andere regelsystemen – denk aan Europees recht of zelfregulering – op de ontwikkeling van vermogensrechtelijke normen en handhavingvormen. In de derde plaats kan het antwoord op de hoofdvraag inzicht geven in de relatieve kracht en zwakte van het vermogensrecht als beleidsinstrument in de context van de marktsamenleving. Dit stelt ons als jurist in staat om beter te beoordelen of en onder welke voorwaarden het zinvol is om privaatrecht te gebruiken als beleidsinstrument om onze marktsamenleving te faciliteren en geleiden.

Om een antwoord te formuleren op de vraag wat de plaats van het vermogensrecht is binnen de juridische infrastructuur van onze marktsamenleving, nemen we in dit eerste hoofdstuk een aanloop. Allereerst staan we kort stil bij de omschrijving van het onderwerp van het boek en de begrippen die daarbij horen (par. 1.2). Daarna introduceren we twee perspectieven op het vermogensrecht: de bestudering van de structuur van het vermogensrecht en de bestudering van de context of ‘contextualisering’ van het vermogensrecht (par. 1.3). De aanloop die we in dit hoofdstuk nemen, stelt ons in staat om in hoofdstuk 2 over te stappen naar het onderwerp functies en fundamenten van het vermogensrecht.

## 1.2 ONDERWERP EN INDELING

Wat verstaan we onder ‘vermogensrecht’ en ‘regulering van markten’? *Vermogensrecht* is het geheel aan regels dat het rechtsverkeer tussen burgers onderling faciliteert en geleidt. Het raamwerk van het vermogensrecht is te vinden in de Boeken 3, 5, 6 en 7 BW. Het omvat het goederenrecht en het verbintenissenrecht, waarbij het goederenrecht regelt hoe men goederen verkrijgt en verliest, en het verbintenissenrecht het ontstaan en tenietgaan van vorderingsrechten en schulden regelt.

Onder *regulering* verstaan we regels die de voorwaarden stellen waaronder toegang tot specifieke markten wordt verleend, en de spelregels voor marktgedrag in het algemeen.<sup>2</sup> Die regels zijn veelal te vinden in specifieke publiekrechtelijke regelcomplexen, maar ook in zelfregulering en *zelfs* in het BW. Deze definitie van ‘regulering’ is ruimer dan normaal gesproken wordt gehanteerd; ik kom daar nog op terug.

---

2 Voor bespreking van de verschillende definities van het begrip ‘regulering’ zie bijv. Ogus 1994, p. 1 e.v.; Daintith 1997; Parker e.a. 2004, p. 1-2; Van Boom 2007b, p. 419; Scott 2008a, p. 653; Baldwin e.a. 2012, p. 2-3; Lodge & Wegrich 2012, p. 12-16; Dunne 2015, p. 33 e.v.; Hellgardt 2016, p. 15 e.v.; Ford 2017, p. 10-12. Het idee van ‘spelregels’ zien we bijv. ook bij Hessel e.a. 1997, p. 92.

In de gangbare opvatting is een *markt* het geheel van omstandigheden dat het mogelijk maakt dat door wilsovereenstemming een uitwisseling van goederen en diensten (waaronder ik voor het gemak ook arbeid en kapitaal versta) plaatsvindt tegen een prijs die door vraag en aanbod tot stand is gekomen.<sup>3</sup>

Het theoretisch ideaalbeeld is een markt waar er veel deelnemers zijn aan vraag- en aanbodkant, waar alle deelnemers vrijelijk kunnen toetreden, deelnemen en uittreden, waar de deelnemers bovendien volkomen rationeel zijn, een helder en stabiel idee hebben van hun preferenties (voorkeuren) en volkomen geïnformeerd zijn over de relevante aspecten van de goederen en diensten die verhandeld worden op de markt en hoe die aansluiten op hun preferenties, en waar eenmaal gesloten contracten geen enkele schadelijke gevolgen voor derden of het algemeen belang veroorzaken. Op die ideale, en dus imaginaire markt komen *perfecte* overeenkomsten tot stand. In aanloop naar die perfecte overeenkomsten vindt concurrentie (mededinging) plaats op een gelijk en eerlijk speelveld, waarbij de winst van de ene concurrent (het sluiten van het contract en de uitwisseling van de wederzijdse waarden) noodzakelijkerwijs het verlies voor de andere concurrent betekent.<sup>4</sup> In deze opvatting moet regulering gerechtvaardigd worden door afwijkingen in de ‘echte’ markt van deze ideale markt. Er moet sprake zijn van ‘marktfalen’ dat aan dit ideaal in de weg staat.<sup>5</sup> Denk aan oneerlijke concurrentie door misleiding of aan een tekort aan concurrentie door kartelvorming. Maar ‘marktfalen’ is niet het hele verhaal. Hierna zullen we zien dat er in werkelijkheid ook andere rechtvaardigingsgronden voor regulering bestaan dan alleen ‘marktfalen’.

Als we zouden aannemen dat *contractsvrijheid* en *partijautonomie* zonder enige vorm van regelgeving een soort ‘natuurlijke oertoestand’ van markten weerspiegelen, dan is elk stukje wetgeving dat volgt op die oertoestand een vorm van regulering. Het begrip regulering wordt dan synoniem voor *een ingreep* in de markt. Auteurs die het zich zo voorstellen, neigen ertoe om die oertoestand gelijk te stellen met *privaatrecht* en om regulering gelijk te stellen met *publiekrecht* (strafrecht en bestuursrecht).<sup>6</sup> Zo schrijven PACCES en VAN DEN BERGH:

3 Vgl. Van Velthoven & Van Wijck 2019, p. 25; Flume 2019, p. 9 e.v. In een markteconomie zijn alle productiefactoren, zoals natuur en hulpbronnen, arbeid, kapitaal en knowhow, onderwerp van uitwisseling op markten. Ik laat maar even daar de complicatie dat in een brede definitie van ‘markt’ het begrip ‘prijs’ niet noodzakelijkerwijs gelijkstaat aan een monetaire prestatie; een ‘huwelijksmarkt’ waar geen geld over tafel gaat, maar waar wel ‘gecontracteerd’ wordt op basis van preferenties, informatie, aanbod en aanvaarding, is in zekere zin ook een markt (Dnes & Rowthorn 2002; Friedberg & Stern 2005, p. 144-145). Vgl. over de begripsvorming rondom het verschijnsel ‘markt’ bijv. Hessel e.a. 1997, p. 35 e.v.; Swedberg 2005, p. 233 e.v.; Quack 2010, p. 127 e.v.

4 Over het begrip ‘concurrentie’ bijv. Houdijk 2009, p. 15 e.v.; Wieland 2017, p. 22 e.v.

5 Eidenmüller 2015, p. 28 e.v. en 79 e.v.

6 We zien dit bijv. bij Amerikaanse auteurs die ‘common law’ (ongeschreven recht, ontwikkeld en toegepast door civiele rechters in een ‘trial setting’) stellen tegenover ‘regulation’ (administratieve law, gehandhaafd door ‘government agencies’ in een administratiefrechtelijke procedure); bijv. de bijdragen van Posner en Shleifer aan Kessler 2011, p. 11 e.v. resp. 27 e.v.; Cane 2002, p. 305. Vanuit continentaal perspectief is het misschien logischer om te stellen dat alle statelijke ‘regulation’ ook ‘law’ is.

*'Both bodies of law include legal rules affecting the functioning of markets. However, the vast majority of private law rules can be opted out of by mutual consent, are backed by private sanctions, and are enforced individually in courts. In contrast, public law is mainly compulsory, backed by criminal or administrative sanctions, and it is enforced by the government or its agencies. (...) By regulation we mean the discipline of individuals' and firms' behaviour through legal rules which are defined by the following three attributes: compulsory, backed by criminal/administrative sanctions, and publicly enforced.'*<sup>7</sup>

Op deze omschrijving valt het nodige af te dingen, zeker voor het Nederlandse recht. Markten zijn menselijke constructen en dus per definitie aan menselijke spelregels onderworpen,<sup>8</sup> of die nu voortkomen uit gewoonten en gebruiken, geschreven privaatrecht of iets anders. Bovendien verloopt de omschrijving van deze auteurs langs de grenslijn van regelend recht (= privaatrecht) versus dwingend recht (= publiekrecht), en ook dat is betwistbaar. Privaatrecht is ook onderdeel van het begrip 'regulering', zo meen ik.

Andere auteurs kiezen voor neutralere omschrijvingen van regulering, zoals bijvoorbeeld 'any system of rules intended to govern the behaviour of its subjects' of 'a distinctive set of techniques used by states to control the operations of markets',<sup>9</sup> waarbij in het midden wordt gelaten welk rechtsgebied het betreft. Dat is aantrekkelijk omdat daardoor vooral het *doel* van de betreffende regels centraal komt te staan, te weten het ordenen van de marktsamenleving, en niet de vorm naar rechtsgebied.

In dit boek kies ik er ook voor om 'regulering' niet strikt gelijk te stellen met de herkomst of disciplinaire indeling (publiekrecht of privaatrecht). Ik probeer vooral het doel voor ogen te houden waar de betreffende regels voor worden gebruikt of het doel waarmee ze tot stand worden gebracht; als dat doel is het tot stand brengen, faciliteren of geleiden van een markt, dan spreek ik van regulering. Een privaatrechtelijke rechtsregel die bepaalt dat de rechthebbende zijn goed kan opeisen van eenieder die het goed zonder recht of titel onder zich heeft, *faciliteert*. Een publiekrechtelijke rechtsregel die bepaalt dat eigendom alleen met vergunning mag worden geëxploiteerd, *geleidt*. Beide regels zijn in mijn opvatting 'regulering' in de hier bedoelde zin.

Ik omschrijf 'regulering' dus als het geheel aan regels dat markten *faciliteert* en *geleidt*, dat voorwaarden stelt voor toegang tot en het verlaten van de markt, en dat de algemene en sectorale spelregels voor gedrag van marktdeelnemers stelt. Met die ruime definitie

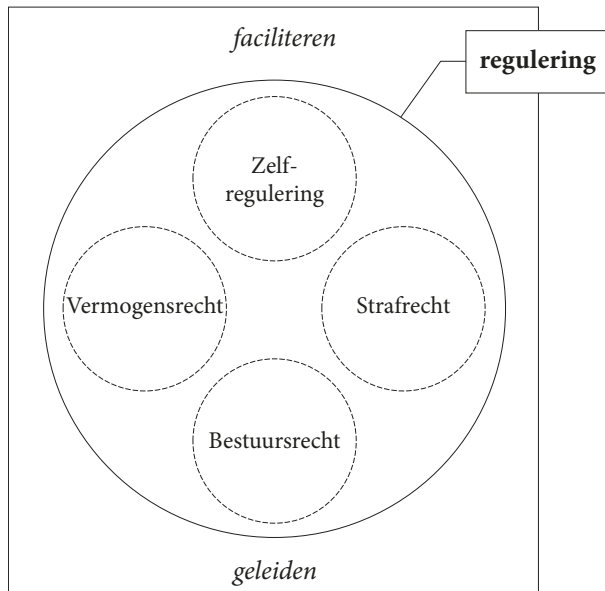
7 Paccès & Van den Bergh 2012, p. 4. Vgl. ook Brownsword e.a. 2017, p. 6-7.

8 Vgl. Flume 2019, p. 49.

9 Collins 1999, p. 7. In deze neutrale omschrijving omvat regulering zowel publiek- als privaatrecht. De literatuur die spreekt van 'regulatory private law' of 'regulatory contract law' ziet vrijwel altijd op bijzondere, dwingende regels van privaatrecht voor specifieke segmenten, zoals telecom en energie; vgl. daarover bijv. Bellantuono 2017, p. 111 e.v.

denk ik dat zowel het vermogensrechtelijke raamwerk als specifieke publiekrechtelijke regels bestreken worden.<sup>10</sup> Dit leidt tot de volgende visualisatie (zie figuur 1.1):

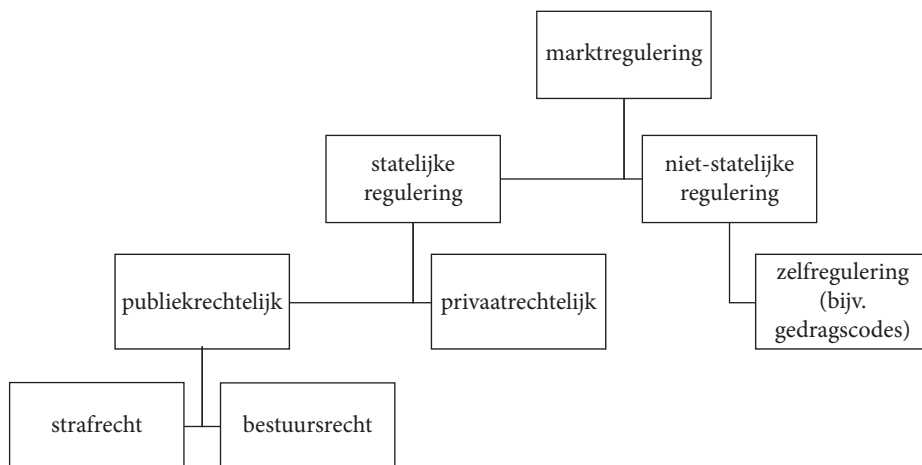
*Figuur 1.1 Faciliteren en geleiden*



<sup>10</sup> De definitie komt in de buurt van die van Hellingman & Mortelmans 1989, p. 55, zij het dat zij meer oog lijken te hebben voor het geleidende dan voor het faciliterende aspect; in hun omschrijving betrekken zij wel het privaatrecht, maar geven het niettemin een ondergeschikte betekenis. Zie ook nog de omschrijvingen van 'economisch recht', waarbij werd geworsteld met het onderscheid tussen privaaten publiekrecht, maar ook met de vraag welke wetgeving wel en niet geleiding van de markt beoogde; zie bijv. Foyer 1945/46, p. 410 e.v.; Mulder 1950, p. 22 e.v.; Hellingman & Mortelmans 1989, p. 56 e.v. De tweedeling in 'faciliterend' en 'geleidend' recht vertoont enige gelijkenis met de driedeling in de sociologische analyse van Edelman & Suchman 1997, p. 479 e.v. (vgl. Edelman & Stryker 2005, p. 535 e.v.); zij spreken van de 'facilitative, regulatory, and constitutive legal environments' waarin organisaties opereren.

Onderverdeeld in juridische terminologie kom ik dan tot een eerste, grofmazige taxonomie (zie figuur 1.2):

Figuur 1.2 Marktregulering onderverdeeld



Waar ik spreek van ‘regulering’, wordt door anderen wel gesproken van ‘economisch recht’ of ‘sociaaleconomisch recht’.<sup>11</sup> De naamgeving is betrekkelijk irrelevant, zolang men onderkent dat bij de omschrijving van het rechtsgebied niet de herkomst of disciplinaire indeling (publiekrecht of privaatrecht) doorslaggevende betekenis toekomt.<sup>12</sup> In de woorden van FOYER:

*‘De stof van het economisch recht ligt verspreid over driekwart van het privaatrecht, de helft van het administratief recht plus nog eenige andere onderdeelen.’<sup>13</sup>*

Ik durf niet zo stellig te zijn over de exacte breukdelen, maar het uitgangspunt onderschrijf ik: regulering vinden we over de klassieke rechtsgebieden heen verspreid.

Met de zojuist gegeven definitie van regulering en de plaats daarbinnen van het vermogensrecht moge duidelijk zijn dat ik meen dat privaatrecht *doelen* heeft. Dat lijkt

11 Zie de omschrijvingen bij Valkhoff 1967, p. 5 (op p. 6 spreekt hij van ‘geëconomiseerd privaatrecht’); Verloren van Themaat & De Jong 1972, p. 316 e.v.; Mulder & Duk 1980, p. 16-18; Verloren van Themaat 1982, p. 17; Mok 1982, p. 145; Hessel e.a. 1997, p. 2 e.v. Let wel: ik versta onder het rechtsgebied van ‘regulering’ óók privaatrecht (regelend en dwingend), en dat is niet altijd het geval bij de genoemde auteurs.

12 Mogelijk anders (als ik het goed begrijp): Van Eikema Hommes 1972, p. 440.

13 Foyer 1945/46, p. 433.

misschien een open deur, maar is het niet. Er zijn auteurs die zich op het standpunt stellen dat het privaatrecht een autonoom regelsysteem is zonder enig daarbuiten gelegen doel; het is er gewoon, net zoals liefde bestaat en geen exogeen doel dient.<sup>14</sup> Het lijkt me een feitelijk onhoudbare stellingname, in elk geval voor continentale rechtssystemen waarbinnen codificatie een rol speelt. Wetten ontstaan niet zomaar; ze hebben een doel en strekking – hoe gebrekkig soms ook onder woorden gebracht door de wetgever – en kunnen op doelbereiking worden getoetst.<sup>15</sup> Dat geldt dus ook voor wetten die reguleren. En, ook niet onbelangrijk, wetten kunnen worden afgeschaft (anders dan de liefde).

Gegeven het voorgaande, kan het begrip ‘marktsamenleving’ worden geduid als die aspecten van onze Nederlandse samenleving die samenhangen met de uitwisseling van goederen en diensten. De inrichting van onze samenleving is gebaseerd op een aantal fundamentele vrijheden, zoals persoonlijke vrijheden op het vlak van levensovertuiging, -beschouwing en -inrichting, de vrijheid om zich te vestigen waar men wil, een carrière na te streven die men wil en om goederen te verwerven en te vervreemden. Die vrijheden zijn uiteraard niet ongeclausuleerd en bovendien gaan ze gepaard met verantwoordelijkheden, maar ze zijn wel leidend voor de manier waarop wij samenleven. En hoewel samenleving en markt natuurlijk niet identiek zijn, beïnvloeden deze twee elkaar wel waar ze elkaar ontmoeten.<sup>16</sup>

### 1.3 VAN BW NAAR VERMOGENSRECHT

Bij de bestudering van de verhouding tussen het vermogensrecht en specifieke publiek-rechtelijke regels van marktregulering is het allereerst van belang om ‘los te komen’ van de tekst van het BW. Die wettekst maakt uiteraard onderdeel uit van het vermogensrecht als infrastructuur voor het rechtsverkeer. Maar er staat veel *niet* in het BW dat toch tot het vermogensrecht behoort. Daarom zet deze paragraaf een eerste stap om te komen ‘van BW naar vermogensrecht’.

Zoals bekend omvatten de Boeken 3, 5, 6 en 7 BW de kern van het geschreven vermogensrecht, onder te verdelen in goederen- en verbintenissenrecht. Het verbintenissenrecht geeft aan hoe verbintenissen tussen partijen ontstaan en tenietgaan, het beschermt contractuele verwachtingen, faciliteert dus de uitwisseling van ‘vermogenswaarde’, en het beschermt het vermogen tegen maatschappelijk onwenselijke beschadigingen. Het goederenrecht bepaalt onder meer hoe men het meest omvattende recht op zaken en vermogensrechten verkrijgt en verliest. Dit meest omvattende recht noemen we *eigendom* wanneer het object stoffelijke, voor menselijke beheersing vatbare objecten betreft.

14 Aldus Weinrib 1995, p. 6. Vgl. daarover Arnold 2014, p. 5 e.v.

15 Over doelbereiking en instrumentalisme in privaatrechtelijke wetgeving kom ik nader te spreken in hfdst. 10.

16 Zie over de marktsamenleving en hoe die zich heeft ontwikkeld bijv. Slater & Tonkiss 2001, p. 6 e.v.

In ons vermogensrecht reserveren we het begrip ‘eigendom’ (art. 5:1 BW) voor het meest omvattende absolute recht dat een persoon op een *zaak* (art. 3:2 BW) kan hebben. We spreken van ‘rechthebbende zijn’ als het gaat om het meest omvattende absolute recht op *vermogensrechten* (art. 3:1 en 3:6 BW), zoals intellectuele eigendomsrechten (IE-rechten), aandelen in vennootschappen, vorderingsrechten en beperkte rechten. Hoewel in de terminologie van het BW dus niet gesproken kan worden van eigendom op vermogensrechten, wordt daar minder zwaar aan getild in het niet-juridische discours. Zo wordt het begrip eigendom (‘property’) wel gebruikt om *elke* exclusieve verhouding van een persoon tot een goed te omschrijven.<sup>17</sup> Het begrip ‘eigendom’ in art. 1 Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) sluit bij die ruime definitie aan; het duidt op rechten op goederen in het algemeen.<sup>18</sup>

Heel erg is die definitiekwestie niet, zolang men zich realiseert dat binnen de kaders van het Nederlandse recht eigendom van zaken altijd overdraagbaar is, maar dat de overdraagbaarheid van veel vermogensrechten alleen bestaat als er een *expliciete* wetsbepaling is die overdracht toestaat (zie art. 3:83 BW).<sup>19</sup> Broeikasgasemissierechten zijn bijv. vast geld waard, maar ze zijn niet zonder meer overdraagbaar.<sup>20</sup>

Beter dan eigendom wordt het niet: het geeft de eigenaar de exclusieve aanspraak om van de zaak te genieten, de exclusieve verantwoordelijkheid om er de risico’s van te dragen (*casum sentit dominus*), het recht om vrucht te trekken, te vervreemden, te bezwaren en te vernietigen. Een belangrijk onderdeel van zijn exclusiviteitsaanspraak is dat hij de marktwaarde van het goed en de wijziging van die waarde genieten mag, zonder er iets voor te hoeven doen. Omgekeerd: gaat het goed teniet of daalt het in waarde vanwege vraag en aanbod, dan is dat ook voor risico van de eigenaar.

Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten zijn in beginsel vrijelijk overdraagbaar; vorderingsrechten kunnen door afspraak tussen de debiteur en crediteur onoverdraagbaar worden gemaakt (art. 3:83 BW). Alle andere vermogensrechten zijn alleen overdraagbaar als de wet dit bepaalt. Zie dus bijv. art. 64 Rijksoctrooiwet 1995 (ROW 1995) en art. 2 Auteurswet voor de overdraagbaarheid van octrooi en auteursrecht. Hij aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toekomt, kan de in de wet genoemde beperkte rechten daarop vestigen (art. 3:81 BW).

17 Van Oven 1956, p. 8 e.v. verliest dit m.i. uit het oog.

18 Mijnssen e.a. 2008, nr. 15; Barkhuysen e.a. 2003, p. 52 e.v.

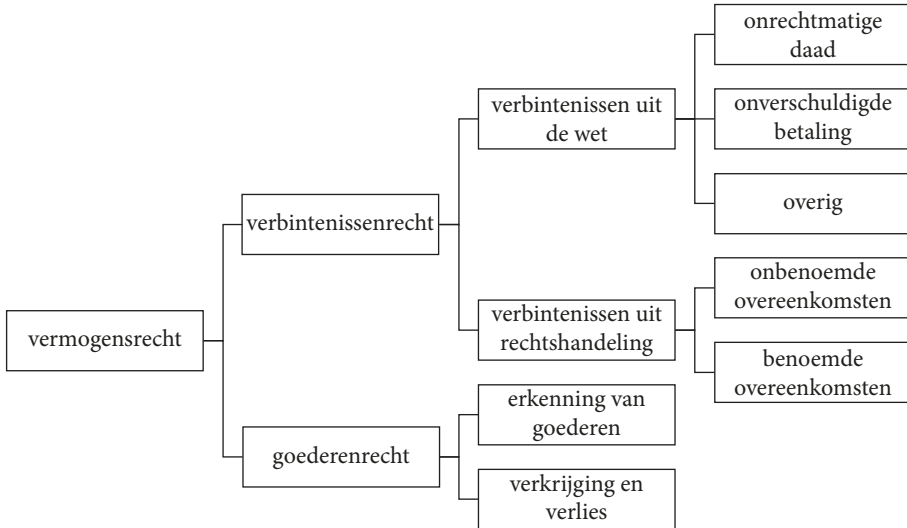
19 Aangenomen wordt dat onder ‘wet’ wordt verstaan wet in formele zin; zie de auteurs genoemd bij Neerhof 2011, p. 349 e.v. Overigens wordt overdraagbaarheid ook wel aangenomen als de wet dat niet expliciet bepaalt, maar wel uit het stelsel van de wet volgt (althans indien dit stelsel zich er niet tegen verzet) dat overdraagbaarheid mogelijk is.

20 Vgl. art. 16.42 Wm.



Simpel weergegeven (zie figuur 1.3) heeft het vermogensrecht *in het BW* de volgende structuur:

Figuur 1.3 Vermogensrecht onderverdeeld



Om meer dan één reden is deze weergave niet erg precies. Het is misschien wel een weergave van de structuur van het BW, maar niet van het vermogensrecht als zodanig. Er blijven namelijk belangrijke aspecten ‘onder water’. Allereerst ontbreekt in de weergave het verband tussen goederen- en verbintenissenrecht. Het proces van vervreemden en bezwaren omvat bijvoorbeeld elementen uit beide rechtsgebieden; het beschermen van eigendom tegen inbreuk geschiedt onder meer door interactie tussen beide rechtsgebieden.

De uitvoering van een koopovereenkomst heeft verbintenisrechtelijke aspecten en goederenrechtelijke aspecten, zoals levering en overdracht. Als door beschikkingsonbevoegdheid geen overdracht blijkt te hebben plaatsgevonden, is waarschijnlijk sprake van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis. De inbreuk op eigendom leidt tot de zakelijke actie van revindicatie en mogelijk ook tot een schadevergoedingsactie wegens toerekenbare onrechtmatige daad.

Maar wat ook ‘onder water’ blijft, is een aantal belangrijke beginselen en ontwikkelingen in ons vermogensrecht. Denk aan een aantal maatschappelijke vrijheden, zoals de vrijheid van vestiging, opleiding en kapitaalvergaring en de vrijheid om een rechtsverhouding door middel van wilsovereenstemming zélf vorm te geven. Die uitgangspunten staan niet in het BW, maar zijn wel bepalend voor de context waarin dat BW functioneert.

Dus moeten we het een plaats geven in de analyse van het vermogensrecht en bepalen wat de functie, het fundament en de begrenzing ervan zijn.

Wat ook nog niet spreekt uit het hiervoor weergegeven schema is dat het vermogensrecht *zélf meerlagig* is. Allereerst kan worden gewezen op de toenemende tweedeling in 'B2C'- en 'B2B'-vermogensrecht<sup>21</sup> en de toegenomen meerlagigheid van rechtsbronnen.<sup>22</sup> Deze twee ontwikkelingen hangen samen. De tweedeling in vermogensrecht voor 'B2C'- tegenover 'B2B'-verhoudingen houdt in dat op tal van plaatsen onderscheid wordt gemaakt tussen natuurlijke personen die niet in de uitoefening van beroep of bedrijf deelnemen aan het rechtsverkeer (consumenten) tegenover anderen (beroepsbeoefenaars, rechtspersonen en overheden). Dat is niet toevallig; consumenten worden op allerlei manieren in bescherming genomen, ook al is het niet altijd even duidelijk waartegen. De herkomst van die bescherming is vaak Europeesrechtelijk, een laag die de laatste decennia een belangrijk onderdeel is gaan uitmaken van de structuur van het vermogensrecht. De meerlagigheid van het vermogensrecht houdt dus in dat het vermogensrecht door verschillende rechtsbronnen gevoed wordt; het houdt ook in dat het begrip 'rechtsbronnen' niet beperkt is tot statelijk recht. Naast het BW, verdragenrecht en EU-recht, wordt het vermogensrecht ook beïnvloed door 'soft law', zoals zelfregulering.<sup>23</sup>

Zuiver nationaalrechtelijk gezien is het vermogensrecht een nationaal product met een constitutioneel fundament: de wetgever is op grond van art. 107 lid 1 Grondwet (Gw) belast met de opdracht om het burgerlijk recht in een algemeen wetboek neer te leggen (codificatieopdracht), behoudens de bevoegdheid tot regeling van bepaalde onderwerpen in afzonderlijke wetten. Toegang tot de burgerlijke rechter is verankerd in art. 112 lid 1 Gw. Daarmee is de grondwettelijke positie van het BW en dus het vermogensrecht verzekerd. De bestudering van het vermogensrecht kan daarom *aanvangen* met de bestudering van de wet, het BW voorop, en de rechtspraak, primair die van de Hoge Raad der Nederlanden. Daarnaast zijn voor een goed begrip van het vermogensrecht in toenemende mate van belang het primaire en secundaire EU-recht en het EVRM, en daarmee de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). De bestudering van het stelsel van het Nederlandse vermogensrecht is niet langer mogelijk zonder geïntegreerde kennis van die rechtsbronnen. In dit boek lopen de verschillende rechtsbronnen door elkaar.

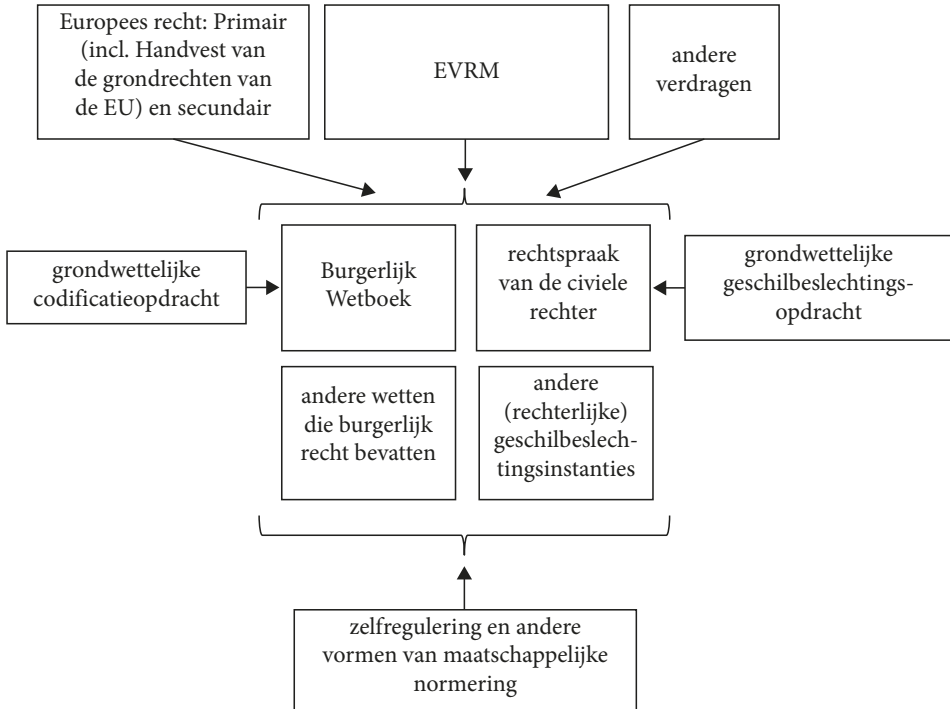
21 B2C betekent 'business to consumer', dus vermogensrechtelijke rechtsbetrekkingen tussen personen die in de uitoefening van beroep of bedrijf handelen enerzijds en eindgebruikers die met consumptiedoelen handelen anderzijds; B2B betekent 'business to business', dus vermogensrechtelijke rechtsbetrekkingen tussen personen die in de uitoefening van beroep of bedrijf handelen.

22 Hellingman & Mortelmans 1989, p. 1 en 21, spreken over 'geledingen': nationale, Europese en internationale 'geledingen'.

23 Vgl. Smits 2015a, p. 354 e.v. Zie over zelfregulering ook hfdst. 9.

Nemen we deze verschillende lagen bij elkaar, dan ontstaat een complexer beeld dan de tekst van het BW zou doen vermoeden. De interactie van verschillende onderdelen van het recht kunnen we als volgt schematisch samenvatten (zie figuur 1.4):

Figuur 1.4 *meerlagig privaatrecht*



Ten slotte kan worden gesteld dat ook de *context* van het vermogensrecht ‘onder water’ blijft in de wettelijke structuur. In de rechtspraak funceert het vermogensrecht namelijk altijd in een bepaalde context van het maatschappelijke leven.<sup>24</sup> Die context heet vaak ‘functioneel rechtsgebied’.<sup>25</sup>

24 Loth 2018, p. 35.

25 Over ‘functionele rechtsgebieden’ zie bijv. Van der Meulen 2014, p. 952 e.v., met verwijzing naar De Haan 1987, p. 361 e.v. Van der Meulen stelt als eis aan het predicaat functioneel rechtsgebied: relevantie, impact, focus en onderscheidendheid. Vgl. de criteria bij Foyer 1945/46, p. 410 e.v., m.n. p. 434 e.v. Overigens is er in dit verband heel wat inkt gevloeid over de vraag of bepaalde rechtsgebieden, zoals het arbeidsrecht, een ‘eigen karakter’ hebben, zelden met een relevant nieuw inzicht als uitkomst en vrijwel altijd met behulp van valse tegenstellingen. Er wordt overigens ook wel gemopperd over het fenomeen; zie bijv. Verloren van Themaat 1988, p. 254 (‘een verergerende kwaal van de Nederlandse rechtswetenschap’).